
Datum: 11.11.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 49/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1111.12U49.09.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 329/06
Schlagworte: Abhilfepflicht, Entbehrlichkeit einer Fristsetzung
Normen: §§ 631 Abs. 1 BGB, 5 Nr. 3, 13 Nr. 5 VOB/B

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25.09.2008 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen – abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 2.383,58 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.10.2006 zu zahlen. Die weitergehende Widerklage wird abgewiesen.

Die Kosten erster Instanz tragen die Klägerin zu 39% und der Beklagte zu 61%, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 74% und der Beklagte zu 26%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:	1
(gem. § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO)	2
A.	3
Die Klägerin macht nach Kündigung des ihr von dem Beklagten erteilten Werkauftrags betreffend die Dachsanierung der Fachhochschule T in J Werklohnansprüche für erbrachte Leistungen geltend. Der Beklagte rechnet mit Schadensersatzansprüchen auf und begehrt Zahlung des überschießenden Betrages im Wege der Widerklage.	4
Der Beklagte erteilte der Klägerin unter dem 04.08.2004 den Auftrag zur Dachsanierung der vorgenannten Fachhochschule unter Vereinbarung der VOB. Danach sollte die Klägerin nach Abriss des alten Daches ein Falzzinkdach nebst Werkplänen auf dem Gebäude erstellen.	5
Im Zuge der Abwicklung des Auftrages kam es aus Sicht des Beklagten zu Bauverzögerungen seitens der Klägerin und in diesem Zusammenhang zu einem umfangreichen Schriftverkehr und mündlichen Vereinbarungen.	6
Unter anderem vereinbarten die Parteien bei einem Telefonat am 03.11.2004 die Fortsetzung der Arbeiten durch die Klägerin ab dem 08.11.2004 und die Vorlage der von ihr zu erstellenden Werkpläne für die 46. Kalenderwoche. Da die Klägerin zu dem vereinbarten Termin die Arbeiten nicht aufnahm, mahnte der Beklagte dies unter dem 10.11.2004 unter Fristsetzung bis zum 15.11.2004 und Androhung der Kündigung an. Zugleich verlangte er die Vorlage der Werkpläne bis zum 12.11.2004.	7
Die Klägerin antwortete unter dem 11.11.2004 mit der Forderung nach weiteren Detailunterlagen, was der Beklagte noch am gleichen Tage zurückwies.	8
Ob die Klägerin am 15.11. die Arbeiten wieder aufnahm, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 16.11.2004 forderte der Beklagte unter Kündigungsandrohung und Fristsetzung bis zum 18.11.2004 von der Klägerin einen höheren Personaleinsatz und die Vorlage der Werkpläne.	9
Die Werkplanung übersandte die Klägerin unter dem 18.11.2004 per Mail an den Beklagten. Zur Aufstockung der Mitarbeiter seitens der Klägerin kam es dagegen nicht, da, nachdem es in der Nacht vom 17. auf den 18.11.2004 zu einem erheblichen Wassereintrich in das Gebäude gekommen war, wodurch Parkett zerstört worden ist, der Beklagte mit Schreiben vom 19.11.2004 den Auftrag unter Vorbehalt von Schadensersatzforderungen kündigte. Dabei nahm er insbesondere Bezug auf die im Schreiben vom 16.11.2004 gesetzte Frist.	10
Hinsichtlich der Feststellungen zur Schadensursache und zum Schadensumfang beauftragte der Beklagte den Sachverständigen F.	11
Unter dem 29.11.2004 nahmen die Parteien ein gemeinsames Aufmaß auf. Im Anschluss daran stellte ein Drittunternehmen die Arbeiten fertig.	12

Die von ihr erbrachten Leistungen rechnete die Klägerin unter dem 27.02.2005 mit einem Betrag i.H.v. 18.885,39 € ab, der nebst Zinsen die Klageforderung darstellt.

