

KG

Urteil

vom 18.05.2016

26 U 56/05

BGB § 640; VOB/B § 4 Abs. 3, §§ 12, 13, 14; ZPO § 592

1. Der Auftragnehmer haftet trotz Bedenkenanmeldung für Mängel an einer Fassade, wenn er durch eine spezielle Befestigungs konstruktion auf der Unterseite der Verkleidungselemente sowie durch Verklebungen (erfolglos) versucht, von ihm festgestellte Verformungen auszugleichen.

2. Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers wird fällig, wenn er seine Leistung ohne wesentliche Mängel erbracht hat und der Auftraggeber die Abnahme (grundlos) verweigert (Anschluss an BGH, IBR 1996, 226).

3. Der Auftragnehmer, dessen Leistung noch nicht abgenommen ist und der die Abnahme und Bezahlung seiner Arbeiten verlangt, trägt die Beweislast dafür, dass die Leistung abnahmefähig ist. Es obliegt jedoch dem Auftraggeber, vorzutragen, dass und welche Mängel einer Abnahmefähigkeit entgegenstehen.

4. In einem VOB-Vertrag finden die für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs maßgeblichen Vorschriften der § 634 Abs. 1, § 635 BGB keine Anwendung.

5. Ein in einem selbstständigen Beweisverfahren erstelltes Gutachten eines Sachverständigen ist nicht als Urkundenbeweis im Rahmen des Urkundenprozesses anzusehen, wenn es eine an sich durchzuführende Beweisaufnahme ersetzen soll (BGH, IBR 2008, 121).

KG, Urteil vom 18.05.2016 - 26 U 56/05

vorhergehend:

LG Berlin, 30.03.2005 - 22 O 429/04

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 24.01.2018 - VII ZR 153/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

...

hat der 26. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 2015 durch den Vorsitzenden ### am Kammergericht ### und die Richter am Kammergericht ### und ###

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 30. März 2005 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 22 O 429/04 - teilweise geändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Im Übrigen wird die weitergehende Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen,

Das Landgericht habe den streiterheblichen Sachverhalt nur unzureichend und fehlerhaft erfasst, insbesondere vertragliche Vereinbarungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils unzutreffend dargestellt. Darüber hinaus habe es bei der Verwertung des in dem zu 103 OH 2/99 des Landgerichts Berlin geführten selbstständigen Beweisverfahren erstellten Gutachtens des

Sachverständigen M. unberücksichtigt gelassen, dass das selbstständige Beweisverfahren noch nicht abgeschlossen gewesen und ein Ergänzungsgutachten des Sachverständigen beantragt worden sei. Entgegen der Auffassung des Landgerichts seien die von der Klägerin im Zusammenhang mit der Montage der Atriumverkleidung erbrachten Leistungen insgesamt völlig unbrauchbar gewesen und mangels Abnahme und Abnahmefähigkeit nicht zu vergüten. Insbesondere sei auch die Unterkonstruktion nicht verwendbar gewesen, weshalb im Zuge der von der Beklagten durchgeführten Sanierungsarbeiten die Wandplatten auf einer konstruktiv anderen Unterkonstruktion hätten angebracht werden müssen. Die der Klägerin gesetzten Fristen zur Mangelbeseitigung seien angemessen, wenn nicht sogar entbehrlich gewesen.

Im Bereich der Trockenbauarbeiten sei die klägerische Leistung entgegen der Auffassung des Landgerichts mangelhaft und unvollständig gewesen. Insbesondere fehlten jegliche Dokumentationsunterlagen. Der Auftragswert habe insoweit allenfalls 294.268,16 DM betragen, unter Berücksichtigung von Zahlungen, Verrechnungen, Skonti und Avalprovisionen sowie des Gewährleistungseinbehalts könne die Klägerin selbst bei mangelfreier Leistung lediglich noch 15.247,33 Euro (29.821,19 DM) verlangen. Die Widerklage sei im Urkundenprozess hinreichend begründet gewesen.

Soweit die Beklagte zunächst wegen behaupteter Mängel im Bereich der Trockenbauarbeiten ergänzend ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat, hat sie mit Schriftsatz vom 21. September 2015 (Band VII Bl. 149 d. A.) hiervon Abstand genommen und erklärt nunmehr die hilfsweise Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch i. H. v. 32.029,88 Euro.

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 30.03.2005 (22.O.429/04)

1. die Klage abzuweisen;
2. im Wege der Widerklage im Urkundenprozess die Klägerin zur Zahlung von 759.780,74 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Widerklage auf den Betrag von 311.839,58 Euro und seit Zustellung der Erhöhung der Widerklage auf den Betrag von 447.940,60 Euro zu verurteilen;
3. die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt - teilweise im Wege der Anschlussberufung -

1. die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des LG Berlin vom 30.03.2005 (Az.: 22 O 429/04) zurückzuweisen;
2. das Endurteil des LG Berlin vom 30.03.2005 dahin abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, weitere 57.143,44 Euro nebst 10,75 % Zinsen hieraus seit Zustellung der Anschlussberufungsschrift zu zahlen.

Die Klägerin tritt der Berufung entgegen und verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es zu ihren Gunsten ergangen ist. Sie widerspricht den von der Beklagten vorgenommenen Verrechnungen und Skontoabzügen. Die im Bereich der Trockenbauarbeiten gerügten Mängel

beträfen keine von ihr ausgeführten Arbeiten, die Gegenstand der streitgegenständlichen Abrechnungen gewesen seien.

Zu Unrecht habe das Landgericht von ihren Vergütungsansprüchen einen Sicherheitseinbehalt abgezogen, da auch nach dem Verständnis des Landgerichts zum Zeitpunkt der Entscheidung die Gewährleistungsfristen bereits verstrichen gewesen seien. Darüber hinaus habe das Landgericht fälschlich Abzüge i. H. v. 3.562,42 Euro von zwei Regierechnungen vorgenommen, da der dort genannte Mitarbeiter entgegen der Meinung des Landgerichts tatsächlich Facharbeiter gewesen sei.

Der Senat hat gemäß Beschluss vom 16. Januar 2013 (Band VII Bl. 2 d. A.) Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. Snnnnnnnnn Dnnn . Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Gutachtens vom 24. Juli 2015 (Aktenbeistück) verwiesen.

