

Entscheidung im Volltext

Fundstellen: **IBR 2005, 673**; BauR 2006, 154 (Ls.)

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

5 U 35/2004

Verkündet am 24. Februar 2005

Im Namen des Volkes

URTEIL

BGB §§ **440, 636**; VOB/B § **13** Nr. 5

Ist der erste Nachbesserungsversuch fehlgeschlagen, bedarf es keiner weiteren Fristsetzung mehr; vielmehr kann der Auftraggeber sogleich zur Ersatzvornahme übergehen.

OLG Bremen, Urteil vom 24.02.2005 - 5 U 35/04

BGH, Beschluss vom 22.09.2005 - VII ZR 76/05 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

in Sachen

...

hat der 5. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgerichts Blome, des Richters am Oberlandesgericht Gräper und der Richterin am Oberlandesgericht Soine

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Grund-Urteil des Landgerichts Bremen - 4. Zivilkammer - vom 10. Mai 2004 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin ihrerseits vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

A.

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Ansprüche auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten geltend.

Die Klägerin beauftragte im Jahre 1999 die inzwischen insolvente Fa. H AG (im Folgenden: Fa. H) mit der Neugestaltung ihres Hallen- und Freibades in V.. Die Fa. H bediente sich zur Erbringung der Bauleistungen Subunternehmern. So beauftragte sie die Beklagte mit der Her streitigen Fußbodenbeschichtung - einem Epoxydharzbelag - des Schwimmbades. Nach Erbringung der Werkleistungen kam es u.a. zu einem Streit zwischen der Klägerin, der Fa. H und der Beklagten über die werkvertragsgerechte Durchführung der

Fußbodenbelagsarbeiten. Die Fa. H behält auf die ihr von der Beklagten unter dem 5.4.2000 erteilte Schlussrechnung einen Betrag von 21 682,35 DM zurück. In der Zeit vom 6.11. bis 26.11.2000 führte die Beklagte Nachbesserungsarbeiten durch, deren Abnahme die Klägerin aber bei einem Ortstermin am 24.11.2000 verweigerte.

Die Klägerin beantragte am 8.2.2001 beim Landgericht V. die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens hinsichtlich der Baumängel ihres umgebauten Hallenbades, wozu u.a. die epoxydharzbeschichteten Bereiche des Fußbodens gehörten. Antragsgegnerin war u.a. die Fa. H, die der Beklagten den Streit verkündete, woraufhin diese dem Verfahren als Streithelferin auf Seiten der Antraggegnerin beitrug (Az. 9 OH 2/01 LG V.). Aufgrund des Beweisbeschlusses des Landgerichts V. vom 4.5.2001 wurde von dem Sachverständigen Dr. F unter dem 4.9.2002 ein Gutachten über Mängel an der Reaktionsharzbodenbeschichtung des Hallenbades erstellt. Aufgrund der von ihm festgestellten handwerklichen Mängel schlug der Sachverständige den Ausbau und die Entsorgung des gesamten Bodenbelages im Bereich des Sportbeckens, in Teilflächen mit Fleckenbildung im Bereich des Erlebnisbeckens und der Umkleieräume und bei den Stufenfüllungen des Rutschenturms vor. Die Klägerin ließ von der Fa. A und S nochmals Arbeiten an dem Bodenbelag des Schwimmbades durchführen.

Die Fa. H strengte eine Klage gegen die Klägerin des vorliegenden Verfahrens beim Landgericht V. an (Az. 9 O 99/01), mit dem sie den restlichen Werklohn von der Klägerin einforderte. Der Rechtsstreit wurde nach zwischenzeitlicher Unterbrechung wegen der Insolvenz der Fa. H durch Vergleich beendet, in dem die Fa. H ihre gegenüber ihren Subunternehmern - u.a. der Beklagten - bestehenden Gewährleistungsansprüche an die Klägerin abtrat.

Die Klägerin macht mit der Klage Kosten für die Beauftragung der Fa. A und S in Höhe von EUR 48.753,27 für die Neuherstellung Epoxydharzböden, EUR 2.192,89 für die Beschichtung von Stufen und Ruhebänken, EUR 1.5050,96 für die begleitende Raumluftmessung des B-er Umweltinstituts und EUR 1.401,09 für das Tätigwerden des eigenen Personals zur Vorbereitung der Nachbesserungsarbeiten geltend. Von dem von ihr errechneten Gesamtbetrag von EUR 53.398,21 setzt sie den bisherigen Einbehalt der Fa. H in Höhe von EUR 11.085,99 ab (i.E. Bl. 5.d.A.).

Die Klägerin hat vorgetragen, die Epoxydharzbeschichtung sei mangelhaft und habe zu Keim- und Geruchsbildung geführt. Trotz mehrerer Rügen sei es nicht zu einer erfolgreichen Nachbesserung gekommen. Die Beklagte habe weitere Nachbesserungen abgelehnt, der Klägerin seien weitere Nachbesserungsversuche wegen der Unzuverlässigkeit der Beklagten auch nicht zumutbar gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 42.312,22 nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 26. 8. 2003 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe die festgestellten Mängel nicht zu vertreten. Die Nachbesserung im November 2000 sei ordnungsgemäß gewesen. Eine weitere Nachbesserung habe sie auch nicht abgelehnt, sie sei vielmehr zu Unrecht verweigert worden. Sie hat hilfsweise die Aufrechnung mit Zahlungsansprüchen gegen die Fa. H aus der dieser Fa. bezüglich der Arbeiten im November erteilten Rechnung vom 11.1.2001 (Bl. 130 d.A.) und mit der restlichen Forderung aus der Schlussrechnung vom 5.4.2000 erklärt.

Durch Grund-Urteil vom 10.5.2004 hat das Landgericht Bremen die Klage dem Grunde für begründet erklärt. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils lägen vor, da die Klagforderung dem Grund und der Höhe nach streitig und zum Grunde entscheidungsreif sei (§ 304 ZPO). Die Klägerin könne die Kosten für die durchgeführte Mängelbeseitigung nach §§ 634, 398 BGB i.V.m. § 13 Nr. 5 VOB/B verlangen. Dass der Nachbesserungsversuch der Beklagten nicht zum Erfolg geführt habe, ergebe sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. F. Nach dem vergeblichen Nachbesserungsversuch habe es der Klägerin bzw. der Fa. H freigestanden, ein Drittunternehmen zu beauftragen. Hierfür habe es keiner vorherigen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedurft, da der Klägerin eine nochmalige Nachbesserung nicht zuzumuten gewesen sei, da das Vertrauen auf eine

ordnungsgemäße Nachbesserung erschüttert gewesen sei. Aufgrund der objektiven Umstände, wie sie sich aus der Gerichtsakte und der beigezogenen Akte, insbesondere dem dortigen Sachverständigengutachten des Dr. F ergäben, sei ein nochmaliger Nachbesserungsversuch der Klägerin nicht zumutbar. Ob die Beklagte darüber hinaus auch eine Nachbesserung durch ihr Verhalten abgelehnt habe und es aufgrund dessen keiner Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mehr bedürft habe, könne offen bleiben.

Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 12.5.2004 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit der am 2.6.2004 eingelegten und am 6.7.2004 begründeten Berufung, mit der sie die Abänderung des Urteils und die Abweisung der Klage begehrt.

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe verkannt, dass der Fa. H Klägerin zur Zeit der durchgeführten Nachbesserungsarbeiten ein Recht dazu nicht zugestanden habe. Es sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, dass weder die Beklagte von der Fa. H noch diese von der Klägerin unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zur erneuten Nachbesserung aufgefordert worden sei. Die Rechtsprechung gehe aber davon aus, dass einer zuverlässigen Firma wie ihr in der Regel drei Nachbesserungsversuche zuzubilligen seien, bevor eine weitere Nachbesserung versagt werden könne. Das Landgericht habe hinsichtlich der Abgabe von Erklärungen/Fristsetzungen ohnehin nicht hinreichend zwischen den Rechtsbeziehungen differenziert. Die Beklagte habe auch nicht eine weitere Nachbesserung verweigert, selbst wenn das Vorliegen eines Mangels bestritten worden sei. Sie würde sich - wie schon bei der ersten Nachbesserung - einer erneuten Aufforderung zur Nachbesserung nicht versagt haben, wenn auch ggf. unter Vorbehalt der Kosten. Einen hinreichenden Grund für die Verweigerung einer weiteren Nachbesserung habe das Landgericht nicht genannt, vielmehr letztlich das Vorliegen eines Mangels genügen lassen. Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass Umfang und Grund der Flecken erst durch das im selbstständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachten geklärt worden seien. Jedenfalls danach habe es einer erneuten Fristsetzung bedurft.

Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Berufung. Sie hält das Urteil, für richtig und tritt dem Vorbringen der Beklagten entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 5.7.2004 (Bl. 263 ff. d.A.), 12.7.2004 (Bl. 279 d.A.) und 28.9.2004 (Bl. 286 ff. d.A.), den Schriftsatz der Klägerin vom 28.7.2004 (Bl. 281 ff. d.A.) sowie auf die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 19.1.2005 zu Protokoll gegebenen Erklärung (Bl. 302 f. d.A.) Bezug genommen.

Die Beklagte hat mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 21.1.2005 weiter vorgetragen (Bl. 304 ff. d.A.).

Die Akte zum selbständigen Beweisverfahren (9 OH 2/01 LG V.) ist zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden.

B.

Die Berufung ist zulässig (§§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO), in der Sache aber nicht begründet und daher zurückzuweisen.

1. Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachte Forderung dem Grunde nach bejaht. Das Berufungsvorbringen der Beklagten ist nicht geeignet, ein anderes Ergebnis herbeizuführen.

Der Anspruch der Klägerin ergibt sich aus § 13 Nr. 5 VOB/B, § 242 BGB in Verbindung mit dem zwischen der Klägerin und der Fa. H geschlossen Vergleich, mit dem der Klägerin Ansprüche der Fa. H gegen ihre Nachunternehmer aus Gewährleistung abgetreten wurden (§ 398 BGB; Bl. 53 ff. d.A.). Die Abtretung als solche ist nicht mehr bestritten.

a. Es gilt die VOB/B. Maßgeblich für den Anspruch ist, da aus Abtretung geklagt wird, grundsätzlich die Rechtsbeziehung zwischen der Fa. H und der Beklagten. Zwischen diesen Parteien sind die VOB/B und C vereinbart. Geschlossen worden ist der Vertrag durch Unterzeichnung des Verhandlungsprotokoll vom 31.8.1999 (Bl. 29 ff. d.A.). Es verweist unter Nr. 1 auf die Maßgeblichkeit u.a. der "Bedingungen zum NU-Vertrag (NU94)". Nach Nr. 1.1. c. der Bedingungen (Bl. 37 ff. d.A.) ist Bestandteil des Vertrages das Angebot des Nachunternehmers (Bl. 7 d.A.), das auf die VOB verweist; auch 1.1.e. der Bedingungen verweist auf die VOB/B und C.

b. § 13 Nr. 5 VOB/B setzt einen Mangel des Werkes voraus. Ein solcher ist vom Landgericht unter Hinweis auf das im selbständigen Beweisverfahren vom Landgericht V. eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. F vom 4.9.2002 festgestellt worden, und zwar in Ansehung des Werkes, wie es sich nach Durchführung der Nachbesserungsarbeiten der Beklagten im November 2000 dargestellt hat. So hat der mikrobielle Belag des Epoxydharzbodens - weiterhin - eine akute Gesundheitsgefahr für den Benutzer dargestellt. Die nachträgliche Versiegelung hat nur in Teilflächen zu einem erforderlichen Porenschluss geführt. Die porige Struktur war dadurch nicht beseitigt worden. Auch sind im Epoxydharzbelag Fehlstellen vorhanden gewesen, über die nach wie vor Wasser und andere Stoffe in das Porengefüge des Belages eindringen und zu Fäulniserscheinungen führen konnte. Auch wenn der mikrobielle Belag in vielen großen Flächenbereichen eingeschlossen war, so bestand doch eine latente Gesundheitsgefahr, da über Fehlstellen Unterläufigkeiten entstehen und den Adhäsionsverbund der Betonunterlage schwächen konnten (vgl. Gutachten Dr. F zusammenfassend S. 35).

