
Datum: 29.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-5 U 70/08
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2009:1029.I5U70.08.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.02.2008 verkündete Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf - Az:10 O 377/07 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

A.

2

Der Kläger macht mit Rechnung vom 03.07.2007 einen Restwerklohnanspruch in Höhe von 9.600,- € für von ihm aufgrund eines mit der Beklagten geschlossenen Bauvertrages vom 03.05.2007/05.06.2007 über die Erbringung von Dachdeckerarbeiten für zwei Doppelhaushälften und 5 Reihenhäuser in K... geltend. Trotz am 07.08.2007 erfolgter Abnahme und vom Kläger erfolglos gesetzter Zahlungsfrist bis zum 20.08.2007 leistete die Beklagte die geforderte Zahlung nicht. Vielmehr berührt sie sich eigener Gewährleistungsansprüche gegen die Klägerin aus einem anderen Bauvorhaben, die sie gegen den Klageanspruch zur Aufrechnung gestellt hat. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

3

4

Der Kläger war von der Beklagten damit beauftragt worden, Dachdeckerarbeiten an dem Bauvorhaben der Eheleute B..., in K... durchzuführen. Gegenstand der beauftragten Arbeiten war unter anderem die Erstellung einer Sichtschalung an Dachüberständen im Trauf- und Ortgangbereich. Nach dem von der Beklagten angenommenen Angebot des Klägers vom 20.05.2003 war vorgegeben, dass die Schalung aus 13 mm starken Nut- und Federbrettern bestehen sollte. Die von dem Kläger errichtete Traufschalung war Gegenstand eines von der Beklagten gegen die Bauherren van Baal vor dem Amtsgericht N... unter dem Az.: 75 H 123/05 geführten selbständigen Beweisverfahrens. In dem Beweisverfahren kam der Sachverständige R... in seinem schriftlichen Gutachten vom 04.09.2006 zu dem Ergebnis, dass die Schalung lediglich 12,5 mm stark sei. Hingegen werde durch die DIN 68365, Güteklasse II eine Stärke von wenigstens 16 mm vorgegeben.

Der Kläger hat erstinstanzlich die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von € 9.600,-- nebst Zinsen begehrt. 5

Die Beklagte hat auf Klageabweisung angetragen. 6

Gegenüber der Klageforderung hat sie die Aufrechnung mit Aufwendungs- bzw. Schadensersatzforderungen wegen der zu gering dimensionierten Traufschalung erklärt, die sich aus folgenden Einzelpositionen zusammensetzt: 7

a) Mangelbeseitigungsaufwand € 6.664,00 8

b) Gutachterkosten , H-Verfahren € 950,52 9

c) Anwaltskosten van Baal, H-Verfahren € 603,92 10

d) eigene Anwaltskosten H-Verfahren € 1.139,93 11

€ 9.357,00 12

Gegenüber der dann noch offen stehenden Klageforderung hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt mit Forderungen wegen der fehlenden Verschalung an weiteren Häusern in dem Bauabschnitt, dem das BV in K... zugehört. 13

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 9.600,-- € nebst Zinsen verurteilt. Der fällige Werklohnanspruch des Klägers in Höhe von 9.600,- € sei nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen erloschen. Die Aufrechnungserklärung sei ins Leere gegangen, weil der Beklagten aus der behaupteten Mangelhaftigkeit der Traufschalung weder ein Aufwendungsersatzanspruch noch ein Schadensersatzanspruch zustehe. Wegen der ausdrücklichen vertraglichen Absprache über eine Stärke der Traufschalung von 13 mm stellte das Unterschreiten der für die Traufschalung durch die DIN 68365, Güteklasse 2 vorgegebenen Mindeststärke keinen zur Gewährleistung verpflichtenden Mangel dar. Der im selbständigen Beweisverfahren mit 12,5 mm festgestellte Wert liege innerhalb messüblicher Toleranzen. Im Übrigen mangle es an der für beide Anspruchsgrundlagen erforderlichen Frist zur Nacherfüllung durch die Beklagte gegenüber dem Kläger. Diese sei auch nicht mit Blick auf den Umstand entbehrlich, dass der Kläger trotz der erklärten Aufrechnung an seiner Klageforderung festhalte und damit – so die Beklagte - eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck gebracht habe. 14

