Oberlandesgericht Düsseldorf, I-23 U 34/14

Datum:	03.02.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	23. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-23 U 34/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2015:0203.I23U34.14.00

Vorinstanz:	Landgericht Mönchengladbach, 11 O 34/14
Rechtskraft:	rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 11. Zivilkammer– Einzelrichterin - des Landgerichts Mönchengladbach vom 27.01.2014 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 368,78 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.02.2009 sowie weitere 130,50 Euro zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin. Dies gilt nicht für die Kosten der Streithilfe, die von den Streithelfern jeweils selbst zu tragen sind.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. 2

Die Klägerin verlangt vom Beklagten offenen Werklohn sowie die Bezahlung von gelieferten Filterpaketen. 3

Der Beklagte ist Eigentümer eines heute aus zwei Gebäuden bestehenden Objekts in W, in dessen Erdgeschoss sich ein über die Gebäudegrenzen hinweg erstreckendes Café befindet und in dessen darüber liegenden Stockwerken Mietwohnungen liegen. Im Zuge von Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen, die durch den Zukauf des Nachbargebäudes des ursprünglich nur aus einem Gebäude bestehenden Objekts veranlasst wurden, beauftragte der Beklagte die Klägerin im Jahr 2007 mit der Errichtung einer neuen – angepassten – raumlufttechnischen Anlage (RLT-Anlage) sowie der Mess-, Steuerungs- und Regelungstechnik (MSR-Technik) für das Objekt. Die Ausführung der MSR-Technik übertrug die Klägerin der Streithelferin zu 1). Die neben der RLT-Anlage neu zu errichtende Heizungsanlage wurde im Auftrag des Beklagten von einem Drittunternehmen ausgeführt. Mit der Fachplanung für beide Anlagen hatte der Beklagte den Streithelfer zu 2) beauftragt. Nach Ausführung ihrer Arbeiten stellte die Klägerin dem Beklagten ihre Leistungen mit zwei Schlussrechnungen über 11.843,94 Euro und 53.916,59 Euro in Rechnung. Außerdem berechnete sie mit einer weiteren Rechnung für die Lieferung von Ersatzfiltern 368,78 Euro. Den Ausgleich des danach insgesamt offenen Betrages von 66.129,31 Euro sowie Mahngebühren in Höhe von 10,-- Euro mahnte sie mit Schreiben an den Beklagten vom 02.02.2009 unter Fristsetzung bis zum 10.02.2009 an. Eine Zahlung des Beklagten, der bis heute Mängel der Werkleistung geltend macht, ist jedoch bisher nicht erfolgt. 4

Das Landgericht hat der Klage auf Ausgleich der genannten Beträge nebst Zinsen und Anwaltskosten nach Einholung eines Sachverständigengutachtens durch Urteil vom 27.01.2014, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, nahezu vollständig – mit Ausnahme der Mahnkosten und eines Teils der Zinsforderung – stattgegeben und den Beklagten unter Abweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 66.129,31 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11. Februar 2009 sowie weitere 1.580,-- Euro zu zahlen. Zur Begründung hat es in der Hauptsache im Wesentlichen ausgeführt: 5

Die Klägerin habe gemäß § 631 Abs. 1 BGB Anspruch auf Zahlung in Höhe von 66.129,31 Euro. Der Klägerin stehe gegen den Beklagten gemäß den diesbezüglichen Schlussrechnungen, deren inhaltliche Richtigkeit vom Beklagten nicht angegriffen werde, noch eine offene Werklohnforderung in Höhe von 65.760,53 Euro zu. Die Werklohnforderung sei fällig. Die Frage, ob das Werk abgenommen worden oder jedenfalls eine Abnahme zu fingieren sei, könne im Ergebnis dahinstehen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sei der Vergütungsanspruch ausnahmsweise ohne Abnahme fällig, wenn der Besteller erforderliche Mitwirkungshandlungen an der Vertragserfüllung oder Mangelbeseitigung verweigere oder sich in sonstiger Weise grob treuwidrig verhalte. Soweit der Sachverständige als Ursache für die unregelmäßige Fahrweise der RLT-Anlage einen defekten Luftqualitätsfühler und darüber hinaus die falsche Platzierung eines Außentemperaturfühlers an der West-Seite des Hauses festgestellt habe, seien dem Beklagten mit Schriftsatz vom 12.12.2012 die erforderlichen Mangelbeseitigungsarbeiten angeboten worden. Hierauf habe er nicht reagiert und im Rahmen seiner persönlichen Anhörung am 18.11.2013 eine Ausführung durch die Klägerin ausdrücklich abgelehnt. Hinzu komme, dass der Beklagte sowohl vorprozessual, als auch während des laufenden Prozesses auf Angebote der Klägerin zur Durchführung von Ortsterminen nicht bzw. 6

