

Oberlandesgericht Frankfurt

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 305 Abs. 2; 643 BGB; 406 ZPO

- 1. Die wirksame Einbeziehung der VOB/B setzt voraus, dass der Verbraucher vor oder bei Vertragsschluss Gelegenheit hatte, die VOB/B inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen.**
- 2. Unabhängig davon, inwieweit die Besteller eines Werkes Mitwirkungsobliegenheiten im Sinne des § 642 BGB verletzt haben, setzt § 643 BGB eine Fristsetzung voraus, die erkennen lässt, dass bei einem Untätigbleiben des Bestellers die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft nur noch vom Ablauf der Frist abhängt.**
- 3. Unerheblich für den Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht ist, ob mangelhafte bzw. fehlende Vorarbeiten durch Drittunternehmer einer ordnungsgemäßen Leistungserfüllung der Beklagten entgegenstanden oder bereits erstellte Leistungen der Beklagten durch Dritte nachträglich zerstört wurden. Vor der Abnahme des Werkes verbleibt es auch bei einer Leistungsstörung grundsätzlich bei der Leistungspflicht des Werkunternehmers.**
- 4. Zwar begründete der Umstand, dass ein Sachverständiger zuvor als Privatgutachter der Kläger tätig war, einen Ablehnungsgrund im Sinne des § 406 ZPO (Greger in Zöller, 31. Auflage 2016, § 406 ZPO Rdnr. 8 mwN). Unterlässt eine Partei jedoch die Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes, kann dieser grundsätzlich später auch nicht mehr als Verfahrensfehler im Sinne des § 404 ZPO geltend gemacht werden, sondern stellt lediglich einen bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigenden Umstand dar.**

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.04.2017; Az.: 29 U 169/16

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13.04.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Wiesbaden wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 23.808,36 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hinaus seit dem 01.03.2017 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 880,95 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hinaus seit dem 11.03.2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

I.

Die Kläger haben gegenüber der Beklagten einen Kostenvorschuss in Höhe 24.105,57 € nebst Zinsen für die Beseitigung behaupteter Mangel- und Mangelfolgeschäden aufgrund der Undichtigkeit einer von der Beklagten erstellten Dach- und Dachterrassenabdeckung geltend gemacht. Weiterhin haben die Kläger den Ersatz von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 880,95 € nebst Zinsen geltend gemacht. In zweiter Instanz begehren die Kläger als Hauptforderung Schadensersatz für die Kosten einer vorgenommenen Mangelbeseitigung.

Die Kläger haben zur fachgerechten Abdichtung der streitgegenständlichen Dach- und Dachterrassenflächen insgesamt 27.808,36 € aufgewendet. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus Rechnungsbeträgen der Fa. A vom 01.05.2013 (Rechnung: 1) in Höhe von 3.758,65 € und vom 15.05.2013 (2) in Höhe von 3.037,12 €, einer Rechnung der Fa. B vom 09.12.2013 (Rechnung 3) in Höhe von 903,35 € sowie Rechnungen der Fa. C vom 21.05.2014 (Rechnung Nr. 4) in Höhe von 19.259,23 € und vom 28.10.2014 (Rechnung 5) in Höhe von 850,01 €. Die jeweils berechneten Kosten waren ortsüblich und angemessen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes sowie wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge nimmt der Senat auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug.

Das Landgericht Wiesbaden hat der Klage stattgegeben.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass die Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Kostenvorschuss in der beantragten Höhe gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB hätten. Zwischen den Parteien sei ein BGB-Werkvertrag entstanden, da den Klägern die Vorschriften der VOB/B nicht vorgelegt worden seien.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichtes fest, dass die von der Beklagten durchgeführten Dachdeckerarbeiten sowohl am Hauptdach, dem Dachvorsprung als auch an der Terrasse hinsichtlich der Abdichtung mangelhaft erbracht worden seien und es einer umfangreichen Nachbesserung im Sinne einer Herstellung bedürfe, um die Mängel zu beseitigen.

