
Datum: 05.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 17 U 5/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1105.17U5.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 34/11

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 7. Dezember 2011 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 4 O 449/09 - wird gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das angefochtene Urteil sowie diese Entscheidung sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin macht restliche Werklohnansprüche gegen die Beklagte geltend. Wegen des Sachvorbringens der Parteien in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen, § 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO.

3

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der Zinsforderung stattgegeben und ausgeführt, die Beklagte habe die ihr obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung, die zum

4

Eintritt des Leistungserfolges erforderlich sei, nicht erbracht.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrem Rechtsmittel. Sie meint, das Landgericht habe die getroffenen vertraglichen Regelungen verkannt. Auch wenn diesen ein Pauschalvertrag auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung zu Grunde liege, habe die Klägerin damit Planungsaufgaben übernommen im Hinblick auf die Komplettisanierung u. a. der Haustechnik, insbesondere bezüglich der Klimatisierung der Räume. Dem sei sie nicht ausreichend nachgekommen, habe stattdessen Geräte eingebaut und sodann erst ihr erklärt, sie müsse eine stärkere Stromleistung zur Verfügung stellen, weil anderenfalls die Funktionsfähigkeit nicht hergestellt werden könne. Allerdings sei fraglich, ob allein eine nicht ausreichend dimensionierte Stromstärke ursächlich sei. Jedenfalls sei das Werk der Klägerin mangelbehaftet. Unzutreffenderweise sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Zurverfügungstellung des Hausanschlusses nicht zum Pflichtenkreis der Klägerin gehöre. Sollte die vorhandene Strommenge tatsächlich zu gering sein, sei es die Verpflichtung der Klägerin gewesen, sich um einen stärkeren Hausanschluss zu kümmern, da sie eine schlüsselfertige und voll funktionstüchtige Leistung schulde. Der „Übergabepunkt“ im Sinne von Nr. 7 der Kostenschätzung liege nicht im Hotel, sondern in dem zur Beistellung der ausreichenden Strommenge erforderlichen Trafo des Stromversorgers. Weil die Klägerin ihrer umfassenden Prüfungspflicht bezüglich der vorhandenen Strommenge nicht nachgekommen sei, habe sie die erforderliche Leistung ohne besondere Vergütung zu erbringen. Vor allem sei der Klägerin auch vorzuwerfen, im Vorhinein nicht bzw. nicht ausreichend geplant zu haben im Hinblick auf die von den eingebauten Geräten benötigte Strommenge. In jedem Falle hätte das Landgericht zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung kommen müssen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 7. Dezember 2011 - 4 O 449/09 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, sie habe die versprochene Leistung ordnungsgemäß erbracht. Die Beklagte verstehe den Vertragsinhalt falsch. Insbesondere habe sie, die Klägerin, keine umfassende Planungsaufgabe übernommen. Schon gar nicht sei sie verpflichtet gewesen, einen ausreichend dimensionierten Hausanschluss für die Stromversorgung auf eigene Kosten herzustellen. Aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich zweifelsfrei, dass sie Versorgungsleitungen nur ab dem Übergabepunkt des Versorgungsunternehmens zu erneuern gehabt habe. Selbst wenn ihr eine unzureichende Planung vorzuwerfen wäre, sei der Beklagten hierdurch kein Gegenrechte begründender Schaden entstanden. Bei den Mehrkosten für den größer dimensionierten Hausanschluss handle es sich um Sowieso-Kosten. Die Klimageräte seien voll funktionstüchtig, sobald die Beklagte den von dieser geschuldeten ausreichend dimensionierten Hausanschluss beistelle. Dazu sei sie, die Klägerin, weder technisch noch rechtlich in der Lage, sondern nur die allein antragsberechtigte Beklagte.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

13

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats keine Aussicht auf Erfolg. Da die zu Grunde liegende Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, eine Entscheidung durch Urteil weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich und zudem eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist, ist über die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zu entscheiden.