ablehnend reagiert und die Herausgabe eines zwecks Fehleranalyse seitens der Streithelferin zu 1) installierten Computers verweigert habe. Hierdurch habe er eine weitere Sachverhaltsaufklärung und Mängelbeseitigung unmöglich gemacht. Auch die vom Sachverständigen vorgeschlagene Vorgehensweise zur Feststellung des Betriebsstandes sei vom Beklagten abgelehnt worden. Schließlich käme den vom Sachverständigen festgestellten Mängeln und deren Beseitigungskosten im Verhältnis zum Auftragsumfang nur eine geringfügige, zu vernachlässigende Bedeutung zu. Das Gericht habe nicht unberücksichtigt gelassen, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht sichergestellt sei, dass die Anlage nach Beseitigung der vorgefundenen Mängel einwandfrei funktioniere. Der Sachverständige habe nachvollziehbar dargelegt, dass es nicht möglich sei, einen bis ins Detail ausgearbeiteten Lösungsweg zu benennen. Die weitere Vorgehensweise müsse bei ggf. nach Beseitigung der vorhandenen Mängel weiterhin auftretenden Unregelmäßigkeiten anschließend erarbeitet werden. Soweit der Beklagte neben der Klageabweisung hilfsweise eine Verurteilung lediglich Zug um Zug beantragt habe, habe dieser Antrag wegen seines Annahmeverzuges hinsichtlich der angebotenen Mangelbeseitigungsarbeiten keinen Erfolg. Soweit der Beklagte einen zweiten Hilfsantrag auf Verurteilung Zug um Zug gestellt habe, habe der Antrag keinen vollstreckungsfähigen Inhalt, worauf der Beklagte hingewiesen worden sei. Außerdem könne die Klägerin die Zahlung von 368,78 Euro für die gelieferten Filterpakete verlangen. Denn unstreitig habe der Beklagte sie mit der Lieferung beauftragt.

Gegen das Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit der er seinen Klageabweisungsantrag und hilfsweise seine Anträge auf Verurteilung Zug um Zug vollumfänglich weiter verfolgt. Der Beklagte rügt einen nach wie vor nicht ordnungsgemäßen Anlagebetrieb und macht nunmehr zudem geltend, dass er bislang keine Dokumentation der Anlage, sondern lediglich einen ungeordneten Haufen von Unterlagen in Bezug auf einzelne Anlageteile erhalten habe. 7

Der Beklagte beantragt, 8

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen; 9

hilfsweise, 10

ihn zur Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel an der von der Klägerin im Objekt H /A d G in W eingebauten Heizungs- und Lüftungsanlage zu verurteilen, die insbesondere daraus bestehen, dass die gesamte Anlage unregelmäßig arbeitet und wechselhaft zu kalte und zu warme Luft in den Räumen des Cafés in Parterre oder aber der Mietwohnungen im Haus liefert, die darüber hinaus daraus bestehen, dass das Brauchwasser der Wohnungen mit erheblichen Temperaturschwankungen zwischen weniger als 35 Grad und weit über 60 Grad produziert wird, weiterhin daraus, dass teilweise die Temperatur des Wassers bis auf 25 Grad absinkt, weiterhin daraus, dass die Anlage in nicht nachvollziehbarer Weise z.B. die Wärmepumpe ab- oder das integrierte Brennwertgerät zuschaltet, obwohl eine Veranlassung nicht erkennbar ist, und dass die von der Klägerin verwendeten Abluftleitungen teilweise mit Flexrohr verarbeitet sind, so dass sie sich nicht hinreichend – insbesondere zur Erfüllung ordnungsbehördlicher Vorschriften – reinigen lassen; 11

hilfsweise, 12

ihn nur zur Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung folgender Mängel zu verurteilen: 13

14

a)

Die von der Klägerin im Objekt H/A d G in W eingebaute Heizungs- und Lüftungsanlage arbeitet unregelmäßig und liefert wechselhaft zu kalte oder zu warme Luft in die Räume des Cafés in Parterre. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass die Anlage – so wie sie auch entsprechende Informationen zeigt – teilweise von viel zu hohen Außentemperaturen ausgeht, teilweise von viel zu geringen, so dass die Lüftung einerseits von 30% auf 100% springt und schlagartig die Kühlung zuschaltet, obwohl dies nicht erforderlich ist, mit der Folge, dass die Temperatur im Café innerhalb kürzester Zeit z.B. von 24 auf 17 Grad abfällt. Die von der Störung angenommenen Außentemperaturen entsprechen teilweise nicht der Realität. 15

b) 16

Es kommt nach der Anzeige der Steuerung zur Abgabe von heißem Wasser aus den Pufferspeichern mit beispielhaft 70 Grad. Dieses Wasser kommt an den verschiedenen Heizabnahmestellen z.B. mit lediglich 40 Grad an. Bei jeder Änderung der Wetterlage ändern sich auch diese Fehlerscheinungen. 17

