
Datum: 16.05.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 154/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0516.11U154.11.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 25/11

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Aachen vom 16.8.2011 (7 O 25/11) wird zurückgewiesen, soweit das Landgericht die Klage in Höhe von 112.152,28 € nebst Zinsen abgewiesen hat. Im Übrigen wird das Urteil mit dem zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - an das Landgericht zurückverwiesen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung restlichen Werklohnes aus einem im Jahre 2008 geschlossen Vertrag über die Errichtung einer Klangbrücke in V in Anspruch. Erstinstanzlich hat die Klägerin gestützt auf die Schlussrechnung vom 16.9.2009 und die Rechnung vom 28.11.2009 über Arbeiten wegen zusätzlicher Montageschienen unterhalb der Holzbohlenbeplankung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Gesamthöhe von 215.612,35 € nebst Zinsen beantragt. Ferner hat sie Verzugszinsen für den Zeitraum vom 20.8.2009 bis zum 4.11.2009 auf den mit der achten Abschlagsrechnung geltend gemachten Betrag von 53.550,- € begehrt. Das Landgericht hat den ersten Klageantrag in Höhe von 168.299,10 € brutto sowie den Antrag hinsichtlich der Verzugszinsen für die Abschlagsrechnung endültig und die Klage im Übrigen mangels Abnahme der Werkleistung als derzeit unbegründet abgewiesen. Wegen des Sachverhaltes und des erstinstanzlichen Streitstandes wird auf das Urteil des Landgericht Bezug genommen. Bei der Entscheidung ist der Schriftsatz der Klägerin vom 9.6.2011 nicht berücksichtigt worden, der beim Landgericht

3

am 15.6.2011 eingegangen aber erst nach Erlass des Urteils zur Akte gelangt ist.

Mit der Berufung erhebt die Klägerin folgende Rügen:	4
- Die Werkleistung sei abgenommen worden. Jedenfalls sei die Werkleistung abnahmefähig.	5
- Die endgültige Abweisung der Klage sei fehlerhaft. Nur in Bezug auf die Positionen Stützen (18.106,41 € netto) und Rampe (3.476,80 € netto) wird die Abweisung nicht angegriffen.	6
- Die Abweisung des die Zinsen auf die Abschlagsrechnung betreffenden Antrages zu 2. sei unzutreffend, weil der vom Landgericht angewandte § 16 Nr. 5 Abs. 3 S. 2 VOB/B unwirksam sei und daher allgemeines Verzugsrecht gelte.	7
- Die von der Beklagte geltend gemachten Mängel der Brücke seien, soweit die Klägerin sie zu vertreten habe, mittlerweile beseitigt. Den Schriftsatz vom 9.6.2011, in dem die Klägerin dies bereits unter Beweis vorgetragen habe, habe das Landgericht verfahrenswidrig nicht berücksichtigt.	8
Die Klägerin beantragt,	9
1. unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 189.112,77 € nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2.1.2010 und weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz aus 112.339,05 € seit dem 1.7.2009 bis zum 1.10.2010 zu zahlen,	10
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 3.015,70 € zu zahlen,	11
hilfsweise,	12
den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen.	13
Die Klägerin beantragt,	14
die Berufung zurückzuweisen.	15
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gerichteten Unterlagen verwiesen.	16
II.	17
Die zulässige Berufung ist unbegründet, soweit sie sich gegen die endgültige Abweisung der Klage hinsichtlich der Schlussrechnung vom 16.9.2009 richtet. Im Übrigen ist sie mit der Maßgabe begründet, dass das landgerichtliche Urteil aufzuheben und das Verfahren auf den Antrag der Klägerin an das Landgericht zurückzuverweisen ist.	18
1.	19
Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich der Schlussrechnung vom 16.9.2009 in Höhe 112.152,28 € brutto endgültig abgewiesen, Das nimmt die Klägerin in Bezug auf die Positionen Stützen und Rampe (jeweils netto 18.106,41 € und 3.476,80 € jeweils netto) hin. Soweit sie mit der Berufung die endgültige Abweisung der Klage in Bezug auf die Schlussrechnung im Übrigen angreift, ist sie unbegründet.	20
a)	21

