Oberlandesgericht Köln, 3 U 141/00

Datum:	17.12.2002
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	3. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	3 U 141/00
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2002:1217.3U141.00.00

Vorinstanz:	Landgericht Aachen, 1 O 378/97

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers wird das am 20. Juni 2000 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 1 0 378/97 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folg neu gefasst: Die Klage wird abgewiesen mit der Maßgabe, dass Gegenforderungen der Beklagten betreffend die vom Kläger an ihrem Bauvorhaben L. in T. durchgeführten Putzerarbeiten nicht durch Aufrechnung erloschen sind.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

T a t b e s t a n d : 1

Der Kläger macht gegen die Beklagten Ansprüche auf Zahlung von Restwerklohn für Putzerarbeiten geltend, die er im Jahre 1995 im Bauvorhaben der Beklagten L. in T. durchführte. Unter dem 22. Juni 1995 rechnete er die Arbeiten ab, und zwar mit Rechnung Nr. 27 an die Beklagte zu 1) über 21.586,11 DM, mit Rechnung Nr. 28 an den Beklagten zu 2) über 18.783,93 DM und mit Rechnung Nr. 32 an den Beklagten zu 2) über 44.689,11 DM. Nach Seitens der Beklagten erbrachten Zahlungen und von ihnen akzeptierten 2

Rechnungskürzungen hat der Kläger von der Beklagten zu 1) noch Zahlung von 18.288,79 DM und von dem Beklagten zu 2) Zahlung von 21.869,84 DM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagten haben die Klageforderung der Höhe nach bekämpft, Mängel behauptet und die Aufrechnung mit Ansprüchen auf Minderung, Kostenvorschuss und Kostenerstattung für Mängelbeseitigung sowie Schadensersatz erklärt.

Durch Urteil vom 20. Juni 2000 (Bl. 423 ff. d.A.), auf das vollinhaltlich Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, aus der Rechnung Nr. 27 verbleibe, wenn der Kläger den von der Beklagten zu 1) bestrittenen, von ihm mit 1.425,09 DM netto abgerechneten Vorstrich erbracht habe, noch ein Betrag von brutto 1.807,85 DM offen. Dieser sei durch Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Mängel am Innendeckenputz untergegangen. Die Restforderungen gegen den Beklagten zu 2) aus den Rechnungen Nr. 28 und 32 in Höhe von insgesamt 10.304,-- DM seien durch Aufrechnung mit einem diese Restforderung übersteigenden Schadensersatzanspruch untergegangen, da im Zusammenhang mit den erforderlichen Nachbesserungsarbeiten an den Fensteröffnungen wegen des ausbrechenden Putzes ein Neuanstrich des gesamten Objekts erforderlich sei. 3

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Kläger hat seinen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 1) in Höhe von 11.015,88 DM und gegen den Beklagten zu 2) in Höhe von 12.774,96 DM nebst Zinsen weiter verfolgt. 4

Die Beklagten haben weiterhin Klageabweisung begehrt und gerügt, das Landgericht habe fälschlich offen gelassen, ob der Kläger den Vorstrich gemäß Position 4 der Rechnung Nr. 27 zum Preise von 1.638,85 DM brutto erbracht habe. Da dies nicht der Fall sei, sei die Gegenforderung der Beklagten zu 1) auch nicht durch Aufrechnung erloschen. Ferner hat der Beklagte zu 2) beanstandet, dass sich aus der Rechnung Nr. 32 entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht ein Restwerklohnanspruch von 5.872,76 DM, sondern allenfalls in Höhe von 3.679,83 DM ergebe. Insofern sei auch der Beklagte zu 2) wegen Verbrauchs seiner zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen beschwert. Insgesamt haben die Beklagten Kostenvorschussansprüche in Höhe von 55.770,67 DM, einen Kostenerstattungsanspruch in Höhe von 4.168,78 DM und einen verbleibenden Schadensersatzanspruch in Höhe von 133,86 DM zur Aufrechnung gestellt und den Werklohn in Höhe von 2.934,49 DM gemindert. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung der Beklagten vom 25. September 2000 (Bl. 490 ff. d.A.) und den Schriftsatz vom 22. Dezember 2000 (Bl. 507 ff. d.A.) Bezug genommen. 5

