
Datum: 29.05.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 140/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0529.24U140.00.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 21 O 96/99

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25. Oktober 2000 verkündete Urteil der I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet, wobei die Sicherheit durch unbefristete und unbedingte Bürgschaft eines in der Europäischen Union als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Bank- oder Sparkasseninstitutes erbracht werden kann.

Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von mehr als 60.000 DM.

Tatbestand

1

2

Die Beklagte errichtete für die Firma S im Jahre 1998 in B eine Industriehalle. Hierfür wurde ein Stahlbetonboden mit einer Hartstoffverschleisssschicht benötigt.

Mit der Erstellung dieses Bodens beauftragte die Beklagte die Klägerin aufgrund deren Angebot vom 04.11.1997 mit Ergänzung vom 26.03.1998, dem das Leistungsverzeichnis der Beklagten vom 09.02.1998 und die Bedingungen der VOB/B zugrunde lagen. 3

Nach Position 02.05.17 des Leistungsverzeichnisses sollte auf eine 17 cm dicke Betonschicht eine 1 cm starke mit 15 kg/m² Hartstoffverschleisssschicht geliefert und aufgezogen werden. 4

Nach Beendigung der Arbeiten der Klägerin rügte die Beklagte mit Schreiben vom 15.05.1998 zahlreiche Hohlstellen der Verschleisssschicht und mehrere Stellen, an denen diese gar nicht vorhanden sei. Deshalb lehnte die Beklagte die Abnahme ausdrücklich ab. 5

Da die Klägerin die Mängelrüge nicht gelten lassen wollte, fand am 19.05.1998 ein Ortstermin mit dem Sachverständigen Tovar statt. Dieser erklärte, die Verschleisssschicht sei völlig mangelhaft, sie weise erhebliche Fehlstellen auf und habe offenbar auch nicht die Stärke von 1 cm; sie könne so nicht bestehen bleiben. 6

Da die Klägerin auch diese Feststellungen nicht akzeptieren wollte, wurde auf ihr Betreiben ein weiterer Sachverständiger eingeschaltet. Bei dessen Ortstermin am 20.05.1998 stellte auch dieser zahlreiche Hohlstellen fest. Zur Prüfung der Schichtdicke veranlaßte er Bohrkernentnahmen. 7

Die Klägerin sanierte in der Folgezeit eine Reihe von Hohlstellen durch lokales Aufschneiden der Korrodurschicht, Entfernen der losen Teile und dortiges Aufbringen einer neuen Schicht. 8

In einem erneuten Ortstermin stellte der Sachverständige Vonderlin die Ergebnisse der Bohrkernmessungen vor. Die Korrodurschicht hat eine mittlere Dicke von 6 7 mm, wobei eine Dicke von 10 mm nur bei einer von 30 Proben erreicht bzw. überschritten wird. 9

Da die Firma S dringend die Produktion in der Halle aufnehmen wollte, schlug der Sachverständige einen Vergleich vor. Die Firma S und die Beklagte einigten sich daraufhin dahingehend, dass für den Boden insgesamt 75.000 DM zzgl. 16 % Umsatzsteuer gezahlt wurden und die Firma S auf Gewährleistungsrechte bezüglich des Bodens verzichtete. Damit reduzierte die Beklagte ihre diesbezügliche Forderung um 90.844,53 DM. Die Klägerin schloß sich dem Vergleich nicht an und verweigerte weiterhin eine vollständige Erneuerung der Verschleisssschicht zur Mängelbeseitigung, die die Firma S nach wie vor zulassen würde. 10

Unter dem 05.05.1998 hatte die Klägerin der Beklagten insgesamt 160.362,65 DM in Rechnung gestellt. Davon entfielen 4.926,92 DM netto auf einen angeblichen Betonmehrverbrauch von 1 cm. 11

Mit Schreiben vom 18.06.1998 machte die Klägerin der Beklagten einen Vergleichsvorschlag dahingehend, eine Minderung von 15.000 DM zu gewähren und mahnte bei Nichtannahme des Vergleichs die gesamte Rechnungssumme zur Zahlung an. Die Beklagte lehnte diesen Vorschlag ab und zahlte nichts. 12

Mit der Klage macht die Klägerin die um 15.000 DM reduzierte Rechnungssumme geltend. 13

Dazu hat sie vorgetragen, die Beklagte habe durch den Vergleichsschluß mit der Firma S das Werk abgenommen. 14

Die Minderstärke der Verschleisssschicht habe keinen Einfluß auf die Funktion, Nutzungsdauer oder den optischen Eindruck des Bodens.