Fundament (446,15 € netto): Hierzu ist dem Landgericht zu folgen. Der in dem Änderungsauftrag vom 15.12.2008 vereinbarte Einheitspreis von 184,19 € gilt auch für die beim Abschluss der Änderungsvereinbarung errechneten Massenerhöhungen, zumal die tatsächlich angefallenen Massen im Wesentlichen dem für den Änderungsantrag kalkulierten Massen entsprechen (Gegenüberstellung Anl. K 6, Bl. 65 d. A. und Schlussrechnung S. 4 ff., 16, Bl. 141 ff., 153 d.A.).	22
b)	23
Drahtseilverspannung (Positionen 3.02006 und 03.03.004, 36.824,25 € und 35.392,00 € jew. netto): Mit diesen Rechnungspositionen verlangt die Klägerin Mehrvergütung dafür, dass sie die Drahtseilverspannung abweichend von der Ausschreibung nicht feuerverzinkt, sondern in V2A-Edelstahl ausgeführt hat. Eine entsprechende Beauftragung ist – wie das Landgericht unter Auslegung des Gesprächsvermerkes vom 7.7.2008 richtig ausgeführt hat – nicht zustande gekommen. Auch ein Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 oder § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B ist nicht dargetan. Die erste nach ihren Voraussetzungen strengere Vorschrift ist durch den Verweis auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) in Abs. 3 überflüssig geworden (Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl.; VOB, 3. Aufl., § 2 VOB/B Rdn. 304; Jansen in: Ganten/Jagenburg/Motzke, VOB, 2. Aufl., § 2 Nr. 8 VOB/B Rdn. 81; Leinemann/Hilgers, VOB, 4. Aufl., § 2 VOB/B Rdn. 581; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rdn. 2412). Aber auch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag besteht nur dann, wenn die zusätzliche Leistung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entspricht (§ 683 BGB). Da dem Auftragnehmer nicht die Möglichkeit eröffnet werden darf, durch eine eigenmächtige Abweichung vom Auftragsinhalt eine zusätzliche Vergütung zu erwirken, dürfen hieran keine geringen Anforderungen gestellt werden. Es genügt daher nicht, dass die Bauleistung die Erfüllung des Vertrages lediglich erleichtert oder verbessert (Werner/Pastor Rdn. 2413; ferner Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl., § 2 Abs. 8 VOB/B Rdn. 16 f.; Leinemann/Hilgers § 2 VOB/B Rdn. 581 i.V.m. Rdn. 578 f.). Insbesondere bei öffentlichen Auftraggebern wie der Beklagten ist überdies zu berücksichtigen, dass die Leistung aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanzierbar sein muss (Kapellmann/Messerschmidt § 2 VOB/B Rdn. 310; Jansen in: Ganten/Jagenburg/Motzke § 2 Nr. 8 VOB/B Rdn. 82; auch Jansen/von Rintelen in: Kniffka, Bauvertragsrecht, Rdn. 744 i.V.m. 711). Die Klägerin hat in ihrer Anzeige vom 1.3.2009 (Anl. K 43, Bl. 545 d.A.) geltend gemacht, sie befürchte, „dass die Seilverspannung in verzinkter Ausführung durch die Seilklemmung zerstört wird und somit Korrosion bildet“. Dass die feuerverzinkte Ausführung schlechthin mangelhaft wäre und nur die Verwendung von V2A-Edelstahl eine mangelfreie und funktionstaugliche Leistung gewährleiste, ist hieraus nicht ersichtlich. Die geltend gemachten Bedenken rechtfertigten jedenfalls nicht die eigenmächtige und erheblich teurere Ausführung in Edelstahl, ohne sich zu vergewissern, dass die Beklagte damit einverstanden war.	24
2.	25
Im Übrigen ist die Berufung mit der Maßgabe begründet, dass die Sache nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen ist.	26
a)	27
Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich der Schlussrechnung als derzeit unbegründet abgewiesen, weil die Beklagte das Werk nicht abgenommen habe. Die Brücke weist Mängel auf, die die Beklagte zur Verweigerung der Abnahme berechtigten. Die von der Beklagten	28