Durch Urteil vom 23. Februar 2001 (Bl. 543 ff. d.A.), auf das vollinhaltlich Bezug genommen wird, hat der Senat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Revision eingelegt. Durch Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 148/01 - (Bl. 589 ff. d.A.) hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Senats im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 20. Juni 2000 als unzulässig verworfen worden ist. In diesem Umfang hat er die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den Senat zurückverwiesen. 6

Die Beklagten meinen, ihre Verteidigung mit Kostenvorschuss-, Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüchen sei als Aufrechnung zu werten. Der Beklagte zu 2) behauptet, er habe inzwischen die Mängel an einem Teil des Sockelbereichs (Position 5 der Gegenforderungen) zum Preise von 3.084,45 DM beseitigen lassen. 7

8

Die Beklagten beantragen,

das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen. 9

Der Kläger beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen. 11

Im Wege der Anschlussberufung beantragt er, 12

das Urteil des Landgerichts insoweit abzuändern, als es von einer Aufrechnung mit Gegenforderungen ausgegangen ist. 13

Er meint, die beiderseitigen Ansprüche seien zu verrechnen. Im übrigen sei hinsichtlich der Kosten für einen neuen Außenanstrich zu berücksichtigen, dass sich der vorhandene Anstrich um mindestens 50 % abgenutzt habe; die Beklagten zögerten die Nachbesserung hinaus, um auf diese Weise nach Jahren einen neuen Außenanstrich zu bekommen. Nach Treu und Glauben sei die längere Lebensdauer zu berücksichtigen, so dass der Anspruch entsprechend zu kürzen sei. 14

Die Beklagten beantragen, 15

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 16

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst den überreichten Urkunden Bezug genommen. 17

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 18

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 13.12.2001 (Bl. 591 ff. d.A.) Bezug genommen. 19

Auch die nach Zurückverweisung der Sache durch den Bundesgerichtshof eingelegte Anschlussberufung des Klägers, mit der er eine Abänderung des Urteils des Landgerichts insoweit erstrebt, als dieses von einer Aufrechnung mit Gegenforderungen ausgegangen ist, ist zulässig (vgl. BGH MDR 63, 205 f.). Eine Beschwer des Klägers ist insoweit nicht erforderlich. Die Anschlussberufung zielt auch nicht lediglich auf eine Änderung der Urteilsgründe ab, was unzulässig wäre (vgl. Zöller – Gummer, ZPO, 22. Aufl. § 521 Rdnr. 21). Vielmehr will der Kläger verhindern, dass das Urteil des Landgerichts bezüglich der von den Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderungen in Rechtskraft (§ 322 Abs. 2 ZPO) erwächst. 20

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussbegründung des Klägers haben auch im erkannten Umfang Erfolg; denn die dem Kläger zustehenden Werklohnansprüche sind nicht durch Aufrechnung mit Gegenansprüchen, untergegangen; vielmehr sind die beiderseitigen Ansprüche zu verrechnen mit dem Ergebnis, dass dem Kläger keine überschießenden Ansprüche zustehen, und die Klage deshalb abzuweisen war. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht dieser Beurteilung nicht entgegen. 21

Bei den von den Beklagten geltend gemachten Gegenansprüchen –rechten (Nummerierung im Folgenden entsprechend der Aufstellung der Beklagten in der Berufungsbegründung vom 25.09.2000 Bl. 495 ff. und dem Schriftsatz vom 22.12.2000 Bl. 514 ff. der Akte) handelt es 22

sich hinsichtlich der Ziffern 1-4 a, 4 c, 5 im Umfang von 755,55 DM, 6 und 7 um Ansprüche auf Kostenvorschuss nach § 633 Abs. 3 BGB, bezüglich der Ziffer 4 b und Ziffer 5 im Umfang von 3.084,55 DM um Ansprüche auf Kostenerstattung nach § 633 Abs. 3 BGB, bezüglich der Ziffern 8 und 9 um Minderung gemäß § 634 Abs. 1 BGB und bezüglich der Ziffern 10 und 11 um Schadensersatzansprüche gem. § 635 BGB.

