
Datum: 31.07.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 8/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0731.17U8.03.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 12 O 149/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15.10.2002 verkündete Vorbe-haltsurteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund aufgehoben.

Die Sache wird zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landge-richt Dortmund zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Klägerin übersteigt 20.000,00 € nicht.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Vorbehaltsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht (§§ 302, 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Zurückverweisung haben die Beklagten primär beantragt.

1

2

3

4

1.

Entgegen der Annahme des Landgerichts ist der restliche Vergütungsanspruch der Klägerin nicht in der vollen und ausgeurteilten Höhe von 9.535,48 € fällig, so daß ein Urteil unter Vorbehalt einer Entscheidung über die von den Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen nicht ergehen durfte. Der Senat sieht in dem Schreiben der Beklagten vom 16.02.2000 keine sog. freie Kündigung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B des Werkvertrages der Parteien vom 28./30.07.1998 über die Lieferung von Fenstern und Türen für das Bauvorhaben der Beklagten. Unstreitig ist die Geltung der VOB/B vereinbart worden. Die Beklagten haben mit dem Schreiben vom 16.02.2000 vielmehr eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B ausgesprochen. Die dafür erforderlichen Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B haben sie beachtet. Das insoweit maßgebliche Schreiben des Beklagten zu 2) vom 14.12.1999 enthält eine Aufforderung an die Klägerin, eine weitere Nachbesserung bis zum 15.01.2000 zuzusichern; andernfalls würden die Mängel im Wege der Ersatzvornahme behoben und es werde Regreß wegen der Kosten dieser Maßnahmen im Wege der Aufrechnung gegen eine eventuell bestehende Forderung der Klägerin genommen. Dieses Schreiben orientiert sich zwar nicht genau an dem Wortlaut des § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B, der eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung fordert, verbunden mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Vertrag entzogen werde (vgl. dazu BGH ZfBR 00, 479; BauR 97, 1027). Der Wortlaut der VOB/B braucht jedoch nicht unbedingt eingehalten zu werden. Vielmehr genügt es, wenn der Wille des Auftraggebers, die Nachbesserungsleistung nach erfolglosem Ablauf der Frist nicht mehr anzunehmen, eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht wird, wie z.B. durch klare Androhung der Beschäftigung eines anderen Unternehmens nach fruchtlosem Ablauf der klar erkennbar letztmals gesetzten Frist (BGH NJW 83, 1731; Ingenstau/Korbion VOB B § 4 Rdn. 379). Das ist hier zu bejahen. Aufgrund vorangegangener Mahnungen vgl. Schreiben vom 29.08.1999 befand sich die Klägerin mit der Erledigung von Restarbeiten in Verzug. In dem Schreiben vom 14.12.1999 hat der Beklagte zu 2) nach Auffassung des Senats hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Beklagten der Klägerin keine Gelegenheit zur Nachbesserung mehr geben würden, wenn diese die zum 15.01.2000 gesetzte Frist wieder verstreichen lasse. Das ist die Androhung einer Entziehung des Auftrages. In dem darauffolgenden Schreiben vom 22.12.1999 hat der Beklagte zu 2) die Androhung nicht relativiert; denn es heißt auch dort, daß ein Termin zur Mängelbeseitigung vor dem 15.01.2000 genannt werden müsse. Unstreitig ist dies klägerseits nicht geschehen. Deshalb waren die Beklagten berechtigt, mit Schreiben vom 16.02.2000 der Klägerin den Zutritt zu ihrem Hause zu verweigern, nachdem diese (erst) unter dem 14.02.2000 einen Besuch bei den Beklagten angekündigt hatte (vgl. dazu auch BGH NJW 03, 1526 = BauR 03, 693).

2.

Die Kündigung des Vertrages durch die Beklagten aus wichtigem Grund gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B hat zur Folge, daß die Restwerklohnforderung der Klägerin auch ohne die nach dem Vertrag vereinbarte förmliche Abnahme der Werkleistung durch die Beklagten zwar grundsätzlich fällig geworden ist und die Parteien sich in einem Abrechnungsverhältnis befinden (BGH BauR 87, 95). Der Anspruch der Klägerin ist nach Auftragsentziehung jedoch begrenzt auf den Anteil der Leistungen, der von ihr ordnungsgemäß erbracht worden ist (BGH NJW 95, 1837 = BauR 95, 545 = ZfBR 95, 198).

Es kann deshalb dahinstehen, daß die Beklagten im Kammertermin vor dem Landgericht die Aufrechnung erklärt haben mit Nachbesserungskosten und Schadensersatz. Für die Höhe des Wertes der mangelfrei erbrachten Werkleistung ist die Klägerin auch nach der Kündigung

des Vertrages weiterhin darlegungs- und beweispflichtig. Die Kündigung bewirkt nur die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs; die Abnahmewirkungen werden davon nicht berührt (BGH NJW 03, 1450 = ZfBR 03, 352). Vor der Abnahme hat der Unternehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit seiner Bauleistung (BGH NJW 73, 1792; BauR 97, 129). Die Klägerin behauptet zwar Mangelfreiheit. Nach den Gutachten des Sachverständigen Rüschoff in dem von der Klägerin beantragten Beweisverfahren 3 OH 18/00 LG Dortmund liegen jedoch Mängel vor. Die Kosten für deren Beseitigung muß sich die Klägerin von ihrer Werklohnforderung in Abzug bringen lassen; entsprechend ist ihr Vergütungsanspruch gemindert. Die Höhe des Abzugsbetrages steht allerdings - ohne (weitere) Beweisaufnahme derzeit nicht fest.

3. 9

Die von der Klägerin in Bezug genommene Entscheidung des hiesigen 12. Zivilsenats vom 03.05.2002 (BauR 02, 1591) paßt hier nicht, weil in dem dort zu entscheidenden Fall der Auftraggeber die Leistungen des Unternehmers abgenommen hatte. 10

II. 11

Noch nicht endgültig geklärt ist die Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Darüber muß Beweis erhoben werden. Das wird das Landgericht, das nach Auffassung des Senats unzutreffend eine freie Kündigung der Beklagten angenommen und deshalb das Vorbehaltsurteil erlassen hat, jetzt nachholen müssen. Denn die Klägerin hat wie ausgeführt keinen Anspruch auf die volle Restvergütung, sondern nur einen Anspruch auf den um die Kosten der Mängelbeseitigung geminderten Werklohn; d.h. die Klägerin kann nur die mangelfrei erbrachte Werkleistung von den Beklagten bezahlt verlangen. 12

III. 13

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 14