Die Akten des selbstständigen Beweisverfahrens 103 OH 2/99 des Landgerichts Berlin lagen zu Beweiszwecken vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die nach § 511 Abs. 1 ZPO statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig, da sie gem. §§ 517, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden ist. Ebenso ist die Anschlussberufung der Klägerin nach § 524 Abs. 2 und 3 ZPO zulässig, da sie innerhalb der Berufungserwiderungsfrist eingelegt und begründet worden ist.

III.

Die Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg und führt zur Abweisung der Klage insgesamt; dem gegenüber bleibt die Anschlussberufung der Klägerin erfolglos g(A.). Hinsichtlich der Widerklage hat die Berufung der Beklagten indes keinen Erfolg (B.).

A.

Der Klägerin stehen nach dem Ergebnis der im selbstständigen Beweisverfahren 103 OH 2/99 des Landgerichts Berlin und der durch den Senat durchgeführten Beweisaufnahme keine Ansprüche auf Zahlung von Werklohn nach § 631 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung i. V. m. §§ 2, 16 Nr. 3 der in den Vertrag einbezogenen VOB/B 1998 aus den beiden mit der Beklagten geschlossenen streitgegenständlichen Bauverträgen mehr zu.

(a) Der Klägerin steht für die im Zusammenhang mit dem Nachunternehmervertrag vom 3./5. März 1999 erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit der Montage der Atriumverkleidung des Gebäudes P. unter Berücksichtigung von Nachtrags- und Regiearbeiten allenfalls ein anteiliger Werklohnanspruch i. H. v. 1.080.270,14 DM gegen die Beklagte zu. Dieser Anspruch ist bereits in voller Höhe durch im Umfang von 1.486.001,96 DM von der Beklagten geleistete Abschlagszahlungen ausgeglichen.

(aa) Für die Feststellung des noch offenen Vergütungsanspruchs aus Vertrag über die Arbeiten zur Verkleidung der Atriumsfassade bedarf es letztlich keiner Entscheidung, ob der Nachunternehmervertrag der Parteien vom 3./5. März 1999 (Anlage K1, Band I Bl. 17 ff. d. A.) von der Beklagten nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B 1998 i. V. m. § 4 Nr. 7 VOB/B 1998 wirksam außerordentlich gekündigt werden konnte.

Auch im Falle einer Kündigung lediglich nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B 1998 kann die Klägerin keine weitere Vergütung verlangen, da sie sich nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B 1998 auf ihren Vergütungsanspruch diejenigen Kosten anrechnen lassen muss, die sie durch die vor vertragsgemäßer Fertigstellung der Leistung ausgesprochene Kündigung erspart hat.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen M. im selbstständigen Beweisverfahren 103 OH 2/99 in dessen Erstgutachten vom 4. Juli 2000 war die Holzverkleidung des Atriums insgesamt mangelhaft ausgeführt. Insbesondere wiesen die für die Verkleidung verwendeten Platten Abplatzungen und Quetschungen auf, das ausgeführte System war nicht geeignet, einzelne Platten zerstörungsfrei für etwaige Arbeiten hinter dem Platten zeitweilig auszubauen und war nicht in der Lage, Verformungen an den Platten auszugleichen. Der Sachverständige hat insoweit zwar zunächst ausgeführt, dass die Unterkonstruktion, auf der die Holzpaneele befestigt werden sollen, neu anzubringen ist (S. 10 f. des Erstgutachtens), sich im Rahmen seiner anschließenden, ergänzenden, Stellungnahmen dahin geäußert, dass die von der Klägerin eingebrachte Unterkonstruktion grundsätzlich im Rahmen einer Sanierung der Holzverkleidung hätte weiter verwendet werden können (zuletzt klarstellend in seinem Ergänzungsgutachten vom 2. März 2009 [S. 18 unter 7.]).

Die in Bezug auf die Montage der Holzpaneele festgestellten Mängel hat die Klägerin auch zu vertreten. Sie kann sich nicht darauf berufen, dass die bauseits gestellten Verkleidungselemente bereits nicht für die Montage einer Holzverkleidung geeignet gewesen seien und aufgrund unsachgemäßer Lagerung bereits Vorschäden aufgewiesen hätten, was der Beklagten auch nach § 4 Nr. 3 VOB/B 1998 angezeigt worden sei.

Der Senat sieht allerdings mit dem Landgericht das als Anlage K16 eingereichte Schreiben der Klägerin vom 16. März 1999 als zunächst hinreichende Bedenkenanmeldung i. S. d. §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B 1998 an. Auch ist diese Bedenkenanmeldung eindeutig von der Beklagten mit Schreiben vom 17. März 1999 (Anlage K17), in welchem die Beklagte erklärt, die von der Klägerin unter dem 16. März 1999 dargestellte Problematik liege ausschließlich in deren Verantwortungsbereich, zurückgewiesen worden. Diese Bedenkenanmeldung entlastet die Klägerin jedoch nicht. Die Klägerin hat sodann versucht, durch eine spezielle Befestigungskonstruktion auf der Unterseite der Platten sowie durch Verklebungen die von ihr festgestellten Verformungen auszugleichen, was schließlich zu einem mangelhaften Gesamtzustand der Fassade geführt hat.

Der Senat übersieht dabei nicht, dass beide Parteien letztlich unter dem Druck der Bauherrin standen, zum Abnahme- und Übergabezeitpunkt eine homogen erscheinende Verkleidung erstellt zu haben, während, wie der Sachverständige M. überzeugend ausgeführt hat, die Plattenverkleidung sich zunächst über einen gewissen Zeitraum hätte "setzen" müssen. Durch die von ihr gewählte Methode der Paneelaufhängung hat die Klägerin jedoch, wie der Sachverständige M. überzeugend ausgeführt hat, einen Zustand herbeigeführt, der so von der Beklagten nicht hingenommen werden musste und der Nachbesserung bedurfte.

Die Klägerin muss sich, da die Anbringung der Wandpaneele unbrauchbar war, so behandeln lassen, als hätte sie diese Teilleistung aus dem Nachunternehmervertrag vom 3./5. März 1999 gar

nicht erbracht.

