
Datum: 25.09.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 8/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0925.21U8.03.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 2 O 8/02

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 31. Oktober 2002 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g :

1

I.

2

Mit seiner Berufung gegen das am 31. Oktober 2002 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Essen, wegen dessen Inhalts gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf Bl. 98 ff. GA Bezug genommen wird, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.	3
Er ist der Ansicht, das Landgericht habe die vom Kläger mit der Schlußrechnung vom 08.03.2000 geltend gemachten Leistungen im Zusammenhang mit der Errichtung eines kroatischen Restaurants nebst angeschlossenem Hotel im Gebäude U-Straße in I mit 190.453,73 DM netto zu hoch bewertet. Selbst wenn man unberücksichtigt ließe, daß die unter Position 6 berechneten Türblätter wegen eines unzureichenden Schallschutzes teilweise unbrauchbar seien, ergebe sich bei Anwendung der vereinbarten Einheitspreise und des tatsächlichen Aufwandes des Klägers eine Summe von nur 116.269,49 DM netto. Da er auf den entsprechenden Bruttobetrag von 134.872,60 DM - wie unstreitig ist - bereits 132.300,00 DM gezahlt habe, sei der Kläger wegen des vom Landgericht in Höhe von 42.542,18 DM netto ermittelten Mangelbeseitigungsaufwands, mit dem die Aufrechnung erklärt werde, bereits überzahlt.	4
Im übrigen seien die Mängel höher zu bewerten. Der erstinstanzlich beauftragte Sachverständige A habe in seinem Gutachten vom 04.07.2002 die Kosten für die Reparatur der Kassettendecke im Restaurantbereich zu Unrecht nur mit 10,00 € angesetzt, obwohl diese mit einem Aufwand von 5.000,00 € neu befestigt werden müsse. Der Austausch der nicht ausreichend schallgeschützten Türen werde entgegen dem erstinstanzlich eingeholten Gutachten des Sachverständigen A nicht nur 9.660,00 €, sondern gemäß einem von ihm, dem Beklagten, eingeholten Angebot einer Holz- und C GmbH vom 19.02.2002 16.541,56 € kosten.	5
Der Kläger tritt der Berufung entgegen. Er macht u.a. geltend, ein Herstellungs- und Mangelbeseitigungsaufwand könne nicht berücksichtigt werden, weil er erfolglos mit Schreiben vom 17.12.1999 und 18.01.2000 unter zweimaliger Fristsetzung gem. § 648 a BGB Sicherheit für offene Rechnungsbeträge von 47.500,00 DM verlangt habe.	6
Der Senat hat ein mündliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. X eingeholt und die Parteien im Senatstermin vom 25.09.2003 persönlich angehört. Die Akten 16 H 22/00 AG Marl lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	7
II.	8
Die Berufung des Beklagten ist begründet.	9
Die Klage ist abzuweisen, weil dem Kläger keine Restforderung wegen der von ihm erbrachten Leistungen mehr zusteht.	10
1.	11
Da das streitgegenständliche Vertragsverhältnis von den Parteien vor dem 01.01.2002 begründet worden ist, ist es gem. Art. 229 § 5 EGBGB nach der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen.	12
2.	13
Entgegen der Ansicht des Landgerichts bestimmt sich die Abrechnung des Vertragsverhältnisses der Parteien nicht nach §§ 648 Abs. 5, 643, 645 Abs. 1 BGB. Vielmehr ist der Restwerklohnanspruch des Klägers nach §§ 631 Abs. 1, 632 BGB zu ermitteln, von	14

dem nach Abzug des dem Beklagten nach § 635 BGB zustehenden Anspruchs auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten nichts mehr verbleibt.

Der Vertrag gilt nicht gem. §§ 648 a Abs. 5, 643 S. 2 BGB als aufgehoben. Das Sicherheitsverlangen des Klägers vom 17.12.1999 war unwirksam. Zum damaligen Zeitpunkt stand ihm eine Sicherheit für den geltend gemachten Betrag von 47.500,00 DM nicht zu. Die von dem Beklagten eingewandten Mängel minderten einen Anspruch auf Sicherheitsleistung zwar nicht, solange der Kläger in der Lage und bereit war, die Mängel zu beseitigen und der Beklagte gegenüber dem Vergütungsanspruch wegen der Mängel nicht wirksam die Minderung erklärt oder aufgerechnet hatte. Sicherheit kann zudem nicht nur für noch ausstehende, sondern auch für bereits erbrachte Leistungen gefordert werden (BGH NJW 2001, 822, 824 = BauR 2001, 386). Dennoch war das auf einen Betrag von 47.500,00 DM bezogene Sicherheitsverlangen stark überhöht, weil dem Kläger selbst bei vollständiger und mangelfreier Fertigstellung des geschuldeten Werks nur noch 8.681,98 DM zugestanden hätten (siehe im folgenden unter 3.). Fordert der Unternehmer eine zu hohe Sicherheit, muß der Besteller zwar die dem Unternehmer zustehende geringere Sicherheit anbieten, wenn ihre Höhe für ihn feststellbar und anzunehmen ist, daß der Unternehmer bereit ist, die geringere Sicherheit zu akzeptieren. Dies kann jedoch bei einer unverhältnismäßig hohen Zuvielforderung zu verneinen sein (BGH a.a.O.). Angesichts der sehr deutlichen Überhöhung des Sicherheitsverlangens des Klägers und der Tatsache, daß der Beklagte einen angemessenen Betrag anhand der ihm von dem Kläger zur Verfügung gestellten Unterlagen und Angebote allenfalls mit unzumutbarem Aufwand hätte ermitteln können, war das Verlangen des Klägers insgesamt unwirksam. Hinzu kam, daß die Parteien zum Zeitpunkt des Sicherheitsverlangens bereits im Streit lagen und der Beklagte aus dem Beharren des Klägers auf der Zahlung von Abschlagsbeträgen von 47.500,00 DM den Schluß ziehen konnte, der Kläger werde sich mit einer geringeren Sicherheit nicht zufrieden geben.

3. 16

Gegenüber der Anspruchsberechnung des Landgerichts für die vom Kläger mit seiner Schlußrechnung geltend gemachten 25 Positionen sind Kürzungen um insgesamt 68.917,54 DM netto gerechtfertigt, so daß sich ein Werklohnanspruch von 190.453,73 DM - 68.917,54 DM = 121.536,19 DM netto ergibt. Dies entspricht einem Bruttobetrag von 140.981,98 DM, der durch die unstreitigen Zahlungen des Beklagten von 132.300,00 DM und den zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Ersatz des Mangelbeseitigungsaufwands (§ 635 BGB) mehr als aufgezehrt ist. 17

Zweitinstanzlich sind noch folgende Positionen streitig: 18

a) Position 1: Decken im Erdgeschoß 19

Bereits aus der eigenen handschriftlichen Aufstellung des Klägers vom 16.07.1998 (Anlage zum Schriftsatz des Beklagten vom 22.11.2001, Bl. 25 f. GA) und seiner Zwischenabrechnung vom 27.05.1999 (Anlage zum Schriftsatz des Beklagten vom 14.12.2001, Bl. 33 f. GA) folgt, daß der Kläger für die Arbeiten an den Decken nur 320 Stunden und nicht die vom Landgericht berücksichtigten 362 Stunden aufgewandt hat. Das Landgericht hat diese Position also um 42 Stunden á 30,00 DM = 1.260,00 DM netto zu hoch angesetzt. 20

b) Position 2: Toilettentrennwände im Erdgeschoß 21

22

Der Beklagte beruft sich zu Recht darauf, daß der Kläger in seiner eigenen Zwischenaufstellung vom 27.05.1999 nur 2.470,00 DM angesetzt hat. Allerdings muß sich der Beklagte gem. § 531 Abs. 2 ZPO an dem von ihm erstinstanzlich mit der Behauptung einer entsprechenden Vereinbarung genannten Betrag von 2.700,00 DM festhalten lassen. Diesen Betrag hat er im Senatstermin im Übrigen auch akzeptiert.

Die landgerichtliche Berechnung ist zu dieser Position um 4.040,00 DM - 2.700,00 DM = 1.340,00 DM netto überhöht. 23

c) Position 3: Türen im Kellergeschoß 24

Zu dieser Position haben die Parteien im Senatstermin einen Betrag von 2.414,00 DM unstreitig gestellt, so daß von der landgerichtlichen Berechnung ein Abzug von 4.429,00 DM - 2.414,00 DM = 2.015,00 DM netto vorzunehmen ist. 25

d) Position 6: massive Türblätter mit Massivholzfutter 26

Die Vernehmung des Sachverständigen X im Senatstermin hat ergeben, daß aufgrund der örtlichen Verhältnisse 13 schallgeschützte und 12 nicht schallgeschützte Türen einzubauen gewesen wären. Auf der Grundlage des Angebots des Klägers vom 22.11.1997 (Bl. 5 BA) hätte der Kläger für die angebotenen Türen jeweils 460,00 DM in Rechnung stellen können. Für die 13 schallgedämpften Türen wären jeweils 140,00 DM als "Zulage Röhrenspan 32 Dezibel" und 160,00 DM für ein unteres Dichtungsband hinzugekommen. Hieraus ergibt sich ein Gesamtnettobetrag für die 25 Türen von 27

25 x 460,00 DM = 11.500,00 DM 28

13 x 140,00 DM = 1.820,00 DM 29

13 x 160,00 DM = 2.080,00 DM 30

15.400,00 DM. 31

Ein höherer Betrag kann nicht angesetzt werden. Zwar hat der Sachverständige im Senatstermin dargelegt, daß der geschuldete Schallschutz von 32 Dezibel mit der vorgesehenen Ausführung der Türen und zu dem angebotenen Preis nicht zu erreichen war. Tatsächlich hat der Kläger letztlich auch massivere Türen eingebaut, die allerdings ebenfalls nicht geeignet sind, einen Schallschutz von 32 Dezibel zu gewährleisten. 32

Nach dem Vertrag wäre der Kläger verpflichtet gewesen, schallgeschützte Türen zu dem angebotenen Preis zu montieren. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann. Allerdings kann der Werklohn nur die vereinbarte Herstellungsart umfassen, wenn diese auf Anregung des Auftraggebers oder des Auftragnehmers zum Gegenstand des Vertrages gemacht worden ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Kalkulation des Werklohns allein auf den Vorstellungen des Auftragnehmers beruht (BGH BauR 1999, 37, 38; siehe auch BGH NJW 1984, 2457, 2458 = BauR 1984, 510; BGH NJW BauR 1987, 207, 208; BGH BauR 2000, 411, 412; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rdn. 1563). So liegt der Fall hier. Der Kläger hat sein Angebot für die Hoteltüren, die einen Schallschutz von 32 Dezibel haben sollten, soweit ersichtlich, eigenständig erstellt. Wie die Anhörung der Parteien im Termin ergeben hat, wollte der Beklagte das Angebot - wie der Kläger wußte - 33

seiner Bank oder Brauerei zwecks Gewährung eines Darlehens vorlegen. Es sollte deshalb nicht zu niedrig, sondern entsprechend den tatsächlichen Kosten verfaßt werden. Auf das Angebot, das auf der Vorstellung des Klägers beruhte, Türen zu dem ausgewiesenen Preis mit Schallschutz anbieten zu können, durfte sich der Beklagte unter diesen Umständen verlassen, ohne mit einer Preiserhöhung rechnen zu müssen.

Daran ändert auch nichts, daß der Kläger dem Beklagten vor dem Einbau mitgeteilt hatte, andere Türen liefern zu wollen, und der Beklagte damit einverstanden war. Soweit der Änderungsvorschlag des Klägers auf der Schallproblematik beruht haben sollte, war er aus den bereits dargestellten Gründen zu einer schallverbesserten Ausführung der Türen nach dem geschlossenen Vertrag ohnehin verpflichtet, weil der einseitig von ihm zu verantwortende Irrtum über die Tauglichkeit der ursprünglich geplanten Ausführung der Türen an seiner werkvertraglichen Erfolgshaftung für einen Schallschutz von 32 Dezibel nichts änderte. Sollte er den Einbau anderer Türen (auch) aus anderen Gründen gewünscht haben, ist ebenfalls nicht ersichtlich, daß die Parteien den ursprünglich auf der Basis des Angebotes vom 22.11.1997 geschlossenen Vertrag auch hinsichtlich der vereinbarten Preise abgeändert haben. Etwas anderes ergibt sich nicht schon daraus, daß die schließlich eingebauten Türen nach den Ausführungen des Sachverständigen X höherwertiger waren und dies dem Beklagten aufgrund einer früheren Zusammenarbeit eventuell auch bekannt war. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger, der eine ausdrückliche Preisänderung selbst nicht behauptet, hat bei der Anhörung im Senatstermin das Vorbringen des Beklagten, er habe dem Kläger den Einbau von der ursprünglichen Vereinbarung abweichender Türen zu ansonsten unveränderten Konditionen zugestanden, weil der Kläger erklärt habe, die Türen auf Lager zu haben, nicht widerlegt. Es ist nachvollziehbar, daß der Beklagte von den vereinbarten Preisen, die auch den Darlehensabreden mit seiner Bank bzw. der ihn beliefernden Brauerei zugrundegelegt worden waren, nicht abgehen wollte.

Für die Türen ist somit ein Werklohn von 15.400,00 DM netto anzusetzen. Da das Landgericht 50.000,00 DM berücksichtigt hat, ist für die Position 6 folglich ein Abzug von 34.600,00 DM netto von dem vom Landgericht ermittelten Werklohnanspruch vorzunehmen.

Die Mangelhaftigkeit der 13 nicht ausreichend schallgedämpften Türen ist nicht bereits an dieser Stelle, sondern im Rahmen der Gegenrechte des Beklagten zu berücksichtigen, der im Senatstermin noch einmal klargestellt hat, wegen der Mängel des Werkes des Klägers Schadensersatzansprüche nach § 635 BGB einwenden zu wollen.

e) Position 7: gelieferte Röhrenspan-Fertigtürblätter mit massivem Futter

Nach seinem von dem Beklagten angenommenen Angebot vom 22.10.1997 kann der Kläger nur 420,00 DM netto pro Tür verlangen. Es ist nicht ersichtlich, daß er abweichend von der ursprünglichen Vereinbarung höherwertige Türen ausgeführt hat oder die Parteien die Preisvereinbarung nachträglich geändert haben. Da es um 10 Türen geht, ist die Berechnung des Landgerichts um 14.500,00 DM - 4.200,00 DM = 10.300,00 DM netto überhöht.

f) Position 10: Schließanlage

Im Senatstermin ist unstreitig geworden, daß der Kläger die Berechtigungskarte für die Schließanlage und einen Schlüssel zurückhält. Gegenüber der Rechnungsposition 10 von 2.413,00 DM kann der Beklagte deshalb möglicherweise ein Zurückbehaltungsrecht, jedoch keine Minderung geltend machen. Das Zurückbehaltungsrecht hat bei der Tenorierung durch den Senat keine Rolle gespielt, weil eine Forderung des Klägers aus den ansonsten dargestellten Gründen insgesamt nicht mehr besteht.

g) Position 14: Wandvertäfelung	41
Die Überprüfung durch den Sachverständigen X hat ergeben, daß abweichend vom Urteil des Landgerichts nicht 96,29 m ² anzusetzen sind, sondern jedenfalls die von dem Beklagten behaupteten 2,848 m ² abzuziehen sind, so daß aufgrund eines Einheitspreises von 153,00 DM pro Quadratmeter eine Kürzung um <u>435,74 DM</u> netto zu erfolgen hat.	42
h) Position 17: Thekenverkleidung	43
Auch im Senatstermin konnte der Kläger nicht darlegen, auf welcher Grundlage er die von ihm abweichend vom Angebot vom 10.11.1997 lediglich erstellte Thekenverkleidung mit 2.700,00 DM/lfm. berechnet hat. Als angemessene Vergütung kann nicht mehr als der vom Sachverständigen X dargestellte Betrag von 7.650,00 DM festgestellt werden. Da das Landgericht 20.034,00 DM zugesprochen hat, sind von dem erstinstanzlich ermittelten Werklohn <u>12.384,00 DM</u> netto abzuziehen.	44
i) Position 20: 4 Blumenkästen	45
Die Vernehmung des Sachverständigen X hat ergeben, daß gegen die Höhe dieser Position nichts eingewandt werden kann.	46
j) Position 21: 2 Schränke im Restaurant	47
Der Kläger konnte bei seiner Anhörung im Senatstermin schon nicht darstellen, um welche Schränke es sich handeln soll. Letztlich hat er gemeint, es könnten die ursprünglich geplanten Schränke im Eingangsbereich gemeint sein, die unstreitig jedoch nicht zur Ausführung gekommen sind.	48
Der vom Landgericht angesetzte Betrag von <u>2.760,00 DM</u> netto ist folglich abzuziehen.	49
k) Position 22: umlaufende Randleisten	50
Den Einheitspreis von 95,00 DM je lfm. hat der Beklagte zweitinstanzlich zwar erstmals konkret bestritten. Dennoch ist sein Einwand nicht als unzulässiges neues Verteidigungsmittel i.S.v. § 531 Abs. 2 ZPO zu werten, weil er erstinstanzlich geltend gemacht hat, die Position sei schon in anderen Positionen enthalten. Insofern stellt sich sein zweitinstanzlicher Vortrag lediglich als Beschränkung des erstinstanzlichen Vortrags dar. Die Vernehmung des Sachverständigen X hat ergeben, daß ein Einheitspreis lediglich in Höhe von 65,00 DM/lfm. angemessen ist. Da unstreitig 90,76 lfm. ausgeführt worden sind, ergibt sich somit gegenüber dem Urteil des Landgerichts ein Minderbetrag von <u>2.722,80 DM</u> netto.	51
l) Position 23: Änderungsarbeiten an aus Slowenien gelieferten Möbeln	52
Der Kläger kann insoweit nicht beweisen, daß er die von ihm behaupteten Anpassungsarbeiten geleistet hat, so daß auch die hierfür in Rechnung gestellten <u>900,00 DM</u> netto abzusetzen sind.	53
m) Position 25: Arbeiten in der Privatwohnung	54
Insoweit haben die Parteien im Senatstermin einen Betrag von 200,00 DM unstreitig gestellt, so daß der überschießende Betrag von weiteren <u>200,00 DM</u> netto in Abzug zu bringen ist.	55

Der vom Landgericht auf 190.453,73 DM netto berechnete Werklohnanspruch des Klägers ist somit um insgesamt 68.917,54 DM auf 121.536,19 DM netto zu kürzen. Von dem sich daraus ergebenden Bruttobetrag von 140.981,98 DM sind die unstreitig vom Beklagten gezahlten 132.300,00 DM abzuziehen, so daß ein Werklohnanspruch von 8.681,98 DM verbleibt.

4. 57

Dieser Betrag ist durch die vom Landgericht anerkannten Mangelbeseitigungsaufwendungen in Höhe von 42.542,18 DM mehr als aufgezehrt, so daß es nicht darauf ankommt, ob entsprechend dem Berufungsvorbringen des Beklagten weitere Beseitigungskosten zu berücksichtigen sind. Der Kläger hat gegenüber dem Restwerklohnanspruch hilfsweise die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB in Höhe der Mangelbeseitigungskosten erklärt, wobei der Senat diese Erklärung dahin versteht, daß die Aufrechnung in der Reihenfolge der im erstinstanzlichen Gutachten des Sachverständigen A vom 04.07.2002 dargestellten Beträge und nachrangig mit den zweitinstanzlich darüber hinaus geltend gemachten Beträgen erfolgen soll. Nach inzwischen wohl überwiegender Meinung handelt es sich dabei nicht um eine Aufrechnung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Verrechnung von Mängelschäden gegenüber dem Werklohnanspruch. 58

Ein Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB steht dem Beklagten in Höhe des Restwerklohnanspruchs des Klägers bereits wegen der ersten 5 im Gutachten des Sachverständigen A genannten Positionen zu. Die Voraussetzungen des § 635 BGB sind erfüllt, weil der Beklagte den Kläger schon mit Schreiben vom 01.02.2000 (Anlage 4 zur Klageschrift, Bl. 14 f. GA) erfolglos unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mangelbeseitigung aufgefordert hat und sich zudem aus dem Verhalten des Klägers ergibt, daß er eine Nachbesserung ernsthaft und endgültig ablehnt. 59

5. 60

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 543 Abs. 2 ZPO. 61