Diese - überzeugenden - Feststellungen sind von der Beklagten mit der Berufung nicht mehr angegriffen worden. Es ist daher mit dem Landgericht davon auszugehen, dass von einem Fehlschlag der Nachbesserung der Beklagten auszugehen ist; es lagen weiterhin erhebliche Mängel vor, die mit akuten und latenten Gesundheitsgefahren für die Schwimmbadbenutzer verbunden waren.

c. Nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B setzt ein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten weiter voraus, dass dem Auftragnehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt worden ist; entgegen der Ansicht des Landgerichts - und wohl auch der Beklagten - ist daneben eine Ablehnungsandrohung nicht erforderlich.

Hinsichtlich der in der Zeit vom 6.11. - 26.11.2000 durchgeführten Mängelbeseitigung ist der Beklagten mit Schreiben der Fa. H vom 25.9.2000 (Bl. 154 d.A.) eben diese Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt worden. In dem Schreiben heißt es eindeutig, die Mängelbeseitigung "hat in der Zeit vom 06. bis 26. November 2000 zu erfolgen". Dass es dort weiter heißt "gemäß Schreiben der Rechtsanwälte B, F & Partner vom 21.09.2000" beeinträchtigt die Eindeutigkeit einer Fristsetzung im Sinne von § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht. Anderes wäre nur der Fall, wenn sich aus dem dem Schreiben vom 25.9.2000 beigefügten Schreiben der Bevollmächtigten der Klägerin an die Fa. H vom 21.9.2000 ergeben würde, dass die Klägerin eine solche Frist gerade nicht gesetzt wissen wollte und die Beklagte aufgrund der Bezugnahme davon ausgehen konnte, dass es sich im Schreiben der Fa. H vom 25.9.2000 um eine irriige, so nicht gemeinte Formulierung einer Fristsetzung handelte. Dafür gibt das Schreiben vom 21.9.2000 schon nach dem von der Beklagten im Schriftsatz vom 21.1.2005 zitierten Inhalt (Bl. 306 d.A.) nichts her; vielmehr wird deutlich, dass es auch der Klägerin um die Beseitigung der Mängel innerhalb einer Frist ging, und zwar in der Zeit ab 6.11.2000; es sollte der Fa. H lediglich die Möglichkeit eröffnet werden, einen anderen verbindlichen Termin nach dem 6.11.2000 zu bestätigen, wenn der 6.11. aus nachvollziehbaren und darzulegenden Gründen nicht einzuhalten war. Solches ist weder von der Fa. H noch von der Beklagten geltend gemacht worden - die Beklagte hat vielmehr mit Schreiben vom 17.10.2000 (Bl. 128 f. d.A.) unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 25.9.2000 ausdrücklich ihre Bereitschaft zur Mängelbeseitigung erklärt -, die der Beklagten mit Schreiben der Fa. H vom 25.9.2000 gesetzte eindeutig und verbindliche Frist war daher für die Beklagte maßgeblich. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil es für die Rechtsbeziehung zwischen der Fa. H und der Beklagten entscheidend auf die zwischen ihnen gewechselten Schreiben ankommt, es der Fa. H aber nach dem eindeutigen objektiven Erklärungswert des Schreibens ersichtlich um eine klare Fristsetzung ging. So ist es ersichtlich auch verstanden worden; die Arbeiten sind nämlich fristgerecht aufgenommen und ausgeführt worden, wenn auch nicht mängelfrei.

Soweit die Beklagte dazu in der mündlichen Verhandlung vom 19.1.2005 unter Beweisantritt geltend gemacht hat (Bl. 303 d.A.), das Schreiben vom 25.9.2000 sei nicht als Fristsetzung zu verstehen, ist der Vortrag schlicht unsubstantiiert, es bedarf deshalb nicht der Beweisaufnahme durch Vernehmung des benannten Zeugen, des Unterzeichners des Schreibens. In Anbetracht des objektiven Erklärungswerts im Sinne einer Fristsetzung hätte es nicht nur des Vortrags bedurft, der Verfasser habe mit den gewählten Worten keine Frist setzen wollen, sondern auch des Vortrags, dies sei auch von der Empfängerin entgegen dem objektiven Erklärungswert berechtigterweise so verstanden worden. Das würde aber voraussetzen, dass sich die Beteiligten darüber - sei es in schriftlicher, sei es in mündlicher Weise - auseinandergesetzt hätten; das wird aber nicht behauptet.