unter Vorlage des Privatgutachtens der Ingenieure G und X vom 26.4.2011 gerügten Mängel hinsichtlich der nicht fachgerechten Ausführung der Schweißnähte, der Gefahr einer erhöhten Feuchtigkeitseinwirkung und Korrosion wegen der Überdeckung der Fußplatten der Fundamente im Erdreich, der nicht vollflächigen Ummörtelung der mittleren Stützen der Achse D und der ersten Anzeichen von Korrosion an einem Gewindeanker seien von der Klägerin nicht vor der mündlichen Verhandlung bestritten worden. Diese Klageabweisung beruht auf einem Verfahrensmangel, weil das Landgericht den Schriftsatz vom 9.6.2011 nicht berücksichtigt hat. Der Schriftsatz ist am 15.6.2011, mithin dreizehn Tage vor der mündlichen Verhandlung am 28.6.2011, bei Gericht eingegangen. Zwar ist der Schriftsatz erst nach Erlass der Urteils zur Akte gelangt. Da er ordnungsmäßig adressiert und die zutreffende Bezeichnung der Parteien und des Aktenzeichens enthielt, hatte dies aber seine Ursache in der Organisation des Landgerichts und fällt daher nicht in die Verantwortung der Klägerin. In der Außerachtlassung liegt somit ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG). Dieser als wesentlich zu bewertende Verfahrensmangel ist auch entscheidungserheblich. Die Klägerin hat in dem nicht berücksichtigten Schriftsatz die Beseitigung der Mängel behauptet und hierfür Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Dem Beweisantritt hätte das Landgericht nachkommen müssen. Das gilt im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachten Mängelrechte unabhängig davon, ob die Beklagte das Werk bereits abgenommen hatte oder nicht. Da aufgrund des wesentlichen Verfahrensfehlers eine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig ist, liegen die Voraussetzungen für die von der Klägerin beantragte Aufhebung und Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO vor. Die Zurückverweisung entspricht im Hinblick auf den Umfang der erforderlichen Beweisaufnahme und unter Berücksichtigung des Standes und der ersten kurzen Dauer des Verfahrens pflichtgemäßem Ermessen.

b)

29

Keinen Bestand haben kann die Abweisung der Klage in Bezug auf die Montageschienen für die Holzbeplankung (56.146,82 € brutto). Die Montageschienen hat die Klägerin angebracht, weil sich die Lärchenholzplanken durchbogen. Die Klägerin kann einen Vergütungsanspruch haben, wenn sie für diesen Werkmangel nicht verantwortlich ist. In einem solchen Falle kommt der Abschluss eines gesonderten Vertrages über die Beseitigung – oder Vermeidung des Mangels in Betracht (dazu OLG Karlsruhe BauR 2003, 1241; OLG Düsseldorf BauR 2007, 1902 = NJW-RR 2008, 331; OLG Celle BauR 2003, 265; LG Kassel BauR 2008, 723 = IBR 2008, 209; Moufang/Koos BauR 2007, 300, 301; Kapellmann/Messerschmidt/Weyer § 13 VOB/B Rdn. 235; Werner/Pastor Rdn. 1306 und 2074). Lässt sich der Abschluss eines Vertrages nicht feststellen, kann sich ein Erstattungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ergeben (Moufang/Koos a.a.O., 302 f.). Die Klägerin trägt nach § 13 Nr. 3 VOB/B keine Verantwortung für die Durchbiegung der Holzbohlen, wenn ihr im Hinblick auf das von der Beklagten gewählte Material keine Verletzung der Prüfpflicht aus § 4 Nr. 3 VOB/B zur Last fällt. Die Klägerin rügt, das Landgericht werfe ihr zu Unrecht eine Verletzung der Prüfpflicht vor. Unstreitig ist folgender Sachverhalt (Klägerin Bl. 16, 445 ff., 603 d.A., Beklagte Bl. 196, 469 d.A. und die von der Beklagten vorgelegte Chronologie der Architekten Bl. 270 ff. d.A.): Die Architekten der Beklagten haben den als Alternative zu den ausgeschriebenen Blechprofilrosten gewählten Lärchenholzbelag durch den Statiker überprüfen lassen mit dem Ergebnis, dass ein 8 cm dicker Belag statisch ausreiche. Sie haben dann ein Holzmuster mehrere Wochen der Witterung ausgesetzt. Über die Klägerin haben sie den Holzlieferanten um eine Stellungnahme zu der aufgetretenen Rissbildung gebeten; dieser hat klargestellt, dass die Risse „in keinsten Weise die statischen Eigenschaften beeinträchtigen“.