Hinsichtlich der Minderung kommt eine Aufrechnung von vornherein nicht in Betracht. Vielmehr ist der Werklohn gem. §§ 634 Abs. 4, 472 BGB in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit der Abnahme der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde (vgl. Palandt – Sprau, BGB 60. Aufl. § 634 Rdnr. 8). 23

Was die Schadensersatzansprüche anbetrifft, ist nach der Differenztheorie, der die wohl herrschende Meinung folgt, von einem einheitlichen Schuldverhältnis auszugehen, das sich allein auf einen Zahlungsanspruch derjenigen Vertragspartei, die nach Abrechnung aller Aktiv- und Passivposten noch etwas zu fordern hat, konzentriert. Schadensersatzansprüche stellen dabei bloße Rechnungsposten dar. Es handelt sich demnach um eine Verrechnung und nicht um eine Aufrechnung im Sinne der §§ 387 ff. BGB (BGH und OLG Naumburg BauR 01, 1615 ff.; BGH NJW 92, 317 f; OLG Düsseldorf BauR 84, 308; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl. Rdnr. 2576 f.; Siegburg, Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag, 4. Aufl., Rdnr. 1170, 2960 f., 3075). 24

Demgegenüber ist in Rechsprechung und Literatur streitig, ob es sich um eine Verrechnung oder eine Aufrechnung handelt, wenn der Auftraggeber dem Vergütungsanspruch des Auftragnehmers Kostenvorschuss- oder Kostenerstattungsansprüche entgegen hält. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Bauherr den Anspruch ausdrücklich zur Aufrechnung gestellt hat. Entscheidend ist, wie die Einwendung rechtlich zu bewerten ist. Die wohl noch herrschende Meinung geht davon aus, dass der Kostenvorschussanspruch nur durch Aufrechnung geltend gemacht werden kann. Der BGH hat in seinem grundlegenden Urteil vom 13.07.70 (NJW 70, 2019) entschieden, dass der Auftraggeber mit einem Vorschussanspruch gegenüber der Werklohnforderung aufrechnen kann. Dabei ist allerdings die Frage, ob tatsächlich eine Aufrechnung oder eine Abrechnung vorliegt, nicht problematisiert worden (siehe auch BGH Baurecht 89, 199 f.). Auch in der Kommentarliteratur heißt es, dass der Kostenvorschuss- und Erstattungsanspruch im Wege der Aufrechnung geltend zu machen sei. Zugleich wird aber dort auch die Auffassung vertreten, ein Kostenvorschussanspruch, der aus Gründen der Billigkeit zu gewähren sei, weil dem Bauherrn nicht zuzumuten sei, die Mängelbeseitigungskosten aus der eigenen Tasche vorzuschießen, entfalle, wenn er sich die Mittel dazu durch Einbehaltung der Vergütung des Auftragnehmers verschaffen könne (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB 14. Auflage, B § 13 Rdnr. 557, 573 und 582; Werner/Pastor, a.a.O., Rdnr. 1589; Heiermeier/Riedl/Rusam, VOB, 9. Auflage, B § 13 Rdnr. 159; Kohler in Beckscher VOB – Kommentar B § 13 Nr. 5 Rdnr. 129; Kohler Baurecht 92, 22 ff.; LG Köln BauR 73, 114; OLG Karlsruhe Justiz 83, 386 f. und BGH NJW 2000, 1403 ff. (1405)). 25

Nach anderer Auffassung sind Vergütungsansprüche und Kostenvorschuss–bzw. Kostenerstattungsansprüche hingegen zu verrechnen (OLG Düsseldorf BauR 01, 262 für den Kostenerstattungsanspruch und OLG München MDR 87, 670 für den Kostenvorschussanspruch). Zur Begründung führt das OLG München an, der Mängelbeseitigungsanspruch sei ein modifizierter Erfüllungsanspruch; er gehe auf Mängelbeseitigung in der Form der Selbstbeseitigung auf Kosten des Herstellers, der damit in Verzug sei. Der dazu von der Rechtsprechung entwickelte Vorschussanspruch solle verhindern, dass der Besteller sich zusätzliche Mittel für Aufwendungen beschaffen müsste, 26

die im Ergebnis der Auftragnehmer zur Herstellung des von ihm dem Besteller geschuldeten mangelfreien Werkes aufzubringen hätte. Schon daraus folge, dass sich Werklohnanspruch und Kostenvorschussanspruch nicht als selbständige Gegenforderungen, sondern als Verrechnungsposten eines einheitlichen, auf Herstellung des Werkes gegen Werklohn gerichteten Vertrages gegenüber stünden. Es würde der Interessenlage der Partei nicht gerecht, den Werklohnanspruch, der für die Herstellung eines mangelfreien Werkes zu zahlen sei, gegenüber dem Kostenvorschussanspruch, der im Rahmen der Selbstbeseitigung der Mängel des geschuldeten Werkes geltend gemacht werde, dergestalt voneinander zu trennen, dass sie nur im Wege der - in AGB nicht selten zulässig eingeschränkten oder verbotenen – Aufrechnung gegeneinander gestellt werden könnten. Der Senat schließt sich diesen überzeugenden Ausführungen an. Es ist in der Tat nicht einzusehen, aus welchen Gründen Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB nur Abrechnungs- und nicht Aufrechnungsposten sein sollten, während der mit der Mängelbeseitigung, d.h. mit der Erfüllung der Verbindlichkeit, für die Werklohn gefordert wird, viel enger verbundene Kostenvorschussanspruch aus § 633 Abs. 3 BGB lediglich durch Aufrechnung geltend gemacht werden könnte. Auch der Umstand, dass der Auftraggeber über den Kostenvorschuss – abweichend vom Schadensersatz – nach Durchführung der Ersatzvornahme abzurechnen und den etwa nicht verbrauchten Betrag an den Unternehmer auszukehren hat, spricht nicht gegen die Annahme einer Verrechnung.

Der Senat hält daher daran fest, dass die Geltendmachung der auf Kostenvorschuss, Kostenerstattung und Schadensersatz gerichteten Gegenansprüche der Beklagten, auch wenn sie diese ausdrücklich zur Aufrechnung gestellt haben, rechtlich als Verrechnung unselbständiger Rechnungsposten und nicht als Aufrechnung zu werten ist. Daraus folgt, dass die Werklohnansprüche des Klägers nicht hinsichtlich sämtlicher Positionen vollständig aufgeklärt werden müssen, wenn sie – ihre Berechtigung unterstellt – auf jeden Fall niedriger sind als die ihnen entgegen gehaltenen Ansprüche der Beklagten aus §§ 633 ff. BGB. Da hierüber keine rechtskraftfähige Entscheidung im Sinne von § 322 Abs. 2 ZPO ergehen kann, braucht bei der Prüfung ihre Begründetheit auch keine bestimmte Reihenfolge eingehalten zu werden. Es kann daher offen bleiben, ob der Voranstrich im Betrage von 1.638,85 DM brutto – Position 4 der Rechnung Nr. 27 erbracht, ein Farbzuschlag für den Aussenputz vereinbart worden ist – Position 10 der Rechnung Nr. 27 und Position 1 Aussenputz Geschäftslokale sowie Position 1 Restaurant und Zwischentrakt der Rechnung Nr. 32 -, welcher Preis für den Aussendeckenputz gilt – Position 11 der Rechnung Nr. 27 – und ob Distanet ausgeführt werden sollte – Position 19 Rechnung Nr. 27 und Position 7 der Rechnung Nr. 32 -. Selbst wenn diese streitigen Positionen zugunsten des Klägers berücksichtigt werden, übersteigen die berechtigten Gegenansprüche der Beklagten wegen Mängeln der Putzarbeiten die restlichen Werklohnforderungen des Klägers. Da hierüber keine der Rechtskraft fähige Entscheidung ergeht, ist der Senat auch nicht gehindert, einzelne hohe Gegenpositionen ohne Rücksicht auf die von den Beklagten aufgeführte Reihenfolge herauszugreifen. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf seine Ausführungen im Urteil vom 23.02.01 (Bl. 544 R – 549 R d.A.), an denen er weiterhin festhält. Der Senat wäre zwar grundsätzlich nicht gehindert, einzelne Positionen im Rahmen der Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche anders als in dem genannten Urteil zu beurteilen; denn nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.12.2001 steht nur rechtskräftig fest, dass dem Kläger keine Werklohnansprüche mehr gegen die Beklagten zustehen. Eine Bindungswirkung hinsichtlich der einzelnen unselbständigen Rechnungsposten geht damit nicht einher. Die Einwendungen des Klägers zu Ziffer 6 der Gegenforderungen – Neuanstrich der Fassade – geben dem Senat aber keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Der Kläger macht insoweit geltend, dass sich der vorhandene Anstrich um mindestens 50% abgenutzt habe; die Beklagten zögerten die Nachbesserung hinaus, um auf diese Weise

27

nach Jahren einen neuen Außenanstrich zu bekommen; nach Treu und Glauben sei die längere Lebensdauer des Neuanstrichs zu berücksichtigen, so dass der Anspruch entsprechend zu kürzen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Kürzung kommt nicht in Betracht, wenn die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Auftragnehmer darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Eine Kürzung des Ersatzanspruchs ist ausnahmsweise nur dann vorzunehmen, wenn sich die Mängel erst verhältnismäßig spät oder noch gar nicht ausgewirkt haben und der Auftraggeber keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (Ingenstau/Korbion a.a.O. Rdnr. 828; OLG Köln, Urteil vom 28.09.2000 – 7 U 79/99 – (Seite 18 f)). Im vorliegenden Fall waren die Putzarbeiten von Anfang an – auch in optischer Hinsicht – mangelhaft. Mag auch der Anstrich selbst, der nicht zum Gewerk des Klägers gehörte, in Ordnung gewesen sein, so haben die Beklagten jahrelang die Mängel hinnehmen müssen. Der Vorteil, dass die Beklagten nach Beseitigung der Putzmängel auch einen neuen Anstrich erhalten und sich damit die turnusmäßige Erneuerung des Anstrichs hinauszögert, darf daher nicht dem Kläger zugute kommen. Die Kosten des Außenanstrichs sind daher in voller Höhe zu berücksichtigen.

Von der Zulassung der Revision sieht der Senat ab. Zwar liegen an sich im Hinblick auf die uneinheitliche Rechtsprechung zu der Frage, ob die Geltendmachung von auf Kostenvorschuss, Kostenerstattung und (kleinen) Schadensersatz gerichteten Gegenforderungen gegenüber einer Werklohnforderung als Verrechnung unselbstständiger Rechnungsposten oder als Aufrechnung zu werten ist, die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vor. Auch nach der Zivilprozessrechtsreform ist die Revision aber nur dann zulässig, wenn der Rechtsmittelkläger durch das anzufechtende Urteil beschwert ist. Eine Partei, die durch den rechtskraftfähigen Inhalt des Berufungsurteils nicht belastet ist, kann daher nicht Revision einlegen mit dem Ziel, nur eine andere Begründung zu erhalten (vgl. Zöller-Gummer, ZPO 23. Aufl., § 543 Rdnr. 6 und Vor 511 Rdnr. 10; s. zur Maßgeblichkeit des Beschwerdegegenstands auch BGH NJW 02, 2720). An der erforderlichen Beschwer fehlt es hier. Die Beschwer der Beklagten, die darin gelegen hätte, dass die von ihnen zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche nach dem landgerichtlichen Urteil rechtskräftig verbraucht gewesen wären, hat der Senat nunmehr beseitigt. 28

Auch der Kläger ist nicht beschwert, da der Senat seinem mit der Anschlussberufung verfolgten Ziel Rechnung getragen hat. 29

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, Abs. 2 ZPO. 30

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 31

Streitwert für das Berufungsverfahren: 32

Berufung des Klägers: 23.790,84 DM 33

Berufung der Beklagten: 7.663,56 DM 34

insgesamt 31.454,40 DM = 16.082,38 € 35

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE