
Datum: 28.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 34/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1028.11U34.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 12 O 95/08

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn vom 29.1.2009 (12 O 95/08) teilweise abgeändert und die die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin zu zahlen:

a) 3.274, 96 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.3.2009,

b) 500,-- € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweili-gen Basiszinssatz seit dem 12.1.2009,

c) 900,-- € Zug um Zug gegen Erstellung ordnungsgemäßer Prüfprotokolle be-treffend beide Haushälften in C. gemäß dem Sachverständigengutachten D. vom 9.1.2009,

d) 100,-- € (ohne Zinsen) Zug um Zug gegen Vornahme der in Ziffer 4) und 5) der „Abnahmebescheinigung“ der Eheleute L. vom 29.1.2008 angegebenen Arbeiten (Verteilerdose bzw. Anschlussdosen),

e) 273,-- € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.4.2008.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 40 % und die Beklagte zu 60 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 15 % und die Be-klagte zu 85 %

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

(Von der Darstellung des Tatbestandes wird abgesehen, §§ 540 Abs. 2, 313 a ZPO.)

Gründe

I.

Mit der Berufung hat die Beklagte zunächst eine Abänderung des angegriffenen Urteils dahingehend beantragt, dass sie nur zur Zahlung von 5.452,05 € Zug um Zug gegen Erstellung ordnungsgemäßer Prüfprotokolle gemäß Ziffer 1. c) des Urteilstenors, gegen Vornahme der in der Abnahmebescheinigung der Eheleute L. angegebenen Arbeiten gemäß Ziffer 1. d) des Urteilstenors, gegen Austausch der Schalter und Steckdosen in beiden Bauvorhaben (L. und E.) gegen solche der Marke "F." und gegen Verlegung des Elektroschalters in der Waschküche auf die andere Seite der Eingangstür verurteilt wird. In der mündlichen Verhandlung hat sie mit einem angeblichen Schadensersatzanspruch in Höhe von 284,--€ wegen der Auswechselung der Kellertür aufgerechnet und beantragt, nur zur Zahlung von 5.168,05 € Zug um Zug gegen die angeführten Leistungen verurteilt zu werden. Im einzelnen wendet sie sich gegen das Urteil des Landgerichts in folgenden Punkten:

1. Die Beklagte will den Sicherheitsbehalt und die sonstigen Abzüge nach der Bruttoauftragssumme berechnen und kommt daher auf eine Reduzierung der rechnerischen Restforderung von 5.814,96 € auf 5.652,05 € entsprechend der Klageerwiderung abzüglich der unstreitigen Minderung von 200,-- € (für Brennstellen) auf 5.452,05 €

2. Das Zurückbehaltungsrecht wegen des fehlenden Verschlusses von Elektroverteilerdose und Anschlussdosen in der Wohnung L. ("Abnahmebescheinigung" vom 29.10.2008) bestehe in Höhe von 450,-- € anstatt von 100,-- €.

3. Sie habe ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Auswechselung des Schalterprogramms von M. auf F. in Höhe von 6.000,-- €, hilfsweise könne sie eine Minderung in Höhe von 840,-- € geltend machen.

3. Wegen der Schalterverlegung in der Waschküche L. stehe ihr ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 1.437,30 € zu.

1

2

3

4

5

6

7

8

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg.	9
1.	10
Das Landgericht hat den Sicherheitseinbehalt zu Recht nach der Nettorechnungssumme berechnet. In dem Bauvertrag vom 25.3.2007 ist zwar eine Abrechnung nach der Bruttosumme vorgesehen. Dieser Vertrag sieht aber insgesamt eine Bruttoabrechnung vor. Unstreitig ist der Vertrag jedoch ohne Umsatzsteuer abgerechnet worden. Dies entspricht § 13 b Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 2 UStG, durch den der Auftragnehmer unter den dortigen Voraussetzungen zum Steuerschuldner wird (vgl. Werner/Pastor, Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1276; Messerschmidt in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2. Aufl. § 16 VOB/B Rdn. 60; Theurer, BauR 2006, 7; Schlosser-Zeuner in: Bunjes/Geist, UStG, 9. Aufl., § 13 b Rdn. 21). Fehlt es an einer abweichenden Vereinbarung, so ist in diesem Falle auch der Sicherheitseinbehalt nach der Nettorechnungssumme zu berechnen und von dieser in Abzug zu bringen (Werner/Pastor a.a.O.; Döhler, BauR 2006, 14, 15 ff.; Theurer, BauR 2006, 7, 8 ff.; wohl auch Thierau in: Kapellmann/Messerschmidt § 17 VOB/B Rdn. 87 i.V.m. Rdn. 203; a.A. Groß BauR 2005, 1084; Jousen in: Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., B § 17 Nr. 1 Rdn. 35 und § 17 Nr. 6 Rdn. 9). Dies ist durch den in der hier schon einschlägigen Fassung der VOB 2006 eingefügten § 17 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B überdies klargestellt worden (dazu Thierau in: Kapellmann/Messerschmidt § 17 VOB/B Rdn. 203; abw. Jousen in: Ingenstau/Korbion B § 17 Nr. 6 Rdn. 9). Soweit in dem Vertrag der Parteien der Bruttopreis als Abrechnungsbasis vereinbart war, geschah dies ersichtlich im Hinblick auf eine Gesamtabrechnung auf Bruttobasis. Wenn die Parteien in einem solchen Fall – wie hier – nachträglich übereinstimmend zu der in § 13 b UStG gesetzlich vorgeschriebenen Nettoabrechnung übergehen, so ist die Vereinbarung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessenlage (§§ 157, 242 BGB) ergänzend dahin auszulegen, dass auch der Sicherheitseinbehalt von der Nettosumme zu berechnen und von dieser abzuziehen ist (in diesem Sinne bereits Senat Beschl. v. 30.1.2006 – 11 U 130/05 - in einem gleich gelagerten Fall). Der Auftraggeber wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Wenn er den Werklohn später wegen Werkmängeln in Höhe der Sicherungseinbehaltes im Wege der Minderung oder des Schadensersatzes reduzieren kann, so führt dies zu einer Änderung der Bemessungsgrundlage mit einer entsprechenden Minderung des Steuerbetrages, der insoweit vom steuerrechtlich berufenen Auftraggeber zu berichtigen ist (§ 17 Abs. 1 S. 1 und 5, Abs. 2 Nr. 1 UStG; vgl. näher Theurer, BauR 2006, 7, 13; Schlosser-Zeuner a.a.O. § 17 Rdn. 17). Diese Auslegung ist erst recht berechtigt, wenn man berücksichtigt, dass es sich bei dem Bauvertrag um einen von der Beklagten gestellten Formularvertrag handelt (§ 305 c Abs. 2 BGB; vgl. Theurer BauR 2006, 8, 11 f.). Ist danach im Wege der ergänzenden Auslegung davon auszugehen, dass die Parteien eine Berechnung auf Nettobasis vereinbart hätten, so gilt dies auch für die sonstigen Abzüge.	11
2.	12
Den Wert des Zurückbehaltungsrechts wegen der in der Abnahmebescheinigung der Eheleute L. vom 29.10.2008 aufgeführten Elektroarbeiten (Ziffer 1. d) des Urteilstenors) hat das Landgericht im Rahmen des richterlichen Schätzungsermessens nach § 287 ZPO fehlerfrei mit 100,-- € (einschließlich Druckzuschlag) veranschlagt. Die Berufung zeigt keine Gründe auf, hiervon abzuweichen, zumal die Klägerin eine Bestätigung der Eheleute L. vom 21.9.2009 vorgelegt hat, dass die Arbeiten durchgeführt worden seien (was andererseits allerdings nicht zum Wegfall des Zug-um-Zug-Vorbehaltes führen konnte, weil die Klägerin keine Anschlussberufung eingelegt hat.)	13

Ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Austauschs des Schalterprogramms hat das Landgericht ebenfalls zu Recht verneint. Zwar stellt es einen Werkmangel im Sinne der §§ 633 BGB, 13 Nr. 1 VOB/B dar, dass die Klägerin anstelle des Programms der Marke F., das in der in den Vertrag einbezogenen Leistungsbeschreibung vorgesehen war, ein Programm der Marke M. eingebaut hat. Dem Nachbesserungsverlangen steht jedoch der Einwand der Unverhältnismäßigkeit entgegen (§§ 635 Abs. 3 BGB, 13 Nr. 6 VOB/B). Dieser Einwand ist dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (etwa BGH BauR 2009, 1151 = NJW 2009, 2123; BauR 2008, 1140; Werner/Pastor Rdn. 1574 ff.). Das ist hier der Fall. Wie das Landgericht auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen D. überzeugend und nach § 529 ZPO bindend festgestellt hat, ist das Programm M. gegenüber dem vereinbarten Programm qualitätsmäßig gleichwertig. Die Erwerber waren und sind nach den zweifelsfreien Aussagen der Zeugen L. und E. mit dem eingebauten Schalterprogramm M. einverstanden und wollen keinen Austausch. Der Einwand der Berufung, die Ehefrauen der Zeugen als Miterwerberinnen hätte sich noch nicht dazu erklärt, ist unbegründet, weil sich aus den Zeugenaussagen ohne weiteres und zweifelfrei ergibt, dass die Ehefrauen derselben Ansicht sind wie die Zeugen. Ein Austausch ist von den Erwerbern auch nicht verlangt worden. In Anbetracht dessen scheidet ein Nachbesserungsrecht der Beklagten wegen Unverhältnismäßigkeit aus, zumal die Festlegung auf die Marke F. in der aus dem Vertrag der Beklagten mit den Erwerbern übernommenen Leistungsbeschreibung in erster Linie bezweckte, den Vertragsstandard im Verhältnis der Beklagten zu den Erwerbern festzuschreiben.

