
Datum: 30.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 4/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0130.27U4.01.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 43 O162/00
Normen: BGB § 640 a. F.
Leitsätze:

Zur stillschweigenden Abnahme einer Werkleistung trotz förmlich vereinbarter Abnahme.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 23.2.2001 verkündete Vorbehaltsurteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Aachen – 43 O162/00 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Entscheidung über die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit der Forderung auf Zahlung von Vertragsstrafe in Höhe von 9.577,54 DM, mit der Forderung auf Ersatz ihrer Aufwendungen in Höhe von 3.693,01 DM, mit der Forderung auf Schadensersatz wegen der in den Schreiben (Anlagen B 12 – B17) vom 16.3.2000, 13.4.2000, 18.4.2000, 23.5.2000 (dort zu 1. und 2.) sowie - insoweit in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils - mit der Forderung auf Schadensersatz wegen der in den Schreiben vom 11.4.2000 und vom 10.10.2000 (B 5 und B 19) gerügten Mängel vorbehalten bleibt.

Im Übrigen bleibt die Klägerin mit der Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz verbleibt es bei der Kostenentscheidung im angefochtenen Urteil.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte zu 3/4, die Klägerin zu 1/4.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe	1
Die zulässige Berufung führt nur zu einem geringen Teilerfolg durch Erweiterung des Vorbehaltes.	2
Das Landgericht war gem. § 302 ZPO berechtigt, ein Vorbehaltsurteil zu erlassen. Die Reform des § 302 ZPO durch Art. 2 IV Nr. 2 des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000, in Kraft seit dem 1.5.2000, hat durch die Streichung der Einschränkung in Abs.1 des § 302 ZPO alter Fassung die Möglichkeit des Vorbehaltsurteils auch bei konnexen Gegenforderungen geschaffen und damit die Voraussetzungen für den Erlass eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO erweitert und gelockert. Mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung ist § 302 ZPO n. F. mit Inkrafttreten der Regelung auch auf anhängige Rechtsstreite anzuwenden.	3
Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung die Forderung der Klägerin als fällig angesehen, weil die Beklagte das Werk der Klägerin abgenommen hat. Die Berufungsbegründung rechtfertigt insoweit keine Änderung der angefochtenen Entscheidung zu Gunsten der Beklagten.	4
Die Frage, ob die Klausel in IX des Vertragsentwurfes vom Vertragsinhalt erfasst ist, hat das Landgericht mit Recht dahinstehen lassen. Da es sich in diesem Fall um eine allgemeine Geschäftsbedingung handelt, gehen Zweifel bei der Auslegung der Vertragsklausel zu Lasten des Verwenders, also zu Lasten der Beklagten. Nach IX Satz 1 der Vertragsklausel hat der Auftragnehmer nach Fertigstellung seiner Leistungen eine förmliche Abnahme in Schriftform zu verlangen. Mit Recht stellt das Landgericht fest, dass der Bestimmung nicht zu entnehmen ist, dass der Auftraggeber seinerseits an einer stillschweigenden Abnahme des hergestellten Werks gehindert ist. Das gilt selbstverständlich auch für eine ausdrücklich erklärte, aber nicht förmliche Abnahme in Schriftform. Die Regelung leuchtet auch ohne weiteres ein, weil der Auftraggeber es in der Hand haben soll, nicht durch eine Fiktion oder durch eine Ingebrauchnahme eine Abnahme aufoktroiert zu bekommen, sondern entweder die Abnahme von sich aus ausdrücklich oder konkludent zu erklären oder erst auf das Verlangen nach einer förmlichen Abnahme in Schriftform durch den Auftragnehmer eingehen zu müssen. Die Regelung dient dem Schutz des Auftraggebers vor der Zurechnung einer Abnahme, die er nicht hat erklären wollen.	5
Das Landgericht hat auch mit Recht das Verhalten der Beklagten als eine stillschweigende Abnahme gewürdigt. Der Senat nimmt insoweit auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug. Die Berufungsbegründung vermag die Begründung des Landgerichts nicht zu entkräften. Es ist zwar richtig, dass der Hinweis der Beklagten in ihrem Schreiben vom 28.8.2000, die Arbeiten seien von der Klägerin erst am 4.7.2000 fertig gestellt worden, nicht	6

im Zusammenhang mit der Abnahme, sondern im Zusammenhang mit der Bauzeitverzögerung erfolgt ist. Das ändert aber nichts daran, dass die Beklagte selbst davon ausgegangen ist, dass die Klägerin ihre Arbeiten am 4.7.2000 fertig gestellt hat. Dazu passt es, dass die Beklagte der Klägerin am 10.7.2000 die Prüfung der Schlussrechnung als Konzept übermittelt hat, ohne sich auf Mängel der erbrachten Leistungen zu berufen. Es liegt auch durchaus im Rahmen der Auslegung, wenn das Landgericht darauf hinweist, dass die Beklagte in dem Schreiben vom 28.8.2000 zwar auf alle möglichen Einwendungen gegen die Restvergütungsforderung der Klägerin eingeht, Mängel der von der Klägerin erbrachten Leistungen aber nicht erwähnt. Der Hinweis der Beklagten, sie habe schon mit früheren Schreiben, zum Beispiel vom 11.4.2000, ausdrücklich Mängel gerügt, gibt zu keiner anderen Beurteilung Anlass, da das Schreiben vom 28.8.2000 i. V. m. dem vorherigen Schriftwechsel dennoch bei der Klägerin den Eindruck hervorrufen musste, es gehe nur noch um die im Schreiben vom 28.8.2000 aufgeführten Einwendungen.

Auch die Feststellung des Landgerichts, die Beklagte habe sich erstmals in ihrem Schreiben vom 10.10.2000 auf die dort gerügten Mängel berufen, entkräftet die Beklagte nicht. 7

Die Ausführungen des Landgerichts zum nicht erklärten Vorbehalt überzeugen. Der Senat stimmt ihnen zu. Die Beklagte hätte schon mit dem Telefax vom 10.7.2000 den Vorbehalt wegen der Mängel erklären müssen. Spätestens hätte dies jedoch im Schreiben vom 28.8.2000 geschehen müssen. 8

Soweit das Landgericht ausführt, die vorbehaltlose Abnahme lasse Ansprüche des Auftraggebers aus § 13 Nr. 7 VOB/B unangetastet, jedoch habe die Beklagte die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs nicht dargetan, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Auch ein optischer Mangel kann ein wesentlicher Mangel i. S. des § 13 Nr. 7 VOB sein (Ingenstau/Korbion, VOB, 14.Aufl., § 13 Rz. 692 ; OLG Düsseldorf, BauR 1996,713). Der Mangel kann sich auf die Wertschätzung bei der Veräußerung oder Vermietung des Gebäudes auswirken und damit zu einer Minderbewertung des Gebäudes bei seiner Veräußerung oder Vermietung führen. Es handelt sich um den sogenannten merkantilen Minderwert, der von § 13 Nr. 7 VOB umfasst wird (Beck'scher VOB-Kommentar, 1997, § 13 Nr. 7 Rz. 55). In der Klageerwidern hat die Beklagte vorgetragen, das Steinmaterial sei durch Schneidarbeiten und Verschmutzungen beim Verfugen massiv verunreinigt. Die Klägerin habe Steine eingebaut, die von einer Zementschlemme überzogen seien. Sie hat hierzu in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Originalfotos vorgelegt, die sie in Ablichtung bereits in erster Instanz zu den Akten gereicht hat. Durch die Originalfotos wird der Vortrag der Klägerin anschaulich belegt. Die Mängel wertet der Senat anhand der vorgelegten Fotos als eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des § 13 Nr. 7 VOB. Der im angefochtenen Urteil ausgesprochene Vorbehalt wegen der von der Beklagten erklärten Aufrechnung ist daher um den Schadensersatzanspruch wegen der optischen Mängel zu erweitern. 9

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92,708 Nr. 10 ZPO. Die Erweiterung des Vorbehaltes stellt einen Teilerfolg der Berufung dar. 10

Streitwert des Berufungsverfahrens: 24.533,33 DM. 11

Beschwer für beide Parteien unter 60.000,00 DM. 12
