

**Entscheidung im Volltext**

---

Fundstelle: **IBR 2007, 241**

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

10 U 1/06

21. Juli 2006

BGB §§ **151, 157**; VOB/B § **4** Nr. 7, § **8** Nr. 3

**1. Werden Baumängel im VOB-Vertrag vor der Abnahme im Wege der Selbstvornahme beseitigt, ohne dass die Voraussetzungen von § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 VOB/B vorlagen, steht dem Auftraggeber grundsätzlich keinerlei Anspruch auf Kostenerstattung zu.**

**2. Die Festlegung eines Aufrechnungsverbots in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben zu einem Bauvertrag stellt keine wesentliche Abweichung vom Ergebnis der vorhergehenden Verhandlungen dar und wird somit Vertragsbestandteil.**

OLG Naumburg, Urteil vom 21.07.2006 - 10 U 1/06

nachfolgend: BGH, 22.02.2007 - VII ZR 167/06 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

....

hat der 10. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 2006 unter Mitwirkung der Richterinnen am Oberlandesgericht ##### und ##### und der Richterin am Amtsgericht ##### für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 1. Dezember 2005 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Halle wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Der Wert der Beschwer der Beklagten und der Streitwert für den Berufungsrechtszug werden auf 29.970,17 Euro festgesetzt.

I.

Die Parteien streiten um restliche Werklohnansprüche der Klägerin aus Werkverträgen betreffend die Erstellung von Bohrpfehl-Gründungen des Bauvorhabens ##### in der ##### und von zwei Brücken auf dem Gelände der #####. Das Teilurteil, gegen das sich die Beklagte mit ihrer Berufung wendet, hat ausschließlich das Bauvorhaben auf dem Gelände der ##### zum Gegenstand.

Die Beklagte erhielt von der ##### den Auftrag, in ##### einen Parcours als Fahr- und Teststrecke für Geländewagen zu errichten. Die Klägerin übersandte der Beklagten unter dem 16. September 2002 ein Angebot für die Pfahlgründung von Großbohrpfählen zu einem Bruttopreis von 34.037,19 Euro. Wegen des Angebots wird auf Bd. I Bl. 18 ff. d. A. Bezug genommen. Unter dem 17. September 2002 übersandte die Beklagte der Klägerin die Vertragsbedingungen der ##### zu dem Bauvorhaben. Wegen des Schreibens nebst Anlage wird auf Bd. I Bl. 23 ff. d. A. Bezug genommen. Die Klägerin übermittelte der Beklagten unter dem 20. September 2002 ein Schreiben, wonach der Pauschalpreis 29.000,00 Euro netto betragen sollte. Eine gegenseitige Verrechnung mit laufenden und folgenden Aufträgen sei ausgeschlossen. Wegen dieses Schreibens wird auf Bd. I Bl. 29 d. A. Bezug genommen.

Die Klägerin führte die beauftragten Leistungen in der Zeit vom 20. September bis zum 27. September 2002 durch. Die Abnahme erfolgte ausweislich des Protokolls am 27. September 2002. Wegen des Protokolls wird auf Bd. I Bl. 30 d. A. Bezug genommen.

Die Klägerin stellte der Beklagten ausweislich der Rechnung vom 2. Oktober 2002 einen Betrag in Höhe von 32.577,75 Euro netto und 37.790,19 Euro brutto in Rechnung. Wegen der Rechnung wird auf Bd. I Bl. 32 d. A. Bezug genommen. In Abzug brachte sie entsprechend einer Abrede mit der Beklagten einen Betrag in Höhe von 3.669,83 Euro für den von der Beklagten gelieferten Betonstahl.

Die Klägerin hat zuletzt nach einer teilweisen Klagerücknahme die Auffassung vertreten,

aus dem Bauvorhaben ##### einen Werklohnanspruch von noch restlichen 29.970,17 Euro geltend machen zu können, weil die Beklagte die Leistungen abgenommen habe. Sie hat behauptet, entgegen dem Wortlaut im Abnahmeprotokoll sei der Bohrfahl Nr. 1 nicht mangelhaft gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte im Wege des Teilurteils zu verurteilen, an sie 29.970,17 Euro nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Dezember 2002 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten,

gegen die Klageforderung mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen zu können.

Sie hat behauptet, bei der Abnahme der Bohrfahlgründung am 27. September 2002 sei der erste Bohrfahl nicht sachgerecht ausgeführt gewesen. Mit der Schlussrechnung habe die Klägerin weder Originallieferscheine noch die erforderlichen Bohrprotokolle übergeben. Sie habe deshalb ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 3 x 3.000,00 Euro. Ferner habe sie Betonstahl im Wert von 3.669,83 Euro bereitgestellt und eine Nachbesserung durchführen lassen. Hierfür seien Kosten in Höhe von 2.776,49 Euro, 3.028,83 Euro und 2.176,04 Euro brutto entstanden.

Im Zuge einer Besprechung habe sie mit der Klägerin vereinbart, dass die Nachbesserungskosten an den Bauvorhaben auf dem Gelände der ##### mit den Werklohnansprüchen für das ##### verrechnet werden sollten.

Die 9. Zivilkammer des Landgerichts Halle hat auf der Grundlage der Beweisbeschlüsse vom 20. Januar, 6. Mai und 12. Juli 2004 (Bd. I Bl. 159 ff., Bd. II Bl. 12 und 36 ff. d. A.) Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen #####. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 6. Mai und 21. Oktober 2004 Bezug genommen (Bd. II Bl. 1 ff. und Bl. 209 ff. d. A.).

Die Kammer hat die Beklagte mit dem am 1. Dezember 2005 verkündeten Teilurteil verurteilt, an die Klägerin 28.470,17 Euro nebst Zinsen sowie 1.500,00 Euro Zug um Zug gegen Übergabe der Original Bauprotokolle und Materiallieferungsscheine zum Bauvorhaben ##### zu zahlen.

Die Werklohnforderung könne die Klägerin auf der Grundlage ihres Angebots vom 16. September 2002, des

Schreibens der Beklagten vom 17. September 2002 und der Auftragsbestätigung verlangen. Von der pauschalen Bruttovergütung von 33.640,00 Euro seien die Kosten für den seitens der Beklagten gelieferten Betonstahl in Höhe von 3.669,83 Euro in Abzug zu bringen, so dass sich ein Betrag in Höhe von 29.970,17 Euro ergebe. Im Hinblick auf den Teilbetrag von 1.500,00 Euro könne die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen der nicht übergebenen Bauunterlagen geltend machen.

Die Parteien hätten für das Bauvorhaben in ##### ein Aufrechnungsverbot und damit den Ausschluss der Verrechnung mit Ansprüchen aus anderen Aufträgen vereinbart. Der Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 20. September 2002 stelle ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar. Dem Aufrechnungsverbot stehe auch nicht entgegen, dass die Beklagte ausweislich des Schreibens vom 17. September 2002 den Materialeinkauf übernommen habe. Die Beklagte habe auch nichtbewiesen, dass im Rahmen einer mündlichen Zusage auf der Baustelle in ##### eine Aufrechnungsmöglichkeit vereinbart worden sei.

Zwar habe der Zeuge ##### bestätigt, dass eine Verrechnung vereinbart worden sei; der Zeuge ##### habe dies aber vehement in Abrede gestellt. Es könne nicht festgestellt werden, welcher Zeuge glaubwürdiger und welche Aussage glaubhafter sei.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie ist der Auffassung, in dem Schreiben vom 20. September 2002 sei kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu erblicken. Die Klägerin habe den Inhalt der Vereinbarungen falsch wiedergegeben. Sie habe unter Beweisanship vorgetragen, dass im Rahmen der Besprechung vom 17. September 2002 etwas Anderes vereinbart worden sei. Das Verhandlungsprotokoll belege dies zweifelsfrei, denn demnach solle sie berechtigt sein, mit den Materialforderungen für das Bauvorhaben ##### und ##### aufzurechnen. Auf der Seite 3 sei der Betrag von 132.000,00 Euro um 33.000,00 Euro gemindert worden. Dieser Betrag ergebe sich aus dem Bauvorhaben in #####. Ferner sei der Inhalt des Schreibens der Klägerin falsch, weil es bekannt gewesen sei, dass sie den Auftrag nur auf der Basis der Einkaufsbedingungen der ##### habe erteilen wollen. Das Landgericht habe übersehen, dass gerade vor dem Hintergrund der Mängel an dem Bauvorhaben ##### ein Aufrechnungsverbot von ihr nicht akzeptiert worden wäre.

Ferner könne das Schreiben der Klägerin vom 20. September 2002 keine Wirkungen entfalten, da es inhaltlich widersprüchlich sei und auf ein nicht existentes Angebot vom selben Tage Bezug nehme. Unklarheiten gingen aber zu Lasten des Absenders.

Gänzlich unberücksichtigt habe das Landgericht ihr Vorbringen zu den Mängeln der Werkleistungen der Klägerin gelassen. Sie habe mit Nachbesserungskosten von 7.982,56 Euro die Aufrechnung erklärt. Der Statiker der Beklagten habe festgestellt, dass vier der acht von der Klägerin zu setzenden Bohrpfähle zu tief eingebaut worden seien und den Geschäftsführer der Klägerin ##### informiert. Dieser habe entschieden haben, dass die vier zu tief gesetzten Bohrpfähle nachgearbeitet werden müssten. Dafür sei es notwendig gewesen, das Erdreich um die Pfähle herum abzugraben und im oberen Bereich des Betons die Bohrpfähle abzustemmen. Der Geschäftsführer der Klägerin habe sodann am 25. September 2002 mit dem Zeugen ##### seinerzeit Mitarbeiter der Beklagten, vereinbart, dass die Beklagte ein Unternehmen mit der Mängelbeseitigung beauftragen sollte. Die Klägerin habe in der Folge der oben genannten Mängelbeseitigungsarbeiten versucht, die Stahlbewehrungskörbe zu verlängern und ihre Arbeiten am 30. September 2002 abgeschlossen. Die Beklagte habe daraufhin die vier Bohrpfahlköpfe im oberen Bereich neu betoniert. Am 2. Oktober 2002 habe sich bei der Begutachtung durch den Prüfengeieur ##### aus Braunschweig herausgestellt, dass die vier Bohrpfähle nach wie vor zu kurz hergestellt worden seien. Ihr Mitarbeiter, der Zeuge ##### habe sich sodann mit der Klägerin in Verbindung gesetzt. Der Geschäftsführer der Klägerin habe erklärt, nicht in der Lage zu sein, kurzfristig Mitarbeiter zur Verfügung zu haben. Daraufhin habe der Zeuge ##### mitgeteilt, dass ein Zuwarten nicht möglich sei. Sodann sei in Abstimmung mit dem Zeugen ##### eine Verlängerung der Bohrpfähle mittels sogenannter Ankerplatten erfolgt.

Die Beklagte beantragt,

das am 1. Dezember 2005 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Halle abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Der erkennende Senat hat auf der Grundlage des Beweisbeschlusses vom 28. April 2006 in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2006 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen ##### des Geschäftsführers der Klägerin #####. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift, Bd. V, Bl. 1 ff. d. A., Bezug genommen.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

## II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig (§§ **511**, **517**, **519**, **520** ZPO), in der Sache aber nicht begründet.

Die Klägerin hat nach erbrachten und abgenommenen Werkleistungen für das Bauvorhaben ##### auf der Grundlage des nach dem Angebot der Klägerin vom 10. September 2002 (Bd. I Bl. 18 ff. d. A.) mündlich geschlossenen Vertrags, der mit dem Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 20. September 2002 (Bd. I Bl. 29 d. A.) zustande gekommen ist, einen Anspruch auf eine Werklohnforderung in Höhe von 29.000,00 Euro netto und 33.640,00 Euro brutto abzüglich der von der Beklagten übernommenen Kosten für Betonstahl in Höhe von 3.669,83 Euro, somit also in Höhe von 29.970,17 Euro.

Diese Werklohnforderung ist nicht durch eine Aufrechnung der Beklagten mit den Kosten der Mängelbeseitigung an den Werkleistungen der Klägerin in Höhe von 6.879,59 Euro netto und 7.980,32 Euro brutto erloschen (§§ **387**, **388**, **389** BGB).

Dieser Betrag setzt sich aus den von der Beklagten geltend gemachten Kosten der Mängelbeseitigung für das Bauvorhaben ##### zusammen. Mit der diesbezüglichen Aufrechnung der Beklagten hat sich das Landgericht im angefochtenen Urteil zwar nicht befasst, der erkennende Senat kann dies im Berufungsrechtszug nachholen, ist aber im Ergebnis der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, dass Gegenforderungen der Beklagten wegen der Kosten der Mängelbeseitigung nicht gegeben sind, so dass die Aufrechnungserklärung ins Leere geht.

Die Aufrechnungserklärung der Beklagten bezieht sich zum einen auf die Rechnung vom 4. August 2003 (Bd. I Bl. 64 f. d. A.) über 2.393,53 Euro netto und 2.776,49 Euro brutto. Diese Rechnung hat eine Rechnung der Firma ##### zum Gegenstand, die die Mängelbeseitigungsarbeiten im Auftrag der Beklagten vorgenommen haben soll.

Ferner hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt mit den Forderungen aus der Rechnung vom 28. Dezember 2002 (Bd. I Bl. 71 d. A.) über 2.611,06 Euro netto und 3.028,83 Euro brutto sowie aus der Rechnung vom 30. Juni 2003 (Bd. I Bl. 72 d. A.) über 1.875,00 Euro netto und 2.175,00 Euro brutto.

Im Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat zwar zu dem Ergebnis gelangt, dass die Werkleistungen der Klägerin tatsächlich nachzubessern waren und nachgebessert worden sind, es kann aber offen bleiben, ob dies auf unzureichenden Vorgaben und Planungsleistungen der Beklagten oder auf mangelhafte Leistungen der Klägerin zurückzuführen ist. Es kann auch dahinstehen, ob die in den Rechnungen enthaltenen Positionen dem Grunde und der Höhe nach tatsächlich erforderlich waren, um die von der Beklagten dargelegten Mängel der Werkleistungen der Klägerin zu beseitigen, da die Voraussetzungen für diesbezügliche Gegenrechte nicht vorliegen.

Grundsätzlich hat ein Auftraggeber dem Unternehmer nämlich die Möglichkeit zu geben, die durch ihn verursachten Mängel selbst zu beheben (§§ **4** Nr. 7 S. 1, **13** Nr. 5 S.1 VOB/B). Nach dem Wortlaut der Rechnung vom 4. August 2003 soll allerdings Gefahr in Verzug bestanden haben. Die Beklagte hat diesbezüglich dargelegt, dass sie wegen der zeitlichen Vorgaben ihrer Auftraggeberin eine möglichst schnelle Mängelbeseitigung hätte durchführen müssen, zu der die Klägerin nicht in der Lage gewesen wäre.

Der Auftraggeber muss aber einem Auftragnehmer, der - wie vorliegend - vor der Abnahme der Werkleistungen mit

der Mängelbeseitigung in Verzug ist und noch Nachbesserungsarbeiten am Bauwerk erbringen muss, den Auftrag nach einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vor einer Fremdnachbesserung entziehen (§ 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 II VOB/B). Die Entziehung des Auftrags dient in diesem Fall dazu, für die weitere Bauabwicklung unter den Beteiligten klare Verhältnisse zu schaffen, um Streitigkeiten nach Möglichkeit zu verhindern (BGH, NJW-RR 1986, 1148; 1989, 235). Diese Grundsätze sind nur dann nicht anzuwenden, wenn eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gleichsam sinnlos ist, also dann, wenn sich der Auftragnehmer endgültig weigert, die vertraglich geschuldeten Werkleistungen selbst herzustellen (BGH, BauR 1978, 306).

Vorliegend sind keine Anhaltspunkte ersichtlich und von der Beklagten dargelegt worden, dass sie die Klägerin unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Durch die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung wird der Auftragnehmer auf die Folgen seines weiteren Verzugs mit der Mängelbeseitigung hingewiesen (BGH, NJW-RR 1998, 235, 236). Eine derartige Vorgehensweise in Gestalt einer ausdrücklichen mündlichen oder schriftlichen Aufforderung hat die Beklagte nicht behauptet.

Der erkennende Senat geht davon aus, dass die Klägerin im Rahmen des streitgegenständlichen Werkvertrags betreffend das Bauvorhaben ##### acht Bohrpfähle zu erstellen hatte und zu diesem Zweck acht Bohrungen mit einem Durchmesser von 880 mm im Erdreich ausgeführt hat. In diese Bohrlöcher hat sie sodann sogenannte Bewehrungskörbe eingeführt und diese einbetoniert.

Es kann dahinstehen, ob die von der Beklagten zur Erläuterung der streitgegenständlichen Rechnungen dargelegten Arbeiten, nämlich Erdaushub und Stemmarbeiten, Betonarbeiten und Schweißarbeiten entsprechend den genannten Rechnungen tatsächlich als erforderliche Mängelbeseitigungsarbeiten nach mangelhafter Werkleistung der Klägerin angesehen werden können.

Die entsprechend den obigen Darlegungen grundsätzlich erforderliche Fristsetzung mit Kündigungsandrohung hat selbst die Beklagte nicht behauptet. Soweit die Beklagte behauptet hat, dass sie sich mit dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin auf die Form der Mängelbeseitigung geeinigt hat, ist dies im Ergebnis der Beweisaufnahme nach der Auffassung des erkennenden Senats nichtbestätigt worden. Auch kann nicht angenommen werden, dass sich die Klägerin mit dem Vorgehen der Beklagten in Gestalt der Einschaltung von Drittfirmen sowie der Mängelbeseitigung durch die Beklagte selbst einverstanden erklärt hat.

Mit den Aussagen der Zeugen ##### und ##### ist der Beweis von entsprechenden Abreden zwischen den Parteien nicht geführt worden.

Der Zeuge ##### hat ausgesagt, zur fraglichen Zeit verantwortlicher Bauleiter gewesen zu sein. Er schilderte einen großen Termindruck, da die ##### den Geländeparcours zu einem feststehenden Termin im Oktober 2002 habe einweihen wollen. Er habe mit dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin mehrfach telefoniert und ihn darauf hingewiesen, dass beispielsweise Bewehrungsstäbe zu verlängern gewesen seien. Dieser habe erklärt, dass seine Firma zur Sanierung keine Kapazitäten frei habe. Er könne sich nicht mehr daran erinnern, ob der von der Klägerin beauftragte Ingenieur ##### die Mängelbeseitigungsarbeiten betreut und begleitet habe. Jedenfalls habe der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen der Telefonate jeweils bestätigt, für Mängelbeseitigungsarbeiten keine Kapazitäten frei zu haben.

Der Zeuge ##### war zwar der verantwortliche Projektleiter des in Rede stehenden Bauvorhabens in ##### jedoch nicht vor Ort, sondern nach seinen Angaben zur fraglichen Zeit in ##### tätig. Er hat im Rahmen seiner Vernehmung vor dem erkennenden Senat zwar die Abläufe der ergänzenden Arbeiten zur Verlängerung der Bewehrungskörbe der Bohrpfähle geschildert, jedoch nicht dargelegt, mit der Klägerin Verhandlungen über die Art der Mängelbeseitigung und über die entsprechende Kostentragung durchgeführt zu haben. Dies habe der Zeuge ##### getan. Die drei streitgegenständlichen Rechnungen habe er gegen die Klägerin gerichtet, nachdem er sich, nach dem Ausscheiden des Zeugen ##### aus der Firma der Beklagten, ein Bild über den entstandenen Mehraufwand gemacht habe.

Nach der Würdigung der Gesamtumstände ist der erkennende Senat unter Berücksichtigung der Aussage der Zeugen ##### und ##### nicht mit dem für eine Beweisführung gebotenen Maß davon überzeugt, dass die Parteien seinerzeit tatsächlich Abreden mit dem Inhalt getroffen haben, dass die Klägerin mit der Mängelbeseitigung durch die Beklagte und durch Drittfirmen einverstanden war.

Die Aussage des Zeugen ##### ist insofern unergiebig, als dass er auch nach eigenem Bekunden keinerlei Absprachen zur Mängelbeseitigung mit dem Geschäftsführer der Klägerin ##### geführt hat.

Ferner bleiben Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen ##### die auch unter Berücksichtigung dessen, dass die Wahrheit seiner Aussage nicht mit absoluter Sicherheit feststehen muss, nicht dazu führen, dass der erkennende Senat mit einem erforderlichen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass die Mängelbeseitigung im Einvernehmen mit der Klägerin vorgenommen worden ist.

Gegen eine entsprechende Abrede streitet, dass der Zeuge #####, der als Mitarbeiter der Beklagten immerhin der verantwortliche Projektleiter des Bauvorhabens in ##### war, ausgesagt hat, zur Zeit des Gesprächs mit dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin auf dem Baugelände in ##### sei er davon ausgegangen, dass die Forderung der Klägerin aus dem Bauvorhaben ##### habe ausgeglichen werden können. Von Gegenforderungen war ihm also zu dieser Zeit - nach seiner Aussage am 8. Oktober 2002 - nichts bekannt. Hätte er aber mit dem Zeugen ##### die Vorgehensweise zur Mängelbeseitigung unter Einbeziehung einer etwaigen Verantwortlichkeit der Klägerin abgestimmt, wäre es naheliegend gewesen, die Kosten der Mängelbeseitigung an den Werkleistungen des Bauvorhabens ##### ebenfalls in die Verhandlungen einzubeziehen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Rechnungen, die die Beklagte ihrer Aufrechnungsforderung zugrunde legt, zeitlich teilweise weit nach dem Abschluss der Arbeiten der Klägerin in ##### erteilt worden sind, nämlich in der Zeit vom 28. Dezember 2002 bis 4. August 2003. Zwar hat der Zeuge ##### dargelegt, nach dem Ausscheiden des Zeugen ##### aus der Firma der Beklagten habe es eine Zeit gedauert, bis Klarheit über den Aufwand zur Mängelbeseitigung gewonnen worden sei, gleichwohl ist es nicht überzeugend, dass die Beklagte nicht zeitnaher, jedenfalls mit dem Erteilen der ersten Rechnung über Mehraufwand vom 28. Dezember 2002, auf ihre Gegenforderungen hingewiesen hat, wo diese doch - so ihr nunmehriger Vortrag - auf Grund einer Vereinbarung von der Klägerin zu tragen gewesen sein sollten.

In sämtlichen Rechnungen ist ferner von einer ihnen zugrunde liegenden Abrede der Parteien über die Tragung der Kosten der Mängelbeseitigung nicht die Rede. Vielmehr ist beispielsweise in der Rechnung vom 4. August 2003 noch davon die Rede, es habe Gefahr in Verzug bestanden und der für die Klägerin tätige Ingenieur Nagel sei informiert. Dass der letztgenannte zur Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen beauftragt war, behauptet die Beklagte nicht; hierfür sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich. Auch ist zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte im vorprozessualen Schriftverkehr im Rahmen der für ihre Aufrechnungsforderung streitgegenständlichen Rechnungen nicht auf eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien berufen hat. Mit der Klageerwidlungsschrift hat (dort Seite 10 oben) sie vielmehr noch dargelegt, die Klägerin sei zu einer Nachbesserung nicht bereit gewesen.

Ferner hat der Zeuge ##### keine nachvollziehbare Erklärung dafür abgegeben, warum er die mit dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin getroffenen Vereinbarungen nicht in irgendeiner Weise schriftlich festgehalten und diesem zur Bestätigung übermittelt hat. Dem erkennenden Senat ist durchaus bewusst, dass im Baubereich gerade bei zeitlichem Druck häufig davon Abstand genommen wird, Formalien einzuhalten. Im vorliegenden Fall war es aber jedenfalls im Hinblick auf das Bauvorhaben ##### schon zu Problemen zwischen den Parteien gekommen. Wieso weder der Zeuge ##### noch der auch für das Bauvorhaben ##### zuständige Projektleiter, der Zeuge ##### in Ansehung der bereits bestehenden Differenzen auf eine Klärung der Mehrkosten für die dortigen Pfahlgründungen gedrängt haben, hat die Beklagte nicht dargelegt.

Schließlich ist im Rahmen der Beweismwürdigung zu berücksichtigen, dass der Zeuge ##### im Gegensatz zu den durchgeführten die behaupteten Telefonate mit dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin nur rudimentär geschildert hat. Während er die Abläufe der Mängelbeseitigungsarbeiten ausführlich geschildert hat, konnte er zu dem Inhalt der Telefonate keine weiteren inhaltlichen Angaben machen und hat beispielsweise lediglich ausgeführt, Herr ##### sei mit der Ausführung der Arbeiten durch die Beklagte einverstanden gewesen.

Nicht zuletzt ist zu bedenken, dass die Beklagte ihren Vortrag zu einer entsprechenden Abrede betreffend die Kosten und die Art der Mängelbeseitigung durch sie im Verlaufe des Rechtsstreits verändert hat. Mit der Klageerwidlungsschrift, Seite 10 oben, hatte sie nämlich noch detailliert dargelegt, die Klägerin habe sich geweigert, Nachbesserungsarbeiten auszuführen, so dass sie selbst die Verlängerung der Bewehrung durch das Anschweißen von Rundmuttern ausgeführt habe.

Sämtliche dargelegten Aspekte sind für sich betrachtet nicht geeignet, Zweifel an einer von der Beklagten dargelegten Abrede zu begründen. In ihrer Gesamtschau, die der erkennende Senat bei der Beweiswürdigung vorzunehmen hat, führen sie indes dazu, die Beklagte, die für die Voraussetzungen einer Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Kündigungsandrohung beweibelastet ist, als beweisfällig anzusehen.

Nach alledem kommt es auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen ##### und auf die Glaubhaftigkeit seiner Aussage nicht an. Auch kommt es darauf, ob dieser zur Zeit seiner Vernehmung überhaupt eine Zeugeneigenschaft inne hatte oder ob er nicht nach wie vor Geschäftsführer der Klägerin war, nicht an.

Die Beklagte kann dem Werklohnanspruch der Klägerin auch nicht Gegenansprüche aus anderen Bauvorhaben entgegenhalten, da die Parteien ein Aufrechnungsverbot vereinbart haben, das im Ergebnis der von dem erkennenden Senat durchgeführten Beweisaufnahme auch nicht in der Folgezeit einvernehmlich aufgehoben worden ist.

Es kann in diesem Zusammenhang aber dahinstehen, ob die Parteien entsprechend dem Vortrag der Beklagten bei den Verhandlungen über den streitgegenständlichen Werkvertrag vor dem 20. September 2002 vereinbart hatten, dass die Bedingungen der Auftraggeberin der Beklagten, also der ##### Vertragsbestandteil werden sollten. Es liegt im Wesen von Verhandlungen, dass sich in ihrem Verlauf Veränderungen ergeben können. Entscheidend ist, dass auch nach dem Beklagtenvortrag der Vertrag mündlich geschlossen worden ist, und zwar am 19. September 2002. Es mag sein, dass die Beklagte der Klägerin im Rahmen der Verhandlungen die Vertragsbedingungen der ##### die sie nunmehr mit Schriftsatz vom 15. Mai 2006 (Bd. IV Bl. 132 d. A.) zu den Akten gereicht hat, übermittelt hat. Dies konnte die Parteien aber nicht daran hindern, abweichend von dem Inhalt der Vertragsbedingungen der ##### einen Vertrag mit dem Inhalt eines Aufrechnungsverbots abzuschließen.

Mit dem Landgericht geht der erkennende Senat ferner davon aus, dass nach dem unstreitig mündlich erfolgten Vertragsschluss in dem Schreiben der Klägerin vom 20. September 2002 ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu erblicken ist und dessen Inhalt Vertragsbestandteil geworden ist.

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben der Klägerin ist entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht deshalb wirkungslos, weil es inhaltlich widersprüchlich ist. Selbst jemand, der bei den Verhandlungen nicht zugegen war, ist in der Lage, dieses Schreiben auf das Angebot der Klägerin vom 16. September 2000 zu beziehen. Der unbefangene Leser kann zwar in der Tat nicht nachvollziehen, wieso die Klägerin das Datum des 20. September 2000 ergänzend genannt hat, indes führt dieser Irrtum nicht dazu, dass die Beklagte nicht wissen konnte, auf welches Bauvorhaben oder Projekt das Schreiben vom 20. September 2000 bezogen werden sollte.

Die Regel, wonach bei Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben der Vertrag entsprechend dem Inhalt des Schreibens als zustande gekommen gilt, ist allerdings nur anwendbar, wenn dem Bestätigungsschreiben Vertragsverhandlungen vorausgegangen waren, dies heißt, dass jedenfalls ein geschäftliches Gespräch über den schriftlich "bestätigten" Vorgang stattgefunden hat. Dies ist von dem Absender des Schreibens, der aus dem Schweigen des Geschäftsgegners Rechte herleiten will, darzutun und zu beweisen (BGH, NJW 1990, 386 m.w.N.). Entsprechend den obigen Ausführungen ist es aber vorliegend zwischen den Parteien unstreitig, dass dem Schreiben der Klägerin vom 20. September 2002 ein mündlicher Vertragsschluss vorausgegangen war.

Vor dem Hintergrund des bereits zuvor schriftlich ausgetauschten Verhandlungsmaterials bedurfte ein Vertragsschluss auf dieser Grundlage nur einer kurzen, mit Worten kaum näher zu beschreibenden Verständigung. Bei Würdigung all dieser Umstände kann daher kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass nach dem unstreitigen Vorbringen beider Parteien tatsächlich hinreichend konkretisierte Vertragsverhandlungen stattgefunden haben. Da vorliegend zwei Vollkaufleute beteiligt waren, sind die für den Handelsverkehr entwickelten Grundsätze über ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben anzuwenden. Demnach gilt der Grundsatz, dass der Empfänger eines Bestätigungsschreibens unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will. Widerspricht er nicht, ist der Vertrag mit dem aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Inhalt rechtsverbindlich (bereits RGZ 54, 179).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Empfänger eines Bestätigungsschreibens nur dann nicht zu widersprechen, wenn sich der Inhalt des Schreibens so erheblich von dem Verhandlungsergebnis entfernt, dass der Absender mit dem Einverständnis des Empfängers redlicherweise nicht rechnen konnte (BGHZ 93, 383, 343). Dabei ist es Sache des Empfängers, darzutun und zu beweisen, dass das Schreiben vom Inhalt der

Verhandlungen so erheblich abweicht, dass ihm eine Bindungswirkung nicht zukommt (BGH, NJW 1974, 991, 992).

Vorliegend weicht der Inhalt des Bestätigungsschreibens aber nicht so erheblich von den Vorverhandlungen ab, dass die Beklagte auf eine Reaktion verzichten konnte. Einzig die Frage, ob sie mit Ansprüchen aus anderen Bauvorhaben gegen die Werklohnforderung aus dem Bauvorhaben Wolfsburg aufrechnen konnte, stand nach ihrem Vortrag zwischen den Parteien im Streit. Insofern ist nicht nachvollziehbar, wieso die Beklagte der Klägerin nicht unverzüglich nach dem Erhalt des Schreibens mitgeteilt hat, mit der Aufrechnungsklausel nicht einverstanden zu sein. Hierfür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich und von ihr dargelegt worden.

Die Beklagte beruft sich in diesem Zusammenhang auf das der Klägerin unter dem 17. September 2002 übermittelte Verhandlungsprotokoll zwischen ihr und der #####. Dieses enthält zwar einen Bezug auf die Einkaufsbedingungen der ##### dass diese aber der Klägerin übermittelt worden sind und in irgendeiner Weise für das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten wichtig gewesen sein sollten, ist nicht ersichtlich. Andernfalls hätte es doch auch nahe gelegen, der Klägerin auch einen Text der Einkaufsbedingungen zu übermitteln, was aber nicht geschehen ist. Vielmehr geht der erkennende Senat davon aus, dass insbesondere die Termins- und Vertragsstrafeabreden zwischen der ##### und der Beklagten für das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien des hiesigen Rechtsstreits von Belang waren. Dass der Klägerin zu irgendeiner Zeit die Einkaufsbedingungen der ##### übermittelt worden sind, ist nicht dargelegt worden.

Auch das Verhandlungsprotokoll vom 17. September 2002 (Bd. I Bl. 202 ff. d. A.) bestätigt nicht den Vortrag der Beklagten, die Möglichkeit der Aufrechnung aus anderen Bauvorhaben sei für den Vertragsschluss wesentlich gewesen. Vielmehr befasst sich dieses Protokoll zweifelsfrei mit mehreren Bauvorhaben. Unter Ziffer 4 wird auf ##### Bezug genommen und insbesondere der Preis ermittelt. Unter Ziffer 5 finden sich unter dem Stichwort "Materialeinkauf der Fa. ##### zwei Spiegelstriche mit den Stichworten ##### und Körbe f.88 #####. Dieser Formulierung kann entnommen werden, dass die Beklagte Materialeinkauf durchführen soll; für die Vereinbarung einer Aufrechnungsmöglichkeit aus anderen Bauvorhaben im Hinblick auf die Werklohnforderung aus dem Bauvorhaben ##### sind indes keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Soweit sich die Beklagte auf die Unredlichkeit der Klägerin beruft, verkennt sie, dass sie für ein derartiges Verhalten darlegungs- und beweisbelastet geblieben ist. Es spricht aber gerade für die Redlichkeit der Klägerin, dass sie der Beklagten das Bestätigungsschreiben übermittelt hat. Wieso die Beklagte sich bemüht hat, auf dieses nicht zu reagieren, obwohl es doch nach ihrem Vortrag völlig indiskutabel war, verschließt sich dem Senat. Auch die Beklagte versäumt es, hierfür einen Grund zu nennen.

Insofern kommt es entsprechend dem angefochtenen Urteil darauf an, ob die Parteien im Nachgang eine Vereinbarung getroffen haben, wonach die Beklagte gleichwohl zur Aufrechnung mit Gegenforderungen aus anderen Bauvorhaben berechtigt sein sollte. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nur knapp ausgefallen und bereits deshalb zu beanstanden, weil die erkennende Kammer des Landgerichts nicht die Beweisaufnahme durchgeführt hat.

Nur die Vorsitzende der Kammer in der Besetzung zur Zeit des angefochtenen Urteils war identisch mit der Besetzung zur Zeit der Beweisaufnahme. Insofern war der Senat gehalten, die Beweisaufnahme zu wiederholen, ist jedoch zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte den Beweis für eine nachträgliche Vereinbarung des Ausschlusses eines Aufrechnungsverbots nicht erbracht hat.

Die Aussage des Zeugen ##### war unergiebig im Sinne des Beweisthemas. Der Zeuge ##### hat im Rahmen seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2006 den Inhalt eines Gesprächs wiedergegeben, das nach seiner Urlaubsrückkehr, also nach dem 27. September 2002, in dem Baucontainer der Beklagten auf dem Gelände der Bundesgartenschau in ##### stattgefunden hatte. Bei dem fraglichen Gespräch zwischen dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin ##### und dem Zeuge ##### sei es unter anderem noch um die Probleme gegangen, die dadurch entstanden seien, dass die Klägerin an der Nordbrücke des Bauvorhabens in ##### die Nord- und Südfundamente vertauscht habe. Der Zeuge ##### habe dabei auch eine Rechnung betreffend das Bauvorhaben in ##### angesprochen. Der Zeuge ##### habe ausgeführt, dass zunächst einmal die Probleme an der Nordbrücke beseitigt werden müssten. Der Zeuge ##### habe nach dem Gespräch resigniert gewirkt und sich abgewandt. Der Zeuge ##### konnte sich zwar nicht mehr daran erinnern, ob der Begriff Verrechnung gefallen sei, nach seinem Verständnis sei die Aussage des Zeugen ##### aber so gemeint gewesen. Mit dieser Aussage kann nicht als bewiesen angesehen werden, dass sich die Klägerin und die Beklagte nach dem

27. September 2002 über eine Aufhebung des zuvor getroffenen Aufrechnungsverbots geeinigt haben. Selbst wenn der Zeuge ##### dies bei der geschilderten Baubesprechung gefordert haben sollte, könnte das von dem Zeugen ##### geschilderte Verhalten des seinerzeitigen Geschäftsführers der Klägerin nicht dahingehend ausgelegt werden, dass eine von dem Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens abweichende Vereinbarung zu einer Aufrechnungsmöglichkeit der Beklagten aus anderen Bauvorhaben vereinbart worden ist. Hierzu hätte es einer eindeutigen Willenskundgabe und nicht eines - so der Zeuge - resignierenden Abdrehs und damit Schweigens bedurft.

Auch durch die Aussage des Zeugen ##### ist nach der Auffassung des erkennenden Senats der Beweis für eine Vereinbarung, entgegen der Ursprungsabrede eine Aufrechnung mit Gegenansprüchen der Beklagten aus dem Bauvorhaben in ##### erklären zu können, nicht erbracht worden.

Der Zeuge ##### hat ausgesagt, am 8. Oktober 2002 auf dem Baugelände in ##### dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin, ##### ein Gespräch über die erheblichen Mängel an dem Brückenbauwerk ##### geführt zu haben. Diesem habe er deutlich gemacht, dass wegen der umfangreichen Mängel die Forderungen der Klägerin aus dem Bauvorhaben ##### wohl nicht ausreichen würden, um die Kosten der Mängelbeseitigung abzudecken. Er hat angegeben, dass ##### einer Aufrechnung einverstanden gewesen sei. Dies habe er daraus geschlossen, dass ##### genickt habe. Nach der Auffassung des erkennenden Senats ist diese Aussage auch unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht ausreichend, um eine Abänderung der Ursprungsabreden annehmen zu können. Wie der Zeuge ##### hat demnach auch der Zeuge ##### nicht ausgesagt, dass ##### die Ausführungen des Zeuge ##### mündlich ausdrücklich bestätigt hat; dies wäre aber grundsätzlich erforderlich gewesen, um eine Vertragsänderung annehmen zu können.

Der Senat geht auch nicht davon aus, dass das von dem Zeugen ##### geschilderte Nicken des seinerzeitigen Geschäftsführers der Klägerin als Willenserklärung im Sinne einer geäußerten Annahme eines Angebots der Beklagten auf Vertragsänderung qualifiziert werden kann. Dies könnte etwa dann angenommen, wenn ein Gesprächspartner auf eine eindeutige Frage seines Gesprächsgegners nur mit ja oder nein antworten könnte, und mit einem Nicken seine Zustimmung äußern würde. Hierfür sind vorliegend indes keine Anhaltspunkte ersichtlich. Es sind vielfältige Gründe denkbar, die einen Gesprächspartner in der Folge der Ausführungen des anderen Gesprächspartners dazu veranlassen, zu nicken. Ein Nicken kann auch schlicht bedeuten, dass man die Ausführungen des anderen verstanden hat. Dass man indes im Sinne einer Vertragsannahme zustimmt, kann ohne weitere Anhaltspunkte - die vorliegend nicht dargelegt worden und ersichtlich sind - aus einem Nicken nicht geschlossen werden.

Die Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Änderungsvertrags, der vorliegend von der Beklagten behauptet worden ist, kann vorliegend auch nicht aus dem Gesamtverhalten der Klägerin, vertreten durch ihren seinerzeitigen Geschäftsführer, #####, geschlossen werden. Eine solche konkludente Vertragsänderung kommt etwa dann in Betracht, wenn der eine Vertragspartner durch sein Gesamtverhalten zum Ausdruck bringt, dass er das Ansinnen des Vertragsgegners auf eine Vertragsänderung akzeptiert.

Vorliegend ist aber weder während des in Rede stehenden Gesprächs, noch danach seitens des seinerzeitigen Geschäftsführers der Klägerin, #####, zum Ausdruck gebracht worden, dass er davon ausgeht, dass das vorherige Aufrechnungsverbot zu irgendeiner Zeit abgeändert worden wäre. Insbesondere hat die Klägerin Aufrechnungserklärungen der Beklagten aus dem Bauvorhaben ##### weder vorprozessual noch im hiesigen Rechtsstreit akzeptiert. Auf die mit der Klageerwidlungsschrift erklärten Aufrechnung hat die Klägerin mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19. September 2003, Seite 6, nur knapp erklärt, diesbezüglich sei ein Verrechnungsausschluss vereinbart worden. Das von dem Zeugen ##### geschilderte Verhalten des ##### auf seine Ausführungen hin genickt zu haben bzw. - so der Zeuge ##### - sich resigniert abgewandt zu haben, kann nicht als Zustimmung ausgelegt werden. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ergibt sich vorliegend auch in dem Fall, in dem der Senat das von den Zeugen ##### und ##### geschilderte Verhalten des seinerzeitigen Geschäftsführers der Klägerin als wahr unterstellen würde, keine stillschweigende Zustimmung. Eine konkludente oder stillschweigende Willenserklärung setzt nämlich in der Regel auch das Bewusstsein voraus, dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung wenigstens möglicherweise erforderlich ist. Soweit einem tatsächlichen Verhalten auch ohne ein solches Erklärungsbewusstsein oder ohne einen Rechtsbindungswillen die Wirkungen einer Willenserklärung beigelegt wird, geschieht dies zum Schutze des redlichen Rechtsverkehrs und setzt einen Zurechnungsgrund voraus. Dieser ist nur dann gegeben, wenn der sich in missverständlicher Weise Verhaltende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem

Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, NJW 1995, 953). Solche Anhaltspunkte sind vorliegend indes nicht ersichtlich.

Nach alledem kommt es auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen ##### und ##### und auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen schon nicht an, da diese bereits nicht mit einer für eine Beweisführung erforderlichen Wahrscheinlichkeit ausgesagt haben, die Bedenken Schweigen gebietet, auch wenn diese nicht vollständig ausgeräumt sein müssen.

Demnach kommt es für die Beweiswürdigung darauf, ob der als Zeuge vernommene ##### zur Zeit seiner Vernehmung vor dem erkennenden Senat Geschäftsführer der Klägerin war, nicht an. Da die beweisbelastete Beklagte den ihr obliegenden Beweis nicht geführt hat, war ein Gegenbeweis seitens der Klägerin nicht zu erbringen.

Sonstige Gründe, welche der Berufung der Beklagten zum Erfolg verhelfen könnten, sind nicht ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § **97** Abs. 1 ZPO; der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ **708** Nr. 10, **711**, **713** ZPO.

Die Wertfestsetzung folgt aus §§ **2**, **3** ZPO, **26** Nr. 8 EGZPO.

Die Zulassung der Revision gemäß § **543** Abs. 2 ZPO ist nicht veranlasst. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.