Der Beklagten steht daher nur ein Minderungsrecht (§§ 638 BGB, 13 Nr. 6 VOB/B) in der von der Klägerin unstreitig gestellten Höhe von 840,-- € zu. Insoweit ist die Berufung mit der Folge begründet, dass sich die Urteilssumme gemäß 1. a) des Urteilstenors auf 3.274, 96 € verringert. Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung eingewandt hat, sie könne in der doppelten Höhe mindern, da sich die in der Berufungsbegründung geltend gemachten Kosten nur auf ein Haus bezögen, bleibt die Berufung indes ohne Erfolg. Diese Behauptung hat die Beklagten weder erstinstanzlich noch in der Berufungsbegründung aufgestellt, so dass sie sowohl nach § 531 Abs. 1 ZPO als auch nach §§ 530, 296 ZPO verspätet ist und – da die Beklagte die Verspätung nicht entschuldigt hat – prozessual keine Berücksichtigung finden kann.

Unbegründet ist die Berufung auch im Hinblick auf die Kosten für die Verlegung des Schalters im Keller. Hierzu wendet die Beklagte ein, der Fehler liege nicht – wie das Landgericht im Anschluss an den Zeugen L. meine - in der Anbringung der mittleren Tür, die nach außen zum Flur hin und nicht nach innen zum Kellerraum (Waschküche) zu öffnen ist. Die Klägerin habe den Schalter nämlich nicht wie im Bauplan vorgesehen im Keller links neben der Türöffnung eingebaut, sondern auf der falschen Seite. Der Architekt, der Zeuge A., habe dies erst bei der Anlieferung der Tür festgestellt und daher den Einbau der Tür in der Weise angeordnet, dass diese zum Flur hin geöffnet werde, damit der Schalter im Keller frei zugänglich ist. Die Klägerin behauptet demgegenüber, die Erwerber L. hätten in der Rohbauphase bei einer gemeinsamen Besprechung mit dem Zeugen A. und dem Geschäftsführer der Klägerin beschlossen, dass der Schalter rechts neben der Tür angebracht werden sollte. Zu einer von den Bauplänen abweichenden Bestimmung des

Schalterortes waren die Erwerber berechtigt (vgl. Baubeschreibung 12. "Elektroarbeiten" a.E.). Wenn dies so war, so hat die Klägerin mangelfrei gearbeitet .

Darauf kommt es aber nicht an. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Verlegung des Elektroschalters in der Waschküche steht der Beklagten schon deshalb nicht zu, weil die Erwerber L. eine solche Verlegung nicht wollen, so dass ein Nachbesserungsanspruch infolge Unmöglichkeit der Leistungserfüllung entfällt (§ 275 BGB). Das ergibt sich der Aussage des Zeugen L. Dieser hat bei seiner Vernehmung durch das Landgericht bekundet, dass nicht die Stellung des Lichtschalters das Problem sei, dieses bestehe vielmehr darin, dass die Tür in die falsche Richtung aufgehe. Der Zeugenaussage ist insgesamt zu entnehmen, dass die Eheleute L. mit einer Verlegung des Schalters nicht einverstanden sind. 19

Die von der Beklagten erstmals in der mündlichen Berufungsverhandlung erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Verlegung der Waschküchentür in Höhe von 284,-- € greift nicht durch. Dabei mag dahinstehen, ob diese Kosten durch den möglichen Mangel, die Verlegung des Schalters auf der falschen Wand, überhaupt adäquat kausal bedingt und damit ein ersatzfähiger Mangelfolgeschaden sein könnten oder ob der Fehler beim Architekten liegt, weil er anstelle der eingebauten Tür noch rechtzeitig eine andere Tür hätte bestellen können. Die Aufrechnung ist jedenfalls nach § 533 ZPO verspätet. Weder hat die Klägerin in die Aufrechnung eingewilligt, noch wäre deren Zulassung sachdienlich, da dies eine umfangreiche Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung zur Folge hätte und die Beklagte für die verspätete Erklärung der Aufrechnung in der mündlichen Verhandlung keine Entschuldigung vorgebracht hat (§ 533 Nr. 1 ZPO). Außerdem kann die Aufrechnung nicht auf Tatsachen gestützt werden, die nach § 529 ZPO ohnehin zugrunde gelegt werden müssten (§ 533 Nr. 2 ZPO). 20

III. 21

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 22

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. 23

Berufungsstreitwert: 5.452,05 € 24