d. Die Beklagte hat zwar in der gesetzten und von ihr akzeptierten Frist die Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt; diese haben aber nicht zur Beseitigung der Mängel am Epoxydharzboden geführt - siehe dazu obige Ausführungen. Einer weiteren Fristsetzung bedurfte es danach nicht mehr. Denn § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B fordert allein, dass eine gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn innerhalb der Frist gar

nichts unternommen wird, sondern auch dann, wenn unternommene Nachbesserungsarbeiten erfolglos geblieben sind (vgl. u.a. Ingenstau/Korbion, 15. Aufl. § 13 Nr. 5 VOB/B Rn. 119; Nicklisch/Weick, 3. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 142; Beck'scher VOB-Komm./Kohler B § 13 Nr. 5 Rn.91).

e. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist ihr gegenüber durch das Schreiben der Fa. H vom 20.12.2000 (Bl. 125 f. d.A.) keine Abnahme erklärt worden. Dass die Klägerin der Fa. H gegenüber mit dem in Bezug genommenen Schreiben vom 5.12.2000 eine Abnahme unter Vorbehalt einzeln aufgeführter Mängel erklärt hat, ändert daran nichts.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass eine Abnahme auch im Verhältnis zur Beklagten erfolgt wäre, wie sie im Schreiben der Klägerin vom 5.12.2000 gegenüber der Fa. H erklärt worden ist, würde dass am Ergebnis nichts ändern. Denn eine Abnahme bewirkt lediglich den Ausschluss der Geltendmachung solcher Mängel, die bekannt waren. Eine Kenntnis der weitgehenden Mangelhaftigkeit des Epoxydbelages selbst - insbesondere in Ansehung der durch die Nachbesserung bewirkten Lufteinschlüsse - bestand jedoch zum Zeitpunkt der Abnahmeerklärung nicht. Davon geht ersichtlich auch die Beklagte aus; jedenfalls können ihre Ausführungen auf S. 8 ihrer Berufungsbegründung (Bl. 270 d.A.) nicht anders verstanden werden, wenn sie dort ausführt, die Klägerin sei selbst nicht in der Lage gewesen, festzustellen, ob die Mängelbeseitigung nun ausreichend war oder nicht - vielmehr sich der Umfang erst im selbständigen Beweisverfahren herausgestellt hat.

f. Danach sind die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B erfüllt, ohne dass es auf die - vom Landgericht bejahte - Frage ankommt, ob eine Fristsetzung nicht ohnehin entbehrlich war.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass eine Fristsetzung nicht erfolgt ist, so wäre mit dem Landgericht davon auszugehen, dass eine Fristsetzung vorliegend entbehrlich war, nachdem die Beklagte im November 2000 vergeblich versucht hat, die Mängel zu beseitigen.

Dies folgt allerdings nicht daraus, dass die Beklagte sich ernsthaft und endgültig geweigert hätte, die Mängel zu beseitigen. Denn eine solche Weigerung kann nicht festgestellt werden.

Eine Fristsetzung wäre aber nach dem gescheiterten Versuch der Mängelbeseitigung deshalb entbehrlich gewesen, weil der Fa. H ein weiterer Nachbesserungsversuch nicht zumutbar gewesen wäre. Zwar ist Auftraggeberin im Verhältnis zur Beklagten die Fa. H so dass sich die bestehenden vertraglichen Rechte und Pflichten grundsätzlich aus dieser Rechtsbeziehung ergeben. Bei der Beurteilung der Frage, was der Fa. H zumutbar ist, muss jedoch auch das Verhältnis der Fa. H zu ihrer Auftraggeberin, der Klägerin, berücksichtigt werden. Denn der Beklagten war klar, dass die von ihr zu erbringende Leistung letztlich der Erfüllung der Verpflichtung der Fa. H gegenüber der Klägerin diene, also auch daran zu messen war, ob die Klägerin die Leistung als Erfüllung hinzunehmen hatte, ob sie insbesondere eine Nachbesserung hinzunehmen hatte oder aus besonderem Grund verweigern durfte. Das war hier der Fall:

Zu berücksichtigen ist zunächst einmal, dass die Beklagte sich bei ihrem Nachbesserungsversuch im November 2000 nachhaltigen und berechtigten Vorhalten und Bedenken wegen der von ihr vorgesehenen Art der Nachbesserung verschlossen hat. Die Frage, wie der Mangel des Schwimmbadbelages zu beseitigen ist, ist unter den Beteiligten vor dem dann fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuch ausgiebig erörtert worden, und zwar insbesondere bei einem gemeinsamen Treffen am 26.10.2000 vor Ort; bei diesem Treffen war für die Beklagte Herr J zugegen, wie das Landgericht - unangegriffen - festgestellt hat. Auf diesem Treffen bestand die Klägerin auf einer vollständigen Beseitigung der schwarzen Flecken und wies darauf hin, dass sie andernfalls keine weitere Gelegenheit zur Nachbesserung geben werde. Zuvor schon war die Fa. H von der Klägerin durch Schreiben vom 24.10.2000 (Bl. 211 d.A.) auf Bedenken Hinsichtlich der Wirksamkeit der vorgesehenen Ausführung der Nachbesserungsarbeiten und auf die Absicht der Klägerin, bei Fehlschlag keine weitere Nachbesserung durch die Beklagte zuzulassen, hingewiesen worden. Dieses Schreiben hatte die Fa. H die Beklagte weitergeleitet. Zwar hat die Beklagte den Erhalt des Schreibens mit Schriftsatz vom 6.4.2004 mit Nichtwissen bestritten (Bl. 217); ein solches Bestreiten ist aber unzulässig (§ 138 Abs. 4 ZPO) und damit unbeachtlich; nach den Ausführungen ist offen, ob die Beklagte es nicht doch erhalten hat. Danach muss sich die Beklagte aber vorhalten lassen, sich trotz massiver - und berechtigter - Vorhalte den Bedenken verschlossen und mit unzureichender Arbeit begnügt zu haben, wenn es auch grundsätzlich Sache des Unternehmers ist, zu bestimmen, wie er die Nachbesserung durchführt. Schon dieses Verhalten in Verbindung mit dem dann gegebenen Fehlschlag der Nachbesserung machte eine weitere Nachbesserung durch die Beklagte unzumutbar.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass es nicht nur um irgendeinen Mangel des Werkes ging, der ohne weiteres behoben werden konnte, sondern um eine mangelhafte Werkleistung, die trotz erfolgter Nachbesserung durch die Beklagte eine gesundheitliche Gefahr für die Schwimmbadbesucher darstellte. Jedenfalls in diesem Zusammenhang ist der von der Klägerin geltend gemachte Imageschaden zu berücksichtigen. Es ist für den Betreiber eines öffentlichen Bades von erheblichem wirtschaftlichem Interesse, dass sein Ruf als seriöser Betreiber nicht leidet; andernfalls besteht die begründete Gefahr, dass Besucher wegbleiben und es zu nachhaltigem Besucherschwund kommt. Zudem drohte ein erheblicher Schaden bei einer wiederholt erforderlichen Schließung des Bades. Dass die Klägerin sich sodann mit der Behebung des Mangels durch eine andere Firma relativ lange Zeit ließ, ändert an dieser Beurteilung nichts, zumal das Zuwarten insbesondere prozessuale Gründe hatte - u.a. Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens, dessen letztes Gutachten vom 25.4.2003 stammt.

Deshalb kann sich die Beklagte insbesondere nicht darauf berufen, ihr habe nach dem Vorliegen des Gutachtens des Sachverständigen Dr. F eine Frist gesetzt werden müssen. Die mangelnde Zuverlässigkeit steht dem entgegen.

2. Da der Anspruch dem Grunde nach entscheidungsreif ist, zur Höhe aber wegen des Bestreitens der Durchführung und ihrer Notwendigkeit der weiteren Beweisaufnahme bedarf, lagen und liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Grund-Urteils vor.

Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein gewisser Betrag als Anspruch besteht; die diesbezüglichen zutreffenden Ausführungen des Landgerichts sind nicht angegriffen; dies gilt insbesondere zum etwaigen Beitrag der Klägerin zur Entstehung der Mangelhaftigkeit des Werkes und hinsichtlich der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung.

C.

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ **708** Nr. 10, **711** ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.