
Datum: 19.01.2005
Gericht: Landgericht Essen
Spruchkörper: 1. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 41 O 27/04
ECLI: ECLI:DE:LGE:2005:0119.41O27.04.00

Sachgebiet: Bürgerliches Recht

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung von 110 % des beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

1

Die Klägerin befasst sich mit der Herstellung von Betonfertigteilen. Die Beklagte war von der J-GmbH beauftragt worden, für die internationale Gartenbauausstellung im Jahr 2003 die Uferböschung an der X durch Blockstufen aufzuwerten. Sie beauftragte die Klägerin als Nachunternehmerin mit der Lieferung und Montage von Blockstufenelementen aus Betonfertigteilen im Rahmen der Ufersicherung. Die Betonfertigteile mussten besonders hohe Anforderungen erfüllen. Dies beruhte zum einen darauf, dass sie von besonderer optischer Qualität sein sollten, zum anderen auch darauf, dass starke Belastungen des Baustoffes zu erwarten waren. Diese ergaben sich aufgrund der unmittelbaren Wassernähe, so dass eine besondere Frost- und Tausalzbeständigkeit erforderlich war, zum anderen war der Beton aufgrund der salzhaltigen Luft auch weiteren starken chemischen Angriffen ausgesetzt. Aufgrund dieser besonderen Anforderungen an die Optik sowie physikalische und chemische Belastbarkeit musste die Gefahr der Rissbildung soweit wie technisch möglich ausgeschlossen werden. Diese Eigenschaften des Betons spiegeln sich im Leistungsverzeichnis, das Grundlage der Vertragsverhandlungen der Parteien war, wieder. Insoweit wird Bezug genommen auf Anlage K 20. Unter anderem wird im Leistungsverzeichnis gefordert, dass für die Zuschlagsstoffe nur gebrochene Materialien

2

zugelassen sind. Auch das Kleinstkorn müsse aus Brechkies bestehen.

Vor Beginn der Arbeiten wurde der Auftrag seitens der Beklagten gekündigt, die Klägerin, die von einer freien Kündigung des Bauvertrages ausgeht, macht mit der Klage Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und Schadensersatz geltend. Im Einzelnen gestaltete sich der Ablauf wie folgt: 3

Die Beklagte übersandte am 25.02.2002 eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots an die S-GmbH. Diese war an dem Auftrag nicht interessiert und leitete die Unterlagen an die Klägerin weiter. Die Klägerin gab mehrere Angebote ab, in denen jeweils auf die Geltung der VOB verwiesen ist. Sie überreichte der Beklagten im Rahmen der Auftragsverhandlung auch einen Prüfbericht über eine Betonrezeptur (Anlage K 4) und eine Stellungnahme der Firma T vom 30.01.1998 (Anlage K 5). 4

Schließlich verhandelten die Parteien am 22.05.2002 über die Angebote der Klägerin und erstellten hierüber ein Verhandlungsprotokoll. In diesem Protokoll heißt es unter 5

Ziffer 1 Leistungsumfang: 6

1.1. 7

Gegenstand der Verhandlung ist das auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung gefertigte Angebot vom 22.05.2002. 8

1.2. 9

Änderungen bzw. Ergänzungen: 10

Die Herstellung der Dichtungsfuge wird gesondert geregelt (Fugenmaterial). 11

Grundlage ist die angebotene Rezeptur. Änderungen müssen bis zum 31.05.2002 mitgeteilt werden. Bei Änderungen verzögert sich eine Produktionsaufnahme bzw. –ende. Bauseitige Gestellung für die Montage 3 – 4 ABM-Kräfte. 12

1.2.1. 13

Der Auftragnehmer versichert, dass sein Angebot gem. Ziff. 1.1. nicht von der Ausschreibung des Auftraggebers abweicht. Sollten Abweichungen im Angebot von der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers noch vorhanden sein, werden diese nur Vertragsbestandteil, soweit sie unter Ziff. 1.2. besonders behandelt werden. 14

Mit Schreiben vom 31.05.2002 (Anlage K 10) bestätigte die Klägerin den Auftrag und forderte vorsorglich Mehrkosten für bestimmte Elemente an. Daraufhin teilte die Beklagte per Fax vom 05.06.2002 mit, dass sie die Mehrkosten nicht akzeptiere und sich außer Stande sehe, den Auftrag zu erteilen (Anlage K 11). Mit weiterem Fax vom 07.06.2002 teilte die Beklagte mit, dass die Stornierung der Bestellung gegenstandslos sei (Anlage K 12). Mit Schreiben vom 10.06.2002 übersandte die Klägerin der Beklagten aktuelle Planaufstellungen und weitere Unterlagen zur Betonzusammensetzung (Anlage K 13). Diese Betonrezeptur, zu der nunmehr die Unterlagen vorlagen, wurde von der J-GmbH abgelehnt. Im Folgenden wurden Verhandlungen über die Rezeptur geführt. So nahmen Mitarbeiter der Klägerin und des Betonwerkes an einer Baubesprechung vom 13.06.2002 teil. Der Inhalt dieser Besprechung ist streitig. 15

Am 05.07.2002 übersandte die Beklagte der Klägerin erneut Seite 4 des Leistungsverzeichnisses und bat sie um Herstellung der dort im Einzelnen spezifizierten Rezeptur. Am 09.07.2002 übersandte die Klägerin eine neue Rezeptur. Auch diese wurde jedoch vom Bauherrn nicht akzeptiert.

Mit Schreiben vom 22.07.2002 (Anlage K 26) forderte die Beklagte die Klägerin auf, unverzüglich, spätestens jedoch bis zum 26.07.2002 eine gemäß Vorgaben des Bauherrn geeignete und genehmigungsfähige Betonrezeptur vorzulegen und einen verbindlichen Liefer- und Montagetermin zu nennen. Ferner drohte sie der Klägerin an, nach fruchtlosem Fristablauf den Auftrag zu entziehen und ein anderes Unternehmen zu beauftragen. Mit Schreiben vom 31.07.2002 (Anlage K 28) verlängerte die Beklagte die Nachfrist bis zum 06.08.2002. 17

Mit Schreiben vom 15.08.2002 schließlich teilte die Beklagte mit, dass sie die Klägerin bei der Durchführung der Maßnahme nicht berücksichtigen könne und sich für einen anderen Unternehmer entschieden habe. 18

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass sämtliche von der Klägerin vorgelegten Betonrezepturen insofern das Leistungsverzeichnis nicht erfüllen, als die vorgesehenen Zuschlagsstoffe nicht ausschließlich aus gebrochenen Material bestehen. Ob die Rezeptur auch weitere Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt, ist streitig. 19

Die Klägerin behauptet, anlässlich der Baubesprechung vom 13.06.2002 sei seitens der Beklagten darauf verzichtet worden, dass das Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Zuschlagsstoffe eingehalten werde. Die Beklagte habe sich damit einverstanden erklärt, dass Sand als Zuschlagsstoff verwendet werden dürfe. 20

Die Klägerin ist der Auffassung, es liege eine freie Kündigung des Werkvertrages vor. Die Klägerin hat unter sachverständiger Hilfe ihren Vergütungsanspruch ermittelt. Insoweit wird auf das eingereichte Gutachten des X1 vom 05.08.2003 (Anlage K 33) verwiesen. Mit Schreiben vom 20.08.2003 übermittelte die Klägerin der Beklagten die sachverständlich ermittelte Schlussrechnungsforderung (Anlage K 34). 21

Die Klägerin hat zunächst den Antrag angekündigt, 22

die Beklagte zu verurteilen, an sie 230.916,34 € nebst 5 % Zinsen über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der europäischen Zentralbank seit dem 09.10.2003 zu zahlen. 23

Ferner festzustellen, dass die Beklagte ihr die Umsatzsteuer in Höhe von 34.341,55 € zu erstatten habe, falls sie, die Klägerin, von ihrem zuständigen Finanzamt bestandskräftig zur Umsatzsteuer veranlagt werde. 24

Mit Schriftsatz vom 04. Juni 2004 (Bl. 62 ff. der Gerichtsakte) hat die Klägerin die Klage in Höhe von 3.886,00 € zurückgenommen. Sie hat in diesem Schriftsatz auch weitere Ausführung zur Höhe ihres Vergütungsanspruchs gemacht. Wegen der Berechnung der Klägerin wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen. 25

Die Klägerin stellt nunmehr die angekündigten Anträge, jedoch unter Berücksichtigung der Klagerücknahme. 26

Die Beklagte beantragt, 27

die Klage abzuweisen. 28

Die Beklagte ist der Auffassung, dass eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung des Bauvertrages vorliege. Sie weist zunächst darauf hin, dass die eingereichten Betonrezepturen unstreitig das Leistungsverzeichnis insoweit nicht erfüllen, als als Zuschlagsstoff Sand verwendet werde. Zusätzlich behauptet die Beklagte, auch weitere Vorgaben des Leistungsverzeichnisses seien nicht erfüllt. Wegen der Einzelheiten wird insoweit Bezug genommen auf Seite 6 und 7 des Schriftsatzes der Beklagten vom 23. April 2004 (Bl. 36 und 37 der Gerichtsakte). 29

Beide Parteien habe sich mit einer Entscheidung durch die Vorsitzende allein einverstanden erklärt. 30

Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen P, T1, H, T2, X2 und S1. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 19.01.2005 verwiesen. 31

Entscheidungsgründe: 32

Die Klage ist unbegründet. 33

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung des Werklohns. Denn es handelt sich bei der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung nicht um eine solche gem. § 8 Nr. 1 VOB, mit der Folge, dass die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu zahlen ist, sondern es liegt vielmehr eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 8 Nr. 3, 4 Nr. 7 VOB vor, mit der Folge, dass allenfalls erbrachte Leistungen zu vergüten sind. Solche liegen hier jedoch nicht vor. 34

Die Parteien haben wirksam die Geltung der VOB vereinbart. Dies ergibt sich aus dem Verhandlungsprotokoll vom 22.05.2002 und den Angeboten der Klägerin. 35

Die Beklagte war zur Kündigung des Auftrags berechtigt, weil die Klägerin auch innerhalb der durch Schreiben vom 22.07.2002 und 31.07.2002 gesetzten Nachfristen keine Betonrezeptur zur Verfügung gestellt hat, die die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses in vollem Umfang erfüllte. 36

1. 37

Auch nach dem Verhandlungsprotokoll vom 22.05.2002 war die Klägerin verpflichtet, eine solche Rezeptur zu liefern, die in allen Punkten den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprach. Denn Ziff. 1.2 des Verhandlungsprotokolls kann entgegen der Auffassung der Klägerin nicht so verstanden werden, dass die Beklagte die vorgelegte Rezeptur der Klägerin als vertragsgerecht akzeptieren wollte, unabhängig davon, ob diese Rezeptur den Anforderungen des Hauptauftrags, wie sie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergaben, entsprach. Zwar ist in Ziff. 1.2 des Verhandlungsprotokolls ausgeführt: „Grundlage ist die angebotene Rezeptur“, in Ziff. 1.1. heißt es aber „Gegenstand der Verhandlung ist das auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung gefertigte Angebot vom 22.05.2002“. Bereits hieraus wird deutlich, dass die Klägerin zusichert, dass die angebotene Rezeptur die Grundlagen der Leistungsbeschreibung erfüllt. Hinzu kommt, dass in Ziff. 1.2.1. versichert wird, dass das Angebot nicht von der Ausschreibung abweicht. Bei bestehenden Abweichungen sollten diese unter Ziff. 1.2 besonders behandelt werden. Unter Ziff. 1.2 ist aber gerade nicht ausgeführt, dass die angebotene Rezeptur vom Leistungsverzeichnis abweicht, was erforderlich gewesen wäre, um diese Abweichung als Vertragsbestandteil anzuerkennen. 38

Selbst wenn sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Prüfbericht ergab, dass derartige Abweichungen vorlagen, so kann die Klägerin sich hierauf nicht berufen. Denn die Beklagte war nicht verpflichtet, die Daten des Prüfberichts mit den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses zu vergleichen. Sie konnte sich insoweit auf die Versicherung der Klägerin, die sie als Fachfirma eingeschaltet hatte, in vollem Umfange verlassen.

2.

Die angebotene Betonrezeptur weicht unstreitig vom Leistungsverzeichnis insoweit ab, als Zuschlagsstoffe verwendet werden, die nicht lediglich aus gebrochenen Materialien bestehen. Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass insoweit eine einvernehmliche Änderung des Leistungsverzeichnisses zwischen den Parteien bindend vereinbart wurde. Die Beweisaufnahme vom 19.01.2005 hat nicht zu einem klaren Ergebnis geführt. Zwar haben die Zeugen T1, H und T2 übereinstimmend bekundet, dass der Zeuge P anlässlich dieser Besprechung geäußert habe, die Zuschlagsstoffe würden akzeptiert. Das Gericht glaubt den Zeugen, dass der Zeuge P diese Äußerung im Rahmen des recht unfreundlichen Gesprächs irgendwann einmal gemacht hat. Denn auch der Zeuge P selbst hat bei seiner Nachvernehmung nicht ausschließen können, dass er in flapsiger Art gesagt habe, dass dies kein Problem mehr darstelle.

