
Datum: 30.09.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 49/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0930.7U49.13.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 43 O 142/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 01.02.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen – 43 O 142/08 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 33.942,01 € zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz werden der Beklagten auferlegt. Die durch die Nebenintervention entstandenen Kosten tragen die Streithelfer der Beklagten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht diese zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin fordert die Zahlung restlichen Werklohns für Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärleistungen im Umfang von 33.942,01 €.

1

2

3

- Die Beklagte, die als Generalunternehmerin im Auftrag der Streithelferin der Beklagten die Wohnanlage C in B mit 30 Wohneinheiten zu errichten hatte, beauftragte die Klägerin auf der Grundlage des Angebots der Klägerin vom 24.02.2005 am 28.02.2005 mit der Ausführung der Gewerke Heizung, Lüftung und Sanitär zum Pauschalpreis von 570.000,00 € netto. Die dem Auftrag zugrunde liegende Fachplanung hatte der Streithelfer der Beklagten erstellt. Die VOB/B (Fassung 2002) war vereinbart. Die Klägerin erteilte der Beklagten am 28.11.2005 die Schlussrechnung über 640.298,56 €, die im Zuge der Rechnungsprüfung der Beklagten auf 615.158,89 € gekürzt wurde. Abzüglich der von der Beklagten geleisteten Abschlagszahlungen im Umfang von insgesamt 580.700,00 € und einer Umlage von 1,5 % für Strom- und Wasserversorgung sowie Bauwesenversicherung errechnet die Klägerin einen restlichen Werklohn in Höhe von 33.942,01 €.
- Die Beklagte macht geltend, sie habe die Leistungen bislang nicht abgenommen. Sie rügt diverse Mängel u.a. an der Solaranlage, den Duschtassen, und beanstandet den fehlenden Nachweis einer Dichteproofung der Badentlüftung. Mit Schreiben vom 11.12.2012 wurde die Klägerin unter Fristsetzung bis zum 15.01.2013 erfolglos zur Beseitigung der Mängel der Solaranlage aufgefordert. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- Das Landgericht hat nach umfangreicher Beweisaufnahme die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen, weil eine Abnahme angesichts mehrerer wesentlicher Mängel der Werkleistung der Klägerin nicht erfolgt sei und nicht habe erfolgen können. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Zahlungsantrag zunächst mit der Einschränkung weiterverfolgt hat, dass eine Zahlung des restlichen Werklohns Zug-um-Zug gegen Beseitigung der Minderleistung der Solaranlage begehrt wird, sowie die Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Nachbesserung im Annahmeverzug befinde.
- Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und macht ergänzend geltend, dass entgegen der Auffassung des Landgerichts davon auszugehen sei, dass die Beklagte die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht abgenommen habe. Die Abnahme ergebe sich gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB aus dem Umstand, dass die Beklagte die ihr gesetzte Frist habe verstreichen lassen. Die Solaranlage gelte auch nach § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB als abgenommen, weil die Streithelferin der Beklagten diese ihr gegenüber bereits abgenommen habe. Ebenso hätten die einzelnen Wohnungseigentümer, die die Eigentumswohnungen von der Streithelferin der Beklagten erworben hätten, ihre Einheiten abgenommen. Sie seien in den mit der Streithelferin der Beklagten geführten Prozessen jeweils zur vollständigen Kaufpreiszahlung verurteilt worden. Das Landgericht habe zudem die Darlegungs- und Beweislast für die streitbefangenen Mängel verkannt. Die Beklagte habe darüber hinaus die von der Klägerin anerkannte Mängelbeseitigung hinsichtlich der Mängel der Solaranlage letztlich abgelehnt, indem sie der Klägerin eine bestimmte Form der Nachbesserung, nämlich den Austausch sämtlicher Kollektoren, vorgeschrieben habe. Sie befinde sich daher mit der Annahme der angebotenen Nachbesserung in Verzug. Die eingebauten Duschtassen der Firma L seien nicht mangelbehaftet. Die Einbauanleitung der Herstellerfirma sei von der Klägerin beachtet worden. Zum Zeitpunkt des Einbaus der Duschtassen habe es zudem die nun von der Beklagten geforderten Rückflussverhinderer nicht gegeben. Der beanstandete Mangel einer Verfärbung des Granitbodens vor den Duschtassen sei lediglich in fünf Duschen aufgetreten. Der vom Landgericht beauftragte Sachverständige komme fehlerhaft zu dem Ergebnis, dass die Klägerin auf konstruktionsbedingte Mängel der Duschtassen hätte hinweisen müssen. Diese seien für sie nicht erkennbar gewesen. Selbst bei Durchführung einer vom Sachverständigen für

erforderlich gehaltenen Abflussprobe hätte die Rückflussgefahr nicht erkannt werden können. Das Landgericht sei, gestützt auf das Sachverständigengutachten, daher fehlerhaft von einer Verantwortung der Klägerin für die Undichtigkeit der fünf Duschtassen ausgegangen. Die Parteien hätten sich zudem hinsichtlich der von der Beklagten beanstandeten fünf Duschtassen in den Wohnungen U, T, K, K2 und B-M sowie in der Wohnung Q darauf verständigt, dass die Klägerin zum Zwecke der Mängelbeseitigung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht nachträglich Rückflussverhinderer einbauen solle, was auch geschehen sei. Ein Nachweis über eine Volumenstrommessung hinsichtlich der Entlüftungsanlage sei nach der DIN nicht erforderlich. Der vom Gericht beauftragte Sachverständige habe ein unzutreffendes Verständnis von den durch die DIN gestellten Anforderungen. Die Klägerin habe den Nachweis der erforderlichen Volumenstrommessung anderweitig geführt. Sie habe vom Hersteller zertifizierte Geräte verwendet und diese entsprechend den Einbauvorschriften eingebaut. Eine gesonderte Volumenstrommessung sei in diesem Fall dann entbehrlich.

Die Beklagte verteidigt zunächst das angefochtene Urteil und führt ergänzend aus, dass der Berufungsantrag der Klägerin zu unpräzise sei, weil die Art der Mängelbeseitigung, die die Klägerin Zug um Zug gegen Zahlung der Vergütung zu leisten habe, inhaltlich nicht bestimmt sei. Sie habe die Abnahme wegen der Schwere der Mängel verweigern dürfen. Für eine Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB sei wegen des tatsächlich durchgeführten Abnahmetermins kein Raum. Die Klägerin könne sich auch nicht auf die Vorschrift des § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB berufen, weil diese erst ab dem 01.01.2009 in Kraft getreten sei. Wegen der Mängel der Solaranlage hätten die Erwerber gegenüber der Streithelferin Schadensersatz in sechstelliger Höhe geltend gemacht. Die Streithelferin habe gegenüber der Beklagten bereits Regress angemeldet, soweit sich die Forderung als begründet erweise. Sie, die Beklagte, habe die von der Klägerin angebotene Mängelbeseitigung hinsichtlich der Solaranlage nicht abgelehnt, sondern im Schriftsatz vom 04.01.2013 lediglich ihre Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass eine Nachbesserung nur durch den Austausch sämtlicher Kollektoren erfolgen könne. Die Mängel der Duschtassen seien von ihr hinsichtlich sämtlicher Wohnungen gerügt worden. Der Mangel liege auch hinsichtlich sämtlicher von der Klägerin eingebauter Duschtassen vor. Die Mängel an den Duschtassen wären für die Klägerin bei Durchführung einer Abflussprobe auch erkennbar gewesen. Für den Fall, dass die Werklohnforderung der Klägerin als fällig angesehen werde, hat sie sich auf die im Schriftsatz vom 28.12.2012 geltend gemachten Ansprüche berufen, für deren Umfang und Inhalt auf den Schriftsatz (Bl. 709 ff. GA) Bezug genommen wird. 8

Die Streithelferin der Beklagten bestreitet, dass sämtliche Erwerber das Wohnungseigentum abgenommen und den Kaufpreis vollständig bezahlt haben. Sie halte gegenüber der Beklagten noch einen die streitige Werklohnforderung der Klägerin übersteigenden Teil der Vergütung ein. Ein beim Landgericht anhängiges selbständiges Beweisverfahren, bei dem es u.a. ebenfalls um Mängel der Solaranlage gehe, sei noch nicht abgeschlossen. 9

Der Streithelfer der Beklagten verteidigt das angefochtene Urteil. 10

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 11

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 zunächst beantragt, 12

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 33.942,01 € Zug um Zug gegen Beseitigung der Minderung des Ertrags der auf den Gebäuden der Wohnanlage C in B befindlichen Solaranlage zu zahlen, und 13

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Nachbesserung der Solaranlage in Verzug befindet.

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 hat die Beklagte sodann 17
eine Nachbesserung durch die Klägerin abgelehnt und Schadensersatz in einer mindestens
die Klageforderung erreichenden Höhe gefordert, mit der sie die Aufrechnung gegen die
Klageforderung erklärt hat. Hinsichtlich der von der Klägerin bestrittenen Höhe der
Mängelbeseitigungskosten hat sie auf die eingeholten Sachverständigengutachten und ihr
bisheriges Vorbringen verwiesen.

Die Klägerin hat den geltend gemachten Schadensersatzanspruch dem Grunde und der 18
Höhe nach bestritten und erklärt, dass eine Zug-um-Zug-Verurteilung nunmehr entfalle, weil
der Beklagten mit der Forderung von Schadensersatz kein Nachbesserungsrecht mehr
gegenüber der Klägerin zustehe.