c) 18

Immer wieder wird zu der im Café befindlichen Wärmerückgewinnung für den dort befindlichen Backofen warmes Wasser hin transportiert, so dass dieser zwangsläufig Wärme in den Raum abgibt, obwohl es seine Aufgabe ist, die Wärme dort zurückzugewinnen. Dieser Vorgang ist auch zu beobachten, wenn der Ofen nicht in Betrieb ist. 19

d) 20

Der in der Anlage integrierte „Dachs“ (Blockheizkraftwerk) springt ständig an und aus, so dass eine vorzeitige Beschädigung zu befürchten ist. In dem Speicher des „Dachses“ findet so gut wie keine Umschichtung des Wassers statt, so dass die Vorlauftemperaturen regelmäßig zu hoch sind mit der Folge, dass der „Dachs“ seine eigentliche Aufgabe – auch Zuführung von Abgastemperaturen in den Heizkreislauf – nicht erfüllen kann. Die Steuerung zeigt plötzlich und ohne Grund eine angeblich aufgetretene Verschmutzung im Café an, während bis zu dieser Anzeige eine fast unveränderte Luftqualität bestand. Die Zulufttemperatur zum Café schwankt der Anzeige der Steuerung zufolge permanent, teilweise sogar zwischen 17,5 und 30 Grad. Teilweise wird eine Zulufttemperatur von 16,8 Grad bei einer Außentemperatur von 14,5 Grad produziert mit der Folge, dass das Café nicht ausreichend mit Wärme versorgt wird. Das Brauchwasser der Wohnungen wird mit erheblichen Temperaturschwankungen produziert, und zwar zwischen weniger als 35 Grad und weit über 60 Grad. Änderungen vollziehen sich von jetzt auf gleich mit der Folge, dass z.B. die Mieter unangenehmen Temperaturschwankungen ausgesetzt sind. Teilweise fällt die Temperatur des Duschwassers sogar auf 25 Grad ab. Die Anlage schaltet in nicht nachvollziehbarer Weise z.B. die Wärmepumpe ab oder das integrierte Brennwertgerät zu, obwohl eine Veranlassung nicht erkennbar ist. Sie zeigt Frostschutz an, obwohl die Außentemperatur bei 10 Grad plus liegt. 21

e) 22

Der eigenwillige und vernünftig zu erklärende Lauf der gesamten Anlage führt zu einem erheblichen Mehrverbrauch an Energie, obwohl die Anlage mit dem Ziel der Energieeinsparung errichtet wurde. 23

f) 24

Die von der Klägerin verwendeten Abluftleitungen wurden teilweise mit Flexrohr verarbeitet, so dass sie sich nicht hinreichend reinigen lassen. Die Rinnen im Material setzen sich zu, ebenfalls die Drallauslässe. Dies führt zu unhygienischen Verhältnissen und Beanstandungen – schlimmstenfalls zu einer Stilllegung – durch das Ordnungsamt. 25

Die Klägerin und die Streithelfer beantragen, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Hinsichtlich der als fehlend beanstandeten Dokumentation vertritt sie die Auffassung, dass das Vorbringen des Beklagten unsubstantiiert, der Beklagte jedenfalls mit diesem Einwand als verspätet ausgeschlossen sei. Hilfsweise beruft sie sich auf die Einrede der Verjährung. 28

II. 29

Die zulässige Berufung des Beklagten hat im Wesentlichen - außer hinsichtlich des für die gelieferten Filterpakete zugesprochenen Betrages von 368,78 Euro – in der Sache Erfolg. 30

1. 31

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 368,78 Euro für die gelieferten Filterpakete aus § 433 Abs. 2 BGB. Dass die Klägerin die Ersatzfilter geliefert hat und der hierfür von ihr in Rechnung gestellte Betrag zutreffend ist, ist unstreitig. Einwände gegen diesen Teil der Klageforderung hat der Beklagte im Verlauf des Verfahrens nicht vorgebracht. 32

Die Zinsforderung ist nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. 33

Den Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten in Höhe von 130,50 Euro aus einem Streitwert von 368,78 Euro kann die Klägerin nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB verlangen. 34

2. 35

Die Klägerin hat gegen den Beklagten derzeit keinen Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von insgesamt 65.760,53 Euro gemäß den erteilten Schlussrechnungen aus § 631 Abs. 1 BGB. Denn ihre Forderung ist nicht fällig. 36

a) 37

Voraussetzung der Fälligkeit ist auch bei der Einbeziehung der VOB in das Vertragsverhältnis, wie sie hier nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Klägerin (vgl. Schriftsatz vom 28.07.2011, 235 f. d.A.) erfolgt ist, grundsätzlich die Abnahme. Zu einer Abnahme ist es jedoch nicht gekommen. 38