Soweit die Beklagte einwende, dass sie lediglich eine Notabdichtung vorgenommen habe, führe dies nicht dazu, dass die Beklagte von ihrer Mangelhaftung frei werde. Mit der Aufforderung zur Zahlung der dritten Rate habe die Beklagte zumindest konkludent gegenüber den Klägern zum Ausdruck gebracht, dass die Dachdeckerarbeiten fertiggestellt worden seien. Zu keinem Zeitpunkt habe die Beklagte gegenüber den Klägern mitgeteilt, dass es sich bei den Arbeiten lediglich um eine Notabdichtung handele.

Darüber hinaus könne die Beklagte nicht einwenden, dass die Mängel durch die Kläger mitverursacht worden seien, da diese notwendige Vorgewerke für die Fertigstellung der Abdichtung nicht bzw. nicht fristgerecht zur Verfügung gestellt hätten. Soweit die Beklagte eine schadenstiftende Mitverursachung Dritter an den Mängeln einwende, verbleibe es bei dem Grundsatz, dass der Unternehmer auch für die durch Dritte verursachten Mängel an seinem Gewerk hafte.

Auch dann, wenn es sich um eine Notabdichtung gehandelt hätte, hätte die Beklagte das Haus vor dem Eindringen von Feuchtigkeit schützen müssen. Dies sei nach der durchgeführten Beweisaufnahme nicht der Fall.

Die Kläger hätten die Mängel erstmals mit Schreiben vom 31.12.2012 unter Fristsetzung bis zum 07.01.2013 gerügt. Mit Fristablauf sei das bis dahin bestehende Nacherfüllungsrecht der Beklagten beendet worden und die Kläger zur Selbstvornahme berechtigt. Die letztlich von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung vom 05.01.2013 belege die endgültige und ernsthafte Leistungsverweigerung der Beklagten.

Die von den Klägern vorgetragene voraussichtlichen Kosten entsprächen der Vortragslast, die im Rahmen des § 637 Abs. 3 BGB von den Bestellern als Anspruchsinhaber gefordert werden könnte.

Die vorgerichtlichen Anwaltskosten und Zinsen seien den Klägern als Verzugsschaden zu ersetzen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 29.04.2016 zugestellte Urteil des Landgerichts Wiesbaden am 30.05.2016 Berufung eingelegt und diese am 29.07.2016 begründet.

Die Beklagte wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ist der Ansicht, dass das Landgericht die Aussage des sachverständigen Zeugen Z1 fehlerhaft bewertet habe. Bei der Einvernehmung des sachverständigen Zeugen Z1 vom 17.12.2015 sei von der Beklagten darauf hingewiesen worden, dass es sich bei dem Zeugen Z1 um den Privatgutachter der Kläger handele, der als sachverständiger Zeuge geladen sei, das heißt als Zeuge auftrete. Mit der Wertung der Angaben des sachverständigen Zeugen sowohl im vorgerichtlichen Privatgutachten vom 12.06.2012 als auch in dessen Zeugeneinvernahme vom 17.12.2015 als im Ergebnis schriftliches Gutachten sowie gutachterlicher Feststellungen verstoße das Landgericht gegen formelles Recht. Die Ausführungen des sachverständigen Zeugen Z1 in dessen Privatgutachten vom 12.06.2012 seien Parteivortrag, der von der Beklagten vollumfänglich bestritten sei.

Fehlerhaft sei, dass das Landgericht eine Beweisaufnahme zum Beklagtenvortrag, dass die wiederholten Bedenkenanzeige gegenüber der Firma D GmbH an die Kläger weitergeleitet worden seien, unterlassen habe. Soweit das Landgericht diesen Vortrag als unsubstantiiert bewertet habe, liege hierin entweder ein Verstoß gegen §

139 ZPO oder ein Verstoß gegen das Gebot der Ausschöpfung angebotener Beweismittel.

Nicht nachvollziehbar sei die Auffassung des Gerichts, dass die Bedenkenanzeige der Beklagten vom 17.12.2012 verspätet sei. Die zuvor gerügten Bedenken seien zu diesem Zeitpunkt nach wie vor vorhanden gewesen. Das Werk bzw. Teilgewerk der Beklagten habe nicht fertiggestellt werden können, da wesentliche Vorgewerke zum Teil überhaupt noch nicht erbracht gewesen seien, so dass die Beklagte ihre Leistung nicht habe erbringen können.

