
Datum: 07.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 128/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1107.17U128.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 58/11

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 15. November 2011 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 27 O 58/11 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.257,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15. Dezember 2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf restlichen Werklohn in Anspruch. Wegen des Sachvorbringens der Parteien im ersten Rechtszug und den protokollierten Anträgen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat sein die Klage zusprechendes Versäumnisurteil vom 14. Juni 2011 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es hat seine Entscheidung u. a. damit begründet, es sei nicht festzustellen, dass der Bauleiter der Beklagten, Herr I, bevollmächtigt gewesen sei, in deren Namen Aufträge zu erteilen.

Hiergegen richtet sich der Kläger mit seiner Berufung.

Er behauptet, die Beklagte sei auf der Baustelle durch ihren Bauleiter vertreten worden. Dieser sei vom Geschäftsführer der Beklagten bevollmächtigt gewesen, diese rechtsgeschäftlich zu vertreten. Auf seine Nachfrage hin habe ihm der Geschäftsführer der Beklagten auf der Baustelle im Zusammenhang mit Nachtragsangeboten erklärt, sein Bauleiter habe ausreichend Vollmacht, um ihn, den Kläger, mit zusätzlichen Leistungen zu beauftragen. Diese mündliche Erklärung habe ihm jedoch nicht genügt. Er habe deshalb dem Geschäftsführer der Beklagten gesagt, dass er sicher sein müsse, dass Herr I ausreichend bevollmächtigt sei, damit es später nicht heiße, dieser habe keine Vollmacht gehabt und von daher keinen Auftrag erteilen dürfen. Der Geschäftsführer der Beklagten habe ihm dann zugesagt, ihm eine schriftliche Vollmacht zukommen zu lassen. Daraufhin habe er das auf den 30. Juni 2009 datierende Vollmachtsschreiben erhalten. Aufgrund dessen habe er darauf vertrauen dürfen, dass der Bauleiter ausreichend bevollmächtigt sei. Was die einzelnen Aufträge angehe, so habe er diese ordnungsgemäß ausgeführt, so dass der Restwerklohn fällig sei.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.815,29 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Dezember 2010 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der Beklagte sei mit seinem Vortrag zur Vollmacht ihres Bauleiters gemäß § 531 ZPO in zweiter Instanz ausgeschlossen. Es sei unzutreffend, dass dieser berechtigt gewesen sei, sie rechtsgeschäftlich zu vertreten. Dieser habe Vertretungsmacht nur in fachtechnischer Hinsicht gehabt. Die schriftliche Vollmacht sei nur deshalb ausgestellt worden, damit dieser vor Ort auf der Baustelle gegenüber jedermann habe belegen können,

dass er der zuständige Bauleiter sei. So habe sie, die Beklagte, es sich erspart, jede einzelne am Bau beteiligte Firma einzeln zu informieren über die Funktion von Herrn I. Die von diesem ausgefüllten Kontoblätter seien nicht geeignet, eine Beauftragung des Klägers zu belegen. Im Übrigen fehle es zu den Beauftragungen auch an konkretem Sachvortrag des Klägers. Die Abnahme sei deshalb unterblieben, weil der Kläger eine Dichtheitsprüfung nicht vorgenommen habe. Das von diesem vorgelegte Schreiben vom 12. November 2010 genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen. Auch fehle es an einem entsprechenden Protokoll.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 12

II. 13

Die Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache selbst hat sie in Höhe von 10.257,07 Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet. 14

