
Datum: 12.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 11 U 146/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1112.11U146.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 217 O 143/12

Tenor:

I.

Der Senat beabsichtigt, die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen in § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 ZPO vorliegen.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht Erfolg.

1.

Den Anspruch auf Kostenvorschuss aus § 637 Abs. 3 BGB hat das Landgericht zu Recht abgewiesen.

Es ist schon fraglich, ob ein solcher Anspruch nicht bereits daran scheitert, dass das Werk nicht abgenommen oder ein die

Abnahme ersetzender Tatabestand erfüllt worden ist. Die §§ 634 ff. BGB regeln die Rechte des Bestellers, wenn das fertiggestellte Werk mangelhaft ist. Nicht erfasst werden die Rechte während der Phase der Herstellung des Werks oder die Ansprüche bei nicht rechtzeitiger Ablieferung. Im Grundsatz markiert die Abnahme des Werkes den maßgebenden Zeitpunkt, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen (Voit in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1.8.2012, § 634 Rdn. 3; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., Vor § 633 Rn 6; ähnlich Münchener Kommentar/Busche, BGB, 6. Aufl., § 634 Rn 3: Fertigstellung; offen gelassen in BGH NJW 2010, 3573, 3575 Tz. 28; NJW 2011, 1224, 1225 Tz. 17, zum Streitstand auch Werner/Pastor, Bauvertragsrecht, 14. Aufl, Rdn. 2069; Krause-Allenstein in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdn. 10 f.; Schmalzl/Lauer/Wurm, Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 6. Aufl., Rdn. 133 ff.). Der Unternehmer ist für die Erreichung des zugesagten Erfolgs verantwortlich. Damit lässt es sich nicht vereinbaren, wenn sich der Besteller bereits vor der Abnahme durch ein Verlangen auf Beseitigung der Mängel in die Herstellung einmischt. Dies bestätigen § 281 Abs. 1 S 1 und § 323 Abs. 1 BGB, denn diese Bestimmungen knüpfen die Möglichkeit der Fristsetzung daran an, dass die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht wird. Die Verpflichtung des Unternehmers richtet sich nicht darauf, kontinuierlich bis zur Fertigstellung mangelfrei zu arbeiten, sondern dem Besteller zu dem vereinbarten Zeitpunkt ein mangelfrei hergestelltes Werk zu verschaffen. Ebenso wenig wie der Unternehmer während der Herstellungsphase vom Besteller eine Entscheidung über die Abnahme von Leistungen verlangen kann, und ebenso wenig wie der Vergütungsanspruch während der Herstellungsphase fällig wird, treffen den Unternehmer während dieser Phase bereits vorgezogene Nacherfüllungspflichten. Eine Frist nach § 281 Abs. 1 oder nach § 323 Abs. 1 BGB kann ihm deshalb erst grundsätzlich dann gesetzt werden, wenn der Ablieferungszeitpunkt erreicht ist (zum Ganzen Voit a.a.O. Rdn. 3; ders. BauR 2011, 1063, 1070 ff.). Durch einen einfachen Verzicht auf seinen Erfüllungsanspruch kann sich der Besteller nicht den Weg zu den §§ 634 ff. BGB eröffnen (zutreffend Voit BauR 2011, 1063, 1074). Denn hierdurch würde die Rechtsposition des Unternehmers schon deshalb unzulässig beschnitten, weil das allgemeine Leistungsstörungsrecht der §§ 320 ff. BGB keinen Vorschussanspruch gewährt. Im Stadium vor der Abnahme oder dem Eingreifen einer Abnahmefiktion kann der Besteller die Rechte aus §§ 634 ff. BGB daher nur in Ausnahmefällen geltend machen. Eine solche Ausnahme ist gegeben, wenn der Unternehmer das aus seiner Sicht fertiggestellte und mangelfreie Werk abgeliefert, der Besteller jedoch wegen Mängeln des Werks die Abnahme verweigert (so Voit a.a.O. Rdn. 23 und BauR 2011, 1063, 1072), der Unternehmer seinerseits weitere Mängelbeseitigung endgültig ablehnt (Krause-Allenstein in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 634 Rdn. 10 f.), der Besteller das Vertragsverhältnis wirksam gekündigt hat, weil er

berechtigterweise sein Vertrauen in eine mangelfreie Erstellung des Werkes als zerstört ansehen durfte (OLG Schleswig IBR 2011, 12 m. Anm. Schmitz) oder ein sonstiger die Abnahme ersetzender Tatbestand vorliegt. Das ist hier nicht der Fall. Dass der Beklagte das Werk als fertiggestellt abgeliefert hätte, lässt sich dem Vorbringen selbst des Klägers nicht entnehmen. Es liegt vielmehr nahe und ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass die „Nachbesserungsmaßnahmen“ des Beklagten noch Teil der ursprünglichen Herstellungsarbeiten waren. Auch hat er weder weitere Arbeiten verweigert, noch ist bei objektiver Betrachtung ersichtlich, dass der Kläger das Vertrauen in die Fähigkeit des Beklagten zur Herstellung eines mangelfreien Werkes als zerstört betrachten durfte.