(bb) Dagegen sind die auf die Herstellung der Unterkonstruktion entfallenden Teilleistungen der Klägerin nach dem Ergebnis der im selbstständigen Beweisverfahren durchgeführten Beweisaufnahme als brauchbar und an sich geeignet, die Wandpaneele aufzunehmen, anzusehen.

Soweit der Sachverständige M. in seinem Ausgangsgutachten vom 4. Juli 2000 noch auf S. 10 f. davon ausgegangen war, dass auch die Unterkonstruktion auszutauschen sei, hat er in seinen Ergänzungsgutachten vom 22. März 2002 (S. 20, 24) und vom 14. Juli 2005 (S. 13, 18 f.) nach entsprechenden Vorhalten der Klägerin ausgeführt, dass keine Notwendigkeit bestanden habe, die Unterkonstruktion, die den Vorgaben des Herstellers der Paneele entspreche, zurückzubauen. Nach seinen Angaben hätte sich bei Weiterverwendung der von der Klägerin errichteten Unterkonstruktion lediglich ein höherer Montageaufwand ergeben (S. 19 des Gutachtens vom 14. Juli 2005).

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte im Rahmen der Neuherstellung der Atriumverkleidung die von der Klägerin hergestellte Unterkonstruktion komplett ersetzt hat. In seinem Ergänzungsgutachten vom 22. März 2002 hat der Sachverständige M. ausgeführt, dass die neue Unterkonstruktion zwar ebenfalls geeignet sei, unabhängig hiervon aber das letztlich von der Bauherrin geforderte homogene Erscheinungsbild der Atriumverkleidung auch durch den Neubau der Verkleidung nicht hergestellt werden können, zumal ein einheitliches Erscheinungsbild der Holzmaserung unmöglich hergestellt werden könne und das Beleuchtungskonzept - wie durch entsprechende Fotografien nachdrücklich dokumentiert - ein homogenes Erscheinungsbild der Atriumverkleidung ausschließe. Er hat aber auch deutlich gemacht, dass das nach Neuherstellung der Atriumverkleidung vorgefundene optische Erscheinungsbild auch unter Weiterverwendung der von der Klägerin bereitgestellten Unterkonstruktion hätte hergestellt werden können.

(cc) Die Parteien haben für die Atriumverkleidung in dem Nachunternehmervertrag vom 3./5. März 1999 eine pauschale Vergütung i. H. v. 1.500.000,00 DM vereinbart. Die Klägerin hat diese Pauschalvergütung mit Schriftsatz vom 20. Januar 2012 (Band VI Bl. 85 ff. d. A.) dahin erläutert, dass auf den Angebotspreis von 1.455.033,00 DM netto ein anteiliger Betrag von 605.733,66 DM entfallen sei. Da die Parteien einen den Angebotspreis um 3,09 % übersteigenden Betrag auf pauschal 1.500.000,00 DM netto erhöht hatten, entfällt eine anteilige Vergütung von 624.450,83 DM auf die Herstellung der Unterkonstruktion.

Da die Anbringung der Paneele nicht brauchbar war und die Klägerin diese auf jeden Fall neu hätte montieren müssen, hat sie Aufwendungen i. H. des übersteigenden Betrages von 875.549,17 DM netto i. S. v. § 8 Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 VOB/B 1998 erspart. Ihr Vergütungsanspruch aus dem Vertrag vom 3./5. März 1999 beträgt deshalb lediglich 624.450,83 DM netto oder 724.362,96 DM (370.360,90 Euro) brutto bei Heranziehung des damaligen MWSt-Satzes von 16 %.

(dd) Aus den im Zusammenhang mit der Montage der Atriumverkleidung erteilten Regie- und Nachtragsaufträgen kann die Klägerin weitere 306.816,53 DM netto (138.558,35 DM + 168.258,16 DM) verlangen.

Das Landgericht hat insoweit zutreffend ausgeführt (UA S. 23, 24), dass es hinsichtlich dieser Vergütungsansprüche bereits an einem konkreten Bestreiten durch die Beklagte gefehlt habe. Die Beklagte hat lediglich in der Klageerwiderung vom 4. Oktober 2004 (Band I Bl. 222 d. A.) ausgeführt, das Vorbringen der Klägerin sei insoweit nicht schlüssig. Ein konkretes Bestreiten

einzelner Arbeiten ist erst mit der Berufungsbegründung der Beklagten vom 8. August 2005 erfolgt (Band III Bl. 246 ff. d. A.).

Diese Vorbringen war nach § 531 Abs. 2 ZPO jedoch nicht zuzulassen. Insbesondere kann sich die Beklagte hinsichtlich ihres erst im zweiten Rechtszug erfolgten teilweisen Bestreitens nicht auf § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO berufen. Selbst wenn die Beklagte den Sachvortrag der Klägerin zu erteilten Nachtrags- und Stundenlohnarbeiten als unsubstanziert ansah, hätte es der prozessualen Sorgfalt und der sich aus § 138 ZPO ergebenden Wahrheitspflicht entsprochen, tatsächlich streitige Nachtrags- und Regieaufträge jedenfalls pauschal zu bestreiten. Erst dann wäre die Klägerin gehalten gewesen, näher und unter Beweisantritt hierzu vorzutragen. Die sich aus § 139 ZPO ergebende prozessuale Aufklärungspflicht des Gerichts geht jedoch nach Auffassung des erkennenden Senats nicht so weit, dass der Tatrichter die Partei darauf hinweisen muss, was er als Sachvortrag für eine erfolgreiche Rechtsverteidigung ansieht.

(ee) Insgesamt berechnet sich der klägerische Vergütungsanspruch hinsichtlich der Arbeiten an der Atriumfassade und die sich daraus ergebende Schlussrechnungssumme deshalb allenfalls - unter der Voraussetzung, dass die Kündigung des Vertrages von 3./5. März 1999 nicht als außerordentliche Kündigung gerechtfertigt war - wie folgt:

Hauptauftrag: 624.450,83 DM
Regiearbeiten: 138.558,35 DM
Nachträge: 168.258,18 DM
Summe netto: 931.267,36 DM
Summe brutto bei 16 % MwSt.: 1.080.270,14 DM

Hierauf hat die Beklagte nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils (UA S. 24) unstreitig jedenfalls 1.486.001,96 DM gezahlt. Somit ergibt sich hinsichtlich der Arbeiten an der Atriumfassade eine Überzahlung von jedenfalls 405.731,82 DM (207.447,38 Euro), weshalb die Klägerin aus diesen Arbeiten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr eine weitere Vergütung fordern kann.

