
Datum: 18.10.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 59/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:1018.24U59.05.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 422/04

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 10.03.2005 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Das Versäumnisteil- und Schlussurteil des Landgerichts Münster vom 11.11.2004 wird teilweise, nämlich mit folgenden Maßgaben, aufrecht erhalten.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.043,12 Euro zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.12.2004.

Der Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger weitere 3.000,00 Euro zu zahlen Zug um Zug gegen Korrektur der Anlageneinbauhöhe der Z-Jalousien (Schleifenbildung) im 1. Obergeschoss des Gebäudes K-Straße in #####1 S.

Im Übrigen werden das Versäumnisurteil- und Schlussurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Kosten der erstinstanzlichen Säumnis des Beklagten, die dieser allein zu tragen hat, werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Klägerin, die im Auftrag des Beklagten Jalousienanlagen in ein Bauvorhaben in S einbaute, verlangt dafür die Zahlung der restlichen Vergütung in Höhe von 6.043,12 Euro.	3
Durch Versäumnisteil- und Schlussurteil vom 11.11.2004 hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung des verlangten Betrages nebst Zinsen sowie zur Zahlung vorgerichtlicher Mahnkosten in Höhe von 273,50 Euro verurteilt. Der Beklagte hat gegen dieses Urteil Einspruch mit dem Antrag eingelegt, ihn nur zur Zahlung von 6.043,12 Euro Zug um Zug gegen Beseitigung von ihm behaupteter Mängel der eingebauten Jalousien zu verurteilen.	4
Am 23.12. sowie am 27.12.2004 leistete der Beklagte an den Kläger Zahlungen in einer die titulierten Forderungen übersteigenden Höhe. Der Kläger hat daraufhin die Auffassung vertreten, die Zahlungen seien als Erfüllung zu werten, und beantragt festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Diesem Antrag, dem der Beklagte entgegengetreten ist, hat das Landgericht durch Urteil vom 10.03.2005 entsprochen. Der Senat verweist zur ergänzenden Sachdarstellung sowie hinsichtlich der vom Landgericht für seine Entscheidung gegebenen Begründung auf dieses Urteil.	5
Mit seiner fristgerecht erhobenen und rechtzeitig begründeten Berufung verfolgt der Beklagte seinen erstinstanzlichen Antrag weiter, ihn nur Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung zu verurteilen. Er hält die Auffassung des Landgerichts, die Klageforderungen seien durch Zahlung erfüllt, für rechtsfehlerhaft. Die Ende Dezember 2004 geleisteten Zahlungen seien allein zur Abwehr der Zwangsvollstreckung des Klägers aus dem Versäumnisteil- und Schlussurteil vom 11.11.2004 erfolgt. Hinsichtlich der behaupteten Mängel der Jalousienanlage verweist der Beklagte auf sein erstinstanzliches Vorbringen.	6
Der Kläger beantragt Zurückweisung der Berufung, hilfsweise Aufrechterhaltung des Urteils vom 11.11.2004. Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Die Zahlungen des Beklagten seien als Erfüllung anzusehen. Der Kläger meint ferner, die Bezugnahme des Beklagten auf erstinstanzlichen Sachvortrag sei unzulässig und jener Vortrag treffe auch nicht zu. Die Jalousien seien entsprechend dem Stand der Technik geliefert und installiert worden. Der Sachvortrag des Beklagten zur Höhe der angeblichen Mangelbeseitigungskosten sei in unzulässiger Weise pauschal und nicht überprüfungsfähig.	7
II.	8
1.	9
Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Seine Berufungsbegründung entspricht den Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 ZPO. Der Beklagte setzt sich in ihr eingehend mit den	10

Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils auseinander und legt dar, warum aus seiner Sicht die Auffassung des Landgerichts, der Rechtsstreit habe sich in der Hauptsache erledigt, eine Rechtsverletzung im Sinne des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO darstellt.

Der Umstand, dass die Berufungsbegründung weder Ausführungen dazu enthält, warum der Werklohnforderung des Klägers ein auf Mängel der Werkleistung gestütztes Leistungsverweigerungsrecht entgegenstehen soll, noch die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung vorgerichtlicher Mahnkosten in Höhe von 273,50 Euro ausdrücklich angreift, ist unbedenklich. Der Beklagte nimmt auf S. 7 der Berufungsbegründung (Bl. 120 d.A.) u.a. konkret auf seinen erstinstanzlichen Schriftsatz vom 10.12.2004 (Bl. 40 ff d.A.) Bezug, der sich mit beiden Einwendungen gegen die Klageforderungen befasst. Das ist ausreichend, da die Bezugnahme auf erstinstanzliches Vorbringen dann als zulässig anzusehen ist, wenn dieses Vorbringen – wie hier – von der Vorinstanz aus Rechtsgründen nicht behandelt oder als rechtlich unerheblich angesehen wurde (Zöller-Gummer-Heßler, ZPO, 25. Aufl., Rdnr. 40 zu § 520).

2. 12

Die Berufung hat aus folgenden Gründen in der Sache teilweise Erfolg: 13

a) 14

Die Auffassung des Landgerichts, der Rechtsstreit habe sich durch die Zahlungen des Beklagten vom 23.12. und 27.12.2004 in der Hauptsache erledigt, ist unrichtig. Die Zahlungen sind nicht als Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) der durch das Versäumnisurteil vom 11.11.2004 ausgeurteilten Klageforderungen zu werten sondern erkennbar zur Abwehr der Zwangsvollstreckung aus diesem Versäumnisurteil geleistet worden. Wird nämlich auf eine streitig gebliebene Klageforderung nach Verkündung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten zusprechenden Urteils gezahlt, ist nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 94, 942, 943), der der Senat folgt, bei Fehlen klarstellender Begleitumstände im Zweifel nicht von einer (endgültigen) Erfüllung des Klageanspruchs und einer Erledigung der Hauptsache auszugehen. 15

Im vorliegenden Fall verbleiben nicht nur Zweifel daran, dass eine Erfüllung der Klageforderungen eingetreten ist, die unstreitigen Umstände sprechen vielmehr im Gegenteil sogar dafür, dass der Beklagte mit seinen Zahlungen lediglich die Zwangsvollstreckung des Klägers abwenden wollte. Im Zeitpunkt der Zahlungen hatte der Kläger nämlich die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil nicht nur angedroht sondern mit ihr schon begonnen und durch vorläufiges Zahlungsverbot gemäß § 845 ZPO vom 17.12.2004 (Bl. 56/57 d.A.) bereits die Konten des Beklagten bei der Stadtparkasse M blockiert. Ferner ist die Darstellung des Beklagten unbestritten, der Anwalt des Klägers habe es gegenüber seinem Anwalt am 22.12.2004 telefonisch abgelehnt, auch dann von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen abzusehen, wenn ihm eine Prozessbürgschaft der Sparkasse übermittelt werde (dafür, dass eine solche Bürgschaft seinerzeit tatsächlich vorlag, sprechen die Kopien Bl. 58 bis 60 d.A.). Weiterhin ist festzustellen, dass der die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil einstweilen einstellende Beschluss des Landgerichts vom 20.12.2004 den Prozessbevollmächtigten des Beklagten zum Zeitpunkt der ersten Zahlung noch nicht vorlag sondern ihnen erst am 24.12.2004 zugegangen ist (vgl. Bl. 48 d.A.). Es liegt deshalb nahe, dass der Beklagte angesichts dieser Umstände, die ihm seine Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 22.12.2004 (Bl. 77/78 d.A.) mitgeteilt hatten, nur in Zahlungen an den Kläger eine Möglichkeit sah, weiterhin auf sein Bankkonto zurückgreifen zu können. Dass er sich sicherheitshalber bei den Prozessbevollmächtigten 16

des Klägers nach der Gesamthöhe der von diesem geltend gemachten Forderung erkundigt und vorsichtshalber auch die ihm sodann mitgeteilte angebliche Restforderung beglichen hat, spricht ebenfalls nicht gegen ein Handeln zur Abwehr der Zwangsvollstreckung. Im Übrigen haben die Prozessbevollmächtigten des Beklagten durch Schreiben vom 29.12.2004 (erwähnt auf S. 2 des Schriftsatzes des Klägers vom 21.01.2005 (Bl. 69 d.A.) sowie auf S. 2 der Berufungserwiderung, Bl. 154 d.A.) den Zweck der Zahlungen ihres Mandanten im engen zeitlichen Zusammenhang mit diesen Zahlungen ausdrücklich klargestellt. Dass dieses Schreiben die Prozessbevollmächtigten des Klägers erst am 03.01.2005 erreicht hat, ist unschädlich.

Die bei den Zahlungen des Beklagten genannten Verwendungszwecke "Bürgschaft Kremann" und "Restforderung" lassen keine Rückschlüsse darauf zu, ob zur Abwendung der Zwangsvollstreckung oder zur endgültigen Tilgung gezahlt wurde. 17

Dagegen, dass der Kläger die Zahlungen des Beklagten als "freiwillige" Erfüllungshandlungen und nicht als Maßnahmen zur Abwehr der Zwangsvollstreckung werten konnte, spricht im Übrigen der von ihm selbst in der Berufungserwiderung hervorgehobene Umstand, der Beklagte habe das Bild eines zahlungsunwilligen und/oder zahlungsunfähigen Schuldners gezeigt. 18

Soweit das Landgericht seine Ansicht, es sei eine Erledigung der Hauptsache eingetreten, auch damit begründet hat, der Beklagte habe zwischen Erhalt der Rechnung vom 28.10.2003 und Erlass des Versäumnisurteils vom 11.11.2004 keinerlei Mängel gerügt, ist folgendes zu bemerken: Dass der Beklagte nach Rechnungserhalt Mängelrügen erhoben hat, ergibt sich bereits aus Seite 3 des die Klage begründenden Schriftsatzes des Klägers vom 16.08.2004 (Bl. 13 d.A.). Ferner hat der Beklagte ausweislich Bl. 8 d.A. seinen Widerspruch gegen den gegen ihn ergangenen Mahnbescheid damit begründet, der Kläger habe "als unser Sub-Unternehmer die vom Bauherrn bemängelten Rolladen nicht behoben". 19

b) 20

Da entgegen der Ansicht des Landgerichts keine Erledigung der Hauptsache eingetreten ist, ist zu prüfen, ob der Kläger zu Recht entsprechend dem Versäumnisteil- und Schlussurteil des Landgerichts vom 11.11.2004 zur Zahlung von 6.043,12 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.11.2003 sowie zur Zahlung von vorgerichtlichen Mahnkosten in Höhe von 273,50 Euro verurteilt worden ist. Diese Prüfung hat folgendes Ergebnis: 21

aa) 22

Dass der Kläger dann, wenn seine Werkleistung mangelfrei wäre, von dem Beklagten unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 6.000,00 Euro noch die einredefreie Zahlung restlicher 6.043,12 Euro verlangen könnte, ist unstreitig. Die vom Kläger geltend gemachte Gesamtforderung entspricht auch der Summe der Endbeträge seiner Angebote vom 22.01.2003 (Bl. 15/16 d.A.). 23

Gegen die Fälligkeit der Werklohnforderung (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB) bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken. Zwar lässt sich dem Sachvortrag des Klägers dazu, dass seine Werkleistung durch den Beklagten abgenommen worden ist, nichts entnehmen. Ferner ist festzustellen, dass der Beklagte in seinem Widerspruchsschreiben vom 14.03.2004 (Bl. 8 d.A.) ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der Kläger ein Abnahmeprotokoll des Bauherrn nicht vorlegen könne. Wie im Senatstermin im Einzelnen mit den Parteien erörtert 24

worden ist, ist die Fälligkeit der Werklohnforderung des Klägers jedoch dadurch eingetreten, dass der Beklagte (im Einklang mit einer Empfehlung von Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 5. Teil Rdnr. 209) in seiner Einspruchsschrift vom 10.12.2004 (Bl. 40 ff d.A.) keinen uneingeschränkten Klageabweisungsantrag sondern den Antrag angekündigt hat, ihn zur Werklohnzahlung nur Zug um Zug wegen Mangelbeseitigung zu verurteilen, und zur Begründung dieses Antrags ausgeführt hat, dass er dem Anspruch auf restlichen Werklohn gemäß § 641 Abs. 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von mindestens des Dreifachen der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten entgegensetzen könne.

bb) 25

Der Beklagte ist berechtigt, einen Teilbetrag der Werklohnforderung des Klägers in Höhe von 3.000,00 Euro nur Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung zu zahlen. Nach dem Ergebnis der von dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme ist die Werkleistung des Klägers mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB und die Mangelbeseitigung erfordert Aufwendungen in Höhe von 1.000,00 Euro. Der Beklagte hat deshalb gemäß § 635 Abs. 1 BGB einen Mangelbeseitigungsanspruch und kann bis zur Erfüllung dieses Anspruchs gemäß § 641 Abs. 3 BGB die Zahlung eines den dreifachen Mangelbeseitigungskosten entsprechenden Teils des Werklohns verweigern. 26

Die vom Senat durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen W durchgeführte Beweisaufnahme hatte nicht etwa deshalb zu unterbleiben, weil der Sachvortrag des Beklagten zu den von ihm geltend gemachten Mängeln nicht hinreichend substantiiert war. Seine in der Einspruchsschrift gemachten Ausführungen ("Die Jalousien laufen auf die Fensterbank auf, da diese zu lang sind. Diese hängen ca. 1 m auf und können aufgrund dessen nicht ordnungsgemäß fallen, sondern stehen nach außen vor, so dass es zu einer falschen Lichteinstrahlung kommt. Die Jalousien sind daher insgesamt nicht funktionsfähig.") sind ausreichend. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. z.B. Baurecht 2003, 693, 694, sog. Symptomrechtsprechung), der auch der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung folgt (vgl. die in NJW 2003, 3568 abgedruckte Senatsentscheidung), genügt ein Auftraggeber seiner Darlegungspflicht, wenn er einen Mangel, aus dem er Rechte herleitet, in seinem objektiven Erscheinungsbild beschreibt. Der Auftraggeber ist nicht genötigt, auf die Mängelursachen im Einzelnen anzugehen. Unzutreffend ist auch die offenbar vom Landgericht vertretene Ansicht, das Vorbringen des Beklagten zu den von ihm behaupteten Mängeln sei unsubstantiiert, da er weder auf einzelne Rechnungspositionen Bezug genommen habe noch einzelne Räume angebe. Weder die Abschlagsrechnung vom 25.04.2003 (Bl. 17 d.A.) noch die Schlussrechnung vom 28.10.2003 (Bl. 21 d.A.) nennen einzelne Positionen. Wären – wie der Beklagte ersichtlich behaupten will – sämtliche Jalousien mangelhaft, würde die Angabe einzelner Räume keinen Sinn machen. 27

Die Auffassung des Klägers, der Vertrag des Beklagten zur Höhe der Kosten der angeblich notwendigen Mangelbeseitigung sei unzureichend, steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Baurecht 97, 133) nicht in Einklang. Nach dieser Rechtsprechung muss ein Auftraggeber, der wegen eines Baumangels die Bezahlung des Werklohns verweigert, zur Höhe der Mangelbeseitigungskosten nicht vortragen. 28

Aufgrund der überzeugenden Ausführungen des erfahrenen Sachverständigen W ist folgendes festzustellen: Von den vom Kläger gelieferten und montierten Jalousien sind lediglich die sog. Z-Jalousien teilweise mangelhaft erstellt worden. Der Mangel liegt auch nicht darin, dass die Jalousien zu lang sind. Wie der Sachverständige dargelegt hat, lässt es sich konstruktiv nicht immer vermeiden, dass die letzte Lamelle einer Jalousie schief hängt bzw. schräg steht. Dies entspreche jedoch – so der Sachverständige – dem Stand der 29

Technik. Ein Anspruch auf Totalverdunklung bestehe nicht.

Als zu behebenden Mangel hat der Sachverständige jedoch den Umstand bezeichnet, dass bei einzelnen Jalousien im Bereich der vorletzten Lamelle eine Hohlschlaufe aufgetreten ist, was dazu führt, dass man zwischen zwei Lamellen hindurchsehen kann. Der Sachverständige hat weiterhin im Einzelnen dargelegt, dass dieser Mangel durch Einstellarbeiten zu beheben ist und dass diese Arbeiten voraussichtlich einen Kostenaufwand in Höhe von ca. 1.000,00 Euro erfordern. Der Senat folgt diesen überzeugenden Ausführungen. Das hat zur Folge, dass der Beklagte einen Betrag in Höhe von 3.000,00 Euro lediglich Zug um Zug gegen Korrektur der Anlageneinbauhöhe der Z-Jalousien (Schleifenbildung) zu zahlen hat. In Höhe der weiteren 3.043,12 Euro Restwerklohnforderung besteht ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten dagegen nicht.

cc) 31

Verzugszinsen auf den Betrag von 3.043,12 Euro kann der Kläger erst seit dem 23.12.2004 verlangen, dem Tag, an dem der Schriftsatz des Beklagten vom 10.12.2004 seinen Prozessbevollmächtigten zugegangen ist (vgl. Bl. 49 d.A.). Wie vorstehend bereits ausgeführt wurde, kann für die vorherige Zeit nicht von einer fälligen Klageforderung ausgegangen werden.

Hinsichtlich der restlichen 3.000,00 Euro scheitern Verzug des Beklagten und Verzugszinsansprüche des Klägers an dem dem Beklagten zustehenden Leistungsverweigerungsrecht.

dd) 34

Anspruch auf Bezahlung vorgerichtlicher Mahnkosten in Höhe von 273,50 Euro, die der Kläger darauf stützt, dass er den Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 23.09.2003 (Bl. 18/18 R d.A.) zur Bezahlung seiner Abschlagsrechnung vom 25.04.2003 über 6.000,00 Euro hat auffordern lassen, hat der Kläger nicht. Aus dem Vorbringen des Klägers ergibt sich nicht, dass zwischen den Parteien Abschlagszahlungen oder die Geltung der VOB/B vereinbart wurden. Der Kläger hat auch die Voraussetzungen für eine sich aus § 632 a BGB ergebende Verpflichtung zur Leistung einer Abschlagszahlung nicht hinreichend konkret vorgetragen. Der Beklagte konnte durch die Nichtzahlung der Abschlagsrechnung damit nicht in Verzug geraten. Ein Anspruch des Klägers auf Erstattung der Anwaltskosten als Verzugsschaden (§ 280 Abs. 2 BGB) scheidet damit aus.

3. 36

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Kosten der Säumnis des Beklagten auf § 344 ZPO und im Übrigen auf den §§ 92 Abs. 1, 93 ZPO analog. Die entsprechende Anwendung des § 93 ZPO ist aus folgenden Gründen gerechtfertigt: Die Klageforderung ist – wie ausgeführt – erst aufgrund des Schriftsatzes des Beklagten vom 10.12.2004 fällig geworden. Schon in jenem Schriftsatz aber hatte der Beklagte den in Höhe nahezu der Hälfte der Klageforderung gerechtfertigten Antrag gestellt, ihn nur Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung zur Zahlung zu verurteilen.

Die Vollstreckbarkeitsentscheidung hat ihre Grundlage in den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

38
