
Datum:	22.01.2008
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	19. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	19 U 152/06
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2008:0122.19U152.06.00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 27. Oktober 2006 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert.

Das am 17. September 2004 gegen die Gemeinschuldnerin verkündete Versäumnisurteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird in der Maßgabe aufrechterhalten, dass die Forderung der Klägerin in Höhe von 11.814,60 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.11.2003 zur Insolvenztabelle festgestellt wird.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die weiteren Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

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

Gründe:

I.	2
Gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt.	3
Mit der Berufung wendet sich die Klägerin dagegen, dass dem Beklagten eine Schadenersatzforderung nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zugestanden wurde. Tatsächlich steht dem Beklagten kein Anspruch zu.	4
Zum einen habe das Landgericht dem Umstand, dass die von der Stadt T geltend gemachten Ansprüche sich ausschließlich auf die Reparatur der Trockenwetterrinne aufgrund der gelösten GFK-Schalungen bezogen, nicht zutreffend Rechnung getragen. Bei richtiger Berücksichtigung dieser Tatsache hätte das Landgericht keinen Mangelfolgeschaden annehmen dürfen. Entsprechend hätte es nicht die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung anwenden dürfen. Nur weil das Landgericht von einer falschen Anspruchsgrundlage ausgegangen sei, sei es zu dem Schluss gekommen, die geltend gemachte Forderung sei nicht verjährt.	5
Die Anwendung der Grundsätze der positiven Vertragsverletzung rechtfertige sich auch nicht damit, dass die Fa. K nicht Eigentümern des Gesamtwerkes und ihr daher ein Vermögensschaden entstanden sei. Der Anspruch der Fa. K GmbH sei - bis zu dessen Verjährung - auf Mangelbeseitigung bzw. auf Herstellung einer ordnungsgemäßen Rinne gerichtet gewesen. Eben ein solcher gleichlautender Anspruch habe auch in dem Rechtsverhältnis zwischen den Abwasserwerken der Stadt T und der Fa. K GmbH bestanden. Ein weiterer Schaden als an den gelieferten Betonbauteilen selbst sei nie entstanden.	6
Zudem liege keine wirksame Abtretung vor.	7
Die Abtretung vom 05.04.2004 sei ins Leere gegangen, da zu dieser Zeit ausschließlich Freistellungsansprüche, aber keine Zahlungsansprüche der Fa. K GmbH bestanden hätten. Hierauf habe das Landgericht in dem Beschluss vom 18.03.2005 auch zutreffend hingewiesen.	8
Zu der Zeit sei die Gemeinschuldnerin zudem an der Geltendmachung gehindert gewesen, da dieser Anspruch von der Globalabtretung an die Volksbank C umfasst gewesen sei.	9
Die Abtretung vom 11.05.2005 sei gemäß § 181 BGB unwirksam, da der Beklagte auf Seiten beider Vertragsparteien als jeweils bestellter Insolvenzverwalter gehandelt habe.	10
Die Klägerin beantragt,	11
das Urteil des Landgerichts Arnberg abzuändern und das am 17. September 2004 gegen die Gemeinschuldnerin verkündete Versäumnisurteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnberg mit der Maßgabe aufrecht zu erhalten, dass die Forderung der Klägerin in Höhe 11.814,60 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.11.2003 zur Insolvenztabelle festgestellt wird, und die Widerklage abzuweisen.	
Der Beklagte beantragt,	13
die Berufung zurückzuweisen.	14

Er verteidigt das angegriffene Urteil.	15
Der Anspruch sei unabhängig davon, ob man einen Schadenersatzanspruch aus Gewährleistungsrecht. bejahe, auf den § 638 BGB a.F. Anwendung finde, oder ob man einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung bejahe, nicht verjährt. Jedes der von der Klägerin gelieferten Stahlbeton-Rahmenprofile sei als Bauwerk einzustufen, so dass auch im Rahmen des § 638 BGB eine 5-jährige Gewährleistungsfrist gelte.	16
Entgegen der Ansicht der Klägerin seien die Abtretungen wirksam.	17
Der Vortrag der Klägerin zu der Abtretung vom 11.05.2005 sei verspätet; zudem sei die vorgetragene Rechtsauffassung nicht haltbar. Er habe nicht als Vertreter, sondern als Partei kraft Amtes gehandelt, so dass das Verbot des § 181 BGB für ihn nicht gelte. Dies folge schon daraus, dass es keinen Vertretenen gebe, der das Handeln des Insolvenzverwalters genehmigen könnte.	18
Rein vorsorglich seien jedoch beide von ihm abgegebenen Willenserklärungen mittlerweile durch eigens zu diesem Zweck bestellte Sonderinsolvenzverwalter genehmigt worden. Entsprechend sei die Abtretungsvereinbarung vom 11.05.2005 ex tunc als wirksam anzusehen.	19
II.	20
Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.	21
Das Bestehen der unstreitig entstandenen Kaufpreisforderung der Klägerin in Höhe von 11.814,60 € gemäß § 433 Abs. 2 BGB war gemäß § 182 InsO zur Insolvenztabelle festzustellen, da diese Forderung nicht durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen ist.	22
Es fehlt an einer Aufrechnungslage. Der Gemeinschuldnerin steht die geltend gemachte Forderung gegen die Klägerin nicht zu, auch nicht aus abgetretenem Recht.	23
Eine wirksame Abtretung der Fa. K GmbH an die Gemeinschuldnerin scheiterte bereits daran, dass der Fa. K ihrerseits ein Schadenersatzanspruch gegen die Klägerin nicht zusteht.	24
Da der Vertrag, aus dem die Ansprüche der Fa. K hergeleitet werden, aus dem Jahr 2001 datiert, findet gemäß Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung	25
Ein Anspruch folgt nicht aus § 635 BGB a.F. Die Voraussetzungen dieser Norm sind nicht erfüllt. Es fehlt an der erforderlichen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung.	26
§ 635 BGB a.F. ist die zutreffende Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schadenersatzanspruch. Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung kommen entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht in Betracht.	27
Bei dem zwischen der Klägerin und der Fa. K GmbH geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen mit der Folge, dass § 651 BGB a.F. auf die Gewährleistungsregelungen des Werkvertrags und damit auch auf § 635 BGB a.F. verweist. Die Feststellung des Landgerichts, dass es sich bei den nach den Bestellerwünschen hergestellten und angepassten Stahlbetonrahmen, die die Klägerin an die Fa. K GmbH geliefert hat, um nicht vertretbare Sachen handelt, wurde in der	28

Berufungsinstanz nicht mehr angegriffen. Anhaltspunkte i.S.d. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, die Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung begründen und dem Senat Veranlassung zu einer erneuten Feststellung geben, sind nicht ersichtlich.

Auch liegt ein Mangel der gelieferten Rahmen i.S.d. § 633 Abs. 1 BGB a.F. vor.

29

Nach dieser Norm ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Ausweislich der Auftragsbestätigung war die Klägerin verpflichtet die Rahmenteile mit einer sogenannten Trockenwetterrinne aus Kunststoff (GFK) zu versehen. Dies hat die Klägerin auch getan. Allerdings haben sich diese Kunststoffteile auf einer Länge von 128 Metern vom Untergrund gelöst und wurden auch weiter freigespült. Einzelne Schalenteile wurden abgerissen und haben sich als Durchlaufhindernis aufgekantet. Damit war die bestellte Trockenwetterrinne an den gelieferten Stahlbetonrahmen defekt mit der Folge, dass die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch vermindert war.

30

Zur Beseitigung dieses Fehlers ist bzw. war es nach dem unstreitigen Parteivortrag erforderlich, die Trockenwetterrinne auf der gesamten Länge des Kanals auszubauen und zu erneuern.

31

Bei dem vorbezeichneten Mangel handelt es sich nicht um einen Mangelfolgeschaden, sondern um einen Fehler der von der Klägerin gelieferten Sachen selbst.

32

Die defekte und zu erneuernde Trockenwetterrinne war Bestandteil der bei der Klägerin bestellten Rahmenteile. Es war die Pflicht der Klägerin, die Stahlbetonrahmen einschließlich der Trockenwetterrinne zu erstellen und zwar so, dass sich die Einzelteile der Rinne nicht lösen und so die Rinne an den Stahlbetonrahmen erhalten bleibt.

33

Um einen Mangelfolgeschaden handelt es sich nicht deshalb, weil die Fa. K ihrerseits aus den gelieferten Teilen ein Gewerk für einen Drillen, die Stadt T, erstellt hat und ihrerseits Gewährleistungsansprüchen der Stadt T ausgesetzt war. Dies mag bei Fällen in Betracht kommen, in denen der Dritte gegenüber dem von ihm beauftragten Unternehmer keine Nachbesserung geltend macht, sondern einen Zahlungsanspruch fordert.

34

Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Die Stadt T hat von der Fa. K keine Zahlung, sondern die Beseitigung des Mangels in der Form verlangt, dass die Trockenwetterrinne vertragsgemäß hergestellt wird. Genau diese Nachbesserungsarbeiten wurden auch letztlich auf Kosten der Fa. K durchgeführt. Allein die hierdurch entstandenen Kosten~ werden in dem vorliegenden Rechtsstreit geltend gemacht, nicht aber etwaige an die Stadt T erbrachte Zahlungen. Das Nachbesserungsrecht der Klägerin aus ihrem Vertrag mit der Fa. K GmbH und die Gewährleistungspflicht der Fa. K GmbH gegenüber der Stadt T waren damit inhaltlich identisch. Die Fa. K hätte ihre Gewährleistungspflicht gegenüber der Stadt T erfüllen können (und müssen), indem sie die Klägerin die von ihr geschuldeten Nachbesserungsarbeiten hätte durchführen lassen.

35

Für einen Anspruch auf Schadenersatz wegen eines Mangels am Gewerk aber setzt § 635 BGB a.F i.V.m. § 634 BGB a.F. voraus, dass der Besteller dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist setzt und erklärt, dass er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehnen werde. Weder die Fa. K GmbH selbst noch der Beklagte als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fa. K GmbH haben jedoch die Klägerin zu

36

irgendeinem Zeitpunkt aufgefordert, den Mangel zu beseitigen. Im Gegenteil hat der Beklagte als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fa. K GmbH das Angebot der Haftpflichtversicherung der Klägerin, der Q Versicherung, den Mangel für die Klägerin auf der Basis eines eingeholten Sachverständigengutachtens zu beseitigen, ausdrücklich abgelehnt und die Rechtsansicht vertreten, der Klägerin stehe kein eigenes Nachbesserungsrecht zu. Die Nachbesserung war im Zeitpunkt des konkreten Angebots der Q Versicherung auch noch möglich. Die Unmöglichkeit der Nachbesserung ist erst dadurch eingetreten, dass die Fa. K GmbH bzw. der Beklagte ein anderes Unternehmen mit den Arbeiten beauftragt hat.

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung war auch nicht entbehrlich i.S.d. § 634 Abs. 2 BGB a.F. 37

Insbesondere liegt keine Weigerung der Klägerin vor, eine Nachbesserung durchzuführen. Hierzu wurde sie — wie soeben ausgeführt — zu keinem Zeitpunkt aufgefordert. 38

Eine Weigerung in Bezug auf den Nachbesserungsanspruch ist nicht darin zu sehen, dass sich die Klägerin mit Schriftsatz vom 15.04.2004 und außergerichtlichem Schreiben vom 16.04.2004 auf die Einrede der Verjährung berufen hat. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich die Fa. K bzw. der Beklagte bereits auf den Standpunkt gestellt, es bestehe ein Zahlungsanspruch. Ein solcher war sogar bereits in den vorliegenden Rechtsstreit eingeführt worden, da seitens der Gemeinschuldnerin schon mit Schriftsatz vom 31.03.2004 die Aufrechnung erklärt worden war. Das Berufen auf den Ablauf der Verjährungsfrist kann entsprechend allenfalls eine Verweigerung darstellen, die geltend gemachten Zahlungsansprüche zu erfüllen, welche mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 635 BGB a.F. nicht begründet waren. 39

Andere Gründe, aufgrund derer die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich gewesen sein könnte, sind nicht ersichtlich. 40

Der Fa. K GmbH stand insbesondere nicht das Recht zu, die Durchführung der geschuldeten Maßnahmen von 'der Vorlage eines Sanierungskonzeptes abhängig zu machen. 41

Es mag in Betracht kommen, dass ein Besteller die Annahme einer Nachbesserungsleistung verweigern darf, wenn die geplante Maßnahme offensichtlich ungeeignet ist oder dem Besteller objektive Gründe zur Seite stehen, die rechtfertigen, dass er kein Vertrauen mehr in die Arbeiten des Unternehmers hat. 42

Hierzu ist aber von dem Beklagten nichts Relevantes vorgetragen. Soweit der Beklagte die Ansicht vertreten hat, das konkrete Angebot der Fa. "B2 GbR", welches ihm damals inhaltlich noch nicht bekannt war; sei unvollständig, und zudem nur auf Basis einer telefonischen Anfrage erstellt worden, ist dies nicht ausreichend. Dieses Angebot eines Fachunternehmens wurde von der Haftpflichtversicherung der Klägerin eingeholt, nachdem diese zuvor wegen des Umfangs des Mangels und der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten ein Sachverständigengutachten hatte erstellen. Sie hatte damit - namens der Klägerin als ihrer Versicherungsnehmerin - offensichtlich die Absicht, die erforderlichen Maßnahmen fachgerecht ausführen zu lassen. Die Frage, ob das Angebot seriös kalkuliert war und alle erforderlichen Arbeiten umfasst hat, ist allein eine Frage, die das Vertragsverhältnis zwischen der Qversicherung und der Fa. "B2 GbR" betrifft. Soweit sich während der Durchführung der Arbeiten herausgestellt hätte, dass weitere Arbeiten erforderlich sind, hätten diese beiden Parteien sich eben mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob dies zusätzliche Kosten 43

verursacht oder ob diese Maßnahmen von dem Angebot gedeckt sind.

Der geltend gemachte Gegenanspruch folgt auch nicht aus einer Haftung der Klägerin nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung. 44

Da es sich um einen Schadenersatzanspruch wegen eines Mangels am Werk der Klägerin handelt, stellen die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts das speziellere Recht dar mit der Folge, dass die Regelungen zu einer Haftung nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung keine Anwendung finden. 45

Da dem Beklagten bzw. der Gemeinschuldnerin die Gegenforderung nicht zusteht, war auch die Widerklage abzuweisen. 46

III. 47

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 48

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gem. § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 49