
Datum: 12.03.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 5/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0312.3U5.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 7 O 133/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 21.12.2011 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 7 O 133/11 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 10.412,98 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.02.2011 zu zahlen.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, 11.471,60 € an die Klägerin zu zahlen, Zug um Zug gegen Beseitigung der Schwergängigkeit und des schlechten Schließens der von der Klägerin im Bauvorhaben der Beklagten P E eingebauten zwei einflügeligen Stahltüren (Größe ca. 1000 x 2500 mm), sechs zweiflügeligen Stahltüren (Breite 1800 mm) und einer zweiflügeligen Stahltür (Breite ca. 2400 mm) durch folgende Überarbeitungsmaßnahmen:

Demontage der Gitterroste und Türflügel, Bänder richten, Bänderbohrungen reinigen und Zinkaufdickungen entfernen, Falz und Aufdeckluft prüfen, Bandunterkonstruktion am Flügel trennen, kürzen und neu verschweißen und mit Zinkstaubfarbe nachbehandeln, Endbeschichtung auftragen, Fallen und Riegellöcher nacharbeiten.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 26 % und die Beklagte zu 74 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Die Klägerin macht Werklohn für Schlosserleistungen am Bauvorhaben der Beklagten P in E aus einer Akonto-Rechnung vom 01.11.2010 über 21.884,58 € geltend.

Sie lieferte und montierte u.a. entsprechend ihrem Angebot vom 04.08.2010 (Bl. 15 f d.A.) und dem Auftrag der Beklagten vom 18.08.2010 (Bl. 17 d.A.) 9 Stahltüren zum Preis von 19.000,00 €. Unter dem 01.11.2010 erstellte sie eine fünfte Akonto-Rechnung für Leistungen in den Monaten Juni bis Oktober 2010 über netto 21.884,58 € (Bl. 33 ff d.A.). Die vertraglich geschuldeten Leistungen wurden vollständig erbracht. Unter dem 19.11.2010 (Bl. 39 ff d.A.) erteilte die Klägerin die Schlussrechnung, die unter Berücksichtigung von vier Akonto-Zahlungen und des nicht gezahlten Betrags aus der fünften Akonto-Rechnung vom 01.11.2010 mit einem Nettobetrag von 6.947,07 € endet. Am 22.12.2010 fand eine Zustandsaufnahme statt, über die ein Protokoll mit einer umfangreichen Mängelliste (Bl. 25 f d.A.) erstellt wurde (Bl. 21 ff d.A.). Am 20.01.2011 wurde nach der Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten das Werk abgenommen und ein Abnahmeprotokoll (Bl. 27 ff d.A.) mit der alten Mängelliste in der Anlage erstellt, in der die beseitigten Mängel durchgestrichen wurden. Von den ursprünglich 31 Mängeln blieben 12 Positionen offen. Position 9 lautet: „Scharniere, Türen statisch wohl nicht ausreichend. Teilweise schon verbogen – Statik?“ mit dem Vermerk der Klägerin: „strittig, zum Zeitpunkt der Abnahme war die Funktion der Türen gewährleistet.“ Im Abnahmeprotokoll selbst ist in dem Vordruck zur Mängelbeseitigung eingetragen: „14 Tage nach Abschlagszahlung“. Die Klägerin forderte die Beklagte unter dem 26.01.2011 (Bl. 37 d.A.) und 14.02.2011 (Bl. 38 d.A.) mit Fristsetzung zum 20.02.2011 zur Abschlagszahlung von 22.000,00 € vergeblich auf. Die Beklagte teilte der Klägerin unter dem 11.02.2011 (Bl. 82 d.A.) mit, dass einige der Türen klemmen bzw. wieder nicht schließen. Ferner klemmten einige Drückergarnituren. Die Beklagte bat um Mängelbeseitigung bis zum 18.02.2011. Sie erklärte weiter: „Dieser Mangel bestand schon zum ersten Abnahmetermin am 22.12.2010 und wurde dann zum zweiten Abnahmetermin am 20.01.2011 wohl behoben. Wir hatten seinerzeit schon angesprochen, dass die Scharnierbereiche uns zu schwach dimensioniert erscheinen. Dies scheint sich durch die erneute Verformung wohl zu bestätigen. Hier fordern wir Sie auf, uns die entsprechende statische Auslegung/Berechnung vorzulegen.“

Die Klägerin hat sich auf eine Vorleistungspflicht der Beklagten berufen und bestritten, dass die Scharniere nicht ausreichend seien und sich wieder verbogen hätten. Zum Zeitpunkt der Abnahme habe ein Mangel an den Türen nicht vorgelegen.

1

2

3

4

5

6

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 21.884,58 € sowie außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 859,80 € nebst Zinsen aus beidem in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.12.2010 zu verurteilen. 7

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 8

Sie hat vorgetragen, die Scharniere der Türen seien nicht ausreichend dimensioniert und hätten sich wieder verbogen. Der Klägerin sei allerdings Recht zu geben, dass im Zeitpunkt der Abnahme am 20.01.2011 der Mangel an allen Türen behoben gewesen sei. 9

Die Beklagte hat ferner behauptet, die weiteren im Abnahmeprotokoll vom 20.01.2011 festgestellten Mängel mit Ausnahme der Türen beseitigt zu haben und hierfür 10.887,35 € netto aufgewendet zu haben. Die Kosten der Instandsetzung der Türen betrügen nach dem Kostenvoranschlag der Firma Reschke (Bl. 83 d.A.) 11.382,00 € netto. Schließlich habe ihr Auftraggeber einen Abzug wegen Qualitätsminderung in Höhe von 5.307,50 € vorgenommen, weil die von der Klägerin eingebauten Gitterroste, die nicht mehr beseitigt werden könnten, nicht den vertraglich vereinbarten Qualitätsansprüchen genügten. In Höhe der drei Beträge, insgesamt 27.576,85 € zuzüglich Umsatzsteuer, hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt (Bl. 75 d.A.). 10

Das Landgericht hat der Klage – mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung – stattgegeben und ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten wegen noch nicht behobener Mängel verneint. Die Bedingung für die vertraglich geregelte Pflicht zur Vornahme der Mängelnachbesserung sei noch nicht eingetreten. Die Berufung der Beklagten auf ein Leistungsverweigerungsrecht stelle eine treuwidrige Zuwiderhandlung gegen das eigene frühere Verhalten dar, § 242 BGB. Es komme nicht darauf an, ob sich die Vereinbarung im Abnahmeprotokoll nur auf solche Mängel beziehe, die im Zeitpunkt der Abnahme vorgelegen hätten, oder auch auf Mängel, die erst nach der Abnahme aufgetreten seien. Denn die Behauptung, der Mangel an den Scharnieren der Türen sei nach der Abnahme erneut aufgetreten, stehe im Widerspruch zum Abnahmeprotokoll, wonach die Scharniere bereits bei der Abnahme als „statisch wohl nicht ausreichend“ sowie „teilweise schon verbogen – Statik?“ bemängelt und in der Mängelliste nicht als erledigt durchgestrichen sei. Die Vereinbarung im Abnahmeprotokoll sei also in Kenntnis des Umstandes erfolgt, dass die Scharniere möglicherweise mangelhaft seien. Die Beklagte, die sich trotz der Annahme eines solchen Mangels zur Abschlagszahlung vor Mängelbeseitigung bereit erklärt habe, könne sich damit nicht darauf berufen, dass der Mangel erst nach vollständiger Behebung erneut aufgetreten sei. 11

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Landgerichts in zulässiger Weise Berufung eingelegt. Sie macht geltend, die Berechtigung der Klägerin, eine Abschlagsrechnung durchzusetzen, ende mit dem Eintritt der Schlussrechnungsreife. Deshalb sei der Antrag auf Zahlung der Abschlagsrechnung unbegründet. Zu den Scharnieren trägt die Beklagte vor, diese seien bei der Abnahme nach wie vor nicht ausreichend gewesen und wiederum verbogen. Sie beruft sich – wie schon in erster Instanz – auf ein Leistungsverweigerungsrecht, das ihr nach dem erneuten Auftreten der Mängel an den Türen zustehe. Ferner sei sie berechtigt gewesen, mit dem ihr entstandenen Schaden die Aufrechnung zu erklären. 12

Die Beklagte beantragt, 13

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 14

Die Klägerin beantragt,	15
die Berufung zurückzuweisen.	16
Sie verteidigt das angefochtene Urteil.	17
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil und die von den Parteien eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	18
Der Senat hat durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen N vom 10.10.2011 (Bl. 182 ff d.A.) Bezug genommen.	19
II.	20
Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg.	21
Die Beklagte ist zur Abschlagszahlung in Höhe von 11.471,60 € nur Zug um Zug gegen Beseitigung der durch Sachverständigengutachten festgestellten Mängel und ferner zur Zahlung von 10.412,98 € an die Klägerin verpflichtet. Aufrechenbare Gegenansprüche stehen der Beklagten nicht zu.	22
1.	23
Die Klägerin kann trotz der zwischenzeitlich erstellten Schlussrechnung eine weitere Abschlagszahlung auf die fünfte Akonto-Rechnung vom 01.11.2010 (Bl. 33 ff d.A.) von der Beklagten verlangen.	24
Ein Anspruch auf Abschlagszahlung kann zwar grundsätzlich nicht mehr durchgesetzt werden, wenn die Bauleistung abgenommen ist und der Auftragnehmer eine Schlussrechnung gestellt hat. Dann erlischt die Berechtigung des Auftragnehmers zur vorläufigen Abrechnung. Eine Abschlagsforderung verliert ihre Durchsetzbarkeit (vgl. BGH NJW 2010, 227, 229).	25
Auf diese Rechtsprechung kann sich die Beklagte im Streitfall aber nicht berufen, weil die Parteien ausdrücklich im Abnahmeprotokoll in Kenntnis der bereits erstellten Schlussrechnung die Abschlagszahlung vereinbart haben. Auch nach dem Beklagtenvortrag ist unstreitig, dass die Beklagte auf die fünfte Akonto-Rechnung trotz Vorliegens der Schlussrechnung 21.884,58 € zahlen sollte und dass die Mängelbeseitigung 14 Tage nach der Abschlagszahlung erfolgen sollte. Damit haben die Parteien vereinbart, dass die Klägerin ihre Abschlagsforderung noch durchsetzen konnte.	26
2.	27
Der Zahlungsanspruch der Klägerin ist nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit angeblichen Gegenforderungen erloschen (§ 389 BGB). Die geltend gemachten Gegenforderungen sind nicht begründet.	28
a)	29
Ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Beseitigung der im Abnahmeprotokoll vom 20.01.2011 festgehaltenen Mängel in Höhe von netto 10.887,35 € steht der Beklagten gemäß § 637 BGB nicht zu, weil die Klägerin insoweit erst nach – nicht erfolgter – Zahlung	30

des Abschlagsbetrages zur Mängelbeseitigung verpflichtet gewesen wäre.

b)	31
Die Beklagte hat auch keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung von Mängeln an den Stahltüren in Höhe von netto 11.382,00 €. Für einen Aufwendungsersatzanspruch fehlt es an einer ordnungsgemäßen Fristsetzung zur Nacherfüllung. Das Schreiben der Beklagten vom 11.02.2011 (Bl. 82 d.A.) mit Fristsetzung bis 18.02.2011 reicht nicht aus, weil daraus nicht hervorgeht, an welchen Türen ein Mangel beseitigt werden sollte. Dort wird beanstandet, dass „einige der Türen“ klemmen bzw. wieder nicht schließen und dass „einige Drückergarnituren“ klemmen. Dem Schreiben ist nicht zu entnehmen, dass sich ein Nachbesserungsverlangen auf sämtliche neun von der Klägerin gelieferte Stahltüren erstrecken soll.	32
c)	33
Einen Minderungs- oder Schadensersatzanspruch in Höhe von 5.307,50 € hat die Beklagte nicht schlüssig vorgetragen. Sie begründet ihn damit, dass ihr Auftraggeber wegen Qualitätsminderung ihr gegenüber einen entsprechenden Abzug vorgenommen habe, weil die Gitterroste nicht in der Flucht eingebaut seien. Unklar ist bereits, ob die Klägerin insoweit zur Nachbesserung verpflichtet war. Denn der Mangel ist unter Ziffer 2) der Mängelliste zum Abnahmeprotokoll enthalten und von der Klägerin mit dem Zusatz „strittig“ versehen. Auch die – als erledigt – durchgestrichenen Positionen 26) und 28) der Mängelliste beziehen sich auf die Gitterroste. Selbst wenn die Klägerin zur Mängelbeseitigung verpflichtet war, fehlt es aber an einer Fristsetzung zur Nachbesserung. Die Beklagte hat auch nicht substantiiert dargetan, dass und warum eine Mängelbeseitigung nicht möglich gewesen sein soll. Schließlich ist der geltend gemachte Abzugsbetrag in keiner Weise nachvollziehbar.	34
3.	35
Der Beklagten steht gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin aber in Höhe von 11.471,60 € ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB wegen Mängeln an den Stahltüren zu.	36
Die Einrede des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB entfällt nur insoweit, als Mängel in der Anlage zum Abnahmeprotokoll enthalten sind. Denn insoweit haben die Parteien eine Vorleistungspflicht der Beklagten zur Zahlung des Abschlagsbetrages vor Mängelbeseitigung vereinbart. Mängel an den Stahltüren gehören nicht zu den in der Mängelliste zum Abnahmeprotokoll enthaltenen Mängeln, deren Beseitigung die Klägerin erst nach Zahlung des Abschlagsbetrages schuldet. Die Klägerin hat die Position 9) der Mängelliste „Scharniere Türen statisch wohl nicht ausreichend, teilweise schon verbogen – Statik?“ mit dem Zusatz versehen: „strittig. Zum Zeitpunkt der Abnahme war die Funktion der Türen gewährleistet“. Da die Klägerin somit bei der Abnahme – wie auch in diesem Rechtsstreit – davon ausging, dass die Türen mangelfrei waren, wollte sie insoweit keine Mängelbeseitigungsarbeiten ausführen. Damit waren solche Arbeiten auch nicht von der Vorleistungspflicht der Beklagten umfasst, so dass diese wegen Mängeln an den Türen ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen kann.	37
Nach dem Ergebnis des vom Senat eingeholten schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen N vom 10.10.2012 steht fest, dass zwar nicht die Scharniere an den von der Klägerin eingebauten Stahltüren unzureichend dimensioniert sind – wie die Beklagte	38