Abnahme ist die Entgegennahme des hergestellten Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Für das Vorliegen einer Abnahme ist der Werkunternehmer darlegungs- und beweisbelastet. Zwar hat die Klägerin bereits in der Klageschrift (dort S. 3, Bl. 11 d.A.) eine Abnahme behauptet, sie hat aber keine näheren Ausführungen gemacht, wann diese erfolgt sein soll und woraus zu 39

entnehmen sein soll, dass der Beklagte das hergestellte Werk als vertragsgerecht entgegengenommen hat. Nach ihrem weiteren Vorbringen im Verlauf des Verfahrens soll es zwar am 21.11.2008 einen ersten Abnahmetermin gegeben haben; nach ihren eigenen Angaben hat der Beklagte die Abnahme in diesem Termin jedoch verweigert (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 27.01.2011, Bl. 175 d.A.). Darüber hinaus hat die Klägerin vorgebracht, die Abnahme durch den Beklagten sei in einem Ortstermin vom 18.02.2009 erfolgt (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 19.10.2009, Bl. 77 d.A.). Nach ihren weiteren Angaben in diesem Zusammenhang und dem Betreff des von ihr insoweit in Bezug genommenen Schreibens des Streithelfers zu 2) vom 06.04.2009 (vgl. Anlage K9, Bl. 80 f. d.A.) handelte es sich aber nicht um einen Abnahmetermin, sondern um einen solchen zur Überprüfung der Anlage und Erledigung von Einstellungsschwierigkeiten beim Anlauf der Anlage. Zudem ist ihrem Sachvortrag nicht zu entnehmen, dass der Beklagte die Anlage während des fraglichen Ortstermins beanstandungsfrei übernommen hat. Eine ausdrückliche Erklärung oder ein schlüssiges Verhalten des Beklagten in diesem Sinn erschließen sich weder aus ihrem Sachvortrag, noch aus dem bereits genannten Schreiben des Streithelfers zu 2) vom 06.04.2009.

Die Abnahmefiktionen des § 12 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/B (Fassung 2006) greifen nicht ein. Eine schriftliche Mitteilung der Klägerin über die Fertigstellung ihrer Leistung nach dem Ortstermin vom 18.02.2009, in dem die von der Klägerin selbst eingeräumten Anlaufschwierigkeiten der Anlage spätestens erledigt worden sein sollen (vgl. S. 2, 3 des Schriftsatzes der Klägerin vom 19.10.2009, Bl. 77 f. d.A.), ist nicht ersichtlich. Der Beklagte hat die Anlage zwar bereits vor dem fraglichen Ortstermin und auch danach weiter benutzt. Davon, dass die Nutzung zu irgendeinem Zeitpunkt beanstandungsfrei erfolgte, kann jedoch nicht ausgegangen werden. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 29.01.2009 (vgl. Anlage K14, Bl. 182 d.A.) und des Streithelfers zu 2) vom 06.04.2009 ergibt sich vielmehr das Gegenteil, dass nämlich der Beklagte von Beginn an und noch im April 2009 sowie auch im Verlauf des vorliegenden Prozesses einen nicht ordnungsgemäßen Anlagenlauf bemängelte. 40

b) 41

Die von der Klägerin beanspruchte Vergütung ist auch nicht ausnahmsweise ohne Abnahme fällig. 42

ba) 43

Es liegt keine unberechtigte Abnahmeverweigerung vor. Denn das von der Klägerin hergestellte Werk befindet sich nicht in einem abnahmefähigen Zustand. Abnahmefähigkeit liegt dann vor, wenn das Werk im Wesentlichen frei von Sachmängeln i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB ist. Dies kann im vorliegenden Fall jedoch nicht festgestellt werden. Dies geht zu Lasten der Klägerin, die vor Abnahme die Beweislast für die Mangelfreiheit ihrer Werkleistung trägt. 44

(1) 45

Nach dem Ergebnis des erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachtens weist das Werk der Klägerin jedenfalls zwei Mängel auf, die als wesentlich zu bewerten sind. Im Einzelnen (*Anm.: Die Reihenfolge des Gutachtens wird bei den folgenden Ausführungen beibehalten*): 46

(a) 47

48

Der gerichtlich bestellte Sachverständige R hat bei seiner Begutachtung einen nicht regelgerechten Betriebszustand der RLT-Anlage festgestellt (S. 10, 12 des Gutachtens vom 11.10.2012 zu den Fragen 1 und 9, Bl. 406, 408 d.A.). Diese als Mangel zu bewertende Fehlfunktion ist zunächst der Klägerin zuzurechnen. Denn sie hat unstreitig die RLT-Anlage errichtet und ist für deren Steuerung verantwortlich. Dass die Anlage von Beginn an einwandfrei lief, kann nicht angenommen werden, da die Klägerin selbst Anlaufschwierigkeiten eingeräumt hat (s.o.). Gegen ihr Vorbringen, die Anlaufschwierigkeiten seien spätestens im Rahmen des Ortstermins am 18.02.2009 erledigt worden, spricht die vom Sachverständigen anlässlich seiner Besichtigungen der Anlage im Jahr 2012 festgestellte Fehlfunktion der Anlage. Zumindest kann nicht sicher festgestellt werden, dass der nicht regelgerechte Betriebszustand der Anlage auf eine von der Klägerin nicht zu verantwortende Ursache zurückzuführen ist. Der Sachverständige hat zwar als Ursache einen defekten Luftqualitätsfühler benannt und diese Ursache mangels Bestimmbarkeit eines Zeitpunktes, zu dem der Defekt des Fühlers eingetreten ist, einer Nachlässigkeit bei der Wartung der Anlage zugeordnet (S. 10 und 14 des Gutachtens, Bl. 406, 410 d.A.). Bei seiner mündlichen Anhörung vermochte er aber nicht sicher anzugeben, dass mit dem Austausch des Filters die Betriebssicherheit der Anlage hergestellt ist (S. 2 ff. der Sitzungsniederschrift, Bl. 509 ff. d.A.). Einwände gegen die sachverständigen Feststellungen hat die Klägerin nicht erhoben. Dass sie den Mangel zwischenzeitlich behoben hat, behauptet sie nicht. Der Mangel wird vom Beklagten mit der Berufung auch nach wie vor geltend gemacht. In diesem Sinne ist sein Vorbringen, die Anlage spiele verrückt, fast täglich müsse durch Ausschalten der Automatik verhindert werden, dass zu kalte oder zu heiße Luft abgegeben werde (S. 11 der Berufungsbegründung, Bl. 666 d.A.), zu verstehen.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist der Außentemperaturfühler zwar nicht an der richtigen Stelle, nämlich der Nordseite des Hauses, angebracht, was erforderlich wäre, um Beeinflussungen durch Sonnen- oder Fremdstrahlungen (Spielgelungen von den Fenstern des gegenüberliegenden Gebäudes) auszuschließen (S. 10 des Gutachtens zu Frage 2, Bl. 406 d.A.). Die Platzierung des Außentemperaturfühlers wird vom Beklagten ausweislich seiner Berufungsbegründung aber nicht als fehlerhaft bemängelt, da die von ihm beanstandeten Temperaturschwankungen nach eigenem Vorbringen mit Fühlern nichts zu tun haben sollen (S. 12 der Berufungsbegründung, Bl. 667 d.A.). 49

Eine fehlerhafte Temperierung des Brauch- und Duschwassers sowie eine Fehlfunktion der Wärmepumpe und des integrierten Brennwertgeräts vermochte der Sachverständige nicht festzustellen, nachdem mit dem Einbau eines 2. Blockheizkraftwerkes Wärmepumpe und Brennwertgerät außer Betrieb genommen worden sind (S. 11 des Gutachtens zu Fragen 3, 4, 5, Bl. 407 d.A.). Nicht klar ist zudem, ob der Beklagte die in Rede stehenden Mängel überhaupt noch geltend machen will. Gegenüber dem Sachverständigen soll er hinsichtlich der fraglichen Punkte angegeben haben, dass Probleme mit der Heizleistung nicht mehr bestehen (vgl. a.a.O. und S. 7 des Gutachtens, Bl. 403 d.A.). Seinen im Rahmen des Berufungsverfahrens aufrecht erhaltenen Hilfsanträgen lässt sich zwar entnehmen, dass er insoweit einen Anspruch auf Mangelbeseitigung zu haben glaubt. Seine Berufungsbegründung (dort S. 8, Bl. 663 d.A.) enthält zu den fraglichen Mängeln aber keine näheren Ausführungen, sondern verweist pauschal auf die Aufzählung in den Anträgen. Jedenfalls könnten etwaige Mängel in diesem Bereich der Klägerin nicht mehr sicher zugerechnet werden. Denn den Einbau des 2. Blockheizkraftwerkes und die Außerbetriebnahme von Wärmepumpe und Brennwertgerät hat der Beklagte auf Anraten eines anderen Sachverständigen veranlasst (vgl. S. 3 des Schriftsatzes des Beklagten vom 11.12.2013, Bl. 521 d.A.) und damit selbst in den Anlagenaufbau eingegriffen. Hieraus resultierende Probleme des Anlagenbetriebs liegen in seinem eigenen 50

Verantwortungsbereich.