1. Der Senat hat in seinem Hinweisbeschluss vom 20. August 2012 Folgendes ausgeführt: 14

„1. 15

Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass der Klägerin der der Höhe nach unstreitige restliche Werklohn zusteht, § 326 Abs. 2 BGB, weil die Beklagte ein ihr obliegende Mitwirkungshandlung verweigert, wodurch es der Klägerin unmöglich ist, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen, so dass ihr Zahlungsanspruch insgesamt fällig geworden ist. 16

a) 17

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass es trotz der hier lediglich vorliegenden funktionalen Leistungsbeschreibung nicht dem Pflichtenkreis der Klägerin unterfällt, im Hinblick auf eine stärkere Stromversorgung des Gebäudes tätig zu werden. Auch wenn die Parteien beim Pauschalvertrag das Leistungsziel in den Vordergrund ihrer Vertragsbeziehungen stellen und den Leistungsumfang bewusst zielorientiert pauschalisieren (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rn. 1525), so ergibt sich vorliegend, dass sich der Pflichtenkreis der Klägerin nicht auf die Zurverfügungstellung des Hausanschlusses für eine Stromleitung bezog, über die die benötigte Energieleistung ins Hotel der Beklagten geleitet werden kann. Dies ergibt sich ohne weiteres aus Ziffer 7 des Angebotes, das gemäß § 2 Ziffer 1 b) des Generalunternehmervertrages ausdrücklich zur Vertragsgrundlage gemacht worden ist. Gemäß Ziffer 7 hatte sich die Klägerin zwar zum Neuaufbau der Versorgungs- und Abwasserleitungen verpflichtet, jedoch nur „ab Übergabe Versorgungsunternehmen“. Zwischen den Parteien herrschte insoweit erstinstanzlich kein Streit darüber, dass sich der Pflichtenbereich der Klägerin angesichts dieser Vereinbarung ausschließlich auf das innerhalb des Gebäudes liegende Stromleitungssystem bezog, nicht aber auch auf das des Stromversorgers außerhalb dessen. Streitig war insoweit alleine – siehe dazu sogleich unten –, ob die Klägerin verpflichtet gewesen wäre, schon vor Arbeitsbeginn im Rahmen der Planung Untersuchungen darüber anzustellen, ob die von ihr vorgesehene Heizungs- und Klimaanlage durch den Stromversorger mit der erforderlichen Strommenge beliefert werden kann. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren Überlegungen anstellt, wo bei einer Veränderung der Stromzufuhr durch das Versorgungsunternehmen der Übergabepunkt (Stichwort Trafo) anzunehmen sei, sind diese Darlegungen nicht geeignet, den von der Beklagten gezogenen Schluss zu rechtfertigen, das Landgericht habe fehlerhaft angenommen, der Vertragsumfang habe das Zurverfügungstellen des Hausanschlusses nicht umfasst. Die Frage, ob bei einer Erhöhung der von dem Energielieferanten zugeführten Stromleistung ggfl. eine Verlagerung des bisherigen Hausanschlusses/Überpunkte einhergehen könnte, verändert die sich aus Ziff. 7 der Kostenschätzung ergebende Aussage nicht, dass die sich für die Klägerin ergebenden Leistungsverpflichtungen auf den Bereich diesseits des „Übergabepunktes Versorgungsunternehmen“ beschränkten. Damit ist auch die weitere Feststellung des Landgerichts nicht zu beanstanden, es sei Sache der Beklagten, einen ausreichenden Hausstromanschluss zur Verfügung zu stellen. 18

b) 19

Desweiteren teilt der Senat auch die Rechtsansicht des Landgerichts – und damit auch die der Beklagten -, dass der Klägerin eine Prüfungspflicht dahingehend oblag, ob die von ihr zum Einbau vorgesehene Heizungs- und Klimaanlage mit der vom Stromversorger bereit gestellten Strommenge würde ordnungsgemäß betrieben werden können. Ob die Klägerin ihrer Prüfungs- und/oder Hinweispflicht gegenüber der Beklagten ausreichend bzw. rechtzeitig nachgekommen ist, bedarf jedoch keiner Entscheidung. Denn wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, fehlt es an einem substantiierten Vortrag der Beklagten dahingehend, dass ihr aufgrund eines (unterstellten) unzureichenden oder verspäteten Hinweises durch die Klägerin ein kausaler Schaden – etwa in Form von Mehrkosten – entstanden ist. Trotz dieses Hinweises des Landgerichts im angefochtenen Urteil fehlt es an einem entsprechenden Vortrag auch in der Berufungsbegründung, so dass die Beklagte mit künftigem Vortrag ausgeschlossen wäre, wenn ein solcher noch erfolgen würde, § 531 ZPO.

Dass sie die Kosten für einen Stromanschluss mit höherer Leistung in Höhe von gut 47.000,00 € nicht verlangen könnte, die die Firma Rheinenergie für ihr Tätigwerden fordert, ergibt sich daraus, dass es nicht im Machtbereich der Klägerin liegt, die Verlegung anderer oder zusätzlicher Kabel zu veranlassen, sondern dies allein der Mitwirkungshandlung der Beklagten obliegt.

c) 22

Daraus ergibt sich zugleich, dass sich die Beklagte entgegen der von ihr vertretenen Rechtsansicht auch nicht auf § 5 Abs. 3 des Generalunternehmervertrages stützen kann. Auch wenn man von einer Pflichtverletzung durch die Klägerin in Bezug auf eine ausreichende Planung bzw. die Abteilung eines rechtzeitigen Hinweises im Hinblick auf die benötigte Strommenge ausgeht, so kann sie insoweit gar nicht tätig werden und eine entsprechende Leistung, so wie es in § 5 Abs. 3 als Rechtsfolge vorgesehen ist, gar nicht erbringen. Im Übrigen teilt der Senat aber auch schon die Auffassung der Beklagten, dass sich die aus § 5 Abs. 3 des Generalunternehmervertrags ergebenden Verpflichtungen auch auf den Hausanschluss beziehen, denn dieser gehörte wie gesagt nicht zu dem von der Klägerin geschuldeten Gewerk.

d) 24

Im Übrigen – und auch darin folgt der Senat dem Landgericht -, ist es der Beklagten verwehrt, sich auf eine mangelhafte Leistung der Klägerin zu berufen, da eine Überprüfung der Funktionsfähigkeit die zwingend erforderliche Mitwirkungshandlung der Beklagten voraussetzt, die sie augenscheinlich nach wie vor ablehnt.

e) 26

Nach alledem hat das Landgericht die Beklagte auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05 - = BauR 2008, 344 = NJW 2008, 511 Rz. 38 juris) zu Recht zur Zahlung des restlichen Werklohnes verurteilt. An substantiiertem Vortrag im Hinblick auf einen Gegenanspruch fehlt es.“

2. 28

Die Beklagte hat mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 14. September 2012 zu den vorstehenden Hinweisen Stellung genommen. Dies führt nicht zu einer für das Rechtsmittel der Beklagten günstigeren Beurteilung.