Letztlich ist dies aber aus mehreren Gründen nicht ausreichend dafür, eine einvernehmliche Änderung des Leistungsverzeichnisses annehmen zu können:

Zum einen haben alle Zeugen bestätigt, dass das Gespräch vom 13.06.2002 in recht unerfreulicher, aufgewühlter Situation stattfand, die Bauherrin die Teilnahme der Vertreter der Klägerin und Äußerung dieser eigentlich nicht zulassen wollte. Die Zeugin T2 hat ausgesagt, es sei viel durcheinander gesprochen worden. Wenn im Rahmen eines derartigen Zusammentreffens von einer Person sinngemäß in die Runde gerufen wird: „Mit dem Zuschlagsstoff habe ich keine Probleme mehr“, so erscheint es sehr fraglich, ob diese beiläufige Erklärung als verbindliche Änderung des Leistungsverzeichnisses aufgefasst werden kann, zumal eine schriftliche Bestätigung einer derartigen Änderung nicht vorliegt.

Zum anderen hat der Zeuge P jedenfalls eine derartige Erklärung nicht im Namen der Beklagten abgegeben. Denn der Zeuge war nicht Vertreter der Beklagten. Allenfalls könnte man daran denken, dass der Zeuge P die Erklärung für die Bauherrin abgegeben hat und die Beklagte sich, da es ihr hauptsächlich auf die Akzeptanz der Rezeptur durch die Bauherrin ankam, die Erklärung konkludent zu Eigen gemacht hat. Dies scheitert aber wiederum daran, dass der Zeuge P nach seinen eigenen glaubhaften Bekundungen nicht berechtigt war, im Namen des Bauherrn irgendwelche Änderungen des Leistungsverzeichnisses zu akzeptieren. Der Zeuge hat im Rahmen seiner Nachvernehmung zudem ausgesagt, sofern er eine solche Erklärung in flapsiger Art abgegeben hätte, wäre dies nur eine Erklärung für sich, nicht für den Bauherrn gewesen.

Dafür, dass es nicht zu einer verbindlichen Änderung gekommen ist, spricht auch, dass in dem Protokoll, welches nach glaubhafter Aussage des Zeugen P irrtümlich das Datum 10.06.2002 trägt, ausgeführt ist: „Die Forderungen zur Betonrezeptur gemäß Ausschreibung sind einzuhalten.“ Der Zeuge hat hierzu ebenfalls glaubhaft und nachvollziehbar ausgesagt, dass es für den Fall, dass eine Änderung vereinbart worden wäre, auch einen Hinweis hierzu im Protokoll gegeben hätte.

Letztlich ist es nach Aussage aller Zeugen nicht bewiesen, dass für die Beklagte – allein auf dieses abzustellen – eine verbindliche Änderung des Leistungsverzeichnisses im Gespräch

vom 13.06.2002 akzeptiert worden ist.

3. 47

Die formalen Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 VOB liegen vor. Die Beklagte hat der Klägerin mit Schreiben vom 22.07.2002 eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt, indem sie sie aufgefordert hat, bis zum 26.07.2002 eine gemäß Vorgaben des Bauherrn geeignete und genehmigungsfähige Betonrezeptur vorzulegen. Dass in diesem Schreiben nicht speziell darauf verwiesen wird, in wieweit eine Abweichung vom Leistungsverzeichnis vorliegt, ist unschädlich. Denn die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses, die einzuhalten waren, waren der Klägerin bekannt. Unschädlich ist es ebenfalls, dass die Beklagte die gesetzte Nachfrist noch einmal verlängert hat, ohne erneut die Kündigung anzudrohen. Denn aus den vorangegangenen Verhandlungen war der Klägerin bekannt, dass die von ihr gelieferten Rezepturen so nicht akzeptiert würden und sie damit rechnen musste, den Auftrag entzogen zu bekommen, wenn sie keine geeigneten Rezepturen liefert. Die Klägerin konnte auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass die Kündigungsandrohung aus dem Schreiben vom 22.07.2002 nicht ernst gemeint war oder nicht mehr aufrechterhalten werde. 48

Das Schreiben der Beklagten vom 15.08.2002 schließlich ist als Auftragsentziehung zu qualifizieren. Auch wenn die Beklagte sich in diesem Schreiben auf den Standpunkt stellt, den Auftrag gar nicht erteilt zu haben, so macht dieses Schreiben doch deutlich, dass die Beklagte jedenfalls auch an einem erteilten Auftrag nicht mehr festhalten will. 49

Leistungen, die die Beklagte zur Erstellung des Werkes verwendet hat, hat die Klägerin nicht erbracht, so dass ihr auch ein Anspruch auf Vergütung nicht zusteht. 50

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 ZPO. 51