(b) Auch aus dem Bauvertrag vom 8./15. Februar 1999 über Trockenbauarbeiten (Anlage K11, Band I Bl. 76 ff. d. A.) sowie den im Zusammenhang damit beauftragten Regiearbeiten stehen der Klägerin im Ergebnis Vergütungsansprüche nicht mehr zu. Der sich aus § 14 VOB/B i. V. m. § 631 BGB ergebende Vergütungsanspruch der Klägerin i. H. v. insgesamt 306.051,79 DM (vgl. LG UA S. 30) ist durch Abschlagszahlungen und die hilfsweise erklärte Aufrechnung der Beklagten mit Überzahlungen aus dem Auftrag über die Montage der Atriumverkleidung erloschen.

(aa) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der anteilige Vergütungsanspruch der Klägerin fällig ist.

Die nach § 14 VOB/B 1998 prüfbar abgerechnete Leistung der Klägerin war abnahmefähig i. S. v. § 12 Nr. 1 VOB/B 1998 erbracht, da wesentliche, die Abnahmefähigkeit der Leistung hindernde Mängel nicht hinreichend dargetan worden sind.

Soweit die Beklagte einwendet, der Fälligkeit der Vergütung stehe bereits entgegen, dass gem. Ziff. 11 des Verhandlungsprotokolls vom 21./26. Januar 1999 (Anlage K14, Band I Bl. 83 ff. d. A.) eine förmliche Abnahme der klägerischen Leistungen, die unstreitig nicht erfolgt ist, gefordert war, kann sie die nicht erfolgte förmliche Abnahme dem Vergütungsanspruch nicht entgegenhalten. Der Fälligkeit der Vergütung steht zudem nicht entgegen, dass die in § 12 Nr. 5

VOB/B1998 geregelte Abnahmefiktion hier vertraglich ausgeschlossen war.

Wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, ist die förmliche Abnahme jedoch von der Beklagten grundlos verweigert worden, obwohl wesentliche, die Abnahme hindernde Mängel der Leistung nicht ersichtlich waren.

Die Beklagte hat lediglich mit Schreiben vom 21. Juni 1999 (Anlage B15) mitgeteilt, dass sie die das Gewerk Trockenbau betreffende klägerische Schlussrechnung nicht bezahlen werde, da nach den als Anlage B138 eingereichten Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Nachunternehmer (ZVB, dort Ziff. 12.7) geforderte Dokumentationsunterlagen nicht vorgelegt worden seien. Die Klägerin hat insoweit vorgetragen, erforderliche Dokumentationsunterlagen seien übersandt worden (Schriftsatz vom 3. Februar 2005, S. 43, Band II Bl. 113 d. A.). Diesem Vorbringen war jedoch nicht weiter im Wege einer Beweisaufnahme nachzugehen. Ziff. 12.7 der ZVB nennt eine Vielzahl von Dokumentationsunterlagen, die keinen Bezug zu dem beauftragten Gewerk aufweisen. Insoweit fehlt seitens der Beklagten bereits jeglicher Vortrag, welche Unterlagen konkret von ihr in Bezug auf die streitgegenständlichen Trockenbauarbeiten im Rahmen der geforderten Dokumentation als notwendig angesehen wurden. Das als Anlage B15 eingereichte Schreiben verweist insoweit lediglich auf eine Anlage, die von der Beklagten nicht mit eingereicht worden ist.

Das als Anlage B15 eingereichte Schreiben der Beklagten vom 21. Juni 1999 lässt ferner den Schluss zu, dass die Beklagte nicht auf einer Durchführung der förmlichen Abnahme bestanden hat. Das Schreiben enthält insoweit keinen Hinweis darauf, dass es für die Leistung der Schlusszahlung noch an einer durchzuführenden förmlichen Abnahme fehle - was sich an sich angesichts der vertraglichen Vereinbarungen aufgedrängt hätte, sondern verweist nur darauf, dass sämtliche nach den ZVB geforderten Unterlagen nicht überreicht worden seien. Selbst wenn gem. Ziff. 12.7 der ZVB die dort genannten Unterlagen vor der förmlichen Abnahme zu übergeben waren, macht dieses Schreiben nach Auffassung des Senats deutlich, dass die Beklagte nicht auf der Durchführung einer förmlichen Abnahme bestehen wollte.

Die Bedeutung dieses Schreibens ist auch, wie nachfolgende Schriftsätze der Beklagten zeigen, bereits in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 15. Februar 2006 erörtert worden, selbst wenn das Sitzungsprotokoll hierzu keine Angaben enthält. Dies ist auch nochmals in den weiteren mündlichen Verhandlungen vor dem Senat vom 29. Juni 2011 und vom 14. Mai 2012 problematisiert worden.

(bb) Die Beklagte hat auch keine hinreichende Tatsachen vorgetragen, nach denen die Abnahmefähigkeit der klägerischen Leistung wegen erheblicher Mängel ausgeschlossen war.

Zwar trägt grundsätzlich der Auftragnehmer eines Werkvertrages, dessen Leistung noch nicht abgenommen ist und der die Abnahme und Bezahlung seiner Arbeiten verlangt, die Beweislast dafür, dass die Leistung abnahmefähig ist (Palandt-Sprau, BGB, 75. Aufl., Rdnr. 18 zu § 641 BGB m. w. N.), es obliegt jedoch dem Auftraggeber im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, vorzutragen, dass und welche Mängel der Leistung des Auftragnehmers einer Abnahmefähigkeit der Leistung entgegenstehen.

Die Beklagte hat ihre Behauptung, die im Gewerk Trockenbauarbeiten erbrachten Leistungen der Klägerin seien mit erheblichen Mängeln behaftet, lediglich durch Übergabe einer Tabelle als Anlage B18 (Band I Bl. 249 d. A., vorgelegt mit Schriftsatz vom 8. November 2004) unterlegt. Zutreffend hat das Landgericht dieses Vorbringen als unzureichend angesehen. Die von der Beklagten eingereichte Liste war bereits ohne Hinzunahme opto-mechanischer Hilfsmittel nicht

lesbar. Soweit sich die Anlage B18 auf Mängelfeststellungen bezieht, die Gegenstand eines in dem zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin zu 22 OH 11/01 geführten selbstständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. K. waren, so ersetzt diese Auflistung keinen konkreten Tatsachenvortrag. Das Landgericht hatte die Beklagte mit Verfügung vom 29. November 2004 (Band II Bl. 1 d. A.) aufgefordert, das Gutachten von Prof. Dr. K. einzureichen, um überprüfen zu können, ob und in welchem Umfang die Feststellungen des Sachverständigen sich auf die streitgegenständlichen Leistungen beziehen und gegebenenfalls durch einen weiteren Gutachter überprüfbar sind. Dieser Aufforderung ist die Beklagte nicht nachgekommen.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass tatsächliche Feststellungen eines Sachverständigen in einem selbstständigen Beweisverfahren, das zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits nicht geführt worden ist und in welches die Klägerin auch nicht im Wege der Streitverkündung einbezogen worden ist, in diesem Rechtsstreit zunächst lediglich als verstärktes Parteivorbringen berücksichtigt werden können. Ohne zusätzlichen Vortrag, in welchem Verhältnis die zuletzt mit der als Anlage B 106 (als Anlage zum Schriftsatz vom 18. April 2006, Band V Bl. 103 d. A.) in lesbarer Form eingereichte Anlage B 18 zum Gesamtauftrag steht, was - etwa durch Vorlage von Planunterlagen - hätte unterlegt werden müssen, reicht dieses Vorbringen nicht aus, um gegenüber dem Gericht, dem die Einzelheiten des Bauvorhabens und des Vertragsinhalts nicht bekannt sind, konkret darzutun, dass etwaige Mängel einer Abnahmefähigkeit der klägerischen Leistung entgegenstehen.

Der Senat hält an dieser Betrachtung auch fest, soweit er die Anlage B 18 zum Gegenstand seines Beweisbeschlusses vom 16. Januar 2013 gemacht hat. Insoweit hat der Senat die Beweislast der Beklagten auferlegt, nachdem er - an der Grenze zur Ausforschung - das Vorbringen der Beklagten bzw. den Verweis auf die Anlage B 18 jedenfalls als ausreichend für das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts wegen noch vorhandener Mängel der Leistung angesehen und letztlich dem vom Senat beauftragten Sachverständigen Dr. Dnnn die Möglichkeit eröffnet hat, die einzelnen Punkte der Mängelliste im Rahmen einer Inaugenscheinnahme des Objekts einzelnen Räumen und Stockwerken zuzuordnen. Dass den Parteien angesichts der Raumbezeichnung in der Mängelliste eine Zuordnung der einzelnen Arbeiten möglich gewesen wäre, da beide Parteien über entsprechende Planunterlagen verfügt haben, ersetzt aber einen konkreten und durch weitere Unterlagen verstärkten Tatsachenvortrag der Beklagten nicht. Insoweit lag auch die Beweislast für noch vorhandene Mängel bei der Beklagten, weil diese das Risiko trug, dass sich die Angaben in der Mängelliste gar nicht konkreten Örtlichkeiten zuordnen ließen.

(cc) Soweit das Landgericht für die Trockenbauarbeiten und die zusätzlichen Regieleistungen einen Vergütungsanspruch der Klägerin in Höhe von 306.051,79 DM einschließlich 16 % Mehrwertsteuer ermittelt hat, vermögen die Rechtsmittel beider Parteien hiergegen mit Erfolg nichts zu erinnern.

Hinsichtlich der im ersten Rechtszug von der Beklagten erhobenen Einwendungen zu einzelnen Positionen der Schlussrechnung über die Trockenbauarbeiten setzt sich die Berufung der Beklagten nicht damit auseinander, dass die angefochtene Entscheidung durchaus im Sinne der Beklagten Kürzungen von der Schlussrechnung vorgenommen hat.

Umgekehrt ist der Anschlussberufung der Klägerin zwar darin zuzustimmen, dass im Hinblick auf den Ablauf der Gewährleistungsfristen auch der vertraglich vereinbarte Sicherheitseinbehalt zur Auszahlung fällig war, soweit das Landgericht aber bezüglich des Arbeitnehmers Pnnn Znnnn auf den Einwand der Beklagten lediglich den Stundensatz für einen Hilfsarbeiter

herangezogen hat, ist hiergegen nichts zu erinnern.

Die Klägerin wäre gehalten gewesen, durch Vorlage des Arbeitsvertrages nachzuweisen, dass Herr Znnnn als Facharbeiter beschäftigt war. Es ist nicht dargetan, welche tatsächlichen Angaben der von der Klägerin benannte Zeuge Bnnn zum Inhalt des Arbeitsvertrages machen konnte bzw. ob dieser den Vertrag überhaupt kannte. Im Übrigen ist auch nicht dargetan, dass es sich bei der abgerechneten Tätigkeit überhaupt um Leistungen handelte, die den Einsatz eines Facharbeiters erforderten.

(dd) Soweit das Landgericht auf den von ihm berechneten Schlusszahlungsanspruch von 306.051,79 DM brutto lediglich Zahlungen der Beklagten in Höhe von 230.934,38 DM angerechnet hat, erinnert die Berufung der Beklagten hiergegen nichts mit Erfolg.

Im ersten Rechtszug hat die Beklagte zwar behauptet, sie habe 245.291,91 DM an die Klägerin auf die Leistungen in dem Gewerk Trockenbau gezahlt, sie hat diese Zahlungen, für die sie die Darlegungs- und Beweislast trägt, jedoch nicht durch geeigneten Tatsachenvortrag und Beweisantritt unterlegt. Soweit sie mit der Berufung einerseits geltend macht, sie sei zu Skontoabzügen berechtigt und habe im übrigen Verrechnungen mit Gegenforderungen vornehmen dürfen, ist sie mit diesem tatsächlichen - bestrittenen - Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Insoweit handelt es sich nicht nur um die Substantiierung eines bereits im ersten Rechtszug erfolgten Vortrags, sondern um neues tatsächliches Vorbringen, bei dem nicht ersichtlich oder glaubhaft gemacht ist, wieso sie dieses in erster Instanz nicht hätte geltend machen können. Das entsprechende Verteidigungsmittel hätte bei gebotener prozessualer Sorgfalt im ersten Rechtszug bereits geltend gemacht werden können, da insoweit nicht zwingend feststand, dass die Rechtsverteidigung alleine im Hinblick auf die Berufung auf eine fehlende Fälligkeit der Klageforderung Erfolg haben musste. Die Beklagte ist zudem in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 2. März 2005 darauf hingewiesen worden, dass das Landgericht die Klage für teilweise begründet ansieht. Ihr ist insoweit durch Beschluss vom gleichen Tag Gelegenheit gegeben worden, zu den in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweisen schriftsätzlich Stellung zu nehmen. Innerhalb der ihr eingeräumten Stellungnahmefrist hat die Beklagte jedoch nicht weiter zu den von ihr erst in zweiter Instanz vorgenommenen Verrechnungen und zur Frage der Skontoabzüge Stellung genommen.

(ee) Der danach verbleibende offene Vergütungsanspruch der Klägerin für die ausgeführten Trockenbauarbeiten in Höhe von 75.117,41 DM (38.406,92 Euro) ist jedoch durch die hilfsweise erklärte Aufrechnung der Beklagten in vollem Umfang erloschen.

(aaa) Soweit die Beklagte wegen vorhandener Mängel des Gewerks Trockenbauarbeiten zunächst ein Zurückbehaltungsrecht im Rahmen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB geltend gemacht hat, hält sie hieran mit Schriftsatz vom 21. September 2015 (Bd. VII Bl. 143 ff., 149 d. A.) nicht mehr fest.

In diesem Zusammenhang verweist der Senat allerdings darauf, dass die bis zum 21. September 2015 erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages inzidenter auch die Behauptung enthalten hat, die durch Vorlage der Anlage B 18 behaupteten Mängel der klägerischen Leistung seien noch vorhanden. Ein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf einen sich aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 1998 ergebenden Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers setzt voraus, dass der Mangel überhaupt noch vorhanden und der Auftragnehmer deshalb in der Lage ist, diesen zu beseitigen. Aus diesem Grund kann die Beklagte auch nicht einwenden, der Senat habe das Gutachten des Sachverständigen Dr. Dnnn gar nicht einholen müssen, weil die Mängel in ihrer überwiegenden Zahl gar nicht mehr vorhanden gewesen seien. Hiermit setzt sie sich in

Widerspruch zu ihrem bis dahin erfolgten prozessualen Vorgehen.

(bbb) Keinen Erfolg hat die Hilfsaufrechnung, soweit die Beklagte diese nunmehr mit einem erstellenden Teilbetrag eines mit insgesamt 166.826,87 Euro bezifferten Schadensersatzanspruchs erklärt.

Nach § 13 Nr. 7 VOB/B 1998 kann der Auftraggeber eines Bauvertrages Schadensersatzansprüche gegenüber den Auftragnehmer lediglich eingeschränkt und unter engen Voraussetzungen geltend machen. Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen hat die Beklagte weder dargetan noch tauglich unter Beweis gestellt.

Soweit - unabhängig von der Frage, ob die Klägerin diese zu vertreten hat - nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme einzelne von der Beklagten durch Vorlage der Anlage B 18 behaupteten Mängel noch vorhanden sind, rechtfertigen diese Mängel keinen Schadensersatzanspruch der Beklagten. Nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht jedenfalls nicht fest, dass die noch vorhandenen Mängel auf vorsätzliches oder fahrlässiges Fehlverhalten der Klägerin bzw. Verstöße gegen Regeln der Bautechnik zurückzuführen sind.

Wenn in einen Bauvertrag die VOB/B einbezogen worden ist, finden die hier für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs maßgeblichen Vorschriften der §§ 634 Abs. 1, 635 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung keine Anwendung (Palandt-Sprau, BGB, 61. Aufl., Rdnr. 11 zu § 633 BGB). Die VOB/B eröffnet Schadensersatzansprüche des Auftraggebers lediglich zusätzlich und nachrangig gegenüber den Ansprüchen auf Mangelbeseitigung und Minderung, wie sie in § 13 Nr. 5 und 6 VOB/B 1998 geregelt sind.

Bei etwa noch vorhandenen Mängeln der klägerischen Leistung kann die Beklagte deshalb nur deren Beseitigung und gegebenenfalls einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung verlangen. Sollten Mängel nicht mehr vorhanden sein, weil diese von der Beklagten oder auf Kosten der Beklagten beseitigt wurden, so kann der Auftraggeber lediglich einen aufrechenbaren Anspruch auf Kostenerstattung geltend machen. In beiden Fällen handelt es sich aber nicht um einen Schadensersatzanspruch.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin besteht auch nicht, soweit die Beklagte und ihre Auftraggeberin im selbstständigen Beweisverfahren 22 OH 11/01 des Landgerichts Berlin einen Vergleich dahin geschlossen haben, dass für die in dem dort eingeholten Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K. bezeichneten Mängel, deren Beseitigung als nicht zumutbar angesehen wurde, die Zahlung eines Ausgleichsbetrages von 166.826,87 Euro (Ziffer 1.c des Vergleichs vom 30. August 2005) vereinbart worden ist. Insoweit handelt es sich bereits nach dem Wortlaut des Vergleichs um die Vereinbarung der Minderung der Vergütung nach § 13 Nr. 6 VOB/B 1998. Das hat aber zur Folge, dass insoweit auch gegenüber der Klägerin allenfalls ein Anspruch auf Minderung der Vergütung geltend gemacht werden könnte, mangels Anwendbarkeit von § 635 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung dieser Anspruch auf Minderung aber nicht durch einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B 1998 ersetzt werden kann.

(ccc) Es kommt nach Auffassung des Senats auch nicht darauf an, ob die von der Beklagten mit - nachgelassenem - Schriftsatz vom 27. Januar 2016 (Band VII Bl. 205 ff., 212) hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Kostenerstattungsanspruch aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nach § 533 ZPO zulässig ist bzw. ein solcher Kostenerstattungsanspruch jetzt noch einredefrei besteht.