II. 19

Die Berufung der Klägerin ist im Hinblick auf die ihr mit Beschluss des Senats vom 20
26.06.2013 gewährte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten
Berufungsbegründungsfrist zulässig. Sie ist in der Sache auch begründet.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein restlicher Werklohnanspruch in Höhe von 21
33.942,01 € gemäß § 631 BGB zu. Die Höhe der von der Klägerin auf der Grundlage des am
28.02.2005 erteilten Auftrags zu beanspruchenden restlichen Vergütung ist zwischen den
Parteien nicht im Streit. Aufgrund der Erklärung der Klägerin im Termin vom 25.07.2013, dass
im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachte Schadensersatzforderung eine Zug-
um-Zug-Verurteilung entfalle, legt der Senat den von der Klägerin gestellten Berufungsantrag
dahin aus, dass eine unbeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des
ausstehenden Werklohns entsprechend dem Klagebegehren in erster Instanz gefordert wird.
Zwar hat die Klägerin einen solchen Antrag nicht ausdrücklich formuliert. Ihre Erklärung in der
mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 ist jedoch dahin auszulegen, dass nach der
Ablehnung der Nachbesserung durch die Beklagte die unbedingte Verurteilung der Beklagten
zur Zahlung begehrt werde. Die darin liegende Antragserweiterung ist nach Auffassung des
Senats auch nach § 533 ZPO zulässig. Die Antragserweiterung ist als sachdienlich
anzusehen, weil die Klägerin mit dem Antrag auf unbedingte Zahlung den Rahmen der durch
das landgerichtliche Urteil bestehenden Beschwer nicht überschreitet (vgl. BGH NJW-RR
202, 1435). Der zuletzt unbedingt gestellte Zahlungsantrag wird auch auf Tatsachen gestützt,
die der Senat gemäß § 529 ZPO seiner Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde
zu legen hat.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die noch offen stehende Vergütungsforderung 22
der Klägerin nicht mangels Abnahme der erbrachten Leistungen als derzeit nicht fällig
anzusehen. Das Landgericht misst dem Schreiben der Beklagten vom 12.12.2006 entgegen
seines Wortlauts nicht die Bedeutung einer Abnahmeerklärung bei. Es ist vielmehr der
Ansicht, dass eine Teilabnahme im Hinblick auf die von der Beklagten gerügten Mängel nicht
in Betracht komme, weil die übrige, unbeanstandete Leistung der Klägerin nicht in sich
abgeschlossen und funktionstüchtig sei. Dieses Verständnis wird der von der Beklagten mit
Schreiben vom 12.12.2006 abgegebenen Erklärung nach Auffassung des Senats nicht

gerecht. Die Beklagte hat darin ausdrücklich die Abnahme gegenüber der Klägerin bescheinigt mit Ausnahme mehrerer im Einzelnen aufgeführter Mängel. Darin liegt nach Auffassung des Senats eine Abnahme unter Vorbehalt, mit der sich die Beklagte die gemäß § 640 Abs. 2 BGB ansonsten ausgeschlossenen Mängelrechte erhalten hat. Die Werklohnforderung wird auch bei einer Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln fällig (vgl. Palandt/Sprau, BGB, § 641 Rn. 13). Dem Auftraggeber steht jedoch wegen der gerügten Mängel zunächst ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB bzw. § 641 III BGB in Höhe eines angemessenen Teils der Vergütung zu. Soweit der Unternehmer nicht beweist, dass die Leistung mangelfrei ist, steht ihm der Zahlungsanspruch nach Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln gemäß § 322 Abs. 1 BGB nur Zug-um-Zug gegen Beseitigung der näher bezeichneten Mängel zu.

Auf die Frage, ob die Klägerin eine Teilabnahme ihrer Leistungen verlangen kann, wie das Landgericht offenbar meint, kommt es hier daher nicht an. Gleichfalls dahinstehen kann, ob die Voraussetzungen des zum 01.01.2009 in Kraft getretenen § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen, mithin die Leistungen auch von den Auftraggebern der Beklagten abgenommen worden sind mit der Folge, dass die Werkleistung auch im Verhältnis zur Klägerin als abgenommen gilt. Nach der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 18 Abs. 1 EGBGB ist die Vorschrift des § 641 BGB in der Neufassung erst auf Schuldverhältnisse anwendbar, die nach dem 01.01.2009 entstanden sind.

