

OLG Dresden

Urteil

vom 12.12.2012

13 U 431/11

- 1.
Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn die Klauseln von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden, auch wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will.**
- 2.
Enthält das Vertragsformular für die Vertragsstrafe wegen Überschreitung des Fertigstellungstermins eine eigenständige Regelung, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Überschreitung von Zwischenterminen getrennt ist, kann sie einer gesonderten Inhaltskontrolle unterzogen werden.**
- 3.
Der Auftragnehmer verwirkt eine vereinbarte Vertragsstrafe nicht, wenn die Vertragsparteien vier Wochen vor dem vereinbarten Fertigstellungstermin eine den Hauptauftrag modifizierende Nachtragsvereinbarung über die Lieferung eines neuen Motors schließen und die Lieferzeit für den Motor zwölf Wochen beträgt.**
- 4.
Eine Vertragsklausel, wonach der Auftragnehmer den Gewährleistungseinbehalt nur durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ablösen kann, hält einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand und ist unwirksam.**

OLG Dresden, Urteil vom 12.12.2012 - 13 U 431/11
vorhergehend:
LG Zwickau, 08.02.2011 - 2 HKO 33/01
nachfolgend:
BGH, 18.12.2014 - VII ZR 16/13 (NZB zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

...

wegen Forderung

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. O.t, Richterin am Oberlandesgericht F. und Richterin am

Oberlandesgericht Dr. B. aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2012 am 12.12.2012 für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Zwickau vom 08.02.2011 - Az.: 2 HKO 33/01 - im Kostenpunkt aufgehoben, im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.377,01 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.08.2001 zu zahlen.

2. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 20 %, die Beklagte 80 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen zu 17 % der Klägerin und zu 83 % der Beklagten zur Last.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht zuvor die vollstreckende Partei Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss:

Der Streitwert wird auf 82.050,49 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht mit der Klage einen der Höhe nach unstreitigen Restwerklohnanspruch aus der Rekonstruktion einer Produktionsanlage für Kunstharzbeschichtung nebst zwei Nachträgen geltend. Die Beklagte verteidigt sich hiergegen mit verschiedenen Ansprüchen, die sie insbesondere aus der Mangelhaftigkeit der Werkleistung herleitet. Widerklagend macht sie diese Ansprüche, soweit sie nicht durch Aufrechnung mit dem Werklohnanspruch erloschen sind, als Zahlungsanspruch geltend. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte teilweise zur Zahlung verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens hat es eine Reihe von Mängeln der Anlage festgestellt, die diese funktionsuntüchtig machen. Es hat der Beklagten einen Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung in Höhe von 15.939,00 EUR, Schadensersatz wegen erforderlich gewordener Handmischungen und der fehlenden Lagerraumzwangsentlüftung in Höhe von 3.179,53 EUR sowie Gutachterkosten in Höhe

von 536,86 EUR zuerkannt. Darüber hinausgehende Ansprüche der Beklagten hat es verneint.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag vollumfänglich sowie ihren Widerklageantrag teilweise weiter. Sie greift zum einen die ihrer Ansicht nach zu gering angesetzten Ersatzvornahmekosten an und wendet sich zum anderen gegen die Verneinung eines Anspruchs auf Vertragsstrafe und eines Gewährleistungseinbehalts. Hilfsweise macht sie auf den vom Landgericht anerkannten Vorschuss für die Ersatzvornahme Umsatzsteuer geltend. Schließlich beruft sie sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Mängel des Werks.

Die Beklagte meint, bei der Vertragsstrafenregelung handele es sich nicht um eine von ihr verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung. Sie habe ein fremdes Formular verwendet ohne die Absicht, dies mehrfach zu tun. Zu Unrecht habe das Landgericht angenommen, der für den 23.12.1999 vereinbarte Fertigstellungstermin sei durch die Nachträge hinfällig geworden. Diese hätten nicht im Zusammenhang mit dem Hauptauftrag und der Funktionsfähigkeit der Kunstharzmischanlage gestanden. Der von der zweiten Nachtragsvereinbarung betroffene Bitumenbehälter habe mit der Kunstharzmischanlage selbst nichts zu tun, sondern sei ein getrennter Behälter für Dachbeschichtungen. Dementsprechend hätten die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2004 unstrittig gestellt, dass der Nachtrag vom 22.11.1999 keine Modifizierung einer Leistung der Klägerin darstelle, sondern eine weitere Leistung. Die Klägerin befinde sich seit dem 24.12.1999, spätestens seit dem 31.01.2000 in Verzug. Sie habe die Vertragsstrafe jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Abnahme verwirkt, also für 76 Kalendertage, jedenfalls aber für 38 Kalendertage seit dem 31.01.2000. Da die Kunstharzmischanlage jedoch bis zum heutigen Tage nicht ordnungsgemäß fertiggestellt sei, könne die Beklagte den Höchstbetrag in Höhe von 10 % der Vertragssumme, also 14.646,57 EUR Vertragsstrafe verlangen.

Die Beklagte behauptet zuletzt, für die Ersatzvornahme sei ein Betrag in Höhe von mindestens 42.519,00 EUR zuzüglich Umsatzsteuer aufzuwenden. Der Sachverständige sei bei seiner Kostenschätzung über 14.490,00 EUR davon ausgegangen, dass die Klägerin selbst die Mangelbeseitigung vornehme. Die pauschale Anhebung dieses Betrages um 10 %, die das Landgericht vorgenommen habe, sei objektiv willkürlich. Die Bereitschaft von Drittfirmen, einzelne Werkleistungen an einer für sie fremden Anlage vorzunehmen, sei gering und führe jedenfalls zu erheblichen Preisaufschlägen. Zahlreiche von der Beklagten mittlerweile angefragte Firmen hätten für die Reparatur kein Angebot abgegeben. Ein Ingenieurbüro habe die Reparatur zunächst zu einem Betrag von 56.220,00 EUR netto angeboten, später auf der Grundlage eines dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens entsprechenden Leistungsverzeichnisses für 124.560,00 Euro netto. Von einem weiteren Unternehmen liege ein Angebot zu einem Nettopreis von 42.519,00 Euro vor. Die Beklagte meint, der Sachverständige S. habe in seinem Gutachten die Kosten für die Ausbaurbeiten der mangelhaften Pumpe, des auszutauschenden Mehlsilos und der Förderschnecke nicht vorgesehen. Zu berücksichtigen sei auch, dass seit dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. vom 06.11.2006 mehrere Jahre vergangen seien und die von ihm angenommenen Preise keine realistische Grundlage mehr böten. Der vom Sachverständigen angenommene Arbeitsaufwand sei unrealistisch niedrig. Bei der Kostenschätzung zu den Wartungsplänen habe der Sachverständige nur 100,00 EUR berücksichtigt, wobei er davon ausgegangen sei, dass

die Klägerin diese bereits habe und lediglich noch vervielfältigen müsse. Für ein Drittunternehmen müsse jedoch erst die gesamte Anlage aufgenommen, die Umbauarbeiten geplant und die Änderungsplanung mit der Schaltanlage abgestimmt werden, so dass tatsächlich Kosten in Höhe von 8.500,00 EUR anfielen. Schließlich entstünden der Beklagten selbst durch die Mangelbeseitigung Kosten für die Erstellung des Leistungsverzeichnisses, den Versand der Unterlagen, die Besichtigung der Anlage mit den Anbietern, den erneuten Vertragsabschluss und die Überwachung der Mangelbeseitigungsarbeiten, die zumindest mit 10 % der Ersatzvornahmekosten anzusetzen seien.

Das vom Senat eingeholte Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. sei nicht verwertbar, da der Sachverständige nicht tatsächliche Preise eingeholt, sondern lediglich statistische Preiserhöhungen zu Grunde gelegt habe. Reisezeiten und Übernachtungskosten würden nicht berücksichtigt, ebenso wenig Kosten für die zur Mängelbeseitigung notwendigen Werkzeuge und Maschinen und für die Entsorgung der auszubauenden Teile.

Der Beklagten stehe auch ein Gewährleistungseinbehalt zu. Ihre Gewährleistungsrechte seien nicht verjährt, da mit der Erhebung der Widerklage die Verjährung für die Gewährleistungsansprüche gehemmt sei.

Die Beklagte errechnet unter Berücksichtigung einer Vertragsstrafe in Höhe von 4.507,55 EUR eine Überzahlung der Klägerin in Höhe von 41.116,51 EUR (zuletzt nur noch in Höhe von 32.714,23 Euro), die sie mit der Berufung geltend macht. Unabhängig davon rechne sie auch hinsichtlich der weitergehenden Vertragsstrafe gegen die von der Klägerin geltend gemachte Forderung auf. Jedenfalls stehe ihr insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Hilfsweise macht die Beklagte die Umsatzsteuer auf den zuerkannten Vorschussbetrag geltend. Sie habe die Rechnung des mit der Ersatzvornahme beauftragten Unternehmers inklusive Umsatzsteuer zu bezahlen, unabhängig davon, dass sie gegebenenfalls im Weiteren die Vorsteuer abziehen könne.

Mit Schriftsatz vom 06.11.2012 (GA 1016 ff.) hat die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch wegen weiterer Mängel erklärt. Das Steuergerät Sartorius funktioniere nicht und das Steuergerät Global Whiting PR1713 sei defekt. Diese Mängel hätten bereits bei Errichtung der Anlage vorgelegen, hätten jedoch erst jetzt festgestellt werden können. Es entstünden voraussichtlich Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 4.000,00 Euro netto.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Zwickau vom 08.02.2011 (Az.: 2 HKO 33/01) abzuändern,
2. die Klage abzuweisen und
3. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 41.116,51 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.09.2001 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie meint, auch wenn die Beklagte ein Fremdformular für einen einzigen Vertrag verwendet habe, lägen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Die dort geregelte Vertragsstrafe stelle wegen der Möglichkeit der Kumulierung von Einzelvertragsstrafen eine unangemessene Benachteiligung dar und sei daher unwirksam. Die beiden Nachträge hätten zusätzliche Leistungen betroffen, die erforderlich gewesen seien, damit die Anlage funktioniere. Die Fassdrehmaschine (Gegenstand des ersten Nachtrags) sei erforderlich gewesen, um die Harzfässer zu rollen, bevor sie zum Mischen in die Rührbehälter gegossen würden. Der zweite Nachtrag betreffe das Rührwerk für den Rührbehälter, der zum Mischen von Bitumen vorgesehen gewesen sei.

Die Klägerin bestreitet den neuen Vortrag der Beklagten zur vergeblichen Einholung von Angeboten für die Mängelbeseitigung. Sie stellt in Abrede, dass das als Anlage BK 2 vorgelegte Angebot von einem Ingenieurbüro G. abgegeben worden sei. Darüber hinaus beanstandet sie dessen Inhalt unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen S.. Das Angebot sehe eine Sanierung der Anlage unter erheblicher Überschreitung des Bausolls vor.

Ein Gewährleistungseinbehalt stehe der Beklagten nicht zu, da die entsprechende Klausel in den von der Beklagten gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sei.

Da die Beklagte vorsteuerabzugsberechtigt sei, könne sie die Umsatzsteuer nicht erstattet verlangen.

Die erstmals im Schriftsatz vom 06.11.2012 geltend gemachten Mängel der beiden Steuergeräte bestreitet die Klägerin. Gegenteiliges ergebe sich bereits daraus, dass die Geräte beim Probelauf ordnungsgemäß funktioniert hätten. Zudem erhebt die Klägerin insoweit die Einrede der Verjährung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze verwiesen. Der Senat hat durch den Sachverständigen S. ein Ergänzungsgutachten erstellen lassen. Hinsichtlich der Ausführungen des Sachverständigen wird auf die schriftlichen Gutachten und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten hat nur teilweise Erfolg. Die Klägerin kann auf ihre Klage Zahlung von 4377,01 Euro verlangen. Die Widerklage ist hingegen unbegründet.

Unstreitig ist von der vertraglichen Vergütung der Klägerin ein Betrag von 38.811,14 Euro abzüglich 439,40 Euro Kostenbeteiligung für Strom u.a. noch nicht gezahlt worden. In Abzug zu bringen sind aufgrund des insoweit nicht angegriffenen erstinstanzlichen Urteils 2.287,53 Euro Schadensersatz wegen Handmischungen, 892 Euro Schadensersatz wegen der Lagerraumzwangsentlüftung sowie 536,86 Euro Gutachterkosten. Dem somit verbleibenden Betrag von 34.655,35 Euro kann die Beklagte schließlich einen Anspruch auf Ersatzvornahmekosten in Höhe von 30.278,34 Euro entgegenhalten. Weitere Gegenrechte stehen ihr nicht zu.

1. Die Beklagte kann keine Vertragsstrafe von der Klägerin verlangen.

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Vereinbarung über die Vertragsstrafe eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt. Die Beklagte trägt selbst vor, dass es sich bei dem Verhandlungsprotokoll um ein Formular handelt. Ohne Erfolg beruft sie sich darauf, dass sie selbst das Formular nur einmal verwenden wollte. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will (BGH NJW 2010, 1131). Nach den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts stand die Klausel bei der Vertragsverhandlung auch nicht ernsthaft zur Disposition.

b) Die Klausel ist, bezogen auf den Fertigstellungstermin, wirksam. Zwar hält eine Vertragsstrafenklausel, die zu einer Kumulierung von Einzelvertragsstrafen führen kann, einer Inhaltskontrolle wohl nicht stand. Das Vertragsformular enthält indes für die Vertragsstrafe wegen Überschreitung des Fertigstellungstermins eine eigenständige Regelung, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Überschreitung von Zwischenterminen getrennt ist. Denn die Vertragsstrafenklausel nimmt durch die allgemeine Nennung von Zwischen- und Fertigstellungsterminen Bezug auf diejenigen Vertragsteile, in denen diese Termine festgelegt sind. Da der Fertigstellungstermin im Vertrag gesondert ausgewiesen ist, erweist sich die Klausel als trennbare, aus sich heraus verständliche Regelung für den Fertigstellungstermin einerseits und die Zwischentermine andererseits. Daher kann die Vertragsstrafenvereinbarung wegen Überschreitung des Fertigstellungstermins einer gesonderten Inhaltskontrolle unterzogen werden (BGH BauR 1999, 645; 2001, 791).

Die Klausel hält insoweit der Inhaltskontrolle stand. Eine Vertragsstrafe von 0,1 % je Kalendertag ist nicht zu beanstanden. Zwar wird die Gesamthöhe der Vertragsstrafe von maximal 10 % der Abrechnungssumme inzwischen von der Rechtsprechung als unangemessen hoch angesehen. Insoweit kommt der Beklagten jedoch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.01.2003 (BGHZ 153, 311) Vertrauensschutz zu.

c) Die Klägerin hat indes die Vertragsstrafe nicht verwirkt.

Allerdings hat sie den zunächst vereinbarten Fertigstellungstermin vom 23.12.1999 nicht eingehalten. Dieser wurde aber durch den zweiten Nachtrag vom 22.11.1999 hinfällig.

Zwar behauptet die Beklagte, der zweite Nachtrag hänge mit der Hauptleistung nicht zusammen. Tatsächlich haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom

12.03.2004 unstreitig gestellt, dass mit dem zweiten Nachtrag vom 22.11.1999 (Anlage B 5) keine Leistung der Klägerin modifiziert, sondern vollumfänglich eine weitere Leistung der Klägerin in Auftrag gegeben worden sei. Weiter heißt es jedoch im Protokoll, dass mit der Vereinbarung vom 22.11.1999 die noch offene Vereinbarung zu den beiden Vertragsvarianten aus der Bauberatung vom 30.09.1999 (Anlage K 7) geschlossen worden sei. Dies betraf die Problematik Elektromotoren im Mischbehälter 2, die offensichtlich im Rahmen des Hauptauftrags aufgetreten war. Dies wird untermauert durch die in dem Nachtrag vom 22.11.1999 enthaltene Position "abzüglich veranschlagter Preis für die Umrüstung eines Mischermotors laut Bauvertrag vom 20.07.1999, (entspricht 1/2 des Pauschalpreises von 9.000,00 DM für die Umrüstung von zwei Motoren)". Daraus erschließt sich, dass der zweite Nachtrag jedenfalls auch den Hauptauftrag modifizierte, da nunmehr statt der Umrüstung eines Mischermotors gemäß dem Hauptvertrag ein neuer Motor zu liefern war. Nachdem die Lieferzeit gemäß dem dem zweiten Nachtrag zugrunde liegenden Angebot ca. 12 Wochen betrug (siehe Anlagenkonvolut K 1), war der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin mit dem zweiten Nachtrag hinfällig. Einen neuen Fertigstellungstermin, auf den die Beklagte ihr Vertragsstrafenbegehren stützen könnte, vereinbarten die Parteien nicht. Eine solche Vereinbarung kann nicht durch die einseitige Fristsetzung durch die Beklagte ersetzt werden.

Die Behauptung der Beklagten, in einem Telefonat vor Annahme des Angebots vom 13.11.1999 sei vereinbart worden, dass es bei dem Termin 23.12.1999 verbleibe, hat die Klägerin im Schriftsatz vom 06.05.2004 (GA 208) bestritten und behauptet, es sei keine andere Lieferfrist verlangt worden. Da die Beklagte in dem Annahmeschreiben "um schnellstmögliche Lieferung und Montage" bittet, erschließt sich aus den vorliegenden Urkunden, deren Vollständigkeit und Richtigkeit vermutet wird, dass es nicht bei dem ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin verbleiben sollte. Daran ändert nichts, dass die Klägerin nach dem Vortrag der Beklagten die Nachtragsleistung bereits vor diesem Termin erbrachte.

2. Die Beklagte kann von der Werklohnforderung der Klägerin keinen Gewährleistungseinbehalt vornehmen. Die entsprechende Vertragsklausel in Ziffer 12 hält als Allgemeine Geschäftsbedingung einer Inhaltskontrolle nicht stand.

a) Wie schon die Vertragsstrafenklausel stellt auch die Klausel über den Gewährleistungseinbehalt eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten dar. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen.

b) Die Bestimmung hält einer Inhaltskontrolle nicht stand, da sie vorsieht, dass der Gewährleistungseinbehalt nur durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann (BGH BauR 2005, 539; 2007, 1575). Einen Vertrauensschutz in Bezug auf diese Klausel kann die Beklagte nicht beanspruchen. Der BGH hat bereits 1997 (BGHZ 136, 27), also vor dem streitgegenständlichen Vertrag, entschieden, dass eine derartige Klausel einer Inhaltskontrolle nicht standhält.

3. Aufgrund der vom Landgericht zutreffend festgestellten Mängel der Werkleistung der Klägerin kann die Beklagte nach § 13 Nr. 5 VOB/B einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung beanspruchen. Dies steht dem Grunde nach nicht mehr im Streit.

Die Höhe der erforderlich werdenden Ersatzvornahmekosten schätzt der Senat auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen S. auf 30.278,34 Euro.

Der Sachverständige hat in seinem erstinstanzlich erstellten Gutachten die für die Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten dargestellt und die hierfür anfallenden Kosten zum Zeitpunkt der Begutachtung im Jahr 2006 mit 14.490 Euro netto bemessen. Das Landgericht hat sich dem angeschlossen und die Ausführungen des Sachverständigen seiner Entscheidung zu Grunde gelegt. Zweifel an der Richtigkeit dieses Ausgangspunkts bestehen nicht. Auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils unter Ziffer I. 4. c) wird insoweit Bezug genommen. Entgegen der Behauptung der Beklagten hat der Sachverständige bei den Montagekosten auch den Aufwand für die Ausbauarbeiten berücksichtigt (siehe GA 381 ff.). Die von der Beklagten erstmals im Berufungsrechtszug, insbesondere im Schriftsatz vom 23.02.2012, vorgebrachten Einwände, die vom Sachverständigen S. vorgesehenen Arbeiten seien zu einer Herstellung der Funktionstüchtigkeit der Kunstharzmischanlage nicht geeignet bzw. ausreichend, sind nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Sie betreffen ausschließlich die erstinstanzlichen Ausführungen des Sachverständigen und hätten daher bereits vor dem Landgericht vorgetragen werden können und müssen. Umstände, die die Zulässigkeit des neuen Vorbringens begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Daher bestand auch kein Anlass, in der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2012, in der der Sachverständige S. sein vom Senat eingeholtes Ergänzungsgutachten erläutert hat, der Beklagten Fragen an den Sachverständigen zu gestatten, die nicht sein Ergänzungsgutachten, sondern seine erstinstanzlichen Ausführungen betreffen.

Es war jedoch zu berücksichtigen, dass zum einen seit dem Zeitpunkt der Begutachtung bis zur Entscheidung des Rechtsstreits mehrere Jahre vergangen sind, wovon die Preise für Arbeitskraft und Material nicht unberührt geblieben sind. Zudem ist in dem erstinstanzlichen Sachverständigengutachten dem Umstand, dass die Ersatzvornahme nicht von der Klägerin, sondern von einem Drittunternehmen durchgeführt werden wird, nicht Rechnung getragen worden. In dem deshalb vom Senat eingeholten Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige S. unter Zugrundelegung der statistischen Preissteigerung der Löhne bzw. der jeweiligen Produkte erforderliche Lohn- und Materialkosten in Höhe von 16.652,09 Euro ermittelt. Allerdings hat er in Ziffer 4.3.1.2 seines Ergänzungsgutachtens als Ausgangswert für die Kosten des Mehlsilos mit Reinigungsöffnung und Schutzgitter unzutreffend 1.250,00 Euro statt 1.650,00 Euro, die in seinem Ausgangsgutachten vom 12.06.2006 angesetzt sind, zu Grunde gelegt. Geht man von letzterem Wert aus, ergeben sich für den jetzigen Zeitpunkt Kosten des Mehlsilos in Höhe von 1.904,10 Euro statt vom Sachverständigen errechneter 1.442,50 Euro und damit insgesamt 17.113,69 Euro Lohn- und Materialkosten. Die zusätzlichen Kosten, die durch die Ausführung durch ein Drittunternehmen entstehen, hat er mit 3.200,00 Euro Planungskosten, 10 % für Vertriebsgemeinkosten, 10 % Euro für Risiko und 15 % Euro für geplanten Gewinn veranschlagt.

Der Senat hat keine Bedenken dagegen, dass der Sachverständige die von ihm 2006 ermittelte Lohn- und Materialkosten nunmehr statistisch auf den jetzigen Zeitpunkt hochgerechnet hat, ohne neue Angebote einzuholen. Da die Feststellung der Ersatzvornahmekosten im Rahmen eines Vorschussanspruchs nur durch Schätzung erfolgen kann, sind geringfügige Abweichungen der einen oder der anderen Ermittlungsmethode nicht relevant. Der Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass die von ihm zu

Grunde gelegte Methode relativ zuverlässig sei. Tatsächlich betragen die von der Beklagten vorgebrachten Unterschiede zwischen den ihr tatsächlich angebotenen und den vom Sachverständigen errechneten Preisen für die Pumpe, die Fluidisierdüsen und die zum Perfektionshahn gehörenden pneumatischen Zylinder lediglich bis zu 3 %. Solche Preisdifferenzen lassen sich ohne Weiteres mit den üblichen Preisspannen innerhalb des Marktes erklären. Die erhebliche Abweichung hinsichtlich des Mehlsilos hat der Sachverständige darauf zurückgeführt, dass das Angebot (Anlage BK 11, GA 976) eine größere Blechdicke enthält, als er selbst angefragt hatte. Für den Absperrschieber, den der Sachverständige mit 884,08 Euro berechnet hat, hat die Beklagte ein Angebot über 1.291,00 Euro (Anlage BK 12, GA 977) vorgelegt, das der Sachverständige als plausibel bezeichnet hat. Der Senat berücksichtigt daher die von der Beklagten vorgebrachten höheren Kosten.

Übernachungskosten hat der Sachverständige bereits innerhalb des Arbeitslohns berücksichtigt (Ergänzungsgutachten vom 06.11.2006 unter 4.3, GA 381). Transport- und Reisekosten hat der Sachverständige nicht ansetzen können, da der Sitz des Unternehmens, das die Ersatzvornahme durchführen wird, unbekannt ist. Der Senat stellt daher hierfür eine geschätzte Pauschale in Höhe von 1.300,00 Euro in die Berechnung ein.

Nicht zu beanstanden ist, dass der Sachverständige für die Erstellung der Wartungspläne lediglich 112,70 Euro angesetzt hat. Zwar weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass ein Unternehmen, das die Anlage nicht selbst hergestellt hat, nicht ohne größeren Aufwand Wartungspläne erstellen kann. Die hierfür erforderlichen Vorarbeiten sind indes mit der Planung, für die der Sachverständige 3.200,00 Euro angesetzt hat, abgedeckt, da das die Mängelbeseitigung vornehmende Drittunternehmen hierbei die erforderlichen Kenntnisse erlangen wird.

Die Ersatzvornahmekosten waren nicht in Höhe des von der Beklagten vorgelegten Angebots der A. ... GmbH über 42.519 Euro netto zuzusprechen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die in dem Angebot genannten Kosten tatsächlich zur Mängelbeseitigung erforderlich sind, da die Kalkulation im Einzelnen, etwa hinsichtlich kalkuliertem Arbeitsaufwand und Materialkosten, nicht nachvollziehbar ist, auch wenn der Sachverständige das Angebot als nicht "soweit von der Wirklichkeit weg" bezeichnet hat. Der Nachweis, dass die von dem Sachverständigen ermittelten Kosten nicht auskömmlich sind, ist der Beklagten damit nicht gelungen.

Da die Beklagte unstreitig vorsteuerabzugsberechtigt ist, kann sie die Umsatzsteuer für die Ersatzvornahmekosten nicht verlangen. Diese hat sie zwar an das die Mängelbeseitigung ausführende Unternehmen zu bezahlen. Sie kann sie jedoch im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen, so dass sie nicht dauerhaft mit der Umsatzsteuer belastet ist.

Die bei der Beklagten selbst entstehenden Aufwendungen für die Herstellung des Leistungsverzeichnisses, den Versand von Unterlagen, die Besichtigung der Anlage mit Anbietern, den Vertragsabschluss und die Überwachung der Mängelbeseitigungsarbeiten hat die Beklagte nicht hinreichend beziffert. Der Ansatz einer Pauschale von 10 % der Ersatzvornahmekosten bietet keine ausreichende Grundlage.

Die Ersatzvornahmekosten sind mithin wie folgt zu berechnen:

Lohn- und Materialkosten	17.113,69 Euro
Mehrkosten Absperrschieber	406,92 Euro
Planungskosten	3.200,00 Euro
Pauschale für Reisekosten und Transport	1.300,00 Euro
	22.020,61 Euro
Vertriebsgemeinkosten 10 %	2.202,06 Euro
	24.222,67 Euro
Risiko 10 %	2.422,27 Euro
geplanter Gewinn 15 %	3.633,40 Euro
	30.278,34 Euro

4. Wegen der erstmals im Schriftsatz vom 06.11.2012 behaupteten Mängel der Steuergeräte kann die Beklagte keine Gewährleistungsrechte herleiten, da die Klägerin zu Recht Verjährung eingewandt hat. Die Verjährungsfrist wurde mit zwei Jahren ab Abnahme vereinbart. Diese fand am 09.03.2000 statt, so dass Verjährung am 09.03.2002 eintrat. Eine Hemmung der Verjährung ist für diese Mängel nicht eingetreten. Die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten hemmt die Verjährung nicht für jegliche Mängel, sondern nur für die Streitgegenstand gewordenen. Es ist nicht ersichtlich, dass die übrigen im vorliegenden Prozess geltend gemachten Mängel bzw. Mangelsymptome mit den jetzt behaupteten Fehlfunktionen der Steuergeräte im Zusammenhang stehen und diese daher nach der Symptomtheorie bereits Gegenstand des Rechtsstreits waren.

5. Gegenüber der Restwerklohnforderung kann die Beklagte kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Dies wäre nur der Fall, wenn sie von der Klägerin noch Mängelbeseitigung verlangen könnte. Da sie jedoch Ersatzvornahmekosten verlangt und keine Mängelbeseitigung durch die Klägerin wünscht, kann ihr kein Zurückbehaltungsrecht als Druckmittel zur Durchsetzung der Mängelbeseitigung durch die Klägerin zustehen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Es besteht kein Anlass, die durch die Einholung der Gutachten verursachten Kosten nicht entsprechend der Quote des Obsiegens und Unterliegens aufzuteilen. Ein Fall des § 96 ZPO liegt nicht vor. Das Ergebnis der Begutachtungen ist nicht allein für die Beklagte vorteilhaft, da der Sachverständige die Mängelbeseitigungskosten in wesentlich geringerer Höhe festgestellt hat, als die Beklagte sie behauptet hat. Eine differenzierte Verteilung der Kosten der einzelnen Gutachten ist schon deswegen nicht veranlasst, weil sie sich nicht den Bereichen Mängelfeststellung einerseits und Kostenermittlung andererseits zuordnen lassen. Insbesondere betraf das Ausgangsgutachten des Sachverständigen S. nicht allein die Feststellung der Mängel, sondern auch die Kosten ihrer Beseitigung.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711, § 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben ist.

Für den Streitwert waren der erstinstanzlich ausgeurteilte Betrag von 18.716,35 Euro, die mit der Widerklage begehrte Zahlung von 41.116,51 Euro, der über den in die Berechnung der Widerklageforderung eingestellten Vertragsstrafenanspruch hinaus zur Aufrechnung gestellte Teil der Vertragsstrafe in Höhe von 10.139,02 Euro, die hilfsweise geforderte Umsatzsteuer auf die Ersatzvornahmekosten gemäß dem Angebot der A. ... GmbH in Höhe von 8.078,61 Euro sowie der hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Kostenvorschussanspruch wegen der Mängel der Steuergeräte in Höhe von 4.000 Euro zu berücksichtigen.