Unabhängig davon fehlte es jedenfalls an der Bestimmung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung (§ 637 Abs. 1 BGB). Das hat das Landgericht richtig ausgeführt. Der Vortrag des Klägers zum Nacherfüllungsverlangen war widersprüchlich. Soweit er sich auf das handschriftliche Schreiben vom „Do 4 Nov.“ bezogen hat, mangelte es an einem Beweisantritt. Die Rüge des Klägers, das Landgericht habe es nach § 139 ZPO verfahrenswidrig unterlassen, hierauf hinzuweisen, anderenfalls hätte er die Parteivernehmung des Beklagten beantragen können, greift nicht durch. Schon im Hinblick darauf, dass der Kläger nicht auf den Einwand des Beklagten eingeht, dass das Schreiben die FAX-Kennung vom 7.12.2011 trägt, wäre sein Beweisantritt unbeachtlich gewesen. Im Übrigen wäre die in dem Schreiben gesetzte Frist vom 8. bis 9. November mit Rücksicht darauf, dass für die ursprünglichen Arbeiten eine Fertigsstellungszeit von zumindest einer Woche vereinbart war, unangemessen kurz gewesen. Eine angemessene Frist wäre hierdurch nicht in Gang gesetzt worden, da der Kläger durch die unverzügliche Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens zu erkennen gegeben hat, dass er die Leistung auch innerhalb einer angemessenen Frist nicht annehmen würde (vgl. Palandt/Grüneberg § 323 Rdn. 14).

2.

Im Hinblick auf die nach der mündlichen Verhandlung beim Landgericht vorgenommenen Mängelbeseitigungsarbeiten, die ebenfalls erfolglos geblieben seien, macht der Kläger hilfsweise

Schadensersatz geltend. Dieses Begehren ist eine unzulässige Klageänderung. Nach gefestigter Rechtsprechung sind Klagen auf Zahlung von Vorschuss oder auf Schadensersatz, die jeweils die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zum Gegenstand haben, unterschiedliche Streitgegenstände. Das hat der Bundesgerichtshof für Ansprüche entschieden, die aufgrund von Verträgen geltend gemacht worden sind, die vor der Schuldrechtsmodernisierung geschlossen worden sind. Aber auch für Verträge, die nach der Schuldrechtsmodernisierung geschlossen worden sind, gilt nichts anderes (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 18. Teil Rdn. 18; Münchener Kommentar/Busche § 634 Rdn. 78; Werner/Pastor Rdn. 2178 jew. m.w.N.). Das gilt im vorliegenden Fall erst recht, weil der Schadensersatzanspruch auch auf völlig neuen Sachvortrag gestützt wird. Die Klageänderung ist nach § 533 Nr. 1 ZPO nur zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält. Der Beklagte verweigert die Einwilligung. Die Klageänderung ist – anders als beim Übergang vom Vorschuss auf den Kostenerstattungsanspruch nach durchgeführter Mängelbeseitigung (BGH BauR 2006, 717 = NJW-RR 2006, 669; BauR 2010, 494 Tz. 8) - auch nicht als privilegierter Fall im Sinne des § 264 Nr. 3 ZPO oder als sachdienlich anzusehen, da ein gänzlich neuer und vom Beklagten bestrittener Sachverhalt in das Verfahren eingeführt wird. Es widerspricht dem Grundsatz ordnungsgemäßer Prozessführung, dass der Kläger seine erstinstanzlich unbegründete Klage nunmehr auf einer solch geänderten Grundlage unter Verlagerung des Kostenrisikos und Verkürzung des Instanzenzuges mit der Berufung fortführen will.

II.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen seit Zugang dieses Beschlusses. Die Frist kann nach § 224 Abs. 2 ZPO nur verlängert werden, wenn der Gegner zustimmt oder erhebliche Gründe glaubhaft gemacht werden. Auf die Möglichkeit einer kostengünstigeren Zurücknahme des Rechtsmittels wird hingewiesen (Nr. 1222 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG).

Diese Entscheidung hat neben dem Tenor keinen Entscheidungstext

1