
Datum: 04.03.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 42/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0304.17U42.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 87 O 247/01

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10. Dezember 2002 verkündete Urteil des LG Köln - 87 O 247/01 - unter Zurückweisung im übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 47.133,76 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2001 zu zahlen.

Hinsichtlich der Kosten für die I. Instanz verbleibt es bei der vom Landgericht im angefochtenen Urteil getroffenen Kostenentscheidung.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 4 % und die Beklagte zu 96 %.

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

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die restliche Vergütung aus einem Bauvorhaben; die Beklagte rechnet hiergegen mit verschiedenen Gegenansprüchen auf. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens und der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat die Klage weitestgehend zugesprochen und das Bestehen von Gegenansprüchen verneint.

Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte zum einen dagegen, dass das Landgericht der Klägerin für Regiestunden 12.755,00 DM = 6.521,53 € zuerkannt hat. Zum anderen hält sie daran fest, Schadenersatzansprüche wegen des zeitlich nicht eingehaltenen, nach ihrer Ansicht verbindlich geänderten Montageablaufplans i.H.v. 34.800,00 DM = 17.792,95 € zu haben. Schließlich hat sie mit der Berufung die Mängelbeseitigungskosten, die ihr von der Firma T. in Rechnung gestellt wurden, i.H.v. 21.500,00 € zur Aufrechnung gestellt sowie eine Pauschale von 12 % hierauf als Aufwendungsersatz (2.580,00 €). Mit Schriftsatz vom 16. Juni 2004 (Bl. 443 GA) hat die Beklagte den zur Aufrechnung gestellten Betrag hinsichtlich der Kosten der Firma T. und des pauschalen 12 %igen Zuschlags auf insgesamt 938,33 € reduziert, ohne ihren Antrag aufgrund des Hinweises des Senates entsprechend anzupassen.

Zu den Regiestunden ist die Beklagte nach wie vor der Ansicht, die Klägerin habe Entsprechendes nicht ausreichend substantiiert dargelegt. Eine Vereinbarung sei diesbezüglich nicht getroffen worden, auch nicht der Höhe nach. Wegen des Montageablaufplans bleibe sie dabei, dass der Fertigstellungstermin um circa 3 Monate verbindlich vorgezogen worden sei. Das sei der einzige Sinn seiner Aufstellung gewesen.

Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 10. Dezember 2002 – 87 O 247/01 – die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist auf ihren erstinstanzlichen Vortrag. Hinsichtlich der Regiestunden sei es so gewesen, dass das Gerüst zu weit vom Gebäude entfernt gestanden habe. Solches habe die Beklagte zunächst überprüfen müssen, so dass sie ihre Mitwirkungspflicht vor Abruf der Leistung verletzt habe. Die Stunden und Wartezeiten seien angefallen. Die von ihr beauftragte Nachunternehmerin habe diese Stunden berechnet und bezahlt bekommen. Aus deren Aufstellung habe der Zeuge N. den Anhang zur Schlussrechnung gefertigt. Zu einer verbindlichen Abänderung des Montageablaufplanes sei der Zeuge N. überhaupt nicht bevollmächtigt gewesen. Der Vortrag der Beklagten, ihr, der Klägerin, Geschäftsführer habe am 16.11.2001 die Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt, sei unzutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die in formeller Hinsicht unbedenkliche Berufung hat in der Sache selbst nur i.H.v. 1.700,30 € Erfolg, so dass der Klägerin entgegen der Entscheidung erster Instanz lediglich 47.133,76 € zustehen (48.814,06 € ./. 1.700,30 €).

1.