Zu Unrecht führe das Gericht aus, dass der Beklagtenvortrag hinsichtlich der Sowiesokosten unsubstantiiert sei. Es sei dargelegt, dass hinsichtlich der Terrasse weder Arbeiten begonnen noch abgerechnet worden seien. Auch fielen zahlreiche gerügte und mit Mangelbeseitigungskosten belegte Teilgewerke nicht in die Verantwortlichkeit der Beklagten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 13.04.2016, Az. 5 O 94/13, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Kläger verteidigen das angegriffene Urteil unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Z2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 13.03.2017 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt. Unschädlich ist, dass die "unbekannt verzogene" Beklagte ihre aktuelle ladungsfähige Anschrift nicht mitteilt (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2005, XI ZR 398/04, zitiert nach juris Rdnr. 10).

Die Berufung ist indes nur zum Teil begründet.

1. Die Kläger haben in der Berufungsverhandlung vom 13.03.2017 nach Hinweisen des Senats auf dessen Zweifel am Bestehen eines Vorschussanspruchs der Sache nach mitgeteilt, dass sie ihren Klageanspruch nunmehr ausschließlich auf Schadensersatz in Höhe bereits angefallener Mangelbeseitigungskosten stützen. Hierin liegt eine Klageänderung, da Klagen auf Zahlung von Vorschuss oder auf Schadensersatz, die jeweils die (voraussichtlichen) Mangelbeseitigungskosten zum Gegenstand haben, unterschiedliche Streitgegenstände haben (OLG Köln, Beschluss vom 12.11.2012, 11 U 146/12). Diese Klageänderung ist nach § 533 ZPO zulässig, da sie sachdienlich ist (vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe, Urteil vom

28.10.2004, 17 U 19/01) und auf Tatsachen gestützt werden kann, die der Entscheidung nach § 529 ZPO zugrunde zu legen sind. Im Übrigen hat sich die Beklagte in der Sitzung vom 13.03.2017 auch rügelos zu der Klageänderung eingelassen, §§ 525, 267 ZPO.

2. Die Kläger haben gegen die Beklagte gemäß der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz für entstandene Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 23.808,36 €.

a) Der Umfang der Pflichten der Beklagten richtet sich nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag. Die Fälligkeit der geschuldeten Leistung bestimmt sich - mangels vereinbarter Termine - nach einer den Umständen des Einzelfalls angemessenen Frist (Sprau in Palandt, 76. Auflage 2017, § 631 Rdnr. 12), welche hier jedenfalls überschritten war.

aa) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass die Parteien die Vorschriften der VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen haben und daher die Vorschriften des BGB für den Umfang der vertraglichen Pflichten zwischen den Parteien maßgeblich sind. Die wirksame Einbeziehung der VOB/B setzt voraus, dass der Verbraucher vor oder bei Vertragsschluss Gelegenheit hatte, die VOB/B inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 09.11.1989, VII ZR 16/89, zitiert nach juris Rdnr. 17; Jansen in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, 4. Auflage 2016, VOB/B Einführung Rdnr. 14). Dass dies erfolgt ist, ist weder vorgetragen noch lässt sich dies aus den vorgelegten Unterlagen entnehmen. Ebenso wenig ist vorgetragen oder ersichtlich, dass der - fachkundige - Architekt der Kläger in die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien eingebunden war.

bb) Die Kündigungserklärung der Beklagten vom 05.01.2013 hat keinen Einfluss auf die Leistungspflichten der Beklagten, da der Beklagten kein Recht zur Vertragskündigung zustand.

Anders als der Besteller kann sich der Unternehmer nur nach § 643 BGB oder aufgrund einer Kündigung aus wichtigem Grund von dem Werkvertrag lösen (vgl. hierzu Voit in Beck'scher Online-Kommentar, 41. Edition, Stand: 01.02.2015, § 643 BGB Rdnr. 9.).

