
Datum: 02.08.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 16/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0802.12U16.06.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 1 O 20/05

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der Einzelrichterin der 1. Zivilkammer des Landgerichts Siegen vom 28.12.2005 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

- | | |
|--|---|
| I. | 1 |
| Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2, 313 a Abs. 1. ZPO abgesehen. | 2 |
| II. | 3 |
| Die zulässige Berufung, mit welcher die Klägerin ihren erstinstanzlichen Antrag, gerichtet auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 5.455,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2004, weiterverfolgt, hat in der Sache keinen Erfolg. | 4 |
| | 5 |

1.	6
Für das Schuldverhältnis der Parteien gilt das BGB in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung (Artikel 229 § 5 EGBGB).	7
2.	8
Die auf Zahlung des vereinbarten Werklohns gerichtete Klage hat das Landgericht zu Recht mangels Fälligkeit als zur Zeit nicht begründet zurückgewiesen. Fällig ist die Vergütung gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Abnahme des Werkes, wobei es der Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB gleichsteht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Hier ist das Werk weder abgenommen noch besteht eine Verpflichtung zur Abnahme.	9
a)	10
Eine ausdrückliche Abnahme ist nicht erfolgt. Auch eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme und Nutzung des Werkes über einen längeren Zeitraum liegt nicht vor.	11
Zwar ist hinsichtlich der von der Zeugin L erworbenen Dachgeschosswohnung durch die Wohnungsvermietung ab dem 01.12.2003 eine Ingebrauchnahme erfolgt.	12
Schon vorher hatte die Zeugin L, welche insoweit für den Beklagten tätig geworden war, nach deren vom Landgericht für glaubhaft erachteter Aussage jedoch die fehlerhaften Maße der Fensterbänke sowie den "Grünspan" an der zum Dachgeschoss führenden Außentreppe gerügt. Diese Rüge bezog sich auf die auf den vorgelegten Fotos deutlich erkennbaren Verfärbungen, welche offensichtlich durch das von den Stufen ablaufende Regenwasser verursacht worden sind.	13
Da im Hinblick auf die vorgenannten Rügen von der Klägerin bis zur Ingebrauchnahme nichts weiter veranlasst worden war, sind die Ingebrauchnahme und nachfolgende Nutzung nicht als konkludente Abnahme zu werten. Werden – wie hier – wesentliche Mängel bereits während der Ausführungsphase erkannt und gerügt, so wirkt diese Rüge grundsätzlich über den Zeitpunkt der Ingebrauchnahme hinaus fort und steht der Annahme einer konkludenten Billigung des Werkes als vertragsgerechte Leistung entgegen. Mit der Rüge im Hinblick auf den "Grünspan" wurden auch bereits in ausreichender Weise die Folgen des Fehlens der geschuldeten Wassernasen beanstandet. Im Rahmen eines Mängelbeseitigungs-verlangens bedarf es lediglich der Darlegung der Symptome des Mangels; Ausführungen zu den Ursachen sind entbehrlich.	14
Hinsichtlich der Fensterbänke sind im Übrigen die Mängelrügen in den Schreiben des Beklagten vom 22.10. und 04.11.2004 wiederholt worden. Aus der bloßen Nichterwähnung der Treppe in diesen Schreiben durfte die Klägerin nicht den Schluss ziehen, dass die insoweit bereits anderweitig mündlich erhobenen Mängelrügen nicht weiter verfolgt und die Treppe als vertragsgemäß gebilligt werden sollte.	15
b)	16
Auch eine Abnahmereife als Voraussetzung einer Verpflichtung zur Abnahme ist nicht festzustellen, so dass dahingestellt bleiben kann, ob die nicht vorgetragene Fristsetzung gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB hier entbehrlich war. Eine Verpflichtung zur Abnahme besteht gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nur dann, wenn das Werk vertragsgemäß	17

oder nur mit unwesentlichen Mängeln behaftet ist.

aa)	18
An der zum Dachgeschoss führenden Außentreppe fehlten anfangs unstreitig die vertraglich geschuldeten Wassernasen. Ob durch das nachträgliche Einfräsen von 1 bis 2 mm breiten Rillen dieser Mangel fachgerecht behoben worden ist, kann dahingestellt bleiben. Zu einer ordnungsgemäßen Sanierung gehört jedenfalls auch die Beseitigung der auf das Fehlen der Wassernasen zurückzuführenden Putzschäden. Dass die auf den vorgelegten Fotos erkennbaren Schäden auf das Fehlen der Wassernasen und nicht lediglich auf eine unzulängliche Wartung zurückzuführen sind, ist offensichtlich. Es handelt sich hier um Verfärbungen, wie sie typischerweise durch ablaufendes Wasser entstehen und durch Wassernasen verhindert werden sollen.	19
Die Putzschäden hat die Klägerin nach den Angaben ihres Geschäftsführers im Senatstermin unstreitig nicht beseitigt. Diese sind auch nicht als lediglich unwesentlicher Mangel zu werten. Ob der Putz unterhalb der Treppe – wie vom Beklagten vorgetragen – bereits zu ca. 2/3 abgeblättert ist, kann dabei dahingestellt bleiben. Es geht jedenfalls nicht nur um einfach zu bewerkstellende Reinigungsarbeiten. Dies ergibt sich bereits aus den vom Geschäftsführer der Klägerin im Senatstermin dargelegten Gründen dafür, warum er trotz der im erstinstanzlichen Verhandlungstermin vom 30.11.2005 erklärten Bereitschaft zur sachgerechten Beseitigung von aufgetretenen Beschädigungen des Putzes insoweit nichts unternommen hat. Als Grund hierfür hat er angeführt, er habe die insoweit anfallenden Kosten gescheut.	20
bb)	21
Auch hinsichtlich der Fensterbänke liegen nicht nur unwesentliche Mängel vor.	22
Die auf den vorgelegten Fotos erkennbaren Spalten zwischen den Innenseiten der Fensteröffnungen und den eingebauten Bänken sind an den beiden größten Fenstern der Obergeschosswohnung derart groß, dass ein Ausfüllen mit Acryl ersichtlich als geeignete und ausreichende Sanierungsmaßnahme nicht in Betracht kommt.	23
Eine auf eine derartige Sanierung im Zuge der Malerarbeiten gerichtete Vereinbarung hat es hinsichtlich der Obergeschosswohnung auch nicht gegeben. Soweit die Klägerin eine solche Einigung vorgetragen hat, bezog sich diese ausweislich der Angaben ihres Geschäftsführers im Senatstermin auf Maßungenaugkeiten der Fensterbänke im Dachgeschoss. Insoweit wird der bestehende Zustand vom Beklagten nach dessen Angaben im Senatstermin nach Ausfüllung der kleineren Spalten mit Acryl akzeptiert.	24
Der weitere Einwand der Klägerin, die Maße der Fensterbänke im Obergeschoss seien nicht von ihr selbst ermittelt, sondern vom Architekten des Beklagten vorgegeben worden, ist lediglich im Hinblick auf die Höhe der Mängelbeseitigungskosten relevant, da bei Wahrunterstellung die im Zuge der gebotenen Neuherstellung anfallenden Materialkosten für neue Bänke als Sowiesokosten zu werten sind.	25
Trotz der möglicherweise gegebenen Mitverantwortung des Architekten für die Mangelhaftigkeit ist der Klägerin der Vorwurf zu machen, dass sie die nicht passenden Fensterbänke eingebaut hat, ohne den Beklagten zuvor auf die Maßungenaugkeiten hinzuweisen und diesem die Entscheidung über den Einbau zu überlassen.	26
	27

Entsprechendes gilt hinsichtlich der im Erdgeschoss in unterschiedlichen Höhen eingebauten Fensterbänke. Darauf, dass die ursprüngliche Planung, die neuen Fensterbänke auf den alten aufzusetzen, nicht mehr zu verwirklichen war, hätte bei Wahrunterstellung des Klagevorbringens hierzu hingewiesen werden müssen. Auch insoweit war die Entscheidung über die weitere Vorgehensweise dem Beklagten zu überlassen.

Für den vom Beklagten zu Recht als nicht akzeptabel gewerteten jetzigen Zustand ist die Klägerin daher jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der verletzten Hinweispflicht verantwortlich. Auch diese Mängel, die an den betroffenen Fenstern eine Neuherstellung erforderlich machen, sind nicht unwesentlich im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB. 28

III. 29

Die Nebenentscheidungen folgen aus § 97, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 30

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 31