23

Es kann außerdem letztlich dahin stehen, ob, wie das Landgericht angenommen hat, die Klägerin das Nichtbestehen von Mängeln der Solaranlage, der Duschtassen sowie hinsichtlich des erforderlichen Nachweises einer Dichteprüfung der Badentlüftung nicht bewiesen hat. Denn die Beklagte kann mit dem zuletzt in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten, auf die beanstandeten Mängel gestützten Schadensersatzanspruch in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe nicht mit Erfolg gegenüber der Werklohnforderung die Aufrechnung erklären. Die Aufrechnung scheitert im vorliegenden Fall daran, dass die zur Aufrechnung gestellte Forderung nicht hinreichend bestimmt bezeichnet ist mit der Folge, dass die erklärte Aufrechnung als unzulässig anzusehen ist (vgl. BGHZ 149, 120; Zöller/Greger, ZPO, § 145 Rn. 16 a).

24

Die Beklagte hat, nachdem sie sich zunächst in erster Instanz auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln der Solaranlage, der Duschtassen und hinsichtlich des fehlenden Nachweises einer Volumenstrommessung der Entlüftungsanlage und hilfsweise wegen im Einzelnen bezeichneter Mängel auf einen Freistellungsanspruch, ein Zurückbehaltungsrecht wegen fehlender Sicherheitsleistung, eine auf die Sicherheitsleistung gestützte Hilfsaufrechnung sowie weiter hilfsweise auf einen Kostenvorschussanspruch wegen im einzelnen bezeichneter Mängel sowie weiter hilfsweise auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen hatte, in der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 eine Nachbesserung durch die Klägerin wegen der gerügten Mängel nach Ablauf der dieser gesetzten Frist zur Nachbesserung abgelehnt und im Wege der Hauptaufrechnung eine Schadensersatzforderung in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe geltend gemacht. Ungeachtet der Frage, ob die erklärte Aufrechnung nach § 533 ZPO in der Berufungsinstanz zulässigerweise erhoben werden kann, scheitert die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer die Klageforderung jedenfalls erreichenden Schadensersatzforderung bereits daran, dass die zur Aufrechnung gestellte Forderung dem Grunde und der Höhe nach nicht hinreichend bestimmt bezeichnet ist. Der Bestimmtheitsgrundsatz des § 253 Abs. 2 ZPO gilt auch für die Prozessaufrechnung (vgl. BGHZ 149, 120). Danach ist erforderlich, dass die Aufrechnungserklärung die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs

25

sowie Angaben zur Höhe der zur Aufrechnung gestellten Forderung enthalten muss. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Die Beklagte hat bereits nicht dargelegt, worauf die Klägerin im Termin zutreffend hingewiesen hat, auf welche Mängel sie die Schadensersatzforderung stützen wolle. Zudem fehlt es an einer Darlegung, welche Schadenspositionen mit der Aufrechnung geltend gemacht werden sollen. Die Bestimmtheit der Aufrechnungserklärung ergibt sich nach Auffassung des Senats auch nicht aufgrund der von der Beklagten erklärten pauschalen Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen, weil die Beklagte bislang – auch nicht hilfsweise - Schadensersatzansprüche wegen der beanstandeten Mängel gegen die Klägerin erhoben hat.

Soweit die Beklagte die Aufrechnung auf eine Schadensersatzforderung wegen der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten stützen will und hinsichtlich der Mängelbeseitigungskosten auf die gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten verweist, fehlt es ebenfalls an Vortrag dazu, welche Kosten ggf. in welcher Rangfolge zur Aufrechnung gestellt werden sollen. Hinsichtlich der für die Beseitigung der Mängel der Solaranlage erforderlichen Kosten hat der vom Gericht beauftragte Sachverständige L2 keine Feststellungen getroffen. Die Beklagte hat die Kosten für den Austausch der Solarkollektoren im Rahmen der zuvor erhobenen Kostenvorschussforderung mit 42.000,00 € beziffert. Hierbei handelt es sich jedoch um eine vorläufige Kostenschätzung, deren Höhe im Übrigen weder durch einen Kostenvoranschlag oder ein Angebot untermauert worden ist. Weiteres Vorbringen zu einem der Beklagten entstandenen Schaden fehlt dagegen.

26

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

27

Die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO ist nicht veranlasst. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, sondern beruht auf der Würdigung der Umstände des vorliegenden Einzelfalls. Die für die Entscheidung tragenden Erwägungen berühren lediglich Rechtsfragen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinreichend geklärt sind. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten.

28

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO ist im Hinblick auf das mit Schriftsatz der Beklagten vom 20.08.2013 vorgelegte Gutachten des Sachverständigen E.-J. W vom 30.07.2013 nicht geboten. Das Gutachten betrifft andere als die im vorliegenden Verfahren gerügten Mängel der Solaranlage. Soweit die Beklagte das Gutachten zum Gegenstand ihres Sachvortrags machen will, handelt es sich um neues Vorbringen, das nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr zu berücksichtigen ist. Das weitere Vorbringen im Schriftsatz vom 20.08.2013 gibt ebenfalls keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO wiederzueröffnen.

29

Streitwert für das Berufungsverfahren: 33.942,01 30
€.