30

Soweit sie sich in der Berufungsinstanz darauf stützt, dass die Klägerin ihre Planungsleistung bezüglich der Haustechnik nicht oder nur unzureichend erbracht habe und hieraus augenscheinlich das Recht ableiten will, die Bezahlung des rechtlichen Werklohnes derzeit nicht oder jedenfalls nicht vollständig vornehmen zu müssen, ist sie hiermit gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Streitpunkt in erster Instanz war alleine die Frage, welche der Parteien die für die Herstellung der erforderlichen Stromleistung von der Firma Rheinenergie geforderten Kosten zu tragen haben würde. Zu Recht hat das Landgericht deshalb in seinem Urteil (Seite 5 UA, 1. Absatz) ausgeführt, es sei mangels entsprechenden Vortrags nicht ersichtlich, dass der Beklagten Mehrkosten entstanden seien. Hierzu verhalten sich auch die Ausführungen des Senats unter Ziffer 1 b) in seinem Hinweisbeschluss vom 20. August 2012. Mit ihrem nunmehrigen Vortrag, die Rest-Werklohnforderung der Klägerin sei wegen unterlassener Planungsleistungen um einen Betrag von netto 81.259,81 € zu kürzen, ist die Beklagte unabhängig davon, ob ihr ein Anspruch dem Grunde nach insoweit überhaupt zusteht, präkludiert.

3. 31

Ebenso wenig führt die im Schriftsatz vom 22. Oktober 2012 erstmals erklärte Aufrechnung zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis im Hinblick auf das von ihr eingelegte Rechtsmittel. Hierüber bedarf es im Rahmen der Beschlussfassung nach § 522 Abs. 2 ZPO keiner Entscheidung, so dass es insoweit keiner weiteren - an die vorstehenden Rechtsausführungen zur materiellen Rechtslage anknüpfenden – Ergänzung bedarf. 32

Der Senat vertritt in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung und Literatur (vgl. u.a. OLG Rostock NJW 2003, 3211; OLG Frankfurt/M. NJW 2004, 165, 167; KG NJW 2006, 3505; OLG Düsseldorf OLG Report 2007, 465; Zöller/Heßler, ZPO, 29.Aufl., § 522 Rn 37; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 33.Aufl., § 522 Rn 14, Musielak/Ball, 8.Aufl., § 522 Rn 28; Schellenberg, MDR 2005, 610, Nr.14; Vossler, MDR 2008, 722) die Auffassung, dass eine Klageerweiterung, eine neue Widerklage oder eine erstmalige Aufrechnung im Rahmen einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO weder auf ihre Zulässigkeit noch auf ihre Erfolgsaussicht in der Sache hin zu prüfen ist. Diese bleiben vielmehr unberücksichtigt, und mit der Zurückweisung der Berufung durch den Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO, der sich allein mit dem Angriff auf die erstinstanzliche Entscheidung befasst, werden Klageerweiterung, Widerklage oder Aufrechnungserklärung analog § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos. Derartige Änderungen des Streitgegenstandes durch den Berufungskläger können eine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht hindern, weil es auf die Erfolgsaussichten der Klageerweiterung, der Widerklage oder der Aufrechnung nicht ankommt. Bei einer anderen Handhabung hätte es der Berufungsführer in der Hand, durch eine mit der Berufung vorgenommene Klageerweiterung, Klagebeschränkung, Widerklage oder Aufrechnungserklärung eine mündliche Verhandlung stets zu erzwingen und die Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO zu unterlaufen. 33

Soweit vereinzelt die Meinung vertreten wird (Bub, MDR 2011, 84), im Rahmen der Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO sei auch über eine Klageerweiterung, Widerklage oder Aufrechnung zu befinden, vermag der Senat dieser Auffassung nicht zu folgen, weil es insoweit für eine Entscheidung in der Sache grundsätzlich einer (erstmaligen) mündlichen Verhandlung bedarf. Die von Bub (a.a.O.) für seine Meinung zitierten OLG-Entscheidungen betreffen auch nur Fälle, in denen es um nach § 533 unzulässige Klageänderungen (OLG Köln, OLG Report Köln 2004, 154) oder um Nebenforderungen zur Klage ging, die vom Bestehen der Hauptforderung abhingen (OLG Koblenz 10 U 1273/02 und 10 U 1726/06; juris). 34

4.	35
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	36
5.	37
Die Zulassung der Revision scheidet nach den vorstehenden Ausführungen aus (§§ 522 Abs. 2, 543 Abs. 2 ZPO).	38