vermutet hatte –, dass aber sämtliche Türen schwergängig sind, hängen oder zu hoch montiert sind. Teilweise schlagen sie gegen den Rahmen oder berühren sich. Die Bedienung der Türen mit einer Hand ist nicht möglich. Sie müssen immer leicht gedrückt werden, damit das Türschloss mit dem Schlüssel betätigt werden kann. Zur Beseitigung der Schwergängigkeit und des schlechten Schließens der Türen hätten sämtliche Türen nach dem Feuerverzinken auf die möglichen Mangelursachen hin nachgearbeitet werden müssen:

- 1 Die Bewegung in den Bändern kommt durch teilweise nicht fluchtende Bänder zu Stande: Sie stehen nicht lotrecht übereinander. 340
- 2 Die schwere Drehbewegung kann u.a. durch fehlende Nachbehandlung nach der Feuerverzinkung entstehen: In den Bohrungen setzen sich durch das Feuerverzinken immer kleine Zinkaufdickungen fest; wenn der Bolzen eingeschlagen wird, lösen sich diese und verklemmen den Bolzen. 41
- 3 Werden die Bänder ohne Fett montiert, entsteht durch das Reiben der Zinkoberflächen sehr schnell Abrieb, der das Band blockiert. 42
- 4 Einige Bänder sind nicht aufliegend zueinander gefertigt. Die Abstände sind unterschiedlich, so dass sich die ganze Türlast auf maximal zwei Bänder verteilen muss. 43

Das Nacharbeiten erfordert ein Richten der Bänder, Reinigen der Bänderbohrungen und Entfernen der Zinkaufdickungen, Prüfen von Falz und Aufdeckluft, Trennen der Bandunterkonstruktion am Flügel, Kürzen und Neuverschweißen, Nachbehandeln der Farbe mit Zinkstaub, Auftragen der Endbeschichtung, Nacharbeiten der Fallen und Riegellöcher. Diese Maßnahmen verursachen voraussichtlich Kosten in Höhe von brutto 5.735,80 €. 44

Die Beklagte kann also gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe des doppelten Betrages der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten (§ 641 Abs. 3 BGB) geltend machen, das heißt in Höhe von 11.471,60 €. Insoweit war sie Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel an den Stahltüren zu verurteilen, § 322 BGB. 45

4. 46

Der Zinsanspruch ist aus Verzug gemäß §§ 286, 288 BGB aus einem Betrag von 10.412,98 € begründet. Soweit der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, befindet sie sich nicht im Verzug. Ein Anspruch auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten besteht nicht, weil die Kosten nicht durch den Verzug verursacht worden sind. Die Inverzugsetzung erfolgte erst durch den Anwaltsschriftsatz vom 14.02.2011. 47

5. 48

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 49

Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergehen nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 50

Die Revision gegen dieses Urteil war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 51

Streitwert für das Berufungsverfahren: 21.884,58 €. 52