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese eine weitgehende Abänderung der angefochtenen Entscheidung und eine Abweisung der Klage in Höhe von 15

9.357,87 € anstrebt. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen und führt ergänzend aus:

Zu Unrecht habe das Landgericht trotz des Umstandes, dass die Traufschalung eine niedrigere als die von der einschlägigen DIN verlangte Stärke aufgewiesen habe, unter Verweis auf die vertraglich geregelte Stärke einen Sachmangel verneint. Eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung schließe regelmäßig nicht die Maßgeblichkeit der in den DIN-Vorschriften zum Ausdruck kommenden anerkannten Regeln der Technik aus. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht im Übrigen geurteilt, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung trotz des fortdauernden Leugnens der Mangelhaftigkeit durch den Kläger nicht entbehrlich gewesen sei. 16

Der Kläger will die Berufung zurückgewiesen wissen. Er verteidigt die angefochtene Entscheidung gegen die Berufungsangriffe, wobei er im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. Ergänzend führt er aus, der Verstoß gegen die seinerzeit geltende DIN-Norm habe nicht zu einer Beeinträchtigung des geschuldeten Werkerfolges geführt. Die Dauerhaftigkeit einerseits und die geschuldete optische Abdeckung andererseits würde von der hier verbauten Traufschalung mit einer Dicke von weniger als 16 mm uneingeschränkt erreicht. Eine Schalung in einer Stärke von 12,5 mm sei absolut ausreichend, technisch gleichwertig und ebenso langlebig wie eine Traufschalung mit einer nach der DIN-Norm geschuldeten Dicke von 16 mm. 17

Der Senat hat Beweis erhoben aufgrund des Beweisbeschlusses vom 06.11.2008 durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen F.... Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf dessen Gutachten vom 16.03.2009 verwiesen. Im Übrigen wird wegen sämtlicher weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils sowie auf den Inhalt der im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 ZPO). 18

. 19

B. 20

Die zulässige Berufung ist in der Sache unbegründet (§ 513 ZPO). Die Berufung hat zwar Rechtsfehler der angefochtenen Entscheidung aufgezeigt (§ 546 ZPO); diese haben sich indessen nicht zu lasten der Beklagten ausgewirkt. Zudem rechtfertigen die vom Senat seiner Entscheidung zu Grunde zu legenden Tatsachen im Ergebnis nicht eine vom Landgericht abweichende Bewertung der Rechtslage zu Gunsten der Beklagten. Dem berechtigten Klagebegehren kann die Beklagte keine begründeten Mängelgewährleistungsansprüche aufrechnungsweise entgegen halten. 21

I) 22

Auf die zu beurteilenden Schuldverhältnisse, die zwischen den Parteien durch nach dem 01.01.2002 geschlossene Werkverträge begründet wurden, richtet sich gemäß Art. 229 § 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nach dem nach diesem Stichtag in Kraft getretenen Recht. 23

II) 24

1. 25

Das Landgericht hat geurteilt, dass dem Kläger aus dem ihm unter dem 05.06.2007 erteilten Auftrag nach Durchführung und Abnahme der auf dieser werkvertraglichen Grundlage 26

erbrachten Dachdeckerarbeiten ein fälliger Werklohnanspruch gem. §§ 631, 632, 641 BGB in Höhe von 9.600,- € zusteht. Die das Entstehen und die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Klägers betreffenden Ausführungen des Landgerichts greift die Beklagte nicht an.

2. 27

Weiterhin ist das Landgericht der Auffassung gewesen, dass die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit mangelbedingten Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzansprüchen ins Leere gehe, mithin nicht zum Erlöschen der Klageforderung nach § 389 BGB geführt habe. Soweit die Beklagte sich auf einen solchen monetären Gewährleistungsanspruch wegen behaupteter mangelhafter Erstellung einer Traufschalung bei dem Bauvorhaben der Erwerber Auf den Kempen in K... der Bauherren B... in Höhe von 9.357,87 € gestützt hat, hält die Beklagte ihre Rechtsverteidigung aufrecht und will die Entscheidung des Landgerichts nicht gelten lassen. Demgegenüber richtet sich die Berufung der Beklagten nicht gegen die Ansicht der Kammer, dass hinsichtlich der verbleibenden 242,13 € die weitere Aufrechnung mit – nicht weiter spezifizierten – Gewährleistungsansprüchen aus anderen Bauvorhaben unzulässig sei. 28

Entscheidend ist mithin, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen mangelbedingten Gewährleistungsanspruch, den die Beklagte zur Aufrechnung gestellt hat, bestehen. Dies hat das Landgericht – wenn auch in der Begründung angreifbar - im Ergebnis jedoch zutreffend verneint. 29

a) 30

Vorrangig gegenüber den vom Landgericht herangezogenen werkvertraglichen Gewährleistungsregeln des BGB sind im Streitfall die Vorschriften der VOB/B in der Fassung 2002/2003. Die Beklagte hat in der Berufung (von dem Kläger insoweit nicht bestritten) vorgetragen, dass sie das Angebot des Klägers vom 20.05.2003, wonach die Regelungen der VOB/B Vertragsgrundlage sein sollten (vgl. GA 55), uneingeschränkt angenommen habe (GA 105 Mitte). Folglich haben die Parteien rechtsgeschäftlich die Vorschriften der VOB/B zum gegenüber den Werkvertragsregeln des BGB vorrangigen Gegenstand des Vertrages gemacht. Einschlägige Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Vorschuss der Aufwendungen zur Mängelbeseitigung wäre § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B und für den Schadensersatzanspruch wiederum § 13 Nr. 7 VOB/B. 31

b) 32

Die vom Kläger im Rahmen der von ihm durchgeführten Dachdeckerarbeiten an dem Bauvorhaben der Eheleute van B... hergestellte Traufschalung, deren Dicke unstreitig lediglich 12,5 cm betragen hat, ist nicht mangelhaft. 33

aa) 34

Die Werkleistung des Auftragnehmers weist nach der Regelung des § 13 Nr. 1 Satz 2 VOB/B einen die Sachmangelhaftung auslösenden Mangel dann nicht auf, wenn das Werk die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung ist die Leistung gemäß § 13 Nr. 1 Satz 3 VOB/B frei von Sachmängeln, wenn das Werk sich für die nach den Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann. 35

36

Vorliegend steht die Mangelhaftigkeit der Dachdeckerarbeiten wegen der Dicke der Nut- und Federbretter der Traufschalung im Streit. Unstreitig enthält der Werkvertrag, der durch uneingeschränkte Annahme des Angebots des Klägers vom 20.05.2003 abgeschlossen wurde, im Hinblick auf die Dicke bzw. Stärke der Traufschalung eine Beschaffenheitsvereinbarung, da nach Position 10 des besagten Angebots diese Bretter die Maße 13/96 mm aufweisen sollten, damit 13 mm dick sein sollten. Folglich ist primär das Vorhandensein eines Sachmangels nach § 13 Nr. 1 Satz 2 VOB/B in Rede.

Die Kammer hat gemeint, die Nichteinhaltung der einschlägigen DIN und der hieraus ggfls resultierende Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik, sei ohne Bedeutung, weil der Kläger die vorrangige Beschaffenheitsvereinbarung durch Erstellung einer Traufschalung mit einer Stärke von 12,5 cm innerhalb der Toleranzschwellen eingehalten habe. Die dem zugrunde liegende Vorstellung des Landgerichts vom generellen und absoluten Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung gegenüber den anerkannten Regeln ist nicht zutreffend. Richtig ist zwar, dass die vertragliche Vereinbarung der Parteien über die Werkqualität Vorrang vor dem Mängelkriterium der anerkannten Regeln der Technik hat, die Parteien also auch unter dem Regime der VOB/B nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit eine Bauausführung vereinbaren können, die von den anerkannten Regeln der Technik abweicht, ohne dass deren Mindeststandard gewährleistet wird (vgl. Ganten in Ganten/Jagenburg/ Motzke, Beck'scher VOB-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Rz. 77; Kniffka, in Kniffka/Koe-bel, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil Rz. 36). Damit dieser Vorrang auch tatsächlich greift und der Werkunternehmer trotz Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik bei Einhaltung der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung nicht gewährleistungspflichtig ist, muss eine klare Absprache bestehen, nach der der Verstoß gegen anerkannte Regeln die vertragsgemäße Erfüllung nicht hindern soll (vgl. Ganten in Ganten/Jagenburg /Motzke, a.a.O., Rz. 78). Mit Blick darauf, dass der Werkunternehmer zumindest stillschweigend die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik regelmäßig zusichert (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.1998, VII ZR 184/97, 2814, 2815), ist für eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung und einen daraus herzuleitenden Vorrang gegenüber den anerkannten Regeln der Technik zu verlangen, dass der Unternehmer den Auftraggeber auf das mit der Nichteinhaltung verbundene Risiko hinweist, es sei denn, dieses Risiko sei diesem bekannt oder ergebe sich ohne weiteres aus den sonstigen Umständen des Streitfalles (vgl. Kniffka, a.a.O; ebenso Voit in Beck'scher Online Kommentar, BGB, Stand Oktober 2007, Rz. 12).

37

Vom Kläger ist in beiden Instanzen nicht behauptet worden, er habe die Beklagte darauf hingewiesen, dass eine in dem Angebot angeführten Dicke der Traufschalung von lediglich 13 mm hinter der DIN 68365, Güteklasse 2 zurückbleibt und damit (an dieser Stelle einmal unterstellt) unterhalb der anerkannten Regeln der Technik bleibt. Der Kläger hat auch nicht dargetan, dass der Beklagten diese für die Beklagte ungünstige Abweichung der in Rede stehenden Beschaffenheitsvereinbarung von der DIN Norm und ein eventuell hiermit verbundenes Risiko bekannt gewesen sei. Hierauf ist der Kläger durch die Ladungsverfügung vom 24.07.2008 (GA 117) hingewiesen worden, ohne dass er in substantieller Form entsprechende Hinweise an die Beklagte zu der Nichteinhaltung der DIN durch die Vorgabe der Dicke von 13 mm dargelegt hat.

38

bb)

39

Ob die in der genannten DIN enthaltene Vorgabe, nach der bei sichtbaren Schalungen diese aus mindestens 16 mm dicken Brettern bestehen soll, eine anerkannte Regel der Technik darstellt, ist zweifelhaft, braucht der Senat jedoch nicht zu entscheiden. Denn selbst bei Annahme eines solchen Verstoßes läge hier ausnahmsweise kein Mangel vor.

40

- (1)** 41
- Zum Begriff der anerkannten Regeln der Technik gehören diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlage, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreis der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen und dem neusten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind (vgl. Kniffka, a.a.O. Rz. 34; Münchener-Kommentar/Busche, BGB, 4. Aufl. 2005, Rz. 17 zu § 633 m.w.N.). Im Hinblick auf DIN-Normen, die eine Quelle der kodifizierten anerkannten Regeln der Technik darstellen (neben z. B. den ETB [Einheitliche Technische Baubestimmungen des Instituts für Bautechnik, den Richtlinien des VDI), ist festzuhalten, dass es sich bei diesen nicht um Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter handelt (vgl. BGH, Urteil vom 14.06.2007, VII ZR 45/06, NZBau 2007, 574, 576 Rz. 32; Urteil vom 14.05.2009, VII ZR 184/07, NJW 2009, 2814, 2815 unter 3.). Als solche können sie die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, aber auch hinter ihnen zurückbleiben oder wegen Weiterentwicklung der bauteoretischen und baupraktischen Ansätze überholt sein (vgl. BGH, Urteil vom 14.06.2007, VII ZR 45/06, NZBau 2007, 574, 576 Rz. 32). Dafür, dass kodifizierte Regelwerke wie die DIN-Normen die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben besteht eine – widerlegbare Vermutung (Kniffka, a.a.O., Rz. 34). 42
- (2)** 43
- Der Sachverständige F... hat in seinem vom Senat eingeholten Gutachten vom 16.03.2009 nach zutreffender Wiedergabe der rechtlichen Grundlagen bezüglich des Verhältnisses zwischen DIN-Normen und allgemein anerkannten Regeln der Technik auf Seite 10 seines Gutachtens dargelegt, in der DIN 18334 Punkt 3.5.4ff sei zwar von einer Dicke von 16 mm die Rede; jedoch werde seit mindestens 25 Jahren im Dachstuhlbau, überwiegend, eine 12,5 mm Schalung verwandt. Dies habe der Sachverständige nicht nur im unmittelbaren Umfeld sondern auch in zahlreichen anderen Bundesländern beobachtet. Diese Einschätzung hätten mehrere von ihm befragte Handwerksmeister und Obermeister der Innung sowie Sachverständigenkollegen bestätigt, wobei der Sachverständige ergänzend anmerkt, dass jedem Meister bekannt sei, dass die genannte DIN 16 mm Dicke beschreibe (Gutachten Seite 11). Bei Zugrundelegung dieser Feststellungen bestehen erhebliche Zweifel, ob auf der Grundlage der oben dargestellten Grundsätze die von der Beklagten herangezogene DIN eine anerkannte Regel der Technik darstellt. 44
- (3)** 45
- Die Beklagte hat mit ihren Einwänden aus dem Schriftsätzen vom 08.05.2009 und den dort formulierten Ergänzungsfragen an den Sachverständigen in Zweifel gezogen, ob diese Einschätzungen und Feststellungen des Sachverständigen auf einer gesicherten und hinreichend nachprüfbaren Grundlage stehen. Der Senat hat jedoch bereits mit Beschluss vom 28.05.2009 darauf hingewiesen, dass kein Anlass besteht, diese Einwände der Beklagten weiter zu verfolgen. Denn letztlich kann es offen bleiben, ob wegen der vom Sachverständigen angeführten Entwicklung in der Baupraxis die in Rede stehende DIN-Vorschrift nicht als anerkannte Regel der Technik angesehen werden kann. 46
- In dem genannten Beschluss hat der Senat ebenfalls auf seine Auffassung hingewiesen, dass ein Mangel trotz eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik nicht bejaht werden kann, wenn mit diesem Verstoß keine nachweisbaren Risiken verbunden, also irgendwelche Gebrauchsnachteile erkennbar sind (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 47