Die Voraussetzungen des § 643 BGB sind hier nicht erfüllt. Unabhängig davon, inwieweit die Kläger Mitwirkungsobliegenheiten im Sinne des § 642 BGB verletzt haben, setzt § 643 BGB eine Fristsetzung voraus, die erkennen lässt, dass bei einem Untätigbleiben des Bestellers die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft nur noch vom Ablauf der Frist abhängt (Sprau in Palandt, 76. Auflage 2017, § 643 BGB Rdnr. 2). An einer solchen Fristsetzung fehlt es. Zwar enthält das Schreiben der Beklagten vom 17.12.2012 eine Fristsetzung, dass mit dem Ablauf dieser Frist indes mehr als ein Annahmeverzug der Kläger im Sinne des § 642 BGB begründet werden sollte, ist aus dem Schreiben nicht ersichtlich.

Auch tragen die im Schreiben vom 05.01.2013 aufgeführten Gründe keine Kündigung aus wichtigem Grund. Soweit die Kündigung mit einer mangelhaften Mitwirkung der Kläger begründet wird, ist grundsätzlich eine Fristsetzung nach § 643 BGB erforderlich. Soweit die Beklagte hier die Beschädigung ihres Gewerkes durch Dritte bzw. eine Beauftragung eines Fremdhandwerkers rügt, besteht hierin vorliegend kein Kündigungsgrund. Es ist nicht nachvollziehbar, dass eine Beschädigung der Abdichtung durch das Setzen der Satellitenanlage das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig erschüttert hat, zumal die

Kläger die Beklagte für die Beseitigung der diesbezüglichen Beschädigungen bezahlten. Hinsichtlich der Beauftragung eines Fremdunternehmers ist zwar unstreitig, dass die Fa. A zwischen dem Schreiben vom 17.12.2012 und dem 05.01.2013 auf dem streitgegenständlichen Dach tätig geworden ist, mehr als eine Bestandsaufnahme und eine partielle Notabdichtung hat die Fa. A indes nicht vorgenommen. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass ihr Gelegenheit zur Vornahme dieser Notabdichtung hätte gegeben werden müssen, ist dies nicht zutreffend. Im Schreiben vom 17.12.2012 hat die Beklagte ausdrücklich ihre Nichterreichbarkeit zwischen vom 17.12.2012 und dem 06.01.2013 mitgeteilt. Eine Fristsetzung zur Vornahme von Notmaßnahmen in diesem Zeitraum war daher aus Sicht der Kläger zwecklos.

cc) Weiterhin unerheblich für den Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht ist, ob mangelhafte bzw. fehlende Vorarbeiten durch Drittunternehmer einer ordnungsgemäßen Leistungserfüllung der Beklagten entgegenstanden oder bereits erstellte Leistungen der Beklagten durch Dritte nachträglich zerstört wurden. Vor der Abnahme des Werkes verbleibt es auch bei einer Leistungsstörung grundsätzlich bei der Leistungspflicht des Werkunternehmers (vgl. hierzu OLG Celle, Urteil vom 18.03.2010, 6 U 108/09, zitiert nach juris Rdnr. 14; Sprau in Palandt, 76. Auflage 2017, § 645 BGB Rdnr. 2; Voit in Beck'scher Online-Kommentar, 41. Edition, Stand: 01.02.2015, § 633 BGB Rdnr. 23).

c) Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beklagte ihre vertragliche Hauptleistungspflicht nicht wie geschuldet erbracht hat.

Das Landgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme im Ergebnis festgestellt, dass die Abdichtung sowohl im Hauptdach wie am Dachvorsprung und der Terrasse nicht den Fachregeln entsprach, weder ausreichend gegen den Windsog gesichert noch an den Rändern ordnungsgemäß verklebt noch dort eine entsprechende Abdichtung vorgenommen worden war, wo aufstehende Aufbauten vorhanden waren. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Seiten 10 bis 12 des angegriffenen Urteils verwiesen. Gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts bestehen hier keine Bedenken. Soweit die Beklagte rügt, dass das Landgericht Ausführungen des Sachverständigen Z1 als Sachverständigenbeweis gewürdigt hat, ist dies vorliegend nicht zu beanstanden. Innerhalb der Vernehmung des Sachverständigen Z1 hat das Landgericht zum Ausdruck gebracht, dass es den Sachverständigen Z1 nicht nur entsprechend der Ladung vom 07.07.2015 als Zeugen, sondern auch als Sachverständigen vernimmt. Zwar begründete der Umstand, dass der Sachverständige Z1 zuvor als Privatgutachter der Kläger tätig war, einen Ablehnungsgrund im Sinne des § 406 ZPO (Greger in Zöllner, 31. Auflage 2016, § 406 ZPO Rdnr. 8 mwN), eine Ablehnung hat die Beklagte indes trotz der Kenntnis der maßgeblichen Umstände nicht geltend gemacht. Unterlässt eine Partei jedoch die Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes, kann dieser grundsätzlich später auch nicht mehr als Verfahrensfehler im Sinne des § 404 ZPO geltend gemacht werden, sondern stellt lediglich einen bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigenden Umstand dar (Greger in Zöllner, 31. Auflage 2016, § 406 ZPO Rdnr. 16 mwN). Es ist weiter nicht zu beanstanden, dass das Landgericht den Ausführungen des Sachverständigen Z1 gefolgt ist. Dies zumal die Ausführungen des Sachverständigen Z1 von den übrigen Beweismitteln, insbesondere von den Feststellungen des Sachverständigen E bestätigt werden.

Dass die Beklagte ihre Hauptpflichten aus dem Werkvertrag vollständig erfüllt hat, hat diese zudem selbst nicht behauptet, sondern sich gerade darauf berufen, dass das abgelieferte Werk nicht vollständig erbracht war.

d) Die Kläger haben der Beklagten nach der Fälligkeit der Werkleistung auch eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt.

Zutreffend hat das Landgericht hierzu ausgeführt, dass bereits die Mängelrüge des Klägers vom 31.12.2012 mit einer Fristsetzung bis zum 07.01.2013 verbunden war. Dass diese Frist aufgrund des den Klägern bekannten Weihnachtsurlaubes der Beklagten gegebenenfalls zu kurz bemessen war, ist schon daher unerheblich, da in der Kündigungserklärung der Beklagten vom 05.01.2013 eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung zu sehen ist. Zudem liegt eine erneute Mängelrüge mit Fristsetzung bis zum 08.03.2013 in dem Schreiben des Klägervertreters vom 14.02.2013.

e) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass die Pflichtverletzung nicht von ihr zu vertreten sei.

aa) Grundsätzlich muss das Vertretenmüssen zu dem Zeitpunkt vorliegen, zu dem die objektiven Voraussetzungen des Haftungstatbestandes erfüllt sind. Hinsichtlich des Schadensersatzes statt der Leistung ist dies der Zeitpunkt des Fristablaufes (Unberath in Beck'scher Online-Kommentar, 41. Edition, Stand: 01.03.2011, § 280 Rdnr. 32). Dementsprechend steht eine mögliche zwischenzeitliche Beschädigung des Werkes durch Dritte der Annahme eines Vertretenmüssens zum maßgeblichen Zeitpunkt hier nicht entgegen.

bb) Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass der fachgerechten Erstellung ihres Werkes zum Zeitpunkt der von den Klägern gesetzten Frist entgegenstand, dass die notwendigen Vorgewerke fehlerhaft bzw. noch nicht erbracht worden waren, hat die Beklagten den ihr obliegenden Beweis nicht führen können.

Die Beklagte hat zum Beweis des Baustandes der Vorgewerke zum maßgeblichen Zeitpunkt den Zeugen Z2 angeboten, den der Senat gehört hat. Auf Grundlage der Aussage des Zeugen Z2 konnte der Senat indes keinen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit über den Baustand der Vorgewerke erlangen, der Zweifeln Schweigen gebietet.