1. Nicht zu folgen vermag der Senat der Ansicht des Landgerichts, es lasse sich nicht feststellen, dass der Bauleiter der Beklagten, Herr I, bevollmächtigt gewesen sei, diese rechtsgeschäftlich zu vertreten, insbesondere vor Ort dem Kläger namens der Beklagten bindende Nachtragsaufträge zu erteilen bzw. von diesem gemachte Angebote anzunehmen. Dass Herr I für die Beklagte entsprechend auftreten durfte, ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus der schriftlichen Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten, wonach dieser zur „allumfänglichen Vertretung“ berechtigt sein sollte. Dies ergibt sich aufgrund einer Auslegung. 15

a) Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind gemäß § 133 BGB so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen darf (Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Auflage, § 133 Rn. 9 m. w. N.). Dabei ist der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Es hat insbesondere die Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft bzw. der Erklärung verfolgte Zweck Berücksichtigung zu finden (Palandt/Ellenberger, § 133 Rn. 18 m. w. N.). 16

b) Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Senat keine Bedenken, der Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zu Gunsten ihres Bauleiters I zu entnehmen. Wenn es dort heißt, dieser sei bevollmächtigt, sie (die Beklagte) „allumfänglich“ zu vertreten, so kann und darf diese Erklärung auch so verstanden werden. Falls die rechtliche Stellung von Herrn I als vor Ort tätigen Bauleiter wie im Normalfall lediglich darin bestanden hätte, die Beklagte in fachtechnischer Hinsicht zu vertreten und insoweit Anweisungen zu erteilen, hätte es einer schriftlichen Bevollmächtigung zur „allumfänglichen Vertretung“ unter keinem denkbaren Gesichtspunkt bedurft. Auch wenn es zusätzlich heißt „als Bauleiter und dessen Funktionen“, so darf ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass Herr I eine umfassende rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt werden sollte. Die Erklärung der Beklagten, dieser habe mittels des Schreibens lediglich in die Lage versetzt werden sollen, sich vor Ort gegenüber jedermann als der verantwortliche Bauleiter ausweisen zu können, überzeugt angesichts der Gesamtformulierung dagegen nicht. 17

Für eine umfassende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung spricht schließlich, dass dieser – worauf sogleich noch einzugehen sein wird – die Rechnungen des Klägers geprüft und auch die Nachträge zur Zahlung freigegeben hat. Falls er allein die fachtechnische Aufsicht auf der Baustelle gehabt hätte, wie es die Beklagte behauptet, ist dieses Vorgehen nicht erklärbar. 18