Sie könne die Mängelbeseitigung verweigern, da diese einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Vielmehr sei eine Minderung von 15.000 DM angemessen. 16

Der Einbau der in Rechnung gestellten Mehrmenge an Beton sei auf ausdrückliche Anweisung eines leitenden Mitarbeiters der Beklagten erfolgt, da diese die Bewehrung zu hoch eingebaut habe. 17

Die Klägerin hat beantragt, 18

die Beklagte zu verurteilen, an sie 148.596,01 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 23.06.1998 zu zahlen. 19

Die Beklagte hat beantragt, 20

die Klage abzuweisen. 21

Sie hat vorgetragen, die Forderung sei nicht fällig. Der Boden sei weder abgenommen, noch abnahmefähig. 22

Die nach wie vor verlangte Mängelbeseitigung sei nicht unverhältnismäßig, schon wegen der durch Bestellung von zu wenig Material arglistigen Verursachung des Mangels durch die Klägerin. 23

Hilfsweise hat sich die Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Mängelbeseitigung berufen. Weiter hilfsweise hat sie mit einer angeblichen Schadensersatzforderung aufgerechnet. 24

Das Landgericht hat Beweis durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen L erhoben, wegen dessen Inhalts auf das Gutachten vom 16.06.2000 verwiesen wird. 25

Mit Urteil vom 25.10.2000 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 26

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Werklohnforderung sei nicht fällig. In dem Vergleichsschluß der Beklagten mit der Firma S liege keine Billigung des Werkes gegenüber der Klägerin, sondern sei zur Abwendung von Produktionsausfallschäden erfolgt. Abnahmefähigkeit liege nicht vor, da die Nutzungsdauer der Verschleisssschicht nach dem Sachverständigengutachten um fast 40 % gemindert sei. Das Nachbesserungsverlangen sei nicht treuwidrig und die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig, da die Klägerin den Mangel mindestens grob fahrlässig verschuldet habe. 27

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin. 28

Dazu trägt sie vor, angesichts des Vergleichs mit der Firma S sei die Weigerung der Beklagten, an die Klägerin irgendeinen Werklohn zu zahlen, an § 226 BGB zu messen. 29

Auch sei es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, der Beklagten, die sich mit ihrer Auftraggeberin auf eine Minderung geeinigt habe, noch einen Nachbesserungsanspruch zuzubilligen. Die Abstriche an der Nutzungsdauer des Bodens könnten durch eine Minderung ausgeglichen werden. 30

Die Klägerin beantragt, 31

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 32 148.596,01 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 23.06.1998 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 33

die Berufung zurückzuweisen. 34

Die Beklagte habe wegen ihres guten Rufes ein erhebliches Interesse an der 35
Mängelbeseitigung. Diese werde von der Firma S nach wie vor gewünscht.

Die Klägerin habe gewußt, dass bei ihrer zu geringen Materialbestellung die vereinbarte 36
Schichtdicke nicht erreicht werden konnte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten 37
Schriftsätze nebst Anlagen und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen verwiesen.

Entscheidungsgründe 38

A. 39

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. 40

Die Werklohnforderung der Klägerin nach § 631 Abs.1 BGB ist nicht gemäß § 641 Abs.1, 41
Satz 1 BGB a.F. fällig.

Das Werk ist nicht gemäß § 12 VOB/B abgenommen. 42

Wegen der schriftlichen wie mündlichen Abnahmeverweigerungen der Beklagten scheitern 43
ausdrückliche, schlüssige oder fiktive Abnahmen. Die Beklagte hat die Abnahme im
Verhältnis zur Klägerin ausdrücklich verweigert und dies auch aufrecht erhalten, in dem sie
stets Mängelbeseitigung verlangte, auch nachdem die Klägerin dem Vergleich zwischen der
Firma S und der Beklagten nicht beigetreten war. Irgend ein Verhalten, aus dem die Klägerin
auf eine Billigung ihrer Leistung durch die Beklagte schließen könnte, ist nicht ersichtlich.

Die Abnahme durfte auch verweigert werden, weil das Werk nicht abnahmefähig ist, da es an 44
einem wesentlichen Mangel leidet. Vertraglich vereinbart ist eine 10 mm dicke
Verschleisschicht. Dies entspricht gem. DIN 18560 Teil 7 Tab.5 der Beanspruchungsgruppe
II = mittel. Aufgebracht wurde von der Klägerin aber lediglich eine Schicht mit einer Dicke von
6 - 7 mm. Damit werden nicht einmal die Anforderungen der Beanspruchungsgruppe III =
leicht der DIN mit einer Schichtdicke von 8 mm erreicht. Der Sachverständige Kühn hat unter
Anwendung der Meßmethoden und Toleranzen der DIN eine erhebliche Unterschreitung der
Mittelwerte und der zu erfüllenden geringsten Einzelwerte festgestellt. Mit dieser erheblichen
Unterschreitung der Anforderungen der DIN geht eine ca. 35% bis 40% geringere
Lebensdauer der Verschleisschicht einher, was die Tauglichkeit zu dem vertraglich
vorausgesetzten Gebrauch wesentlich einschränkt. Dabei kommt es entgegen der Meinung
der Klägerin nicht auf die aktuelle Tauglichkeit an, die nach Auskunft des Sachverständigen -
noch - nicht eingeschränkt ist. Die vertragsgemäß ausgeführte Verschleisschicht sollte
erkennbar auch auf eine längere Dauer ihre Funktion erfüllen, was mit der dünneren Schicht
nun nicht mehr erreicht wird.