Soweit das Landgericht auf der Grundlage des Gutachtens (vgl. dort S. 11 zu Frage 6, Bl. 407 d.A.) festgestellt hat, dass zwar die Kondensatpumpe nicht ordnungsgemäß funktioniert, dieser Mangel aber nicht der Klägerin zuzurechnen ist, weil sie die Pumpe nicht geliefert und montiert hat, wird die Tatsachenfeststellung vom Beklagten mit seiner Berufung nicht angegriffen. Ein der Klägerin zurechenbarer Mangel liegt hinsichtlich dieses Punktes nicht vor. 51

Der Sachverständige vermochte zwar die behauptete Fehlfunktion des Wärmetauschers nicht festzustellen (vgl. S. 12 des Gutachtens zu Frage 7). Dies liegt aber nicht an dessen ordnungsgemäßen Betrieb, vielmehr ist der Ofen nach den weiteren Feststellungen des Sachverständigen abgeschiebert, so dass überhaupt keine Wärmeübertragung mehr erfolgt. Dies entspricht dem bis heute unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Beklagten, dass die Wärmerückgewinnungsanlage, zu der der Wärmetauscher gehört, von der Klägerin und dem Streithelfer zu 2) außer Betrieb genommen worden ist (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 28.07.2011, S. 12 der Berufungsbegründung, Bl. 338, 667 d.A.). Unstreitig war die Wärmerückgewinnungsanlage jedoch Bestandteil der von der Klägerin geschuldeten Leistung. Dass diese abgeschaltet ist, stellt demgemäß einen Mangel dar. Die Leistung ist insoweit, was der Beklagte mit der Berufung zu Recht geltend macht, nicht erbracht. 52

Dass das Blockheizkraftwerk zu hohe Vorlauftemperaturen erhält, vermochte der Sachverständige nicht festzustellen (S. 12 des Gutachtens zu Frage 8, Bl. 408 d.A.). 53

Nicht festzustellen vermochte er außerdem, dass die Zuschaltung der Lüftung per Hand für das Café nicht funktioniert (S. 12 des Gutachtens zu Frage 10, Bl. 408 d.A.). 54

Zwar fehlt nach den Feststellungen des Sachverständigen für die beiden unterschiedlichen Nutzungsbereiche im Erdgeschoss des Objekts ein an die zentrale RLT-Anlage anzuschließender zusätzlicher Nachregelkreis (S. 13 des Gutachtens zu Frage 11, Bl. 409 d.A.). Dieser Mangel ist jedoch nicht der Klägerin zuzurechnen, vielmehr liegt laut Sachverständigem ein Planungsfehler vor (S. 2 der Sitzungsniederschrift vom 18.11.2013, Bl. 509 d.A.). Dass die Klägerin diesen Planungsfehler bei Ausführung ihrer Leistung erkannt hat, was sie gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B (2006) verpflichtet hätte, Bedenken an der vorgegebenen Ausführungsart anzumelden, behauptet der Beklagte nicht. Grundsätzlich durfte die Klägerin sich auf die ihr vorgegebene Planung des vom Beklagten beauftragten Fachmanns (Streithelfer zu 2) verlassen. 55

Einen Überdruck im Thekenbereich vermochte der Sachverständige nicht festzustellen (S. 13 des Gutachtens zu Frage 12, Bl. 409 d.A.). 56

Die Wärmeisolierung des Warmwasserspeichers ist nach seinen Ausführungen nicht zu beanstanden (S. 13 des Gutachtens zu Frage 12, Bl. 409 d.A.). 57

Der Sachverständige hat zwar festgestellt, dass es an den Drallauslässen zu Staubanlagerungen kommen kann, ein völliges Zusetzen derselben aber nicht möglich ist (S. 14 des Gutachtens zu Frage 14, Bl. 410 d.A.). Die Möglichkeit von Staubanlagerungen stellt, da sie beim Betrieb der Anlage nicht zu vermeiden ist, keinen Mangel dar. Die Reinigung der Anlage bleibt dem Beklagten überlassen. 58

Die Verwendung von Alu-Flex-Rohren für das Lüftungssystem ist nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht zu beanstanden, sondern entspricht der Üblichkeit (S. 15 des 59

Gutachtens zu Frage 16, Bl. 411 d.A.).

Schließlich hat die Klägerin nach den Feststellungen des Sachverständigen die ihr vorgegebene Planung umgesetzt (S. 15 des Gutachtens zu Frage 17, Bl. 412 d.A.). Das Fehlen eines Drallauslasses im Eingangsbereich des Cafés wird vom Beklagten ausweislich seiner Hilfsanträge und seiner Berufungsbegründung nicht mehr als Mangel geltend gemacht. Ein Drallauslass an der fraglichen Stelle wäre laut Sachverständigem im Übrigen eine falsche Komponente. 60

(b) 61

Nach dem Vorstehenden liegen mit dem nicht regelgerechten Betrieb der Lüftungsanlage und dem fehlenden Anschluss der Wärmerückgewinnungsanlage zwei Mängel der Leistung der Klägerin vor. Diese sind, jeder für sich besehen und erst recht in ihrer Gesamtheit, als wesentlich zu bewerten. Denn eine Lüftungsanlage, die nicht ordnungsgemäß funktioniert, und eine nicht angeschlossene Wärmerückgewinnungsanlage verfehlen vollständig ihren Zweck. 62

(2) 63

Das in erster Instanz eingeholte Sachverständigengutachten ist darüber hinaus insoweit ungenügend i.S.d. § 412 Abs. 1 ZPO, als es unvollständig ist. Es trägt damit nicht die Feststellung, dass das Werk abnahmefähig ist. Gemäß Beweisbeschluss vom 23.01.2012 (Bl. 358 d.A.) war dem Sachverständigen aufgegeben, nicht nur die sach- und fachgerechte Ausführung der errichteten Lüftungsanlage, sondern auch diejenige der ebenfalls von der Klägerin errichteten MSR-Steuerung zu überprüfen. Feststellungen, inwieweit die Steuerungstechnik ordnungsgemäß ausgeführt wurde, enthält das Gutachten jedoch nicht. Dies macht der Beklagte mit der Berufung zu Recht geltend (vgl. S. 10, 14 der Berufungsbegründung, 665, 669 d.A.). Die Einholung eines ergänzenden Gutachtens durch den bereits bestellten Sachverständigen bzw. – so er sich zu der gebotenen Überprüfung fachlich nicht in der Lage sehen sollte – durch einen anderen Sachverständigen ist jedoch entbehrlich, da zwei wesentliche Mängel an der Lüftungsanlage feststehen, deren Vorhandensein bereits für sich besehen eine Abnahmefähigkeit der Werkleistung der Klägerin ausschließt. 64

(3) 65

Soweit der Beklagte erstmals mit der Berufung geltend macht, er habe keine Dokumentation der Anlage erhalten (vgl. S. 14 der Berufungsbegründung, Bl. 669 d.A.), handelt es sich um ein neues Verteidigungsmittel, für dessen Zulassung keine Gründe nach § 531 Abs. 2 ZPO ersichtlich sind. Zudem kann ein Mangel nicht festgestellt werden. Das Vorbringen des Beklagten ist unsubstantiiert, weil nicht konkret bezeichnet wird, welche Unterlagen fehlen. Sein Vorbringen kann allenfalls dahingehend ausgelegt werden, dass er eine Betriebsanleitung vermisst. Das Fehlen einer Betriebsanleitung wäre aber weder ein Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB, noch ein Rechtsmangel i.S.d. § 633 Abs. 3 BGB. 66

bb) 67

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der Werklohnanspruch der Klägerin vorliegend auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ohne Abnahme fällig, § 242 BGB. Denn ein grob treuwidriges Verhalten des Beklagten, was seine Mitwirkung an der Beseitigung der von ihm geltend gemachten Mängel betrifft, liegt nicht vor. 68

Der Beklagte befindet sich nicht in Verzug mit Annahme der Mangelbeseitigung. Dass der Beklagte sich vor Mai 2009 einer Mangelbeseitigung verschlossen hat, behauptet die Klägerin nicht (vgl. S. 4 oben ihres Schriftsatzes vom 14.07.2009, Bl. 56 d.A.), d.h. die Klägerin hatte auch nach eigenem Vorbringen über ein Jahr Zeit, die Anlage ordnungsgemäß in Gang zu setzen, ohne dass ihr dies gelungen ist; jedenfalls kann dies auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens nicht festgestellt werden. Zwar hat die Klägerin mit Mail vom 29.04.2009 (vgl. Anlage K6, Bl. 59 d.A.), Schreiben vom 12.05.2009 (vgl. Anlage K8, Bl. 61 d.A.) und Schriftsatz vom 14.07.2009 (dort S. 4, Bl. 56 d.A.) noch einmal weitere Ortstermine zur Mangelbeseitigung angeboten. Wozu diese Termine aber dienen sollten, d.h. was die Klägerin über ihre bisherigen Bemühungen hinaus konkret zur Mangelbeseitigung unternehmen wollte, hat sie nicht dargestellt; ihrem Schreiben vom 12.05.2009 lässt sich lediglich die Absicht entnehmen, den angeschlossenen Trend-PC zwecks Auswertung abzubauen. Zum Zeitpunkt ihrer Angebote zu weiteren Ortsterminen hatte die Klägerin zudem den Beklagten im vorliegenden Verfahren bereits auf volle Werklohnzahlung verklagt und das Vorhandensein von Mängeln abgestritten (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 14.07.2009, Bl. 54 d.A.), was der Ernsthaftigkeit ihres Willens zur Mangelbeseitigung widerspricht. Auf lediglich pro forma angebotene Ortstermine brauchte sich der Beklagte nicht einzulassen. Soweit die Klägerin nach Durchführung der Beweisaufnahme angeboten hat, den Außentemperaturfühler abzudecken bzw. umzusetzen und den Luftqualitätsfühler auszutauschen (vgl. Schriftsatz vom 12.12.2012, Bl. 443 d.A.), liegt hierin kein Angebot zur Mangelbeseitigung. Der Sachverständige vermochte, wie das Landgericht auch zutreffend erkannt hat, angesichts der Komplexität der Anlage keinen detailliert ausgearbeiteten Lösungsweg zu benennen. Die von der Klägerin angebotenen Maßnahmen sind nach seinen Ausführungen (vgl. Sitzungsniederschrift vom 18.11.2013, Bl. 508 ff. d.A.) lediglich ein Schritt zur Herstellung einer erhöhten Betriebssicherheit. Auch wenn die Anlage komplex ist, schuldet die Klägerin dem Beklagten aber deren vollständige Betriebssicherheit. Ein Angebot ihrerseits zur Mangelbeseitigung muss deshalb sämtliche der hierfür erforderlichen Maßnahmen umfassen; zumindest muss die Klägerin darstellen, wie sie vorzugehen gedenkt und kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, mit Durchführung der fraglichen Maßnahmen könne sie den vollen Werklohn verlangen. Auf die Frage, ob der Beklagte in der Sitzung vom 18.11.2013 die von der Klägerin angebotenen Maßnahmen abgelehnt hat, was sich der Sitzungsniederschrift in der Tat nicht entnehmen lässt, kommt es demgemäß nicht an. Letztendlich kommt hinzu, dass die Klägerin die Inbetriebsetzung der außer Funktion genommenen Wärmerückgewinnungsanlage überhaupt nicht angeboten hat. 69

Zugunsten der Klägerin kann auch nichts daraus abgeleitet werden, dass der Beklagte die Herausgabe des angeschlossenen PCs verweigert. Der PC gehört der Streithelferin zu 1) und nicht der Klägerin; sie und nicht die Klägerin hat demgemäß einen Herausgabeanspruch gegen den Beklagten. Im Übrigen erschließt sich nicht, inwieweit die Mangelbeseitigung von der Herausgabe des PCs abhängt. Die Klägerin hatte nach Fertigstellung mehr als ein Jahr Gelegenheit, die Anlage vor Ort zu besichtigen. Der nicht ordnungsgemäße Lauf derselben steht aufgrund des Sachverständigengutachtens fest. Warum es der Auswertung weiterer Daten bedarf, hat die Klägerin nicht näher begründet. Eine Auslesung und Auswertung der Daten hätte die für die ordnungsgemäße Herstellung ihres Werkes beweisbelastete Klägerin im Übrigen im Rahmen der Beweiserhebung über den Sachverständigen erwirken können, der sich hiermit aber offensichtlich nicht befasst hat. 70

Da auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens nicht sicher festgestellt werden kann, dass die Abdeckung des Außentemperaturfühlers und der Austausch des Luftqualitätsfühlers für eine Mangelbeseitigung ausreichen, kann entgegen der Vorinstanz nicht angenommen werden, dass den Beseitigungskosten im Verhältnis zur offen stehenden Werklohnforderung 71

eine geringfügige, zu vernachlässigende Bedeutung zukommt.

Der Umstand, dass der Beklagte die bereits mit Schreiben vom 17.02.2009 angeforderte Sicherheitsleistung nach § 648a BGB nicht gezahlt hat, begründet schließlich unabhängig davon, ob dies als Treuwidrigkeit aufzufassen ist oder nicht, jedenfalls nicht die Fälligkeit der Werklohnforderung. Die Rechte des Unternehmers im Falle der unberechtigten Leistungsverweigerung sind vielmehr in § 648a BGB abschließend geregelt. Denn die Vorschrift dient dem Schutz des Unternehmers, nicht ungesichert in Vorleistung gehen zu müssen, regelt aber nicht seine Rechte für den Fall, dass der Besteller die Leistung von vornherein und endgültig verweigert (vgl. BGH, Urteil v. 24.02.2005 – VII ZR 225/03, NJW 2005, 1650, 1651; Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage 2012, § 641 Rdnr. 5; jew. m.w.Nw.). 72

c) 73

Da die Werklohnforderung der Klägerin nicht fällig ist, ist die Klage insoweit als derzeit unbegründet abzuweisen. Auf die Hilfsanträge des Beklagten kommt es demgemäß nicht an. 74

III. 75

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 101 Abs. 1 ZPO. 76

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO. 77

Gründe für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 78

Streitwert des Berufungsverfahrens 66.129,31 Euro 79

80

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE