
Datum: 11.05.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 21/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0511.24U21.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 4 O 222/01

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 05.12.2003 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Kostenentscheidung für die 1. Instanz wie folgt neu gefaßt wurde:

Von den bis zum 06.09.2001 angefallenen Kosten tragen die Klägerin 69 % und die Beklagte 31 %.

Von den ab dem 07.09.2001 angefallenen Kosten mit Ausnahme der Kosten der Beweisaufnahme tragen die Klägerin 78 % und die Beklagte 22 %.

Von den Kosten der erstinstanzlichen Beweisaufnahme mit Ausnahme der Kosten der zwei Ergänzungsgutachten des Sachverständigen T2, die die Klägerin allein zu tragen hat, tragen die Klägerin 72 % und die Beklagte 28 %.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten des Ortstermins des Sachverständigen X vom 29.04.2004; jene Kosten hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

Die zulässige Berufung ist weitgehend unbegründet. Teilweise abzuändern ist lediglich die erstinstanzliche Kostenentscheidung. Außerdem ist das Rubrum des Senatsurteils aus folgenden Gründen abweichend vom Rubrum des landgerichtlichen Urteils zu fassen:

Die Klägerin hat ausweislich der Klageschrift die aus den Gesellschaftern Q und Barbara Q bestehende Q GdbR verklagt. Dagegen bestehen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 1056) zur Parteifähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch keine Bedenken. Das landgerichtliche Urteil bezeichnet jedoch in seinem Rubrum die Gesellschafter der Q GdbR persönlich als Beklagte. Das ist ersichtlich irrtümlich geschehen, da im Urteilstenor "die Beklagte" und nicht "die Beklagten" genannt werden und auch ansonsten sowohl im Tatbestand als auch in den Entscheidungsgründen von "der Beklagten" (Singular) die Rede ist.

Daß die Berufung weitgehend unbegründet ist, ergibt sich aus Folgendem:

1.

Die vom Landgericht mit 7.228,42 € ermittelte restliche Werklohnforderung der Klägerin ist entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung nicht um weitere 3.940,00 DM = 2.014,49 € zu erhöhen. Der Senat kann nicht feststellen, daß die am 26.07.2000 getroffene Vereinbarung der Parteien, den Werklohnanspruch im Hinblick auf unstreitig eingebaute dünnere Wandstärken um den genannten Betrag herabzusetzen (Bl. 41 d. A.), durch die spätere Vereinbarung vom 02.11.2000 (Bl. 130/131 d. A.) rückgängig gemacht worden ist. Der von der Klägerin benannte Zeuge T, der für sie an der Vereinbarung vom 02.11.2000 mitgewirkt hat, hat diese Behauptung der Klägerin bei seiner Vernehmung im Senatstermin gerade nicht bestätigt sondern vielmehr bekundet, daß die am 02.11.2000 vereinbarte restliche Zahlung der Beklagten unter Berücksichtigung des bereits am 26.07.2000 vereinbarten Nachlasses ermittelt worden ist. Eine Vernehmung der von der Beklagten zu diesem Punkt gegenbeweislich benannten Zeugen Q2 und I war unter diesen Umständen nicht mehr erforderlich.

2.

Die Auffassung des Landgerichts, die Beklagte könne der Restwerklohnforderung der Klägerin ein auf Mangelbeseitigungsansprüche gestütztes Leistungsverweigerungsrecht entgeghalten, ist nicht zu beanstanden.

Entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung kann der Senat nicht davon ausgehen, daß Ansprüche der Beklagten auf Beseitigung der im Tenor des landgerichtlichen Urteils genannten Mängel durch die Vereinbarung der Parteien vom 02.11.2000 ausgeschlossen sind. Angesichts der Entstehungsgeschichte jener Vereinbarung, die sich insbesondere aus einem von der Klägerin selbst vorgelegten Gesprächsvermerk des Zeugen I vom 15.10.2000 (Bl. 431 ff. d. A.) ergibt, kann nicht angenommen werden, daß sie sich auch auf solche Mängel beziehen sollte, die der Beklagten bei ihrem Abschluß noch nicht bekannt waren. Substantiierte Darlegungen, die für ein anderes Verständnis der Vereinbarung sprechen würden, lassen sich dem Berufungsvorbringen der Klägerin auch ansonsten nicht entnehmen.

Die Feststellungen des Landgerichts zu den Mängeln "Fugen" und "Tür an der Ostseite der Halle" und zur Höhe der insoweit anfallenden Mangelbeseitigungskosten (168,73 € bzw. 210,00 €) werden von der Berufung nicht angegriffen.

Hinsichtlich des Mangels "Glaskuppel" gilt folgendes:

11

Nach dem Ergebnis der in beiden Instanzen durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, daß die Werkleistung der Klägerin hinsichtlich der von ihr in das Hallendach eingebauten Glaskuppel nebst Lichtband auch unter Berücksichtigung zwischenzeitlich durchgeführter Nachbesserungsarbeiten nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht und deshalb mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB a. F. ist. Der vom Senat beauftragte, über hohe Sachkunde und Erfahrung verfügende Sachverständige Dipl.-Ing. X hat in seinem im Senatstermin erstatteten mündlichen Gutachten folgendes ausgeführt:

12

Wie eine von ihm an Ort und Stelle vorgenommene Überprüfung ergeben habe, habe sich seit dem erstinstanzlich erstatteten Gutachten des Sachverständigen T2 nicht wesentliches geändert. Die von der Klägerin bisher vorgenommene Sanierung reiche nicht aus. Das Dach sei weiterhin mangelhaft und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch undicht. Die zwischenzeitlich vorgenommene Verdoppelung der Profilfüller sei nur provisorisch und weise nicht die erforderliche Lebensdauer auf. Es sei nicht auszuschließen, daß sich das verwendete Material wieder löse und Wasser hereingetrieben werde. Angesichts der vorhandenen Länge der abzudichtenden Bereiche sei es entsprechend den Darlegungen des Sachverständigen T2 nicht zulässig, auf die Einbringung gegenläufig angebrachter Bleche zu verzichten und lediglich Silikonabdichtungen einzubauen. Auch den von der Klägerin mit der Berufungsbegründung vorgelegten Unterlagen lasse sich nichts anderes entnehmen. Daß eine bloße Alukaschierung ausreiche, ergebe sich aus jenen Unterlagen nicht.

13

Die vom Landgericht hinsichtlich des Mangels "Glaskuppel" auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen T2 festgestellten Mangelbeseitigungskosten (9.200,00 DM = 4.703,86 €) hat der Sachverständige X im Senatstermin als angemessen bezeichnet, sie seien jedenfalls nicht zu hoch gegriffen.

14

Der Beklagten gem. § 278 BGB zuzurechnende Planungsfehler des Zeugen I, die die Klägerin dem Mangelbeseitigungsanspruch entgegenhalten könnte, sind nicht feststellbar. Zwar ist es richtig, daß der Zeuge I die Beklagte mit Schreiben vom 24.04.2000 (Bl. 243 d. A.) aufgefordert hat, das Lichtband nicht im First sondern seitlich versetzt anzubringen. Richtig ist ferner, daß durch die planerisch vorgegebene Lage des Lichtbandes die Entwässerung erschwert wird (vgl. S. 62 des ersten Gutachtens des Sachverständigen T2: "äußerst schwieriger Entwässerungs- und Anschlußpunkt"). Daß hierdurch eine mangelfreie Herstellung der Kuppel nicht nur erschwert sondern verhindert wird, wird jedoch auch von der Klägerin selbst nicht behauptet.

15

Angesichts der Höhe der Mangelbeseitigungskosten ist es gem. § 641 Abs. 3 BGB a. F. auch gerechtfertigt, daß die Beklagte bis zur Mangelbeseitigung die Bezahlung des gesamten noch offenstehenden Restwerklohnanspruchs der Klägerin verweigert.

16

3.

17

Soweit das Landgericht die Klage hinsichtlich des unter Ziffer 3 auf Seite 5 des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils genannten Feststellungsantrags abgewiesen hat, ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden. Der von der Klägerin zunächst gestellte und sodann für

18

erledigt erklärte Antrag, die Beklagte zu verurteilen, den Nachweis über die Abführung von Mehrwertsteuer an das zuständige Finanzamt zu führen, war unbegründet. Wie die Klägerin selbst vorträgt, war die Beklagte auf Grund der zwischen den Parteien vereinbarten sogenannten "0-Regelung" gem. § 52 Abs. 2 der seinerzeit geltenden Umsatzsteuerdurchführungs-verordnung (UstDV) ausnahmsweise gerade nicht verpflichtet, Umsatzsteuer abzuführen. Dann war sie aber auch nicht gehalten, die Abführung von Mehrwert-steuer an das für sie zuständige Finanzamt gegenüber der Klägerin nachzuweisen. Die sich aus § 52 Abs. 4 UstDV ergebende Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin die Nichtabführung von Umsatzsteuer zu bescheinigen, ist von der Klägerin nicht eingeklagt worden.

4. 19

Soweit die Klägerin sich gegen die Kostenentscheidung des Landgerichts wendet, macht sie zu Recht geltend, daß die Beklagte unter Berufung darauf, daß die Werkleistungen der Klägerin nicht abgenommen worden seien, in erster Linie vollständige Klageabweisung und nur hilfsweise eine Zug-um-Zug-Verurteilung beantragt hat und daß die vom Landgericht vorgenommene Kostenverteilung diesem Umstand nicht Rechnung trägt. Der Senat hat dies entsprechend den Erörterungen im Senatstermin bei der von ihm auch für die erste Instanz vorzunehmenden Kostenentscheidung berücksichtigt. Der Senat hat ferner berücksichtigt, daß sich der Streitwert im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens geändert hat, daß die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme nicht den gesamten erstinstanzlichen Streitstoff betraf und daß die auf Antrag der Klägerin eingeholten Ergänzungsgutachten des Sachverständigen T2 sich nicht zu ihren Gunsten ausgewirkt haben (§ 96 ZPO). 20

Bei der im übrigen auf § 97 Abs. 1 ZPO beruhenden Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren mußte der Senat gem. § 95 ZPO zu Lasten der Beklagten berücksichtigen, daß der Ortstermin des Sachverständigen X vom 29.04.2004 durch ihr Verschulden gescheitert ist. 21

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung hat ihre Grundlage in den §§ 708 Nr. 11, 713 ZPO. 22