Soweit die Beklagte meint, der Kläger sei mit seinem Vortrag zur umfassenden rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung ihres Bauleiters in zweiter Instanz gemäß § 531 ZPO ausgeschlossen, geht diese Rechtsansicht fehl. Die genannte Vorschrift ist nicht einschlägig. Schon dem Wortlaut von Abs. 2 der genannten Norm ist zu entnehmen, dass allein „neue“ Angriffs- und Verteidigungsmittel nur unter bestimmten Voraussetzungen in zweiter Instanz zugelassen werden können. Der Kläger hatte zum einen eine Kopie der schriftlichen Bevollmächtigung des Herrn I jedoch bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2011 zu den Akten gereicht. Diesen Vortrag hat das Landgericht, wie sich aus Seite 3 f. des angefochtenen Urteils ergibt, auch verwertet, ohne ihn als verspätet zurückzuweisen, obwohl Schriftsatznachlass nicht gewährt worden war. Hieran ist das Berufungsgericht gebunden (Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage, § 531 Rn. 7 a. E.). Zum anderen ist der Umstand, dass vom Geschäftsführer der Beklagten die in Rede stehende Erklärung zu Gunsten des Bauleiters abgegeben wurde, unstrittig. Streittig ist allein die rechtliche Wertung. Unstreittiges Vorbringen ist jedoch selbst dann in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen, wenn es dort erstmals erfolgt (Zöller/Heßler, § 531 Rn. 20 m. w. N.).	19
2. Da von einer umfassenden rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung des Bauleiters I der Beklagten auszugehen ist, kann die Entscheidung des Landgerichts weitestgehend keinen Bestand haben im Hinblick auf die Berechtigung der einzelnen Rechnungsbeträge. Wenn auch der Prüfvermerk eines Architekten oder Bauleiters den Auftraggeber in der Regel rechtlich nicht bindet (s. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 2539 ff.), so obliegt dem Auftraggeber aber dann die Darlegungs- und Beweislast für die eingebauten Mengen, wenn sein Bevollmächtigter die vom Unternehmer einseitig ermittelten Massen durch einen Prüfvermerk bestätigt und wegen der nachfolgenden Arbeiten eine Überprüfung der Mengen nicht mehr möglich ist (BGH BauR 2006, 2040). Dies muss umso mehr für den vorliegenden Fall gelten, da der Bauleiter I der Beklagten von dieser – wie ausgeführt – umfassend rechtsgeschäftlich bevollmächtigt worden war. Wenn sich die Vollmacht schon auf die Erteilung von Nachtragsaufträgen erstreckte, dann kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass Herr I auch berechtigt sein sollte, für die Beklagte die vom Kläger gestellten Rechnungen rechtsverbindlich zu prüfen. Unstreittig war dieser vor Ort, und es oblag damit seiner eigenen Wahrnehmung, welche Arbeiten der Kläger ausgeführt hatte und ob die berechneten Mengen und Massen dem entsprachen.	20
Aufgrund des Vorgesagten geht der Senat davon aus, dass den von dem Architekten I freigegebenen Rechnungen entsprechende Auftragserteilungen zugrundelagen und die berechneten Arbeiten im Umfang der Freigabe bzw. des Nachweises auch erfüllt sind.	21
Danach ergibt sich im Einzelnen:	22
a) Was die Rechnung Nr. 511479 angeht, stehen dem Kläger die geltend gemachten 140,00 € zu. Der Bauleiter der Beklagten hat die Rechnung unter dem 21. Juli 2010 geprüft und zur Zahlung freigegeben. Auf die Frage, welchem Angebot genau die Stundenlohnarbeiten zuzuordnen sind, kommt es deshalb nicht an.	23
b) Bezüglich der Rechnung Nr. 511482 über 9.000,00 € ist unstrittig, dass dieser Betrag von der Beklagten gezahlt worden ist, nämlich als Akonto-Zahlung am 30. Juli 2010. Insoweit beruft sich die Beklagte (Schriftsatz vom 30. September 2011, S. 3, 1. Abs.) gerade darauf, dass eine entsprechende Freigabeerklärung ihres Bauleiters vorliege. Auch dies spricht letztlich dafür, dass auch die Beklagte davon ausgeht, dass Herr I berechtigt war, sie in rechtlicher Hinsicht umfassend zu vertreten und für sie rechtswirksame Erklärungen abzugeben.	24

- c) Die Beklagte hat auch die Rechnung Nr. 511483 zu bezahlen. Insofern kann auf die Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil unter Ziffer 3. der Entscheidungsgründe Bezug genommen werden, die die Berechtigung allein an der von ihm vertretenen, vom Senat wie ausgeführt nicht geteilten Ansicht zur Bevollmächtigung des Bauleiters I hat scheitern lassen. Gemäß Konto-Blatt des Bauleiters vom 21. Juli 2010 (Bl. 121 GA i. V. m. Bl. 124 GA), worin die hier in Rede stehende Leistung enthalten ist, ist diese vom Bauleiter kontrolliert und vom Kläger erbracht worden.
- Allerdings stehen diesem nicht die geltend gemachten 2.788,00 €, sondern lediglich 2.369,80 € zu. Die dadurch entstandene Unklarheit, dass der Kläger unter derselben Rechnungsnummer (511483) und demselben Rechnungsdatum (09. Juli 2010) zwei unterschiedliche Rechnungen zu den Akten gereicht hat, einmal über 2.788,00 € und einmal abzüglich 15 % Preisnachlass über 2.369,80 €, geht zu seinen Lasten.
- d) Bezüglich der Rechnungs-Nr. 511484 stehen dem Kläger dagegen die geltend gemachten 240,00 € zu. Der Bauleiter I hat die Leistung des Klägers auf dem Konto-Blatt vom 21. Juli 2010 als kontrolliert und erbracht bestätigt und zur Zahlung freigegeben.
- e) Entsprechendes gilt für die Rechnungs-Nr. 511485 in Höhe von 357,92 €.
- f) Auch bezüglich der Rechnungs-Nr. 511488 ist die Freigabe durch den Bauleiter der Beklagten in Höhe des geltend gemachten Betrages von 89,92 € erfolgt.
- g) Was die Rechnungs-Nr. 511492 angeht, steht dem Kläger der mit der Klage geltend gemachte und vom Bauleiter freigegebene Betrag in Höhe von 3.572,20 € zu.
- h) Ebenfalls infolge kontrollierter und erbrachter Leistung hat der Bauleiter der Beklagten die mit Rechnungs-Nr. 511493 geforderten 668,00 € zur Zahlung an den Kläger freigegeben. Soweit es auf dem Kontoblatt vom 06. September 2010 einschränkend heißt: „Aufmaß abwarten.“, dürfte es sich um eine ungenaue Formulierung handeln, da es ausweislich des Rechnungstextes um Stundenlohnarbeiten ging. Hierzu hat der Kläger vorgetragen, er habe dem Bauleiter der Beklagten die geforderten Informationen zukommen lassen, ohne dass eine weitere Reaktion erfolgt sei. Mangels Bestreitens der Beklagten ist dieser Vortrag als unstreitig zu behandeln, § 138 Abs. 3 ZPO.
- i) Bezüglich der Rechnungs-Nr. 511495 hat der Bauleiter I von den geltend gemachten 1.890,00 € nur 1.500,00 € freigegeben unter Hinweis darauf, es sei noch die Vorlage eines Aufmaßes abzuwarten. Unwidersprochen hatte der Kläger jedoch schon in erster Instanz vorgetragen, dieser Aufforderung nachgekommen zu sein, ohne danach noch etwas von der Beklagten gehört zu haben. Hiernach ist vom Vortrag des Klägers als unstreitig auszugehen, § 138 Abs. 3 ZPO, so dass ihm der geltend gemachte Betrag von 1.890,00 € zuzusprechen ist.
- j) Auch die mit Rechnungs-Nr. 511496 geltend gemachten 519,50 € stehen dem Kläger zu. Diese Rechnung, die sich auf das von dem Geschäftsführer der Beklagten mit seiner Unterschrift versehene Angebot vom 5. Mai 2010 bezieht und deren erste Fassung aufgrund Neuberechnung der Massen reduziert wurde, ist von dem Architekten I in Höhe von 1.000 € freigegeben worden. Wie sich dessen Kontoblatt vom 6. September 2010 entnehmen lässt, stand die Restzahlung unter dem Vorbehalt der Vorlage des Aufmaßes. Ein solches ist von dem Kläger aber unter dem 12. November 2010 erstellt worden, so dass für den weiteren Einbehalt des Restbetrages keine Rechtfertigung ersichtlich ist.

- k) Was die Rechnungs-Nr. 511501 angeht, kann der Kläger die geltend gemachten 750,00 € verlangen. Soweit die Beklagte die fehlende Fälligkeit mangels Abnahme gerügt hat, ist dies unbehelflich. Denn nach einem Zeitablauf von mehr als zwei Jahren wäre es Sache der Beklagten gewesen, Umstände vorzutragen, insbesondere Mängel, die einer Abnahme des vom Kläger erstellten Revisionsschachtes entgegenstehen würden.
- l) Die mit Rechnungs-Nr. 511502 geltend gemachten 140,00 € stehen dem Kläger dagegen nicht zu. Insoweit ist er darlegungs- und beweisfällig geblieben. Schon erstinstanzlich (Schriftsatz vom 30. September 2011, S. 4, 3. Abs.) hatte die Beklagte eine vertragliche Vereinbarung insoweit bestritten. Beweis durch Vorlage aussagekräftiger Unterlagen oder durch Benennung von Zeugen hat der Kläger nicht angetreten. 35
- m) Schließlich stehen ihm die mit Rechnungs-Nr. 511505 geltend gemachten 2.159,75 € zu. Seiner erstinstanzlich aufgestellten Behauptung, sein Angebot habe der Bauleiter I für die Beklagte angenommen, wofür dessen Unterschrift auf dem Angebot (Bl. 190 GA) spricht, ist die Beklagte nicht entgegengetreten. In zweiter Instanz bestreitet sie lediglich die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung ihres Bauleiters. Da eine solche, wie oben ausgeführt, gegeben war, ist die Beklagte verpflichtet, den in Rechnung gestellten Betrag zu begleichen. 36
- n) Es ergibt sich damit, dass dem Kläger auf der Grundlage der in der Schlussrechnung vom 12. Dezember 2010 vorgenommenen Abrechnung statt 10.815,29 € nur 10.257,07 € zur Zahlung zustehen. 37
3. Der Fälligkeit der restlichen Werklohnforderung steht der Einwand der Beklagten nicht entgegen, dass es zu einer ausdrücklichen Abnahme bis heute nicht gekommen ist. Es ist von einer Abnahme in schlüssiger Form auszugehen (s. Werner/Pastor, Rn. 1846, 1823 ff.). Eine solche kommt u. a. in Betracht (Werner/Pastor, Rn. 1824), wenn die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme des Werkes erfolgt oder das Werk rügelos seiner Bestimmung gemäß in Benutzung genommen worden ist. Hier ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Beklagte das Werk nach Beendigung der Arbeiten durch den Kläger in Gebrauch genommen hat. Auch wenn dem Auftraggeber vom Zeitpunkt der ersten Nutzungshandlung an eine Prüfungszeit zuzubilligen ist, deren Länge von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist (BGH BauR 1985, 200; s. a. Werner/Pastor, Rn. 1826), so sind vorliegend inzwischen ca. zwei Jahre vergangen, ohne dass die Beklagte Mängelrügen erhoben hat. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung ist deshalb von einer konkludenten Abnahme auszugehen. 38
4. Gegenrechte – gleich welcher Art – kann die Beklagte auch nicht daraus herleiten, dass der Kläger, der behauptet, eine Dichtigkeitsprüfung vorgenommen zu haben, unstrittig keine protokollierte Dichtheitsprüfung nach DIN EN 1610 durchgeführt hat. Dieser Umstand berührt die Fälligkeit der Klageforderung nicht. Es ist zum einen weder ersichtlich noch von der Beklagten vorgetragen, dass der Kläger eine derartige Leistung als vertraglich vereinbart schuldete. Den aktenkundigen Vertragsunterlagen lässt sich solches nicht entnehmen (siehe auch OLG Köln, BauR 2008, 129). Der Senat teilt auch nicht die Auffassung der Beklagte, diese Prüfung gehöre auch ohne entsprechende Vereinbarung zum erteilten Auftrag. 39
- In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist auch, dass eine fachtechnisch ordnungsgemäße Dichtheitsprüfung nur von einem speziellen Sachverständigen durchgeführt werden kann, der die erforderliche Sachkunde durch einen entsprechenden Nachweis belegen muss. Unbestritten von der Beklagten hat der Kläger schon erstinstanzlich vorgetragen, er gehöre nicht zu dem berechtigten Personenkreis, könne deshalb das von der Beklagten begehrte Protokoll gar nicht ausstellen. Da es sich bei der Beklagten um eine 40

Fachfirma aus der Baubranche handelt, kann unbedenklich davon ausgegangen werden, dass ihrem Geschäftsführer bekannt ist, dass nicht jede Tiefbaufirma befugt ist, eine Bescheinigung auf der Grundlage einer Dichtheitsprüfung nach DIN EN 1610 auszustellen und dass der Kläger diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Aus alledem folgt, dass dem Kläger auch keine vor- oder nebenvertragliche Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.

5. Die Zinsentscheidung ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.	41
6. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.	42
7. Die Revision ist nicht zuzulassen mangels Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (§ 543 ZPO).	43
Streitwert des Berufungsverfahrens: 10.315,29 €	44