Die Aufrechnung mit einem derartigen Kostenerstattungsanspruch setzt bereits begrifflich voraus, dass die Beklagte tatsächlich Kosten aufgewendet hat, um von der Klägerin zu vertretende Mängel der Leistung zu beseitigen. Dies lässt sich aber gerade nicht ersehen und ist auch nicht konkret vorgetragen worden. Der zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin im selbstständigen Beweisverfahren 22 OH 11/01 geschlossene Vergleich sieht keine Ausgleichszahlungen für die Mängel vor, deren Beseitigung der im Verfahren tätige Sachverständige Professor Dr. K. als zumutbar angesehen hat und deren Kosten er nach dem Vergleich mit 138.781,00 DM (wobei angesichts der übrigen Angaben in dem Vergleich und dem Datum des Gutachtens unklar ist, ob damit nicht tatsächlich ein Euro-Betrag gemeint war) beziffert hat. Dass die Beklagte tatsächlich Mängelbeseitigungsarbeiten in einem entsprechenden Umfang vorgenommen hat bzw. hat vornehmen lassen, ist von ihr nicht vorgetragen worden. Im Übrigen hätte es dazu der Vorlage der konkreten Abrechnungen bedurft.

Die von der Beklagten an ihre Auftraggeberin gezahlten Minderungsbeträge können nicht im Rahmen des Kostenerstattungsanspruchs nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 1998 geltend gemacht werden, da es sich insoweit nicht um Kosten der Mängelbeseitigung, sondern um eine Minderung der Vergütung nach § 13 Nr. 6 VOB/B 1998 handelt. Die Parteien des Vergleichs waren sich insoweit einig, dass mit diesem Betrag Mängel abgegolten werden sollten, deren Beseitigung im Sinne von § 13 Nr. 6 VOB/B 1998 unzumutbar war. Entsprechend hätte die Beklagte eine Minderung der eingeklagten Vergütung beanspruchen müssen, was jedoch nicht geschehen ist.

Der Senat musste die Beklagte nicht darauf hinweisen, dass ihr anstelle des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs allenfalls ein Minderungsrecht und ein Kostenvorschussanspruch wegen noch vorhandener Mängel zustehen. Der Senat hat insoweit in der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 2015 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass aus seiner Sicht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 13 Nr. 7 VOB/B 1998 nicht vorliegen. Er musste die Beklagte nicht darauf hinweisen, welche Gestaltungsrechte sie anstelle des Schadensersatzanspruchs ausüben möge.

(ddd) Es kommt deshalb im Ergebnis nicht mehr darauf an, ob die von dem gerichtlichen Sachverständigen Dr. Dnnn in dessen Gutachten vom 24. Juli 2015 (Beistück zu den Gerichtsakten) festgestellten Mängel sämtlichst Arbeiten der Klägerin im Rahmen des dieser erteilten Auftrags zuzuordnen sind. Die Klägerin hatte bereits mit Schriftsatz vom 14. November 2005 (dort Seite 68 f. [Bd. IV Bl. 147 f. d. A.]) unter Einreichung eines Schreibens vom 8. Dezember 2004 (Anlage K 25, Bd. IV Blatt 157 f. d. A.) vortragen lassen, dass der ihr erteilte Auftrag bezüglich der Trockenbauarbeiten lediglich die Fertigstellung und Mängelbeseitigung von Arbeiten dritter Unternehmen umfasst habe. Insoweit wäre nach Auffassung des Senats dahin zu differenzieren gewesen, ob Fertigstellungsarbeiten mangelhaft ausgeführt worden sind oder aber die Klägerin Mängelbeseitigungsarbeiten zulasten Dritter nicht ausgeführt, wohl aber berechnet hat. Sollten hingegen Mängelbeseitigungsarbeiten weder ausgeführt noch berechnet worden sein, so müsste sich die Beklagte auf einen Kostenvorschuss- bzw. Kostenerstattungsanspruch derjenigen Beträge, die sie für entsprechende Arbeiten an die Klägerin zu zahlen gehabt hätte, als Sowieso-Kosten anrechnen lassen.

Da die Klägerin aber weder einen durch Abrechnungsunterlagen unterlegten Kostenerstattungsanspruch noch einen Kostenvorschussanspruch geltend macht, kommt es hierauf im Ergebnis nicht an.

(eee) Der vorstehend ermittelte restliche Vergütungsanspruch der Klägerin i. H. v. 75.117,41 DM ist jedoch durch die weiter hilfsweise erklärte Aufrechnung der Beklagten mit einem

Rückzahlungsanspruch aus überzahlter Vergütung für die Arbeiten an der Wandverkleidung im Atrium gemäß § 389 BGB erloschen.

Nach den vorstehenden Ausführungen unter III.A.a. ee waren die Leistungen der Klägerin aus den Arbeiten im Zusammenhang mit dem Auftrag zur Atriumverkleidung jedenfalls um 405.731,82 DM überzahlt. Damit kann die Beklagte wegen eines erststelligen Teilbetrags von 75.117,41 DM aus dieser Überzahlung gegenüber der verbleibenden Werklohnforderung der Klägerin aufrechnen.

B.

Die zulässige Widerklage ist als im Urkundenprozess unstatthaft abzuweisen.

(a) Die im Urkundenprozess erhobene Widerklage ist zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 28. November 2001 - VIII ZR 75/00).

Gegen die Zulässigkeit der konkreten Urkunden-Widerklage in diesem Rechtsstreit sprechen allerdings die vom Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung angezogenen Erwägungen des effektiven Rechtsschutzes und der Prozessökonomie. Zwar liegt eine Identität der Streitgegenstände insoweit nicht vor, als sich die Klägerin einerseits erhaltene Abschlagszahlungen auf ihren Vergütungsanspruch anrechnen lassen will, die Beklagte jedoch diese Abschlagszahlungen zurückverlangt. Andererseits führt die Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückerstattung geleisteter Abschlags- und Vorschusszahlungen im Falle des hier vorliegenden Abrechnungsprozesses dazu, dass dann, wenn der Auftragnehmer eines Bauvertrages die Leistungserbringung nicht mit im Urkundenprozess statthaften Beweismitteln nachzuweisen vermag, der Abrechnungsprozess nach etwaigen Erlass eines Vorbehalts-Teilurteils im Urkundenprozess im Nachverfahren neben dem Hauptprozess nochmals zu wiederholen ist.