Die Aussage des Zeugen war geprägt von einem starken wirtschaftlichen Eigeninteresse. Der Vertragsschluss, die Bearbeitung und die Rechnungstellung für die streitgegenständlichen Dachdeckerarbeiten erfolgten erkennbar maßgeblich durch den Zeugen Z2. Der Zeuge führte aus, dass er den Vertrag an die Beklagte vermittelt habe, da er sich selbst seit dem Jahr 2010 in Insolvenz befände und seitdem unter anderem für die Beklagte beratend tätig sei. Schon hieraus folgt, dass der Beklagte unmittelbar am wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg des streitgegenständlichen Bauvorhabens partizipiert. Bestätigt wird dies auch durch die Formulierung der zahlreichen Schreiben des Zeugen an die Kläger während der Durchführung der Bauarbeiten. In mehreren dieser Schreiben ist die Beklagte noch nicht einmal als Auftragnehmerin angeführt. Soweit die Beklagte angeführt ist, ist regelmäßig ein Verweis auf die technische Leitung des Zeugen vorhanden. Auffällig ist insoweit auch, dass die gegenüber den Klägern angegebene Anschrift der GbR mit der damaligen und jetzigen Wohnanschrift des Zeugen Z2 identisch ist.

Aufgrund des starken wirtschaftlichen Eigeninteresses des Zeugen ist dessen Aussage hier nicht gewichtiger als ein qualifizierter Parteivortrag zu bewerten. Dies ist aber hier nicht ausreichend, um dem Senat die erforderliche Gewissheit zu verschaffen.

Da der von der Beklagten behauptete Baustand der Vorgewerke zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht als erwiesen angesehen werden kann, bedurfte es auch keiner ergänzenden Begutachtung durch den Sachverständigen E zu der Frage, ob der Baustand der Vorgewerke einer ordnungsgemäßen Leistungserfüllung durch die Beklagte entgegenstand.

f) Als Rechtsfolge können die Kläger die unstreitig angefallenen Mangelbeseitigungskosten verlangen, wobei sie sich im Rahmen einer Berechnung nach der Differenzmethode die von ihnen noch geschuldete Gegenleistung für die Fertigstellung der Dachterrasse anrechnen lassen müssen. Im Ergebnis verbleibt daher ein Anspruch in Höhe von 23.808,36 € (27.808,36 € - 4.000,- €).

3. a) Der Zinsanspruch ergibt sich für die Hauptforderung ab dem 01.03.2017 aus den §§ 291, 288 BGB. Die im Schriftsatz vom 22.02.2017 enthaltene Klageänderung ist dem Prozessbevollmächtigten am Freitag, den 24.02.2017, zugesandt worden. Unter Berücksichtigung des anschließenden Wochenendes und einer üblichen Postlaufzeit ist davon auszugehen, dass diese spätestens am 28.02.2017 zugegangen und damit zugestellt worden ist.

Ein früher zu verzinsender Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses gemäß § 637 Abs. 1 und 3 BGB stand den Klägern nicht zu. Grundsätzlich kann der Besteller seine Mangelrechte gemäß § 634 Nr. 2 bis Nr. 4 BGB erst nach der Abnahme geltend machen, welche hier unstreitig nicht erfolgt ist. Das Verlangen eines Kostenvorschusses durch den Besteller begründet auch kein Abrechnungsverhältnis, bei dem das Vorliegen einer Abnahme entbehrlich wäre. Dies, da durch das Verlangen eines Kostenvorschusses das Recht des Bestellers auf (Nach-) Erfüllung nicht beschränkt wird (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 19.01.2017, VII ZR 301/13, zitiert nach juris Rdnr. 45). Vorliegend ist auch nicht erkennbar, dass das Recht der Kläger auf (Nach-) Erfüllung bis zur Rechtshängigkeit ihres Begehrens auf Schadensersatz anderweitig beschränkt und damit ein Abrechnungsverhältnis begründet worden sein könnte.

b) Der Anspruch der Kläger auf Erstattung ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in der geltend gemachten Höhe ergibt sich aus den §§ 280 Abs. 1, 286 BGB. Die Beklagte befand sich bereits vor der vorgerichtlichen Beauftragung des Beklagtenvertreters mit der Erbringung einer mangelfreien Werkleistung in Verzug. Der Zinsanspruch hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus den §§ 280 Abs. 1, 286, 288 BGB.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung bzgl. der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes nicht erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).