30

31

Danach lässt sich eine Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht nicht feststellen. Dem Landgericht ist zwar darin zu folgen, dass die Prüfpflicht nicht dadurch aufgehoben wird, dass der Auftraggeber sachkundige Sonderfachleute beauftragt hat. Der Umfang der Prüfpflicht beschränkt sich aber im Regelfall auf eine äußere Überprüfung und das, was dem Unternehmer im Rahmen seiner eigenen Sachkunde auffallen muss (vgl. Werner/Pastor Rdn. 2041; Schmalzl/Lauer/Wurm. Haftung des Architekten und Baunternehmers, 5. Aufl., Rdn. 396, 397). Eine erhöhte Prüfpflicht kann sich ergeben, wenn unbekannte Materialien verwendet werden. Dann muss der Unternehmer u.U. zumindest auf die Notwendigkeit einer eingehenden Untersuchung hinweisen (Werner/Pastor a.a.O.). Dem war hier im Hinblick auf die Einschaltung des Statikers und die Auskunft des Holzlieferanten jedoch Genüge getan. Über die Berechtigung des Vergütungsanspruches wird das Landgericht unter Berücksichtigung des beiderseitigen Vortrages zu Grund und Höhe zu entscheiden haben.

c) 32

Die Klägerin rügt, dass das Landgericht zu den Positionen 01.02.001 (Oberboden abtragen), N 8 (RCL-Material) und N 9 (Füllmaterial) der Schlussrechnung nichts ausführe. Das Landgericht hat die Klage insoweit aber nicht endgültig abgewiesen. Über diese Positionen wird es im Rahmen der erneuten Verhandlung zu entscheiden haben. 33

d) 34

Begründet ist die Berufung auch hinsichtlich der Verzugszinsen auf die Forderung aus der achten Abschlagsrechnung in Höhe von 53.300,-- € (die im Berufungsantrag enthaltene Angabe eines Betrages von 112.339,05 € beruht offensichtlich auf einem Versehen). Das Landgericht hat dieses Klagebegehren abgewiesen, weil die Klägerin die Anspruchsvoraussetzungen des § 16 Nr. 5 Abs. 3 S. 1 VOB/B nicht dargetan habe. Die Klägerin macht geltend, die VOB/B sei nicht als Ganzes vereinbart. Die angeführte Klausel sei deshalb einer Inhaltskontrolle zu unterziehen und daher unwirksam, so dass die Begründung des Landgerichts nicht zum Tragen komme. Diese Rüge ist berechtigt. Die VOB/B ist schon deshalb nicht als Ganzes vereinbart, weil in § 36.4 ZVB vereinbart ist, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen ist. Darin liegt eine Abweichung von § 17 Nr. 4 VOB/B (BGH BauR 2007, 1406 = NZBau 2007, 581). Der damit eröffneten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB hält § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht stand, wenn der Verwender – wie hier – der Auftraggeber ist (BGH NJW 2009, 3717 = BauR 2009, 1736). Der Antrag ist allerdings nicht entscheidungsreif, weil auch gegenüber dem Anspruch auf eine Abschlagszahlung das den Verzug ausschließende Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB wegen Werkmängeln durchgreifen kann (Werner/Pastor Rdn. 1605). Im Hinblick auf den Zinszeitraum ist darauf hinzuweisen, dass der Berufungsantrag ohne nachvollziehbare Begründung von dem erstinstanzlich geltend gemachten Zinszeitraum abweicht. 35

III. 36

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht vorliegen. 37

Berufungsstreitwert: 189.112,77 € 38