Soweit der Auftraggeber ein Interesse daran hat, im Falle einer Insolvenz des Auftragnehmers geleistete Überzahlungen doch noch zurückzuerhalten, ist zu berücksichtigen, dass nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B 1998 Vorauszahlungen von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden durften und der Auftraggeber deshalb einem Insolvenzrisiko des Auftragnehmers nicht ausgesetzt war. Im Gegenzug trifft aber den Auftragnehmer das Insolvenzrisiko des Auftraggebers voll, wenn dieser zunächst Vorschuss- und Abschlagszahlungen im Wege des Urkundenprozesses zurückverlangen kann, zumal ein im Urkundenprozess ergangenes Urteil ohne Sicherheitsleistung nach § 708 Nr. 4 ZPO vorläufig vollstreckbar ist.

(b) Die zulässig erhobene Widerklage ist aber in dieser Prozessart unstatthaft (§ 597 Abs. 2 ZPO), da die Beklagte ihren Anspruch nicht gemäß § 592 ZPO vollständig hat durch Vorlage von Urkunden begründen können.

Die Beklagte hat im Wege des Urkundenbeweises lediglich nachweisen können, dass zwischen den Parteien ein Bauvertrag betreffend die Wandverkleidung im Atrium geschlossen worden ist und die hierauf geleisteten Zahlungen einem Betrag von 759.780,74 Euro entsprachen.

Da die Klägerin eine prüfbare Schlussrechnung über ihre Leistungen vorgelegt hat, ergibt sich nicht, dass es bereits mangels fehlender prüfbarer Schlussrechnung an einem fälligen Werklohnanspruch der Klägerin fehlt und schon deshalb mangels Nachweis der erbrachten Leistungen die Vorauszahlungen zurückverlangt werden können.

Die Beklagte hat auch nicht durch Urkunden nachweisen können, dass die von der Klägerin erbrachten und in der Schlussrechnung abgerechneten Leistungen insgesamt völlig unbrauchbar waren. Die Beklagte stützt ihr tatsächliches Vorbringen insoweit auf das mit der Widerklage als Anlage B 3 nochmals eingereichte Gutachten des Sachverständigen M. vom 4. Juli 2000. Unabhängig davon, dass im Verlauf des weiteren selbstständigen Beweisverfahrens zu 103 OH 2/99 der Sachverständige - wie oben gezeigt (III.A.(a)(bb)) - eine völlige Nichtverwertbarkeit der klägerischen Leistungen verneint hat, ist ein im selbstständigen Beweisverfahren erstelltes Gutachten eines Sachverständigen bereits nicht als Urkundenbeweis im Rahmen des Urkundenprozesses anzusehen, wenn es eine an sich durchzuführende Beweisaufnahme ersetzen soll (BGH, Urt. v. 18. September 2007 - XI ZR 211/06).

Darauf, ob nach dem Ergebnis der im selbstständigen Beweisverfahren durchgeführten Beweisaufnahme die klägerische Leistung nur teilweise verwertbar ist, kommt es deshalb nicht an.

Da sich aus der Bezugnahme auf das am 4. Juli 2000 erstellte Gutachten im selbstständigen Beweisverfahren bereits urkundlich nicht ergibt, dass die Leistungen der Klägerin im Zusammenhang mit der Wandverkleidung im Atrium völlig unbrauchbar waren, vermochte die Beklagte auch nicht urkundenbeweislich nachzuweisen, dass sie den Bauvertrag der Parteien zu Recht außerordentlich kündigen durfte. Insbesondere lässt sich die zur Mängelbeseitigung eingeräumte Nachfrist im Hinblick auf ihre Angemessenheit nicht im Wege des Urkundenbeweises nachweisen.

(c) Der Senat hat in den diversen mündlichen Verhandlungen - zuletzt am 9. Dezember 2015 - mit der Beklagten die Frage erörtert, ob diese angesichts der Bedenken des Senats zur Zulässigkeit und Begründetheit der Urkunden-Widerklage einen Rückzahlungsanspruch wegen etwa überzahlten Werklohns unter Abstreichen vom Urkundenprozess nach § 596 ZPO im Wege der - einfachen - Widerklage geltend machen kann. Unabhängig von der Frage, ob ein derartiges Vorgehen in der Berufungsinstanz noch zulässig ist (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 31. Aufl., Rdnr. 4 zu § 596 ZPO) hat die Beklagte hinsichtlich der Widerklage vom Urkundenprozess keinen Abstand genommen.

Es kommt deshalb nicht darauf an, dass der Beklagten an sich nach den vorstehenden Ausführungen unter A. mindestens einen Rückzahlungsanspruch von 330.614,41 DM (405.731,82 DM ./. auf die restliche Vergütung für die Trockenbauarbeiten verrechneter 75.117,41 DM) entsprechend 169.040,46 Euro zustehen dürfte.

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 92 Abs. 1, 96, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO.

Im Rahmen der Kostenentscheidung ist die Streitwerterhöhung durch die Hilfsaufrechnungen nach § 45 GKG berücksichtigt worden. Zudem wurden der Beklagten die Kosten der durch den Senat durchgeführten Beweisaufnahme gem. § 96 ZPO auferlegt, weil das insoweit geltend gemachte Verteidigungsmittel im Ergebnis ohne Erfolg blieb.

Der Senat hat nicht über die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens entschieden, da der Streitgegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens und des Hauptsacheverfahrens nicht vollständig identisch sind, nachdem die Beklagte die Klägerin in einem gesonderten Verfahren

bei dem Landgericht Berlin auf Kostenerstattung bezüglich der von ihr durchgeführten Mängelbeseitigung in Anspruch nimmt und die hier für angemessenen Kosten Gegenstand des beim Landgericht Berlin geführten Rechtsstreits sind (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2006 - VII ZB 59/05).

Tatsachen, die nach § 543 Abs. 2 ZPO die Zulassung der Revision gebieten, lagen nicht vor.