Was die Regiestunden angeht, so kann die Klägerin anstatt 12.755,00 DM = 6.521,53 € nur 4.821,23 € von der Beklagten beanspruchen.

a. 14

Bezüglich der Position Eisenträger hat das Landgericht der Klägerin zu Recht 480,50 DM = 249,26 € zuerkannt. Der Anspruch ergibt sich zumindest aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, da die durch ihre Leute auftragsgemäß versetzten Eisenträger, die der Vorunternehmer nicht plangerecht angebracht hat, bestimmungsgemäß auf Höhe gelegt wurden. 15

Zutreffend hat das Landgericht die Aussage des Zeugen N. gewürdigt, wonach die bauseitigen Vorleistungen nicht gegeben waren, als die Mitarbeiter der Klägerin mit der Erstellung ihres Gewerkes beginnen wollten. Auf Bitte des örtlichen Bauleiters der Beklagten, des Zeugen D. seien die Eisenträger auf die richtige Höhe gelegt worden, weil jener habe verhindern wollen, dass sich der Bau verzögern würde. Die Arbeiten, so der Zeuge N. weiter, hätten auf Stundenlohnbasis ausgeführt werden sollen gemäß der Vereinbarung mit dem vorgenannten Zeugen. 16

Die Voraussetzung der genannten Norm liegen vor. 17

Die Klägerin hat der Beklagten unverzüglich angezeigt, dass sie ohne die richtige Positionierung der Eisenträger ihre Leistung nicht fachgerecht würde erbringen können. Das Wissen ihres örtlichen Bauleiters, des Zeugen D., muss sich die Beklagte gemäß § 166 BGB in analoger Anwendung zurechnen lassen. Diese Norm enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken. Derjenige, der sich eines anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung bedient, muss sich dessen in diesem Rahmen erlangtes Wissen zurechnen lassen, selbst wenn die Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Stellvertretung nicht vorliegen (Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 166 Rdn. 9 m.w.N.). 18

Die Arbeiten waren auch notwendig. Dies ist nach allgemeiner Meinung der Fall, wenn der Erfolg der entsprechenden Bauleistung nur durch die durchgeführte Maßnahme fachgerecht erreicht werden kann, wobei ein objektiver, nicht zu weiter Maßstab anzulegen ist. Dass die Bauleistung nur erleichtert wird, reicht nicht aus (s. hierzu: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdn. 1901 m.w.N.). Auch diese Anspruchsvoraussetzungen sind hier gegeben, wie sich aus der schon dargestellten überzeugenden Aussage des Zeugen N. ergibt. Anderenfalls hätte die Klägerin ihr Gewerk nicht oder zumindest nicht ordnungsgemäß erbringen können. Dass das Vorgehen der Klägerin nach alledem aus objektiver Sicht dem mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprach, bedarf nach alledem keiner weiteren Darlegung. 19

Auch die Höhe der vom Landgericht zuerkannten Vergütung ist nicht zu beanstanden. In Ziffer 12.1 des Verhandlungsprotokolls vom 23. Januar 2001 (Bl. 340 ff., 344 GA), das unstreitig Grundlage der Vertragsbeziehungen der Parteien ist, ist ein Satz von 75,00 DM für Stundenlohnarbeiten vereinbart worden. 20

b. 21

Was die Facharbeiterstunden bezüglich der Wartezeiten bei Block 4 und 5 angeht, steht der Klägerin dem Grunde nach ein Anspruch zu, der sich aus § 6 Nr. 6 VOB/B ergibt. 22

23

Damit die Klägerin ihre Leistung erbringen konnte, hatte die Beklagte ein Gerüst zu stellen. Wenn sie sich dafür, anstatt es selbst zu errichten, eines Dritten bedient und dieser – ausgehend vom Vortrag der Klägerin – das Gerüst nicht fachgerecht aufgestellt hat, so dass diese ihre angebotene Leistung nur mit Zeitverzögerung erbringen konnte, so steht die Beklagte in der Haftung. Der Dritte erbringt in einem solchen Fall keine Vorleistung, worauf die Leistung der Klägerin aufgebaut hätte. Vielmehr haftet die Beklagte in einem solchen Fall für eigenes Verschulden, weil sie eine der Klägerin gegenüber bestehende Pflicht verletzt hat. Jedenfalls wäre der Gerüstbauer insoweit Erfüllungsgehilfe der Beklagten. Zumindest ergäbe sich eine verschuldensunabhängige Haftung aus § 642 BGB (vgl. BGH NJW 2000, 1336 ff.).

Der Senat ist davon überzeugt, dass es zu den von der Klägerin behaupteten Behinderungen und den daraus resultierenden Wartezeiten für die Arbeiter gekommen ist. Wenn auch der Zeuge D. in Abweichung zu dem Zeugen N. Entsprechendes bei seiner Vernehmung durch das Landgericht nicht bestätigt hat, so steht dem der eigene Vortrag der Beklagten entgegen. Im Schriftsatz vom 16. Juni 2004 heißt es auf Seite 2 unten (Bl. 439 GA), die Gerüstbaufirma sei von dem Zeugen D. "unverzüglich von auf der Baustelle mündlich erfolgten Rügen der Klägerin unterrichtet worden...". Das kann objektiv nur so verstanden werden, dass der Vortrag der Klägerin dahingehend, es sei wegen nicht ordnungsgemäßen Aufbaus des Gerüsts zu Behinderungen gekommen, nicht mehr in Abrede gestellt wird, woraus sich wiederum ergibt, dass der diesbezügliche Vortrag der Klägerin als unstreitig angesehen werden kann. 24

Auch kann die Beklagte nicht damit gehört werden, dass – wenn überhaupt – lediglich Block 4 betroffen gewesen sei, weil der Zeuge N. anlässlich seiner zeugenschaftlichen Vernehmung in erster Instanz nur von diesem, nicht aber von Behinderungen bei Block 5 berichtet hat. Aus der Rechnung der Firma M. GmbH für Block 4 und 5 ergibt sich inzident der Vortrag der Klägerin, dass es bei beiden Blocks zu Behinderungen gekommen ist. Dass die Rechnung fingiert sein sollte, insbesondere warum die Klägerin ihr nicht entstandene Aufwendungen erfinden sollte, erschließt sich nicht ansatzweise. 25

Nicht zu folgen vermag der Senat der Behauptung der Beklagten im soeben angeführten Schriftsatz, den Rügen sei sofort mittels Durchführung der entsprechenden Maßnahmen entsprochen worden, so dass es zu keinen behinderungsbedingten Aufwendungen auf Seiten der Klägerin gekommen sei. Dem entsprechenden Vortrag der Klägerin tritt die Beklagte nicht substantiiert entgegen. Zu den dezidierten Ausführungen der Klägerin bezüglich der Wartezeiten und ihrer Ursachen in den Aufstellungen, die sie mit Schriftsatz vom 12. Mai 2003 zu den Akten gereicht hat (Bl. 282 ff. GA), hat die Beklagte nicht ausreichend erwidert. 26

Des weiteren hält es der Senat für lebensfremd, dass ein Zeitverlust deshalb nicht entstanden sein sollte, weil der Gerüstbauer, was die Beklagte im Übrigen bestreitet, stets vor Ort gewesen sei. Die Neuerrichtung des Gerüsts in einem geringeren Abstand zum Mauerwerk und das Aufstocken des Gerüsts auf diejenige Höhe, die die Beklagte dafür benötigte, um ihre Arbeiten durchführen zu können, bedurfte einer gewissen Zeit, in der die Klägerin bzw. ihre Subunternehmerin gehindert war, ihre Leistung zu erbringen. Der Senat sieht es deshalb nach der Lebenserfahrung als bewiesen an, dass die Subunternehmerin der Klägerin ihre Mitarbeiter sogleich auf anderen Baustellen hätten einsetzen können, wenn die für die Klägerin ausgeführten Arbeiten wie vorgesehen hätten beendet werden können. 27

Der Höhe nach können die von der Klägerin berechneten 75,00 DM/Stunde jedoch nicht zugrunde gelegt werden. Es ist lediglich von 68,00 DM/Stunde auszugehen, d.h. von dem Betrag, den die Firma M. GmbH der Klägerin selbst in Rechnung gestellt hat. In der Differenz von 7,00 DM/Stunde ist augenscheinlich die Gewinnmarge zu sehen, auf deren Ersatz die 28

Klägerin keinen Anspruch hat. Für entgangenen Gewinn würde nämlich die Beklagte aus § 6 Nr. 6 VOB/B nur dann haften, wenn ihr grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zur Last zu legen wäre. Hierfür fehlt es an jeglichem Sachvortrag der Klägerin. Über § 642 BGB findet ein Ersatz entgangenen Gewinns ohnehin nicht statt (BGH NJW 2000, 1336, 1338).

Es ergibt sich auf der Basis der Aufstellung der Klägerin (Bl. 370 f. GA), dass an
Wartezeiten für Block 4 und 5 insgesamt 131 Stunden entstanden sind, woraus sich bei
einem Stundenlohn von 68,00 DM ein Betrag von 8.942,00 DM = 4.571,97 € errechnet. 29

c. 30

Hingegen kann die Klägerin aus Rechtsgründen keinen Ersatz wegen der
Kranwartezeiten verlangen. 31

Macht der Auftragsnehmer gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B "Gerätestillstandsschaden" geltend, 32
hat er im Einzelnen darzulegen, bis zu welchem Zeitpunkt bei störungsfreiem Ablauf
jedes Gerät gebraucht worden wäre, ob und wo es anschließend eingesetzt worden wäre und
wie lange es infolge des Stillstandes auf der Baustelle tatsächlich eingesetzt wurde und
eingesetzt werden musste und welche Folgen dies für den nachfolgend geplanten
Geräteeinsatz hatte (OLG Braunschweig OLGR 1994, 195).

Dem Vortrag der Klägerin lässt sich nichts dafür entnehmen, dass die Firma M. GmbH 33
den Kran bereits in der als Folge des Stillstands verlängerten Bauzeit hätte anderweitig
einsetzen können. Nur für diesen Fall wäre der Fa. M. GmbH sodann ein Schaden
entstanden, den sie ihrerseits von der Klägerin hätte ersetzt verlangen können. Hierzu fehlt
es aber an jeglichem Vortrag der Klägerin, so dass der Senat nicht in der Lage ist, unter
Anwendung von § 287 Abs. 1 ZPO wenigstens einen Mindestschaden zu berechnen.

2. Gegenansprüche stehen der Beklagten keine zu. 34

a. 35

Was den zur Aufrechnung gestellten Betrag i.H.v. 34.800,00 DM = 17.792,95 € angeht, 36
so hat das Landgericht mit zutreffender Begründung das Bestehen eines solchen
Gegenanspruches wegen angeblich verzögerter Fertigstellung zugunsten der Beklagten
verneint. Auf die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil kann deshalb Bezug
genommen werden. Mit der Berufung ist es der Beklagten nicht gelungen aufzuzeigen,
weshalb das erstinstanzliche Urteil insoweit falsch sein sollte.

Schon der Vortrag der Beklagten zur Frage, aufgrund welcher Umstände sie darauf 37
vertrauen durfte, dass der Zeuge D. oder der Zeuge C. entsprechende Vollmacht hatten,
ist nicht schlüssig. Wenn auch der Zeuge D. vor Ort die Entscheidungen in technischer
Hinsicht getroffen haben mag, so stellt ein Vorziehen eines verbindlich vereinbarten
Fertigstellungstermins um fast 3 Monate eine derart gravierende Vertragsänderung dar, die
allein der Bauherr oder aber ein dazu ausdrücklich bevollmächtigter Vertreter verbindlich
erklären kann. Hierzu fehlt es nicht nur an jeglichem Vortrag der Beklagten, sondern auch die
vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme spricht nicht für ihre entsprechende
Behauptung.

Zwar hat der Zeuge D. bekundet, die Kolonne der Klägerin habe Startschwierigkeiten 38
gehabt, was ihn veranlasst habe, von dieser einen Montageablaufplan als verbindlich zu
fordern. Entsprechendes sei sodann geschehen. Aus dieser Aussage ergibt sich aber nicht,

dass dem Rechtsverbindlichkeit zukommen sollte. Vielmehr kann es sich ebenso gut um eine Wunschvorstellung gehandelt haben, die nur zum Tragen kommen konnte, wenn alle Arbeiten in idealer Form miteinander verzahnt wurden.

Gerade dafür spricht die Aussage des Zeugen N., das Ganze sei eine Art Fahrplan und nur einzuhalten gewesen, wenn alle Hand in Hand gearbeitet hätten. 39

Auch die Aussage des Zeugen L., damals immerhin Polier der Beklagten vor Ort, geht in diese Richtung, nämlich dass der Montageablaufplan die Koordination der Fertigstellung der einzelnen Bauteile wiedergebe. Zudem hat der Zeuge bekundet – was erheblich gegen die Beklagte spricht –, dass es sich bei den im Montageablaufplan aufgezeigten Daten um Anfangs- und nicht um Endtermine gehandelt habe. 40

Besondere Bedeutung misst der Senat den Bekundungen des Zeugen C. zu, der damals Oberbauleiter der Beklagten und maßgeblich Verantwortlicher für das hier in Rede stehende Projekt war. Dieser wusste anlässlich seiner zeugenschaftlichen Vernehmung zwar von konstruktiven Gesprächen mit der Klägerin, erkannte den geänderten Montageablaufplan (Bl. 26 f GA) aber gar nicht wieder, obwohl er seitens der Beklagten gerade zu ihrer Behauptung benannt worden war, dass es diesbezüglich eingehende Gespräche gegeben habe mit der Klägerin und dem Ergebnis, dass der 3. Mai 2001 als neuer vorgezogener und verbindlicher Fertigstellungstermin vereinbart worden sei. Dass der eigene Oberbauleiter keine genauen Kenntnisse hatte, spricht ganz erheblich gegen die Behauptung der Beklagten, so dass sie einen entsprechenden Beweis nicht hat führen können. Die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen L. und C. wird im Übrigen dadurch bestärkt, dass sie im Gegensatz zu dem Zeugen D. heute nicht mehr für die Beklagte tätig sind. 41

b. 42

Soweit die Beklagte nunmehr nur noch insgesamt 1.835,21 DM = 938,33 € aus der Rechnung der Fa. T. an Mängelbeseitigungskosten zur Aufrechnung stellt, hat diese keinen Erfolg. Es steht zur Überzeugung des Senates nicht fest, dass die Beklagte die Klägerin erfolglos unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat. Zulässigerweise hat die Klägerin stets bestritten, das nach der Behauptung der Beklagten übersandte Schreiben vom 19. September 2001 jemals erhalten zu haben. Einen dementsprechenden Beweis zu führen hat die Beklagte nicht vermocht. Ihr Vortrag ist zudem auch wenig nachvollziehbar, wenn sie gleichzeitig behauptet, der Geschäftsführer der Klägerin habe bereits drei Tage zuvor anlässlich eines Gespräches jegliche Mängelbeseitigung abgelehnt. Unterstellt man dies als richtig, dann war es ohne Sinn, die Klägerin drei Tage später unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mängelbeseitigung aufzufordern. Diesen Widerspruch in ihrem Vortrag aufzuklären, hat die Beklagte nicht vermocht. 43

3. 44

Hiernach hat die Berufung nur i.H.v. 1.700,30 € Erfolg (12.755,00 DM = 6.521,53 € - 249,26 € - 4.571,97 €) Erfolg. 45

4. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, diejenige bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.11, 711, 713 ZPO. 47

48

5.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 48.814,06 €

49