Die Klägerin hat behauptet, etwaige Verzögerungen in der Auftragsdurchführung seien bauseits zu verantworten. Zudem hätten aufgrund des schlechten Wetters Arbeiten nicht ausgeführt werden können. 14

Die Notabdichtung durch die sog. Dampfsperre habe den Regeln der Technik entsprochen, etwaige Schäden seien nicht durch sie, sondern durch ein Planungsverschulden des Beklagten verursacht. 15

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, aufgrund der gesamten Vorkommnisse zur außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen zu sein. Aufgrund dessen stünden ihm Schadensersatzansprüche i.H.v. 32.322,43 € gegen die Klägerin zu, die er im Wege der Hilfsaufrechnung und Widerklage nebst Zinsen geltend macht. 16

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage aufgrund der erklärten Hilfsaufrechnung abgewiesen und auf die Widerklage hin dem Beklagten einen Zahlbetrag i.H.v. 9.869,91 € nebst Zinsen zugesprochen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagte habe wegen Verzögerung der Bauausführung und aus sonstigen wichtigen Gründen den Auftrag berechtigter Weise gekündigt, zumal es bereits früher, nämlich am 20.10.2004, zu einem Wassereintritt unstreitig gekommen sei. Aufgrund mangelhafter Dachabdichtung stünden dem Beklagten Schadensersatzansprüche in einer Höhe von 28.755,30 € gegen die Klägerin zu, so dass die der Höhe nach berechnete Werklohnforderung der Klägerin durch die Aufrechnung erloschen und der überschüssige Betrag - ohne Regiekosten und unter Berücksichtigung eines Abzugs "neu für alt" - im Rahmen der Widerklage zuzusprechen gewesen sei. 17

Gegen das am 03.11.2008 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 24.11.2008 Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung am 19.01.2009 begründet. 18

Sie ist der Ansicht, ein wichtiger Grund zur Kündigung habe nicht bestanden. 19

Zum einen rechtfertige eine mangelhafte Abdichtung keine außerordentliche Kündigung, da sie immer bereit gewesen sei, etwaige Mängel zu beheben. Zum anderen behauptet sie, die Abdichtungsarbeiten am 16. und 17.11.2004 ordnungsgemäß vorgenommen zu haben. Das Landgericht habe insoweit eine falsche Beweiswürdigung vorgenommen und ihre Beweisanträge übergangen. Entsprechendes gelte für den angeblichen Wassereintritt am 20.10.2004, weil das Landgericht einseitig dem Vortrag des Beklagten gefolgt sei. 20

Zudem fehle es an der notwendigen Abmahnung und einer schweren Pflichtverletzung von ihrer Seite. Aufgrund der angezeigten Behinderungen, insbesondere aufgrund des Wetters am 18. und 19.11.2004, sei eine Weiterarbeit hinsichtlich der Abdichtung nicht mehr möglich gewesen. 21

Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, eine Kündigung wegen Verzögerung der Bauausführung komme mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht in Betracht. So seien Ausführungsfristen nicht vereinbart und die Baustelle von ihr ausreichend besetzt worden. 22

Sie beantragt, 23

abändernd den Beklagten zu verurteilen, an sie 18.885,39 € zu zahlen, zzgl. 8%-Punkte über dem jeweiligen Basiszinssatz hierauf seit dem 01.04.2004. 24

Die Widerklage wird abgewiesen.	25
Der Beklagte beantragt,	26
die Berufung zurückzuweisen.	27
Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vortrages. Die Kündigung des Bauvertrages sei wegen Verzuges der Klägerin und aus wichtigem Grund zulässigerweise von ihm erklärt worden.	28
Der Senat hat die Parteien angehört, wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattevermerk vom 21.10.2009 Bezug genommen	29
B.	30
Die zulässige Berufung hat in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfange Erfolg.	31
Die Klageforderung ist durch die vom Beklagten in der Berufungsinstanz unbedingt erklärte Aufrechnung untergegangen, auf die Widerklage hin ist die Klägerin aber nur zur Zahlung von 2.383,58 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.10.2006 verpflichtet.	32
I.	33
Da die vertragliche Beziehung der Parteien nach dem 01.01.2002 begründet worden ist, findet vorliegend neues Recht Anwendung, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	34
Ausweislich des EVM (B) Ang ist die Geltung der VOB Stand 2002 vereinbart.	35
II. Zur Klage	36
Der Klägerin stand unstreitig ein Anspruch auf Werklohn für die von ihr erbrachten Arbeiten in Höhe der Klageforderung von 18.885,39 € gegen den Beklagten gem. § 631 Abs. 1 BGB zu.	37
Durch die vom Beklagten erstinstanzlich hilfsweise und in der Berufungsinstanz unbedingt erklärten Aufrechnung ist die Klageforderung erloschen.	38
Dem Beklagten stehen aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin zu, wie das Landgericht überwiegend zutreffend ausgeführt hat, die die Klageforderung summenmäßig übersteigen.	39
1.	40
Dem Beklagten stehen die vom Landgericht zuerkannten Ansprüche auf Mehrkostenerstattung i.H.v. 8.917,18 € netto und Schadensersatz für Mangelfolgeschäden i.H.v. insgesamt 8.058,64 € netto gegen die Klägerin zu. Die geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten kann er dagegen nicht ersetzt verlangen.	41
a)	42
Dem Beklagte steht gegenüber der Klägerin ein Mehrkostenanspruch i.H.v 8.917,18 € netto, entsprechend 10.343,93 € brutto, für die Kosten des Drittunternehmers, der den noch nicht vollendeten Teil der klägerischen Leistungen erbracht hat, gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B zu, da der Klägerin der Auftrag berechtigter Weise entzogen worden ist. Dem Beklagten	43

stand aufgrund des fruchtlosen Ablaufs der gem. § 5 Nr. 4, 3. Fall i.V.m. Nr. 3 VOB/B der Klägerin gesetzten Frist ein Grund zur Kündigung des Werkvertrages zu.

aa) 44

Nach dieser Norm erfüllt der Auftragnehmer seine Abhilfepflicht nicht, wenn der Auftraggeber zu Recht gem. § 5 Nr. 3 VOB/B Abhilfe verlangt und er, der Auftragnehmer, dem nicht in zumutbarer Zeit oder innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist nachkommt (Jansen-Preusser, BeckOK VOB/B, Stand 01.06.2008. § 5 Nr. 4 Rz. 27). 45

Zwar bezieht sich § 5 Nr. 3 VOB/B seinem Wortlaut nach auf die Fälle, in denen verbindliche Ausführungsfristen gemäß § 5 Nr. 1 VOB/B vereinbart worden sind. Wenn, wie hier, keine verbindlichen Fristen vereinbart worden sind, findet die Regelung aber entsprechende Anwendung (Ingenstau/Korbion/Döring, VOB, 16. Aufl. 2007, B § 5 Nr. 1-3 Rn 22). § 5 Nr. 3 VOB/B trägt nämlich dem aus den §§ 271, 242 BGB folgenden allgemeinen Grundsatz Rechnung, dass der Auftragnehmer ohne weiteres die Leistung nach Beginn mit dem jeweils gebotenen vollen Einsatz unverzüglich durchzuführen und zu beenden hat, (BGH NJW-RR 2001, 806), weshalb es im Ergebnis für die Geltung des § 5 Nr. 3 VOB/B ohne Belang ist, ob eine Vertragsfrist i.S.d § 5 Nr. 1 VOB/B vereinbart worden ist oder nicht (Jansen-Preusser, a.a.O., Rz. 4). 46

Ein berechtigtes Abhilfeverlangen nach § 5 Nr. 3 VOB/B setzt die unzureichende Ausstattung der Baustelle mit Arbeitskräften, Geräten, Gerüsten, Stoffen und Bauteilen in einer mit dem vorgenannten Gebot einer zügigen Durchführung der geschuldeten Bauarbeiten nicht vereinbaren Weise voraus. 47

bb) 48

Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. 49

Die Parteien hatten unstreitig im Telefonat vom 03.11.2004 die Fortsetzung der Arbeiten am 08.11.2004 und die Vorlage der Werkpläne bzgl. des Falzzinkdachs für den 12.11.2004 vereinbart. Diese Fristen hat die Klägerin unstreitig nicht eingehalten. 50

Hinsichtlich der Fortsetzung der Arbeiten hat sie auch keine Behinderungsanzeigen wegen schlechten Wetters vorgelegt. 51

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, es hätten Detailunterlagen zu diesem Zeitpunkt gefehlt. Denn der Beklagte hat dieses Ansinnen zurückgewiesen und die Klägerin hat dennoch die Pläne am 18.11.2004 vorgelegt. Zudem hat die Klägerin im Senatstermin eingeräumt, dass die Werkpläne keine Voraussetzung für die Arbeitsaufnahme waren. 52

Der Beklagte hat der Klägerin mit Schreiben vom 10.11.2004 auch für die Wiederaufnahme eine angemessene Nachfrist bis zum 15.11.2004 und für die Vorlage der Werkpläne bis zum 12.11.2004 gesetzt und bei fruchtlosem Fristablauf die Kündigung angedroht. 53

Ob hinsichtlich der Vorlage der Werkpläne ein fruchtloser Fristablauf gegeben ist, da die Klägerin die Pläne am 18.11.2004 per Mail übersandt hat, nachdem der Beklagte die Frist mit Schreiben vom 16.11.2004 entsprechend verlängert hatte, kann der Senat offen lassen. 54

Denn jedenfalls erfolgte die Wiederaufnahme nicht innerhalb der bis zum 15.11.2004 gesetzten Frist. Hiervon ist nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme mit dem Landgericht auszugehen, da der Zeuge P nach seinem Bekunden erst am 16.11.2004 55

die Arbeit auf der Baustelle aufgenommen hatte.

Soweit die Klägerin nunmehr im Berufungsverfahren einen Bautagesbericht vom 15.11.2004 vorlegt, ist sie damit gem. § 531 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 ZPO ausgeschlossen, da sie den Bericht bereits in erster Instanz hätte vorlegen können, zumal die Vernehmung des Zeugen im Jahre 2007 erfolgte und eine weitere Beweisaufnahme in 2008 durchgeführt worden ist. 56

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist in dem Schreiben des Beklagten vom 16.11.2004, in dem eine weitere Frist gesetzt worden ist, keine "Verzeihung" der verspäteten Arbeitsaufnahme zu sehen, da die dort gesetzte Frist die Personalaufstockung betraf, die unstreitig nicht erfolgt ist, und das Entgegenkommen des Beklagten an die Aufstockung der Mitarbeiter auf der Baustelle gebunden war. 57

Die schriftliche Kündigung vom 19.11.2004 erfolgte auch in angemessener Frist. 58

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es unschädlich, dass die Kündigung des Beklagten auf die Fristsetzungen im Schreiben vom 16.11.2004 abstellt und im Rahmen des Prozesses um weitere Kündigungsgründe erweitert worden ist. 59

Da die Kündigung grundsätzlich nicht begründet werden muss, ist der Kündigende nach der Rechtsprechung des BGH, der sich der Senat anschließt, nicht an geäußerte Kündigungsgründe gebunden (BGH NJW 1993, 1972, 1973; 1976, 518; Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil Rz. 7; a.A. Kapelmann/Messerschmidt-Lederer, VOB, 2. Aufl., 2007, § 8 VOB/B Rz. 19). 60

cc) 61

Unstreitig hat der Beklagte den noch nicht erledigten Teil der Arbeiten durch ein Drittunternehmen ausführen lassen. Die vom Landgericht festgestellte Höhe der Mehrkosten wird im Berufungsverfahren von der Klägerin nicht angegriffen. 62

b) 63

Entgegen der Ansicht des Beklagten, der sich das Landgericht angeschlossen hat, ist ein Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten gegen die Klägerin gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht gegeben. 64

Denn der Beklagte hat es unstreitig unterlassen, die Klägerin gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zur Beseitigung der Mängel unter Fristsetzung aufzufordern. Die Fristsetzung war auch nicht entbehrlich. 65

Dieses wäre nur dann der Fall, wenn das Vertrauen des Beklagten auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Nachbesserung z.B. durch wiederholte erfolglose Nachbesserungen oder schwerste Mängel erschüttert ist und er ein besonderes Interesse an der Durchführung der Nachbesserung durch einen anderen Unternehmer hat (vgl. BGHZ 42, 242, 245; NJW-RR 1998, 1268). 66

Diese Voraussetzungen sieht der Senat nicht als gegeben an. Denn die Klägerin hat nicht erfolglos Nachbesserungsarbeiten vorgenommen und bei den vom sachverständigen Zeugen F festgestellten Mängeln handelt es sich auch nicht um schwerste Mängel. Der Klägerin ist lediglich vorzuwerfen, dass sie die provisorische Abdichtung des Daches nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat, nicht aber, dass Nachbesserungsarbeiten vor ihr fehlerhaft ausgeführt worden sind. 67

c)	68
Grundlage der Schadensersatzforderungen für Schäden am Parkett (Entfernung, Neuverlegung) und am Gebäude (Trocknung) sowie die Sachverständigenkosten ist § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B.	69
aa)	70
Die Werkleistung der Klägerin war aus zwei Gründen mangelhaft.	71
Nach den Feststellungen des sachverständigen Zeugen F war die – infolge der Kündigung - nicht vollendete Werkleistung der Klägerin mangelhaft. So hat der Zeuge M in der Abdichtung im aufgesetzten Kastenbereich festgestellt und dokumentiert. Auch die Anschlüsse an die Attikazone waren nach den Feststellungen des Zeugen mangelhaft.	72
Konkrete Angriffe gegen diese Feststellungen fehlen im Rahmen der Berufung. Allein der Hinweis auf eine mögliche andere Beweiswürdigung genügt nicht. Insoweit ist der Senat an die Beweiswürdigung des Landgerichts gebunden.	73
Darüber hinaus war die am 17.11.2004 vorgenommene Notabdichtung mangelhaft.	74
Dabei versteht es sich von selbst und wird auch von der Klägerin unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Celle (NJW-RR 2003, 15) nicht in Abrede gestellt, dass sie nach Dacheröffnung verpflichtet war, das Eindringen von Niederschlagswasser in das Gebäude, so wie es das Leistungsverzeichnis auch vorsah, zu verhindern. Das hat sie unzweifelhaft nicht getan, wie sich aus dem Gutachten des sachverständigen Zeugen F und seiner Stellungnahme im Termin am 25.09.2008 ergibt.	75
Die Klägerin hätte die noch offenen Bereiche so provisorisch abdichten müssen, dass der Eintritt von Regenwasser ausgeschlossen war. Diese Arbeiten hat sie im Ergebnis nach ihrem eigenen Vortrag schon nicht erbracht.	76
Auf die Frage, wer den Wassereinbruch am 20.10.2004 zu vertreten hat, kommt es dementsprechend nicht an.	77
bb)	78
Die dargestellten Mängel haben zu erheblichen Beeinträchtigungen in der Gebrauchsfähigkeit des Gebäudes geführt, was der Klägerin auch zuzurechnen ist.	79
Vom Verschulden ist auszugehen, da die Klägerin den ihr obliegenden Entlastungsbeweis nicht geführt hat.	80
cc)	81
Hinsichtlich der Berechnung der Schadensersatzbeträge greift die Berufung das landgerichtliche Urteil nicht an, weshalb es dabei zu verbleiben hat.	82
2.	83
Der Beklagte hat mit den dargestellten Ansprüchen, die insgesamt einen Umfang von 21.268,97 € brutto erreichen und gleichartige Gegenforderungen darstellen, wirksam die Aufrechnung erklärt. Da ein Aufrechnungsverbot nicht besteht, ist die Klageforderung erloschen.	84

II. Zur Widerklage	85
Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Widerklage nur in Höhe von 2.383,58 € (21.268,97 € - 18.885,39 €) begründet ist.	86
Der vom Landgericht zutreffend zugesprochene Zinsanspruch folgt aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.	87
III.	88
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, wobei hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten zu Lasten des Beklagten zu berücksichtigen war, dass er erstinstanzlich die Aufrechnung hilfsweise erklärt hat, was streitwerterhöhend zu berücksichtigen war.	89
Im Übrigen folgen die prozessualen Nebenentscheidungen aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	90
Die Revision war nicht gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert.	91
Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 28.755,30 € festgesetzt.	92