
Datum: 19.01.2023
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 91/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2023:0119.18U91.22.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 3 O 223/18
Schlagworte: Miete eines Baukrans nebst Personal
Normen: §§ 275, 326, 535, 537 BGB
Leitsätze:

1.

Der Mieter eines Krans nebst Personal zur Vornahme von Bau- bzw. Abbrucharbeiten nach seiner Weisung kann zur Zahlung der Miete gem. § 537 Abs. 1 S. 1 BGB auch dann verpflichtet sein, wenn es wegen der Windverhältnisse an der Baustelle nicht zur Überlassung des aufgerüsteten Krans an den Mieter kommt.

2.

§ 537 Abs. 1 BGB greift bereits ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags ein und setzt nicht die Überlassung des Mietobjekts an den Mieter voraus (BGH NJW-RR 1991, 267), kommt aber grundsätzlich nur in Betracht, wenn der Vermieter seinerseits erfüllungsbereit und -fähig war (Blank/Börstinghaus, 6. Aufl. 2020, BGB § 537 Rn. 3), also insbesondere nicht im Fall der Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten oder bei Eigengebrauch (Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 537 Rn. 21). Die fehlende Erfüllungsbereitschaft des Vermieters steht der Anwendung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch dann nicht entgegen, wenn sie ihren Grund in der Verwirklichung eines Risikos (hier: zu hohe Windgeschwindigkeit) hat, das der Mieter zu tragen hat.

3.

Die Zahlungspflicht des Mieters entfällt auch dann nicht gem. §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Kraneinsatz wegen einschlägiger Unfallverhütungsvorschriften (hier: Verbot der „Personenfahrt“ bei Überschreitung bestimmter Windgeschwindigkeiten) unmöglich („verboten“) gewesen sein sollte, denn § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB ist auch dann entsprechend anzuwenden, wenn der Gläubiger (hier der Mieter) in dem Vertrag ausdrücklich oder konkludent das Risiko des betreffenden Leistungshindernisses übernommen hat (BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, Az. III ZR 87/10, Tz. 16).

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22.3.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Betrag von 8.385,07 € ab dem 7.4.2018 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist.

Es bleibt bei der Kostenentscheidung des Landgerichts, doch trägt die Streithelferin die Kosten der Nebenintervention.

Die Kosten der Berufung tragen die Beklagten; die Streithelferin trägt die in der Berufungsinstanz angefallenen Kosten der Nebenintervention.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert für die Berufung: 8.385,07 €

Gründe:

1

A.

2

Die Beklagten sind Eigentümer des Betriebsgrundstücks der A GmbH in B, auf dem ein Stahlkamin (nach Darstellung der Beklagten zwei Stahlkamine) abgebaut werden sollte(n). Mit der bautechnischen Begleitung der Demontage bzw. mit der Durchführung der Demontage hatten die Beklagten die Streithelferin beauftragt. Zur Vornahme des Kaminabbaus bestellten die Beklagten am 24.1.2018 bei der Klägerin einen 100t- sowie einen 300t-Hydraulik-Kran zum Einsatz am Montag, den 29.1.2018.

3

Die Klägerin, die davon ausging, die A GmbH habe die Bestellung vorgenommen, erstellte am selben Tag eine schriftliche „Auftragsbestätigung“, in der sie erklärte, den „Leistungstyp 1 zu den umstehenden Geschäftsbedingungen“ zu bestätigen, und die Einsatzzeiten angab (29.1.2018 ab ca. 6.00 Uhr bis ca. 16.00 Uhr). Darunter sind die Kostenpositionen für beide

4

Kräne benannt. In den beigefügten „Geschäftsbedingungen“, auf deren weiteren Inhalt Bezug genommen wird, ist unter 2.1 ausgeführt, der „Leistungstyp 1“ bezeichne die Krangestellung, ferner wörtlich:

„Die Krangestellung bezeichnet die Überlassung von Hebezeugen samt Bedienungspersonal an den Auftraggeber zur Durchführung von Arbeiten nach dessen Weisung und Disposition.“ 5

Am Sonntag, dem 28.1.2018, gab der Deutsche Wetterdienst um 14.28 Uhr eine Wetterwarnung heraus, wonach für den Folgetag u.a. in Westfalen verbreitet mit Windböen bis 60 km/h, zeitweise auch mit stürmischen Böen um 70 km/h zu rechnen sei. 6

Am 29.1.2018 entsandte die Klägerin die beiden Kräne zum Einsatzort, wo ab 5.30 Uhr der Aufbau des großen Krans erfolgte. Gegen Mittag wurde der große Kran, ohne zum Einsatz gekommen zu sein, wieder zurückgebaut; beide Kräne verließen die Baustelle. 7

Die Klägerin berechnete unter dem 31.1.2018 der A GmbH für die „Gestellung eines 300t-Krans bis zu 10 Einsatzstunden“, „An- und Rückfahrt, Auf- und Abrüsten“, „5 % Nebenleistungen“ sowie Gebühren für die Genehmigung und Begleitung des 100t-Krans und des 300t-Krans 12.860,93 € (brutto). 8

Am 13.2.2018 bestellten die Beklagten erneut zwei Kräne, nunmehr für den 16.2.2018. Die Klägerin schrieb wiederum eine „Auftragsbestätigung“. Der Einsatz fand erfolgreich statt. Über die Ausführung des Auftrages am 16.2.2018 rechnete die Klägerin unter dem 27.2.2018 (Rechnungsnr. #####4) nunmehr 15.024,20 € ab, zahlbar bis 9.3.2018. 9

Ebenfalls am 27.2.2018 berechnete die Klägerin ihre Leistungen vom 29.1.2018 nunmehr den Beklagten gegenüber, und zwar mit einem Gesamtbetrag von 8.050,35 € (Rechnungsnr. #####6); über den Rechnungsbetrag von 12.860,93 € erteilte sie der A GmbH eine Gutschrift. Der Rechnungsbetrag von 8.050,35 € setzt sich wie folgt zusammen: 10

Gestellung 300 t Hydraulikkran An- und Rückfahrt, Auf- und Abrüsten	4.500,00 €	11
5,00 % Nebenleistungen	225,00 €	
Gebühren für die Genehmigung ... und BF2 Begleitung für den 100t Kran	390,00 €	
Gebühren für die Genehmigung ... und BF3 Begleitung für den 300t Kran	1.650,00 €	
	6.765,00 €	
zzgl. USt.	8.050,35 €	

Die Beklagten zahlten in der Folge 14.689,48 € auf die Rechnung vom 27.2.2018 über 15.024,20 €, wobei sie einen Betrag von 334,72 € absetzten, der ihnen von der Streithelferin wegen deren Einsatzes am 29.1.2018 in Rechnung gestellt worden war. 12

Die Klägerin mahnte Forderungen in Höhe von 8.385,07 € unter Fristsetzung auf den 6.4.2018 an; sie ließ die Beklagten unter dem 18.4.2018 sodann durch ihre Anwälte in Anspruch nehmen. Die Beklagten lehnten weitere Zahlungen ab.

Gegenstand der Klage sind nunmehr die Rechnung Nr. #####6 vom 27.2.2018 über 8.050,35 € sowie der Differenzbetrag zur Rechnung Nr. #####4 im Umfang von 334,72 €. 14

Die Klägerin hat behauptet, es sei am Morgen des 29.1.2018 bei der Abfahrt von ihrem Betriebsgelände in C für das Fachpersonal nicht zu erkennen gewesen, dass am Einsatzort die Durchführung der Arbeiten witterungsbedingt nicht werde möglich sein. Der „Demontageort“ habe auch „windgeschützt hinter einem Wall und Baumbestand“ gelegen. Der Wind habe jedoch „dermaßen zugenommen, dass eine sichere Durchführung der bestellten Arbeiten nicht gewährleistet“ gewesen sei. Als jedenfalls gegen Mittag deutlich geworden sei, dass ein weiteres Zuwarten keinen Sinn ergebe, zumal die Kräne für den nächsten Tag bereits anderweitig vermietet gewesen seien, sei der Einsatz abgebrochen worden, auch weil die zu hebenden Lasten einen zu großen Windwiderstand aufgewiesen hätten, der die Entstehung von Schäden habe erwarten lassen. Der Abbruch sei von der Streithelferin veranlasst worden; diese habe entschieden, dass die Arbeiten nicht durchgeführt werden sollten; es sei gemeinsam mit der Streithelferin und dem Sohn der Beklagten „besprochen“ worden, den Einsatz abzuberechnen. 15

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagten hätten den Auftrag nicht als Verbraucher erteilt. Dass sie bei Auftragserteilung nicht mehr Inhaber der A GmbH gewesen seien, hat sie mit Nichtwissen bestritten. Sie habe auch davon ausgehen dürfen, dass die Beauftragung durch die A GmbH erfolgt sei, weshalb die Rechnung auch zunächst auf diese Gesellschaft ausgestellt worden sei. 16

Im Übrigen hätten die Beklagten das Risiko getragen, dass es witterungsbedingt nicht habe zum Einsatz der Kräne kommen können. Sie habe lediglich die Gestellung der Kräne geschuldet; es sei Sache der Beklagten gewesen, die Wetterberichte zu verfolgen und einen Einsatz ggf. noch abzusagen. 17

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, 8.385,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8.3.2018 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 679,10 € zu zahlen. Darüber ist am 5.6.2019 ein Versäumnisurteil ergangen, das den Beklagten am 5.7.2019 zugestellt und gegen das bereits mit Schriftsatz vom 11.6.2019 Einspruch eingelegt worden ist. 18

Die Klägerin hat beantragt, 19
das Versäumnisurteil des Landgerichts Dortmund vom 05.06.2019 aufrecht zu erhalten. 20

Die Beklagten haben beantragt, 21
das Versäumnisurteil des Landgerichts Dortmund vom 05.06.2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 22

Sie haben die Auffassung vertreten, als Verbraucher gehandelt zu haben, wozu sie u.a. behauptet haben, im Zeitpunkt der Beauftragung der Klägerin „den Betrieb bereits den Söhnen übergeben“ zu haben. Bereits am 28.1.2019 habe ausweislich der Wetterberichte festgestanden, dass am 29.1.2018 („verbreitet Windböen bis 60 km/h; zeitweise stürmische Böen um 70 km/h“) ein Kraneinsatz nicht möglich sein werde; schon ab 5.30 Uhr hätten (denn auch) an der Baustelle stürmische Windbedingungen geherrscht. Der Einsatz sei dann von der Klägerin eigenmächtig und ohne Rücksprache mit ihnen abgebrochen worden. Die Beklagten haben sodann behauptet, die Wetterlage habe der Vornahme der Arbeiten nicht entgegengestanden, wie der kaufmännische Leiter der Klägerin in seiner Anhörung selbst geäußert habe.

Sie haben die Auffassung vertreten, die Klägerin habe die vertragliche Nebenpflicht getroffen, auf die Notwendigkeit einer Verschiebung des Einsatzes hinzuweisen. 24

Die Klägerin könne sich nicht auf Ziff. I.10 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen, denn diese seien wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners unwirksam. Es fehle nämlich an jeglichem Maßstab, unter welchen Bedingungen die Klägerin berechtigt sein solle, den Einsatz zu unterbrechen oder abzubrechen. 25

Sie haben ferner darauf verwiesen, dass die abgerechneten Kosten nicht tatsächlich angefallen, sondern pauschaliert seien. 26

Die Kürzung der Rechnung vom 16.2.2018 im Umfang von 334,72 € sei berechtigt; dieser Betrag ergebe sich aus der Begleichung einer Rechnung der Streithelferin über den – vergeblichen - Einsatz ihrer Monteure am 29.1.2018. 27

Die Beklagten haben ferner die Auffassung vertreten, die Belastung mit den Kosten für den Kraneinsatz am 16.2.2018 stelle einen Schaden dar, aus dem sich ein Schadensersatzanspruch ergebe, mit dem sie in Höhe der geltend gemachten Forderung die Aufrechnung erklärt haben. 28

Die Streithelferin hat bestritten, dem vor Ort eingesetzten Personal der Klägerin Ratschläge zur Aufstellung, zur Tätigkeit der Kräne oder zum Abbruch der Arbeiten erteilt zu haben. 29

Das Landgericht hat das Versäumnisurteil im Wesentlichen aufrechterhalten. Es führt aus, die Beklagten schuldeten die geltend gemachte Vergütung für den 29.1.2018, weil es sich um einen kombinierten Miet- und Dienstvertrag gem. §§ 535, 611 BGB handele, bei dem das Verwendungsrisiko beim Mieter liege. Es habe den Beklagten obliegen, den Einsatz wegen widrigen Wetters frühzeitig abzusagen, hingegen habe die Klägerin keine Pflicht zur Prüfung des Wetterberichts getroffen. Den Beklagten stehe wegen des Abbruchs des Einsatzes am 29.1.2018 auch kein Schadensersatzanspruch wegen der Kosten der Streithelferin zu. Die Beklagten seien der Klägerin auch nicht als Verbraucher entgegengetreten; die Regelung in Ziff. I.10. der AGB verstoße ferner nicht gegen § 307 BGB, da insoweit keinerlei unangemessene Benachteiligung erkennbar sei. 30

Mit ihrer Berufung verfolgen die Beklagten die vollständige Klageabweisung weiter. Sie meinen, die Leistungspflicht der Klägerin sei wegen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen, womit auch die Gegenleistungspflicht entfallen sei (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Denn die Leistungspflicht der Klägerin sei mit dem Inhalt vereinbart worden, dass die Krangestellung am 29.1.2018 von 06:00 Uhr bis 16:00 Uhr erfolgen müssen; mit Ablauf dieses Zeitraums sei eine Nachholung der Leistung durch die Klägerin unmöglich geworden. 31

Zu Unrecht habe das Landgericht auch Schadensersatzansprüche der Beklagten gegen die Klägerin und damit eine Aufrechnungslage verneint. Ein Schadensersatzanspruch ergebe sich aus § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB aufgrund des eigenmächtigen, vorzeitigen Abbruchs des Kraneinsatzes am 29.1.2018. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, der Abbruch sei von der Streithelferin veranlasst worden. Durch diese Pflichtverletzung sei ihnen ein Schaden in Form der erneuten Beauftragung der Klägerin zur Krangestellung am 16.02.2018 entstanden, nämlich in Höhe der seitens der Klägerin dafür am 27.2.2018 in Rechnung gestellten 15.024,20 €.

Vorsorglich werde der Rücktritt vom Vertrag über die Krangestellung am 29.1.2018 erklärt. 33

Im Hinblick auf den vorzeitigen Abbruch des Kraneinsatzes vom 29.1.2018 könne sich die Klägerin auch nicht auf Ziffer I. 10. ihrer AGB (Anlage K2) berufen, die nur eine Unterbrechung des Einsatzes betreffe. Hier sei es jedoch gar nicht erst zum Einsatz der Kräne zwecks Demontage des Stahlkamins gekommen, sodass bereits der Anwendungsbereich von Ziffer I. 10. der AGB nicht eröffnet sei. Die Klägerin sei aufgrund des zwischen ihr und den Beklagten geschlossenen Vertrags vielmehr verpflichtet geblieben, diesen die bestellten Kräne nebst Bedienungspersonal am 29.1.2018 bis 16:00 Uhr zur Verfügung zu stellen. Da das Personal der Klägerin bewusst die Kräne abgerüstet habe, anstatt sie ihnen, wie vertraglich vereinbart, bis einschließlich 16:00 Uhr zu überlassen, liege sogar eine vorsätzliche Pflichtverletzung vor. Der Rechnungsbetrag – für den zweiten Einsatz - in Höhe von 15.024,20 € brutto stelle den durch diese Pflichtverletzung erlittenen Schaden der Beklagten dar. Nach § 249 Abs. 1 BGB sei die Klägerin zur Erstattung dieses Betrages verpflichtet. Der Anspruch auf Zahlung der Rechnung für den Kraneinsatz vom 29.01.2018 sei mithin infolge der Aufrechnung erloschen. 34

Überdies stünden ihnen Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB zu, weil sie es unterlassen habe, sich vor der Entsendung der Kräne zum Einsatzort zu erkundigen, ob die Witterung einen Einsatz der Kräne überhaupt zulasse. Anders als die Beklagten, die in Bezug auf Kranarbeiten Laien und nicht in der Lage seien abzuschätzen, ob die Witterung einen Kraneinsatz zulasse, sei die Klägerin in Bezug auf etwaige widrige Witterungsbedingungen erfahren. Hätte die Klägerin vor dem Ausfall des Einsatzes aufgrund der Witterung gewarnt, dann hätten sie den Kraneinsatz für den 29.1.2018 im Vorhinein abgesagt, sodass keine Kosten, von der Klägerin mit 4.500,00 € in Rechnung gestellt, für den Transport der Kräne und deren Aufbau am Einsatzort entstanden wären. Der Zahlungsanspruch der Klägerin sei also aufgrund der erfolgten Aufrechnung zumindest in Höhe von 4.500,00 € zu kürzen. Ferner seien die Kosten für die Inanspruchnahme der Streithelferin am 29.1.2018 in Höhe von 334,72 € vermeidbar gewesen, die ebenfalls dem klägerischen Zahlungsanspruch aufrechnungsweise entgegenuhalten seien. 35

Die Streitverkündete führt aus, sie sei mit der Trennung des Stahl-Kamins beauftragt worden. Da die Krankosten die Kosten für die Abtrennung deutlich überstiegen hätten, habe sie es im Vorfeld abgelehnt, selbst Kräne zu stellen. Mit den Beklagten habe sie besprochen, dass aus einem Kran mit Mannkorb (Kran 1) der Kamin an seiner Spitze an den Kran Nr. 2 gehängt werde, sodass er nach Trennung (im Sockelbereich) habe abgelegt werden können. Was zwischen den Beklagten und der Klägerin besprochen worden sei, sei ihr unbekannt. Nach ihrer Kenntnis habe die Klägerin aufgrund der örtlichen Gegebenheiten und der Abmessungen des Kamins die passenden Kräne im Vorfeld ausgesucht, weshalb sie über den Inhalt der zu erbringenden Arbeiten Kenntnis gehabt haben müsse; die Klägerin habe auch den Ausführungstermin festgelegt. Die Beklagten hätten sie, die Streitverkündete, 36

darüber informiert und sie am Tag der festgesetzten Ausführung „zum Objekt bestellt“. Der Abbruch des Kraneinsatzes sei „insoweit einvernehmlich“ erfolgt, als die Beklagten und sie, die Streitverkündete, die Mitteilung der Klägerin, dass der Wind keine Arbeiten zulasse, nur hätten hinnehmen können, da sie selbst nicht in der Lage gewesen seien, die „Windproblematik“ zu beurteilen. Der Kranfahrer habe mitgeteilt, dass „bei einem solchen Wind nicht gearbeitet werden“ könne, und zwar auch gegenüber den Monteuren, die die notwendigen Arbeiten vom Krankorb aus hätten vornehmen sollen. Diese Einschätzung sei aufgrund seiner Fachkenntnis für sämtliche anderen Beteiligten maßgeblich gewesen.

Die Streitverkündete meint, es sei sogar unstrittig, dass der Wind zu stark gewesen sei, um die Arbeiten durchzuführen, und dass die Arbeiten aus diesem Grunde hätten abgebrochen werden müssen. Sie verweist auf berufsgenossenschaftliche Regeln, die bei Windgeschwindigkeiten über 7m/s Personenfahrten mit einem Kran untersagten (TRBS 2121 Teil 4, Absatz 4.2.3, Absatz 9: *„Bei Witterungsbedingungen, welche die Sicherheit von Beschäftigten gefährden können, z. B. böiger Wind, Gewitter, Eis, Schnee, Nebel, Schneeregen, dürfen Beschäftigte nicht gehoben werden. Bei Windgeschwindigkeiten von mehr als 7 m/s dürfen Beschäftigte ebenfalls nicht gehoben werden.“*).

Die Beklagten beantragen, 38

das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 22.03.2022 abzuändern, das Versäumnisurteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 05.06.2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 39

Die Klägerin beantragt, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Sie verweist erneut darauf, nicht den Erfolg der Hubarbeit sowie der Demontage der Kamine geschuldet zu haben. Ihre Verpflichtung habe sich in der richtigen Auswahl des Krans und der entsprechenden Rüstkombination für den 29.01.2018 und der Gestellung dieses Materials nebst Personal erschöpft. Sie sei über das „Demontagekonzept“ bezüglich des Kamins nicht informiert gewesen; das sei Sache der Streitverkündeten als Spezialunternehmen für den Abbruch von Industrieanlagen gewesen. 42

Zwar könne der (Kran-)Fahrer anhand der Vorgaben des Herstellers und mit Hilfe des Windmessers am Ausleger beurteilen, ob eine gefahrlose Arbeit unter Berücksichtigung der Örtlichkeiten, des Gewichts und der Angriffsfläche der Last aktuell möglich sei. Die Beurteilung der Durchführung bzw. Änderung des Demontagekonzepts habe jedoch den Beklagten bzw. der Streitverkündeten obliegen. 43

Bei der gegen Mittag des 29.1.2018 getroffenen Entscheidung, den Kraneinsatz abubrechen, sei auch entscheidend gewesen, dass aufgrund der großen Angriffsfläche des abzubauenen Kamins ein Staudruck entstanden wäre, welcher eine große Einwirkung auf den Ausleger gehabt hätte. 44

Die Klägerin bestreitet, eigenmächtig den Abbruch des Einsatzes am 29.1.2018 entschieden zu haben; dies sei im Einvernehmen zwischen den Beklagten und der Streitverkündeten geschehen. Sie führt aus, die Demontage habe – wie immer – dergestalt geschehen sollen, 45

dass „der große Hauptkran“ zum Kamin hin schwenke und „mittels Hakenflasche“ den Kamin anhänge. Das Anhängen und Anschlagen der Last habe mit einem zweiten Kran der Klägerin erfolgen sollen, der ebenfalls vor Ort gewesen sei. Dazu hätten Monteure der Streitverkündeten im Personenarbeitskorb zum Kaminanschlagpunkt fahren und dort die Montage des Kranhakens am Kamin vornehmen sollen. Doch hätten sich die Mitarbeiter der Streitverkündeten geweigert, bei dem starken Wind in den Arbeitskorb einzusteigen, so dass das Anschlagen der Last, d. h. des Kamins, nicht möglich gewesen sei. Im Übrigen habe ihr Kranfahrer D schon bei der Ankunft auf der Baustelle auf den starken Wind hingewiesen und geäußert, dass die Arbeiten möglicherweise nicht durchgeführt werden könnten. Doch hätten die Beklagten auf der Durchführung der Arbeiten bestanden.

Die Klägerin teilt auf Nachfrage mit, die Windgeschwindigkeit an der Kranspitze habe ausweislich des dort befindlichen Windmessers 12 m/s betragen. 46

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen D, E und F. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Berichterstatter-Vermerks verwiesen. 47

B. 48

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur ganz geringfügigen Erfolg. 49

I. 50

Es besteht ein Anspruch der Klägerin auf 8.050,35 € gem. Rechnung vom 27.2.2018 bezüglich des Kran-Einsatzes am 29.1.2018. 51

Mit dieser Rechnung werden – als prozessual unselbstständige Rechnungspositionen – die Kosten der „Gestellung“ des 300t-Krans in Höhe von 4.500,00 €, „Nebenleistungen 5 %“ sowie Gebühren für Genehmigung und Begleitung des 100t-Krans in Höhe von 390,00 € sowie des 300t-Krans in Höhe von 1.650,00 € (alle Beträge netto) geltend gemacht. 52

Der Anspruch auf diese Kosten ergibt sich aus einem Vertrag über die Krangestellung in Verb. mit § 535 Abs. 2 BGB. 53

1. 54

Es ist ein Vertrag über die Krangestellung am 29.1.2018 zwischen der Klägerin und den Beklagten zustande gekommen. 55

Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien und den nicht angegriffenen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil haben sich die Beklagten am 24.1.2018 an die Klägerin gewandt und (u.a.) einen 300t-Kran für den 29.1.2018 „bestellt“. Dem diesbezüglichen Vortrag beider Parteien ist zu entnehmen, dass es aufgrund dieses „Bestellens“ auch zum Vertragsschluss zwischen den Beklagten und der Klägerin über die Gestellung von Kränen am 29.1.2018 gekommen ist. Denn die Beklagten haben ihre Passivlegitimation bezüglich etwaiger Forderungen aus diesem Vertrag zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt; sie haben lediglich für sich in Anspruch genommen, der Klägerin als Verbraucher entgegengetreten zu sein. 56

Angesichts dieses Vortrags besteht keine Veranlassung für den Senat, in eine Prüfung einzutreten, ob und mit welchem Auftraggeber – dem Beklagten, beiden Beklagten oder der A 57

GmbH – der Vertrag zustande gekommen ist.

Diese Prüfung wäre erst dann erforderlich geworden, wenn sich die von den Beklagten reklamierte Verbrauchereigenschaft – namentlich im Hinblick auf die (Nicht-)Einbeziehung der „Geschäftsbedingungen“ - zugleich auf den genauen Inhalt des als solchen unstreitigen Vertrags und sich damit auf die Entscheidung des Rechtsstreits ausgewirkt hätte. In einem solchen Fall hätte es der Klärung bedurft, mit welchem Inhalt zwischen welchen Parteien ein Vertrag über die Krangestellung am 29.1.2018 geschlossen worden ist. Die Grenzen einer sog. einfachen Rechtstatsache (hier „Vertragsschluss“ zwischen Klägerin und den Beklagten), bezüglich derer die Parteien das Gericht von einer Prüfung dispensieren können, wären dann überschritten worden, so dass eine uneingeschränkte rechtliche Prüfung erforderlich geworden wäre. 58

Doch kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Frage, ob die Beklagten der Klägerin als Verbraucher gegenübergetreten und ob die „Geschäftsbedingungen“ in den Vertrag einbezogen worden sind, nicht an. 59

2. 60

Die Klägerin hat am 29.1.2018 die geschuldete „Krangestellung“ nicht erbracht, doch steht dies ihren Forderungen aus dem Vertrag bzw. aus der Rechnung Nr. #####6 nicht entgegen. 61

a) 62

Der vertragliche Anspruch auf Mietzinszahlung gemäß § 535 Abs. 2 BGB entsteht grundsätzlich erst dann, wenn der insoweit vorleistungspflichtige Vermieter dem Mieter den unmittelbaren Besitz an der Mietsache verschafft hat (z.B. Guhling/Günter/Leonhard, 2. Aufl. 2019, BGB § 535 Rn. 439). Der Vermieter muss nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB dem Mieter die Gebrauchsmöglichkeit eröffnen. Der Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB ist mithin erfüllt, wenn dem Mieter die Sache in der Art und in dem Umfang, wie es der Vertrag vorsieht, zugänglich gemacht wird (Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, 15. Aufl. 2021, BGB § 537 Rn. 6). 63

Hier ist es nicht zur vertraglich geschuldeten Krangestellung gekommen. Dazu bedarf es der Überlassung des Krans (nebst Kranführers); nichts anderes ergibt sich aus der Definition in den AGB Ziff. I. 2.1 der Geschäftsbedingungen, wonach „Krangestellung“ die „Überlassung von Hebezeugen samt Bedienungspersonal an den Auftraggeber zur Durchführung von Arbeiten nach dessen Weisung und Disposition“ bedeutet. Erforderlich wäre also gewesen, dass der bzw. beide Kranführer (der „kleine“ Kran hätte die Monteure an die Spitze der Kamine befördern müssen) den Beklagten oder den von ihnen einschalteten Dritten mitgeteilt hätte(n), es könne mit den Arbeiten begonnen werden. Zu einer solchen Äußerung ist es, wie die Beweisaufnahme ergeben hat, zu keinem Zeitpunkt gekommen. 64

b) 65

Doch liegt der Ausnahmefall des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Danach besteht die Mietzinszahlungspflicht trotz fehlender Überlassung des Mietobjekts fort, weil die Beklagten „durch einen in ihrer Person liegenden Grund“ an der Ausübung des Gebrauchsrechts gehindert waren. 66

(1) 67

§ 537 Abs. 1 BGB ist anwendbar, wenn das Gebrauchshindernis der Risikosphäre des Mieters entstammt (Guhling/Günter/Boerner, 2. Aufl. 2019, BGB § 537 Rn. 12). Das war hier der Fall:	68
Der Grund für die „Nichtausübung des Gebrauchsrechts“ bestand in der Wetterlage „vor Ort“, die die Arbeiten an dem Kamin (bzw. an beiden Kaminen) nicht zuließ. Das Risiko, aus Witterungsgründen keinen Gebrauch von der Mietsache machen zu können, muss der Mieter tragen (Staudinger/ V. Emmerich (2021) BGB § 537, Rn. 9; Wolff/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 585). Das gilt auch zu Lasten der Beklagten, denn ihr konkretes Abbruchvorhaben, das die Höhe der Kranausleger und damit auch die Windempfindlichkeit der (beiden) einzusetzenden Kräne bestimmte, führte dazu, dass diese Kräne witterungsbedingt für die seitens der Beklagten bezweckten Aufgaben nicht einsetzbar waren. Das betrifft auch den Einsatz des kleineren Krans mit dem „Mannkorb“, der wegen berufsgenossenschaftlicher Vorschriften nicht in Betrieb gesetzt werden konnte.	69
Soweit die Beklagten behauptet haben, die Windverhältnisse hätten doch den vorgesehenen Einsatz der Kräne erlaubt, ist dieser Vortrag jedenfalls nach der Beweisaufnahme unbeachtlich geworden, weil es für ihn nunmehr an greifbaren Anhaltspunkten fehlt.	70
(a)	71
Das gilt zunächst für den Zeitraum bis zum Beginn der Abrüstung des 300t-Krans.	72
Der vernommene Kranführer D hat auf die Messung einer Windgeschwindigkeit von 12m/s an der Spitze des Auslegers Bezug genommen. Aus seiner Bekundung, der Wind sei „durchgängig“ zu stark gewesen, ergibt sich auch, dass er die Entwicklung der Windgeschwindigkeit während der gesamten mehrstündigen Wartezeit im Blick behalten hat, diese jedoch nicht, jedenfalls nicht wesentlich, abgenommen hat. Die (im G) gemessene Windgeschwindigkeit von 12m/s (oder 43,2 km/h) ist auch mit den für den 29.1.2018 vom Deutschen Wetterdienst prognostizierten Werten für Nordrhein-Westfalen (gem. dem Bericht vom 29.1.2018, 14.28 Uhr „verbreitet Windböen um 55 km/h ...“) vereinbar. Im Übrigen hat der Zeuge durch Bezugnahme auf ein technisches Merkblatt des Herstellers bestätigt, dass eine Inbetriebnahme des 300t-Krans (mit der erforderlichen Auslegerlänge) unter diesen Umständen schon nach den Vorgaben des Herstellers zu unterbleiben hat. Der Senat hält die Aussage des Kranführers D für glaubhaft, auch wenn er als Mitarbeiter der Klägerin erkennbar in deren Lager steht. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin keine weiteren Aufzeichnungen über den Verlauf der Windgeschwindigkeiten am 29.1.2018 vorlegen kann. Es ist nicht ansatzweise erkennbar, dass der Zeuge den Einsatz „seines“ Krans am 29.1.2018 wegen lediglich vorgetäuschter zu hoher Windgeschwindigkeiten hätte verhindern wollen.	73
Ferner sind berufsgenossenschaftliche Vorschriften benannt worden, die eine „Personenfahrt“ bei solchen Windverhältnissen untersagen. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den vorgesehenen Einsatz des 100t-Krans (zur Beförderung der Monteure an die Kaminspitzen) ist weder von der Klägerin noch von den Beklagten bestritten worden.	74
Bei dieser Sachlage besteht kein Raum für die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens. Denn die maßgeblichen Parameter (Windgeschwindigkeit am Ausleger, Herstellervorgaben, Vorschriften des Unfallverhütungsrechts) sind erwiesen bzw. stehen fest. Dass die Klägerin – etwa wegen eines technischen Defekts - überhöhte Windgeschwindigkeiten ermittelt habe, machen auch die Beklagten nicht geltend. (b)	75

(b)	76
Der Senat ist ferner davon überzeugt, dass ein Einsatz der Kräne auch im Zeitraum bis 16.00 Uhr, wären sie solange noch „aufgerüstet“ vor Ort verblieben, nicht möglich gewesen wäre. Die Beklagten selbst behaupten nicht, die Windgeschwindigkeiten hätten nach ca. 12.00 Uhr nachgelassen. Dafür bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte, zumal noch der Bericht des Deutschen Wetterdienstes vom 29.1.2018, 14.28 Uhr davon spricht, der Wind nehme erst „im Verlaufe der Nacht allmählich ab“ (Anl. B1; Bl. 51 d.A). Auch insoweit kommt deshalb die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens nicht in Betracht.	77
(2)	78
Hingegen lag kein Grund „im Mietobjekt“ selbst vor, der den Gebrauch gehindert hätte. Die Kräne selbst wären nämlich durchaus – namentlich bezüglich der Einsatzhöhe und der zu bewältigenden Lasten – einsatzfähig gewesen, nur nicht unter den konkret „vor Ort“ obwaltenden Windverhältnissen. Genau diesen Sachverhalt wollte auch der Geschäftsführer H bei seiner Anhörung vor der Kammer mit der Bemerkung zum Ausdruck bringen, der Einsatz hätte „nicht wegen des Krans als solche[m] .. abgebrochen werden müssen“ und der Kran „hätte dem Wind standgehalten“ (Bl. 108 d.A.).	79
Diese Risikobetrachtung gilt umso mehr, als der Mietvertrag auch die Gestellung von Kranführern und damit durchaus erhebliche dienstvertragliche Elemente beinhaltete. Gem. § 615 S. 3 BGB trägt der Arbeitgeber in dem Fall, dass das Risiko des Arbeitsausfalls bei ihm liegt, die Vergütungsgefahr. Daraus folgt, dass die Beklagten, wären sie als Arbeitgeber anzusehen, vergütungspflichtig geblieben wären, weil ein witterungsbedingtes Risiko, an ihren Gebäuden Arbeiten vorzunehmen, bei ihnen gelegen hätte.	80
Unerheblich ist bei alledem, wer im Lauf des 29.1.2018 die Entscheidung getroffen hat, den 300t-Kran abzurüsten. Denn mit dieser Entscheidung, die im Übrigen im Interesse sämtlicher Beteiligten lag, wurde nur die unausweichliche Konsequenz aus den Wetterverhältnissen gezogen.	81
(3)	82
§ 537 Abs. 1 BGB greift bereits ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrag ein und setzt nicht die Überlassung des Mietobjekts an den Mieter voraus (z.B. Guhling/Günter/Boerner, a.a.O., § 537 Rn. 4; BGH NJW-RR 1991, 267).	83
(4)	84
Die Anwendung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB scheitert auch nicht daran, dass er nur zur Anwendung kommt, wenn der Vermieter seinerseits erfüllungsbereit und –fähig war (Blank/Börstinghaus, 6. Aufl. 2020, BGB § 537 Rn. 3). Daran fehlt es insbesondere dann, wenn der Vermieter seinerseits wegen der Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten – oder wegen Eigengebrauchs (z.B. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl., § 537 Rn. 21) – nicht zur Gebrauchsgewährung in der Lage ist (§ 537 Abs. 2 BGB).	85
Ein derartiger Fall lag hier nicht vor. Zwar war die Klägerin nicht willens, jedenfalls den 300t-Kran der Disposition ihrer Auftraggeber zu überlassen, weil die vom Kranführer gemessenen Windgeschwindigkeiten einen solchen Einsatz nicht zuließen, wie sich aus der Aussage des Kranführers D vor dem Senat ergibt. Damit hat sich der Vermieter jedoch der Gebrauchsüberlassung an den Mieter nicht aus Gründen anderweitiger Verwendung des	86

Mietobjekts begeben, wie sie von § 537 Abs. 2 BGB erfasst sind.

Der Grund, aus dem die Erfüllungsbereitschaft der Klägerin fehlte, lag vielmehr in der Verwirklichung eben jenes Gebrauchsrisikos (zu hohe Windgeschwindigkeit), das die Beklagten bzw. die A GmbH zu tragen hatte(n). In einem solchen Fall steht die fehlende Erfüllungsbereitschaft der Anwendung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB nicht entgegen. 87

c) 88

Der Anspruch der Klägerin ist nicht wegen Unmöglichkeit (§§ 275, 326 Abs. 1 BGB) entfallen. 89

aa) 90

Unmöglichkeit ist nicht im Hinblick auf den Inhalt des Vertrags (Vertragszweck) eingetreten. 91

Zwar kann Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB vorliegen und zu den Rechtsfolgen der §§ 275, 326 Abs. 1 BGB führen, wenn der Vertragszweck nicht oder nicht mehr erreicht werden kann, weil bestimmte von beiden Parteien vorausgesetzte Umstände nicht eintreten oder weggefallen sind. Die Annahme einer Unmöglichkeit in diesem Sinn setzt jedoch voraus, dass die Parteien einen bestimmten Verwendungszweck zum Vertragsinhalt gemacht haben („zweckbezogene Miete“) und der Vertragszweck aus Gründen entfällt, die keiner der Vertragspartner zu vertreten hat. Beim Fehlen einer Zweckvereinbarung ist dagegen § 537 BGB anwendbar. Solche Zweckvereinbarungen können auch stillschweigend getroffen werden, jedoch ist Zurückhaltung geboten. Der Umstand, dass der Vermieter die Absichten und Pläne des Mieters kennt, reicht hierfür ebenso wenig aus, wie die Angabe eines Verwendungszwecks im Mietvertrag. Deshalb liegt keine Unmöglichkeit vor, wenn ein Hotelzimmer für die Dauer einer Messe oder ein Saal zum Zwecke der Durchführung einer bestimmten Veranstaltung gemietet worden ist und die Messe nicht stattfindet oder die Veranstaltung nicht durchgeführt werden kann. Erforderlich ist vielmehr, dass das Risiko der nutzbringenden Verwendung der Mietsache nach dem Vertragsinhalt vom Vermieter oder zumindest von beiden Parteien gemeinsam getragen werden soll (Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl. 2020, BGB § 537 Rn. 6). 92

Dafür, dass die Klägerin das Risiko einer witterungsbedingten Nichtverwendbarkeit der Kräne am 29.1.2018 tragen wollte, ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte im Vertrag, erst recht nicht unter Berücksichtigung der Geschäftsbedingungen der Klägerin. 93

bb) 94

Es ist auch nicht Unmöglichkeit infolge Zeitablaufs eingetreten. 95

Die Gestellung des 300t-Krans (einschließlich des kleineren Krans) war zwar für den 29.1.2018 vereinbart, konnte aber durchaus nachgeholt werden, wozu es tatsächlich auch gekommen ist. Insoweit liegt es anders als bei der Raummiete, bei der im Grundsatz von einer Nichtnachholbarkeit des Nutzungsinteresses des Mieters auszugehen ist (BGH NJW-RR 91, 267). Im vorliegenden Fall der Überlassung beweglicher Sachen liegt die Annahme von Verzug – anstelle von Unmöglichkeit – näher (Staudinger/V. Emmerich, a.a.O., Vorbem. § 536 Rn. 12). 96

Die Parteien haben auch kein (relatives) „Fixgeschäft“ vereinbart, weil aus der Vereinbarung nicht hervorgeht, dass die Leistungszeit so wesentlich war, dass mit ihr das Geschäft stehen und fallen sollte (Grüneberg/Grüneberg, § 271 Rn. 18). 97

98

cc)	
Sollte der Klägerin die Überlassung der Kräne an die Auftraggeberin bzw. die Beklagten am 29.1.2018 zur Demontage der Kamine deshalb gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich gewesen sein, weil ein solcher Einsatz wegen einschlägiger Unfallverhütungsvorschriften (Verbot der „Personenfahrt“ bei Windgeschwindigkeiten über 7m/s) verboten war, wären die Beklagten gleichwohl nicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von ihrer Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Miete frei geworden. Denn § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB ist auch dann entsprechend anzuwenden, wenn der Gläubiger in dem Vertrag ausdrücklich oder konkludent das Risiko des betreffenden Leistungshindernisses übernommen hat (BGH, Urt. v. 13. 1. 2011, Az. III ZR 87/10, Tz. 16; NJW 2011, 756; Münchener Komm. BGB/Ernst, 9. Aufl., § 326 Rn. 56). Davon ist hier auszugehen, weil der bzw. die Auftraggeber die Kräne für einen bestimmten Tag bestellt haben. Es lag auf der Hand, dass die Klägerin keine Veranlassung hatte, für diesen Termin ein Risiko witterungsbedingter Unmöglichkeit des Einsatzes zu tragen, zumal sie nicht über bessere Möglichkeiten der Wettervorhersage verfügte als der bzw. die Auftraggeber.	99
d)	100
Da das Verstreichen des 29.1.2018 ohne Möglichkeit des Gebrauchs der Kräne aus den vorgenannten Gründen nicht als Fall der Unmöglichkeit der Leistungsgewährung aufzufassen ist, ist auch der Rücktritt der Beklagten gem. § 326 Abs. 5 BGB ins Leere gegangen.	101
Soweit ein Fall (rechtlicher) Unmöglichkeit der Überlassung der Kräne am 29.1.2018 vorlag, scheidet ein Rücktritt gem. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 6 BGB wiederum daran, dass der bzw. die Auftraggeber das Risiko der witterungsbedingten Nichteinsetzbarkeit der Kräne übernommen haben.	102
e)	103
Die Klägerin braucht auch keine weitere Kürzung ihres Anspruchs in Höhe von 4.500,00 € gem. § 537 Abs. 1 S. 2 BGB vorzunehmen.	104
Es ist nicht ersichtlich und wird auch von den Beklagten nicht vorgetragen, dass sie infolge des Abbruchs des Einsatzes am 29.1.2018 weitere Aufwendungen erspart hat, die auch die Pauschale für „An- und Rückfahrt, Auf- und Abrüsten, Transport-Ballast und Rüstkran“ betreffen,.	105
Vielmehr hat die Beklagte bereits von der Geltendmachung jeglicher Kosten für den Einsatz des Krans selbst (2.850,00 € für eine Zeit „bis zu 10 Einsatzstunden“) abgesehen und die Pauschale von 5.500,00 € (netto) selbst um 1.000,00 € auf 4.500,00 € reduziert.	106
Die Entstehung der Gebühren für die Genehmigungen sowie der Kosten für die Begleitung, die die Beklagten nicht in Abrede gestellt haben, sind einer Kürzung in Gestalt ersparter Aufwendungen ohnehin nicht zugänglich.	107
Auf die weitere Frage, ob sich der Anspruch der Klägerin auch aus Ziff. I. 9 S. 3 („Im Fall des Rücktritts wird bei Kranleistungen das Entgelt anteilig berechnet, ...“) oder aus Ziff. I. 10 ihrer Geschäftsbedingungen ergibt, kommt es nicht mehr an.	108
f)	109
	110

Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht dauerhaft undurchsetzbar. Das wäre der Fall, wenn die Bezahlung der Forderung einen Schadensersatzanspruch der Beklagten in derselben Höhe auslöste. In diesem Fall wäre die Geltendmachung des Anspruchs durch die Klägerin gem. § 242 BGB ausgeschlossen, weil treuwidrig.

Ein solcher Fall läge vor, wenn die Klägerin die mit der hier in Rede stehenden Rechnung Nr. #####6 geltend gemachten Kosten aufgrund eines ihrem Auftraggeber gegenüber pflichtwidrigen Verhaltens begründet hätte. 111

Die Beklagten vertreten in diesem Zusammenhang die Auffassung, die Klägerin habe ihnen gegenüber eine Nebenpflicht verletzt, indem sie die für den 29.1.2018 zu erwartenden Windverhältnisse nicht erkundet und ihnen (bzw. ihr) nicht mitgeteilt habe. Wäre eine solche Mitteilung erfolgt, hätten sie den Einsatz am 29.1.2018 „abgesagt“. 112

Die Klägerin traf jedoch im Verhältnis zu den Beklagten keine Verpflichtung, sich über die Wetterverhältnisse in B am 29.1.2018 kundig zu machen. Denn inwieweit Wind den Einsatz der (beiden) Kräne gefährdete, war primär von den zu bewältigenden Aufgaben (Windangriffsfläche sowie der konkreten Bewegungstrecke) abhängig. Die Beurteilung, ob das Niederlegen der Kamine möglich war, oblag damit den Bauherren bzw. der von ihnen eingesetzten Streithelferin, nicht aber der Klägerin. 113

Wie sich aus der Beweisaufnahme ergab, standen der Klägerin auch keine anderen Kräne zur Verfügung, die noch einen Einsatz bei den konkret eingetretenen Windverhältnissen erlaubt hätten. 114

Es bestand auch keine Verpflichtung der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten, die Einhaltung berufsgenossenschaftlicher Vorschriften, hier also das Verbot von „Personenfahrten“ mit einem dafür nur ausnahmsweise ausgerüsteten (kleinen) Kran, wonach bei Windgeschwindigkeit über 7m/s keine „Personenfahrt“ stattfinden darf, zu überwachen. 115

Anders hätte es nur dann gelegen, wenn der Klägerin vor Abfahrt der Kräne am frühen Morgen des 29.1.2018 hätte klar sein müssen, dass die Verwendung der Kräne (bzw. des kleinen, für die Monteure notwendigen Krans) nur unter Verstoß gegen geltende Vorschriften der Arbeitssicherheit möglich sein werde. Das ist jedoch nicht feststellbar. Weder war die allgemeine Entwicklung der Windgeschwindigkeiten im Kreis C im Laufe des 29.1.2018 sicher vorhersehbar noch war die Klägerin in der Lage, die konkreten Windverhältnisse in B an der Baustelle einzuschätzen. 116

g) 117

Der Zahlungsanspruch ist nicht infolge einer Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen untergegangen. 118

Die Beklagten erklären die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch, der sich ihrer Auffassung nach in Höhe der auf die Rechnung der Klägerin Nr. #####4 (für die Leistungen der Klägerin am 16.2.2018) gezahlten 14.689,48 € ergibt. 119

aa) 120

Die Zulässigkeit der Aufrechnung scheidet nicht an Ziff. III.23 der Geschäftsbedingungen. Die Frage der Einbeziehung der Geschäftsbedingungen ist auch insoweit ohne Relevanz: 121

122

Diese Klausel sieht eine Beschränkung der Aufrechnung auf solche mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen vor. Diese Klausel ist dahin auszulegen, dass auch spruchreife Gegenforderungen unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen gleichstehen (BGH WM 1978, S. 620). Ob den Beklagten ein Schadensersatzanspruch in Gestalt der Belastung mit der Rechnung für die spätere Krangestellung zusteht, ist in diesem Sinne entscheidungsreif.

bb) 123

Den Beklagten (bzw. der A GmbH) ist jedoch mit der Bezahlung der Rechnung Nr. 124
#####4 kein Schaden entstanden, dessen Ersatz sie von der Klägerin verlangen könnten.

(1) 125

Über eine etwaige Nebenpflichtverletzung der Klägerin in Gestalt einer 126
Informationspflichtverletzung gelangen die Beklagten nicht zum Ersatz der Kosten des Einsatzes am 16.2.2018. Denn dieser Einsatz wäre auch und gerade dann notwendig geworden, wenn die Beklagten bzw. die A GmbH auf die Nichtdurchführbarkeit am 29.1.2018 rechtzeitig hingewiesen worden wäre(n) und den Einsatz daraufhin „abgesagt“ hätten.

(2) 127

Ein Schadensersatzanspruch wegen der mit dem späteren Einsatz am 16.2.2018 128
verbundenen Kosten lässt sich auch nicht damit begründen, die Klägerin habe pflichtwidrig gehandelt, indem sie die Kräne am 29.1.2018 abzogen habe, obwohl dem Einsatz die Witterungsbedingungen nicht entgegenstanden hätten.

Wie bereits dargestellt, ist die Behauptung, die Windverhältnisse hätten einem Einsatz nicht 129
entgegengestanden, jedenfalls nach der Beweisaufnahme unerheblich, weil es dafür an den erforderlichen greifbaren Anhaltspunkten fehlt. Zu Recht weist die Klägerin ferner darauf hin, dass die Beklagten vorgerichtlich selbst behauptet hatten, der Einsatz sei wegen zu starken Windes abgebrochen worden (s. Anl. 14ff. zum Schriftsatz der Klägerin vom 7.9.2022).

h) 130

Die Klägerin kann die Verzinsung der geltend gemachten Forderung seit dem 7.4.2018 gem. 131
§§ 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen, jedoch (nur) in Höhe von 5 Prozentpunkten *über dem Basiszinssatz*. Dieser Zusatz, der noch im Versäumnisurteil vom 5.6.2019 enthalten war, ist aufgrund eines offenkundigen Versehens nicht mit in den Tenor des angegriffenen Urteils aufgenommen worden.

II. (Rest-)Forderung in Höhe von 334,72 € aus der Rechnung #####4 vom 27.2.2018 132

Gegenstand der Klage ist ferner ein Restbetrag in Höhe von 334,72 € aus der Rechnung Nr. 133
#####4 wegen des Einsatzes am 16.2.2018.

Die Beklagten stellen die Berechtigung dieser Forderung nicht in Abrede, berufen sich jedoch 134
auf eine Aufrechnung mit einem Gegenanspruch in Höhe von 334,72 € (geltend gemacht wird die Berechnung von 4 Zeitstunden ihrer Monteure am 29.1.2018 durch die Streithelferin).

1. 135

136

Die Zulässigkeit der Aufrechnung scheidet, wie bereits dargelegt, nicht an Ziff. III.23 der Geschäftsbedingungen.

2. 137

Die Klägerin könnte sich im Umfang der Kosten, die den Beklagten für die Bezahlung der Monteure der Streithelferin für den Einsatz am 29.1.2018 entstanden sind, nur dann schadensersatzpflichtig gemacht haben, wenn sie infolge unzureichender Prüfung der Wetterlage bzw. Information der Beklagten darüber (oder wegen der Auswahl ungeeigneten Geräts) eine Pflicht aus dem Krangestellungsvertrag verletzt hätte. 138

Das ist aus den bereits dargelegten Gründen nicht anzunehmen. Weder oblag der Klägerin die Wetterbeobachtung für den 29.1.2018 noch war sie überhaupt in der Lage, die lokalen Windverhältnisse am Einsatzort vorherzusehen. 139

3. 140

Auch dieser Anspruch der Klägerin ist ab dem 7.4.2018 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§§ 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB) zu verzinsen. 141

III. Anspruch auf vorgerichtliche Anwaltskosten 142

Die Beklagten schulden auch die vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe der geltend gemachten 679,10 € als Verzugsschaden (§§ 280, 286 BGB). 143

Diese Kosten ergeben sich bei Ansatz einer 1,3fachen Gebühr nach einem Gegenstandswert von 8.385,07 €. Der zunächst auf Freistellung gerichtete Anspruch der Klägerin ist infolge der Zahlungsverweigerung der Beklagten in einen Zahlungsanspruch übergegangen. 144

C. 145

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. 146

Die Kostenentscheidung des Landgerichts war insoweit von Amts wegen zu korrigieren, als die Beklagten verurteilt worden sind, auch die Kosten der – ihnen beigetretenen – Streithelferin zu tragen. Die unterstützte Partei trägt jedoch nie die Kosten des ihr beigetretenen Streithelfers, weil zwischen ihnen kein Rechtsstreit begründet worden ist (Zöller/Herget, ZPO, 34. Aufl., § 101 Rn. 3). 147

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 148

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung; auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gebieten eine Befassung des Bundesgerichtshofs nicht. Die Entscheidung weicht in keinem Aspekt von bisheriger höchst- oder obergerichtlicher Judikatur ab. 149