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist auch nicht ohne Abnahme oder Abnahmereife fällig, 45
etwa weil die Klägerin die Nachbesserung gemäß § 633 Abs.2 Satz 3 BGB wegen
Unverhältnismäßigkeit verweigern dürfte. Diese Vorschrift findet auch im Rahmen des

46
Zwar wäre der Aufwand der Klägerin für eine Mängelbeseitigung nicht unerheblich. Diese ließe sich nur durch eine Entfernung der gesamten Verschleisssschicht und anschließende Neuaufbringung durchführen, wobei die Produktion der Firma S unterbrochen werden müßte und die Halle mit den Maschinen aus- und wieder eingeräumt werden müßte. Demgegenüber ist das Interesse der Beklagten an einer Mängelbeseitigung nicht mehr als überragend groß anzusehen, nachdem sie sich mit der Firma S auf eine Minderung unter Verzicht auf Gewährleistungsansprüche geeinigt hat. Dadurch ist die Beklagte selbst keinen Nachbesserungsansprüchen mehr ausgesetzt, so dass jetzt allein ihr Interesse an einem uneingeschränkt guten Ruf als Bauunternehmung verbleibt, wobei die gewährte, nicht unerhebliche Minderung nicht unberücksichtigt bleiben kann.

47
Bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit sind aber sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere auch die Schwere des Vertragsverstoßes und der Grad des Verschuldens des Auftragnehmers (Palandt/Sprau § 633 Rn 7 m.w.Nw.). So kann sich ein Auftragnehmer, der den Mangel grob fahrlässig herbeigeführt hat, grundsätzlich nicht auf Unverhältnismäßigkeit berufen (Ingenstau/Korbion/Wirth B § 13 Rn 625 m.w.Nw.).

48
Es kann dahinstehen, ob die Klägerin - wie von der Beklagten behauptet - vorsätzlich an Material gespart hat. Jedenfalls aber hat sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße außer Acht gelassen, so dass sie sich auf eine Unverhältnismäßigkeit nicht berufen kann. Die aufzubringende Materialmenge für die vereinbarte Schichtdicke zu berechnen, ist eine alltägliche und einfache Arbeit eines Estrichlegers. Auch wenn es sich bei dem Aufbringen einer solchen Schicht um handwerkliche Arbeit handelt, die gewisse Toleranzen erfordert, so werden die hier von der DIN eindeutig vorgegebenen Toleranzen ganz erheblich unterschritten. Eine Materialmindermenge von etwa 40 %, die sich bei der Fläche von etwa 2.900 m² nicht mehr in Gramm oder Kilogramm auswirkt, sondern mehr als 15 Tonnen ausmacht, ist mit einem Rechenfehler nicht zu erklären. Eine Erklärung für den Fehler wird von der Klägerin auch gar nicht gegeben. Noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Geschäftsführer der Klägerin die Notwendigkeit der Einhaltung der DIN mit ihren Toleranzen nicht einsehen wollen und die erheblich geringere Schichtstärke als eine vom Auftraggeber hinnehmbare Folge handwerklicher Arbeit darzustellen versucht.

49
Weiter ist zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, dass sie es bereits viel früher in der Hand gehabt hat, den Aufwand für die Mängelbeseitigung wesentlich geringer zu halten. Sie hat sich von Anfang an den Bedenken sämtlicher anderer Beteiligten wegen der Schichtdicke verschlossen. Wenn sie es wegen ihrer Materialbestellung nicht bereits gewußt hat, so hätte sie durch kurze Überprüfung der Menge des bestellten Materials und insbesondere spätestens bei Beginn der Hohlstellenausbesserung bemerken müssen, dass die vereinbarte Schichtstärke nicht erreicht werden konnte und nicht erreicht wurde. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte eine sofortige Mängelbeseitigung erfolgen können, was jedenfalls in Bezug auf das Aus- und Einräumen der Halle keinen Aufwand erfordert hätte.

50
Entgegen der Ansicht der Klägerin verstößt es auch nicht gegen § 242 oder § 226 BGB, wenn sich die Beklagte trotz ihres Vergleichsschlusses mit der Firma S auf die mangelnde Fälligkeit beruft. Wie oben ausgeführt, kann die Beklagte nach wie vor die Mängelbeseitigung - die unstreitig nicht von der Firma S verhindert wird - verlangen. Irgendwelche nicht bereits oben abgewogene Umstände, die die Ausübung dieses Rechtes durch die Beklagte treuwidrig oder als Schikane erscheinen ließen, sind nicht ersichtlich.

B.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 708 Nr.10, 711 ZPO.

52