
Datum: 07.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 105/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0307.25U105.06.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 9 O 267/05

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. August 2006 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Hagen wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe leistet.

G r ü n d e

(gemäß § 540 ZPO):

I.

Die Klägerin hat erstinstanzlich von der Beklagten nach einer Teilklagerücknahme in Höhe von 115,94 € Werklohn für die Durchführung von Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten an drei Bauvorhaben in Höhe von insgesamt 84.542,74 € nebst Zinsen in Höhe von 4

1

2

3

4

Prozentpunkten für den Zeitraum vom 04.02.2005 bis 04.04.2005 sowie 8 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 05.04.2005 aus 3.042,24 € und weiteren Zinsen in Höhe von jeweils 8 Prozentpunkten über den Basiszinssatz aus 8.398,12 € seit dem 22.01.2005 und aus 73.102,38 € seit dem 03.03.2005 verlangt.

Hilfsweise hat sie die Zahlung des Werklohnes für zwei der Bauvorhaben in Höhe von 3.042,24 € und 8.398,12 € Zug um Zug gegen Abnahme der durchgeführten Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten begehrt. 5

Das Landgericht hat der Klage unter Teilabweisung wegen eines Teils der geltend gemachten Zinsen in Höhe von 84.542,74 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über den Basiszinssatz aus 3.042,24 € seit dem 05.04.2005, aus 8.398,12 € seit dem 22.01.2005 und aus 73.102,38 € seit dem 03.03.2005 stattgegeben und zur Begründung im wesentlichen folgendes ausgeführt: 6

Die Klägerin könne unabhängig von einer Abnahme den prüffähig abgerechneten Werklohn in Höhe von 3.042,24 € für die an dem Bauvorhaben X in E erbrachte Leistung beanspruchen, weil die Parteien im Hinblick auf eine Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten in ein Abrechnungsverhältnis eingetreten seien. Die Beklagte sei nicht berechtigt, einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % des Werklohnes einzubehalten, weil sie eine entsprechende Vereinbarung nicht hinreichend substantiiert vorgetragen habe und dürfe auch keinen Skontoabzug vornehmen, weil sie nicht innerhalb der vereinbarten Frist von zehn Tagen Zahlungen geleistet habe. Schließlich sei der Werklohnanspruch auch nicht aufgrund einer Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten erloschen, weil die Beklagte die geltend gemachten Mängel nicht hinreichend substantiiert vorgetragen habe. 7

Die Klägerin könne weiterhin einen Anspruch auf Zahlung von 73.102,38 € für ihre nicht vollendete Werkleistung an dem Bauvorhaben "X1" beanspruchen. Der prüffähig abgerechnete Zahlungsanspruch für die erbrachten sowie die nicht erbrachten Leistungen sei mangels durchgreifender Einwendungen der Beklagten berechtigt. 8

Ein Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der nicht erbrachten Leistungen sei nicht durch eine fristlose Kündigung der Beklagten ausgeschlossen. Die Beklagte habe den Werkvertrag zu Unrecht wegen einer Niederlegung der Arbeiten durch die Klägerin aus wichtigem Grund gekündigt, weil sie der Klägerin vor der Kündigung keine hinreichend lange Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten gesetzt habe, was zur Folge habe, dass die fristlose Kündigung in eine freie Kündigung umzudeuten sei. Aus diesem Grund könne die Beklagte auch nicht mit einem Gegenanspruch auf Erstattung der Kosten für die Fertigstellung der Arbeiten und Ersatz weiterer Schäden aufrechnen. Ein Gegenanspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten wegen mangelhafter Befestigung der Shed-Binder scheitere an dem Fehlen einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung. 9

Von dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Werklohnes für das Bauvorhaben "M" könne die Beklagte keinen Sicherheitseinbehalt vornehmen und auch nicht die Kosten für sanitäre Einrichtung und Baustrom abziehen, weil sie eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien nicht substantiiert vorgetragen habe. Eine Aufrechnung mit dem durch die bereits erklärte Aufrechnung nicht verbrauchten Anteil an den von der Beklagten aufgrund der fristlosen Kündigung des Werkvertrages betreffend das Bauvorhaben "X1" geltend gemachten Gegenansprüchen scheitere aus den bereits genannten Gründen. 10

Wegen der erstinstanzlichen Feststellungen und der Begründung im einzelnen wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.	
Gegen die Verurteilung wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung und verfolgt unter Vertiefung ihres Vorbringens ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin begehrt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages die Zurückweisung der Berufung.	12
Wegen des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	13
II.	14
Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.	15
Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Werklohn in Höhe von 73.102,38 € für das Bauvorhaben "X1" aus § 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.	16
Dass die Klägerin einen Anspruch auf Bezahlung der von ihr bis zur Kündigung erbrachten und der nicht erbrachten Leistungen schlüssig vorgetragen hat und die Abrechnung sowohl dem Leistungsstand im Zeitpunkt der Kündigung entspricht, als auch ersparte Aufwendungen hinreichend berücksichtigt, ist in der Berufungsinstanz nicht mehr im Streit.	17
Die Klägerin kann auch die Bezahlung der nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen, weil die Kündigungserklärung der Beklagten vom 14.12.2004 keine wirksame fristlose Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne des § 8 Nr. 3 VOB/B darstellt, sondern in eine freie Kündigung im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B umzudeuten ist.	18
Es kann dahinstehen, ob – wie von dem Landgericht zugrundegelegt – die Frist zur Kündigung deshalb unwirksam ist, weil die von der Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 13.12.2004 gesetzte Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten von nur einem Tag zu kurzfristig war, was im Hinblick darauf, dass die Baustelle eingerichtet war, zweifelhaft ist.	19
Es fehlt bereits – wie im Senatstermin eingehend erörtert – an einem die fristlose Kündigung rechtfertigenden Grund.	20
Da die Beklagte die fristlose Kündigung nicht auf einen der in § 8 Nr. 3 VOB/B geregelten Kündigungsgründe stützt, sondern auf eine unberechtigte Arbeitseinstellung nach dem Verlangen einer Sicherheit gemäß § 648 a BGB, kann die Kündigung allein aufgrund eines sonstigen wichtigen Grundes gerechtfertigt sein. Dieser ist dann gegeben, wenn es dem vertragstreuen Vertragspartner aufgrund einer den Vertragszweck gefährdenden groben Pflichtverletzung nicht mehr zumutbar ist, den Vertrag fortzusetzen (vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen § 8 VOB/B Rdnr. 12, Werner-Pastor, Der Bauprozess Rdnr. 1321, BGH-BauR 1996, 704 (705)), was u. a. im Falle einer unberechtigten Arbeitseinstellung der Fall ist (vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen § 8 VOB/B Rdnr. 19). Die Klägerin hat hier nicht unberechtigt die Arbeiten an dem Bauvorhaben eingestellt. Eine unberechtigte Arbeitseinstellung folgt hier nicht daraus, dass die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 10.12.2004 eine zu kurze Frist für die Gestellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB gesetzt und darüber hinaus selbst die erst mit Ablauf des 13.12.2004 endende Frist nicht abgewartet, sondern bereits am 13.12.2004 die Arbeiten eingestellt hat.	21

Die Klägerin war nämlich weder gehalten, die von ihr gesetzte Frist, noch eine angemessene Frist abzuwarten, weil die Beklagte – wie im Senatstermin im einzelnen erörtert – bereits mit Telefax vom 12.12.2004 das berechnigte Verlangen der Klägerin nach einer Sicherheitsleistung gemäß § 648 a BGB ernsthaft und endgültig abgelehnt hat und die Klägerin aufgrund dessen nicht erwarten konnte und durfte, dass die Beklagte innerhalb einer angemessenen Frist eine Sicherheitsleistung beibringt.	
Das Sicherheitsverlangen der Klägerin war berechnigt, weil ihr nach § 648 a Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB ein Anspruch auf Gestellung einer Sicherheitsleistung zustand. Dabei kann dahinstehen, ob sich die Parteien zur Vermeidung eines Sicherheitsverlangens auf Abschlagszahlungen entsprechend dem Leistungsstand	23
– wie die Beklagte behauptet – oder entsprechend dem Vortrag der Klägerin auf darüber hinausgehende Abschlagszahlungen zur Vermeidung des Vorfinanzierungsrisikos geeinigt haben, denn die Klägerin war in jedem Fall berechnigt, einseitig von dieser getroffenen Vereinbarung wieder abzurücken. Nach ihrem Vorbringen folgt das daraus, dass die Beklagte, die über § 648 a BGB hinausgehende Vereinbarung – Zahlung statt nur Sicherheitsleistung auch für die noch zu erbringenden Leistungen – nicht eingehalten hat. Nach dem Vortrag der Beklagten ergibt sich das aus § 648 a Abs. 7 BGB, wonach das Recht auf Sicherheitsleistung durch Vereinbarung zwischen den Parteien weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. Die nach dem Vorbringen der Beklagten getroffene Vereinbarung beschränkte das Recht der Klägerin auf Sicherheitsleistung, denn danach konnte sie lediglich Abschlagszahlungen entsprechend den Baufortschritt, die sie ohnehin hätte verlangen können, beanspruchen.	24
Unabhängig davon konnte die Klägerin zweifelsohne einseitig von einem Sicherheitsverlangen Abstand nehmen, war dann aber nicht gehindert, auf dieses wieder zurückzugreifen, wenn die Beklagte sich lediglich bereit zeigte, Abschlagszahlungen nach Baufortschritt zu bezahlen, welcher eine Sicherheitsleistung gerade nicht ersetzen konnte.	25
Das Schreiben der Beklagten vom 12.12.2004 war aus der maßgeblichen objektiven Sicht eines Empfängers als eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Sicherheitsleistung zu verstehen, denn die Beklagte vertrat in diesem Schreiben zu Unrecht die Auffassung, dass das Sicherheitsverlangen der Klägerin generell im Hinblick auf die getroffenen Vereinbarungen unzulässig sei und berief sich lediglich ergänzend auf eine zu kurz bemessene Frist für die Beibringung der Sicherheitsleistung. Dies war aus Sicht eines Empfängers so zu verstehen, dass die Beklagte die Gestellung einer Sicherheit bereits dem Grunde nach ablehnte. Bei dieser Haltung konnte die Klägerin aber nicht damit rechnen, dass die Beklagte innerhalb einer angemessenen Frist die Sicherheit beibrachte.	26
Selbst wenn man noch davon ausginge, dass die Klägerin mit der Arbeitseinstellung eine schwere Vertragsverletzung begangen hätte, würde eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund jedenfalls aber daran scheitern, dass sich die Beklagte wegen der unberechnigten Verweigerung der Sicherheitsleistung selbst vertragsuntreu verhalten hat.	27
Die unwirksame fristlose Kündigung hat das Landgericht – was die Beklagte mit der Berufung auch nicht beanstandet, zu Recht in eine freie Kündigung im Sinne des § 8 Nr. 1 VOB/B umgedeutet, weil die Beklagte in jedem Fall den Willen hatte, sich von dem Vertragsverhältnis mit der Klägerin zu lösen.	28
Der Werklohnanspruch der Klägerin ist nicht aufgrund einer Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch auf Erstattung einer an die Firma C gezahlten Vergütung in Höhe von	29

72.901,47 € und auf Erstattung von Kosten für die Trocknung des Bauvorhabens über 10.577,03 € gemäß § 389 BGB erloschen. Der Beklagten steht insoweit nämlich kein Anspruch aus § 8 Nr. 3 VOB/B zu, weil sie aus den oben genannten Gründen den Werkvertrag mit der Klägerin nicht wirksam fristlos gekündigt hat.

Soweit das Landgericht darüber hinaus der Beklagten eine Aufrechnung mit einem Anspruch auf Erstattung etwaiger Mängelbeseitigungskosten wegen der fehlerhaften Befestigung von Shed-Bindern versagt hat, greift die Beklagte das Urteil nicht an. Abgesehen davon ist bereits nicht ersichtlich, inwieweit etwaige darauf entfallende Mängelbeseitigungskosten Eingang in die von der Beklagten geltend gemachten Aufwendungen gefunden haben. 30

Soweit die Beklagte erstinstanzlich weiterhin auf eine Minderung in Höhe von 3.480,00 € wegen eines Feuchtigkeitsschadens gestützt hat, fehlt es einerseits an einer Haftung der Klägerin dem Grunde nach, weil die Beklagte den Feuchtigkeitsschaden aus einer unberechtigten Arbeitseinstellung der Kläger abgeleitet hat, die aus den oben genannten Gründen gerade nicht festgestellt werden kann und andererseits nicht ansatzweise nicht dargetan ist, dass ein nicht zu beseitigender Schaden im Sinne des § 13 Nr. 6 VOB/B eingetreten ist. 31

Die Klägerin hat weiterhin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung eines Werklohnes in Höhe von 3.042,24 € aus § 631 Abs. 1 BGB. Der in der Berufungsinstanz hinsichtlich Entstehung und Fälligkeit nicht mehr im Streit stehende Werklohnanspruch der Klägerin ist nicht durch Aufrechnung seitens der Beklagten mit einem Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt 1.945,03 € nach § 389 BGB erloschen. 32

Es kann dahinstehen, dass die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten aus §§ 4 Nr. 7 Satz 3, 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B oder § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B ableiten, oder einen Schadenersatzanspruch aus § 4 Nr. 7 Abs. 3 oder § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B ableiten kann. 33

Die Beklagte hat nämlich – wie im Senatstermin mit den Parteien im einzelnen erörtert – nicht plausibel dargelegt, dass die von ihr geltend gemachten Kosten für die Beauftragung der Firma C in Höhe von 1.070,15 € und 874,88 € die Beseitigung der in dem Privatgutachten K vom 07.12.2004 sowie dem Ergänzungsgutachten vom 18.01.2005 unter Ziffer 2 und 3 bezeichneten Mängelpunkte betreffen. Der unter Ziffer 3 des Ursprungsgutachtens vom 07.12.2004 bezeichnete Mangel war bereits ausweislich des Ergänzungsgutachtens vom 18.01.2005 erledigt, denn in dem Ergänzungsgutachten ist davon die Rede, dass die ursprünglich beanstandete Flickstelle mit einer neuen Abdichtungslage überdeckt wurde, ohne dass festgestellt wird, ob und inwieweit dies fehlerhaft gewesen sein soll. 34

Der unter Ziffer 2) des Privatgutachtens K bezeichnete Mangel ist von der Klägerin nach ihrem Schreiben vom 08.03.2005 ebenfalls beseitigt worden. Die Parteien stritten zu diesem Zeitpunkt ersichtlich nur noch darum, ob die Klägerin die unter Ziffer 2 und 3 **ihres Schreiben vom 08.03.2005** erfassten Beanstandungen, die den unter Ziffer 15, 9, 13 und 16 des Gutachtens K bezeichneten Mängelpunkten entsprachen, nur gegen eine zusätzliche Vergütung erbringen musste. Dies folgt bereits daraus, dass die Beklagte der Feststellung der Klägerin zur Abarbeitung des Mangels Nr. 2 des Gutachtens K in Ziffer 1 des Schreibens vom 08.03.2005 nicht substantiiert entgegentritt, sondern nur beanstandet, dass die Klägerin nur gegen Zahlung einer zusätzlichen Vergütung tätig werden wollte. Dies betrifft aber nur die in Ziffer 2 und 3 der im Schreiben vom 08.03.2005 genannten Punkte, d. h. die in Ziffer 15, 9, 13 und 16 des Gutachtens K bezeichneten Beanstandungen. Die Kosten für die Beseitigung dieser Beanstandungen kann die Beklagte aber deshalb nicht der Klägerin verlangen, weil es 35

sich insoweit um Sowiesokosten handelt. Die Beklagte hätte nämlich auch der Klägerin die Kosten für die Durchführung der Arbeiten bezahlen müssen, weil sie nicht von dem vertraglich vereinbarten Werklohn umfasst waren. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag fußt auf zwei nach Einheitspreisen erstellten Angeboten der Klägerin, welche die von ihr geschuldeten Arbeiten im einzelnen bezeichnen und die – jedenfalls soweit vorgelegt – die nunmehr der Firma C in Auftrag gegebenen Leistungen nicht umfassen.	
Die Klägerin hat schließlich gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung eines Werklohnes in Höhe von 8.398,12 € für das Bauvorhaben "M" aus § 631 BGB.	36
Das Landgericht hat der Beklagten zu Recht einen Abzug der Kosten für sanitäre Einrichtung und Baustrom sowie einen Sicherheitseinbehalt versagt. Ein Sicherheitseinbehalt ist nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten, die geltend macht, dass insoweit die gleichen Abreden wie für das Bauvorhaben "X" getroffen worden seien, nicht wirksam vereinbart worden. Für das Bauvorhaben "X" hat das Landgericht nämlich - zutreffend und von der Beklagten insoweit auch nicht beanstandet - festgestellt, dass das insoweit maßgebliche Verhandlungsprotokoll in bezug auf die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung widersprüchlich ist, weil es einerseits heißt, dass eine Sicherheitsleistung entfalle und andererseits ausgeführt wird, dass der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche 5 % betrage.	37
In bezug auf die übrigen Abzüge hat das Landgericht das erstinstanzliche Vorbringen der Beklagten zu einer Vereinbarung entsprechend den Abreden zu dem Bauvorhaben "X" zu Recht als unsubstantiiert bewertet, weil es an jeder Darlegung fehlt, wo und unter welchen Umständen sowie zwischen welchen Personen die maßgebliche Vereinbarung getroffen wurde.	38
Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang einen Verfahrensfehler des Landgerichts durch Unterlassung eines gebotenen rechtlichen Hinweises nach § 139 ZPO geltend macht, ist dieser jedenfalls nicht kausal für ein Versagen rechtlichen Gehörs geworden, denn dem Vorbringen der Beklagten ist nicht ansatzweise zu entnehmen, an welchem weitergehenden Vortrag sie durch das Unterbleiben rechtlichen Hinweises gehindert worden ist.	39
Selbst wenn man das Vorbringen der Beklagten als hinreichend substantiiert ansehen wollte, würde dies nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Es fehlt dann nämlich an einem Beweisantritt für das von der Klägerin bestrittene Vorbringen.	40
Die Werklohnansprüche für das Bauvorhaben "M" und "X" sind nicht aufgrund einer Aufrechnung der Beklagten mit den nicht durch die Aufrechnung gegen den Werklohnanspruch betreffend das Bauvorhaben "X1" nicht verbrauchten Gegenansprüchen der Beklagten aus § 8 Nr. VOB/B nach § 389 BGB erloschen, denn aus den oben genannten Gründen stehen der Beklagten insoweit keine Gegenansprüche zu.	41
Die Zinsansprüche der Klägerin folgen aus § 288 Abs. 2 BGB.	42
Die prozessualen Nebenentscheidungen sind §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO zu entnehmen.	43
Der Senat hat die Revision nicht nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugelassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung	44

gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