25.07.2002, 13 U 979/02, NJW-RR 2002, 1538 m.w.N.; Ganten, a.a.O. Rz 80 zu § 13 Nr. 1). Gewährleistungsansprüche fallen mit Blick darauf aus, dass die Einhaltung der anerkannten Regeln keinen Selbstzweck darstellt, wenn nicht einmal eine langfristiges Risiko des Auftraggebers besteht, wegen der Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik Gebrauchsnachteile zu erleiden. Das bedeutet: es kann dahinstehen, ob in dem Verstoß gegen die in Rede stehende DIN-Bestimmung durch die Verwendung von Bretter einer Dicke von lediglich 12,5 mm für die Traufschalung ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik liegt, wenn in jedem Fall mit der Verwendung dieser Bretter keine Risiken und keine Beeinträchtigungen der Gebrauchstauglichkeit verbunden sind. Genau dies hat der Sachverständige auf Seite 13 seines Gutachtens bejaht, indem er ausgeführt hat, dass Probleme der Standsicherheit oder Gebrauchstauglichkeit für die Traufschalung durch die Verwendung der 12,5 mm –Bretter nicht hervorgerufen und die Dauerhaftigkeit der hiermit erstellten Traufschalung nicht beeinträchtigt werde. Die Einschränkung des Sachverständigen, dass Voraussetzung naturgemäß die ordnungsgemäße Verarbeitung sei, ändert grundsätzlich nichts, da die von dem Sachverständigen an der Traufschalung festgestellten Mängel nicht Folge der dünneren Bretterdicke, sondern Verarbeitungsmängel der Nachfolgeunternehmer (Dachdecker) seien.

Gegen diese Feststellungen des Sachverständigen hat die Beklagte – trotz des Hinweises in dem Beschluss des Senats vom 28.05.2009 - nicht Substanzielles vorgebracht, so dass der Senat keine Anhaltspunkte für Zweifel an deren Richtigkeit hieran hat. 48

Nach alledem fehlt es an der Mangelhaftigkeit der Werkleistung des Klägers, so dass es darauf, ob die von dem Landgericht vermisste Aufforderung zur Mängelbeseitigung wegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung entbehrlich sein kann, nicht mehr ankommt. 49

C. 50

Die Kostenentscheidung folgt aus der Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 51

Anlass, aus den Gründen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 52

Streitwert für das Berufungsverfahren: € 9.357,87 53

J...	B...	P...	54
------	------	------	----