Oberlandesgericht Köln, 11 U 203/12

Datum:	15.01.2014
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	11. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	11 U 203/12
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2014:0115.11U203.12.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 17 O 206/09

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 9.11.2012 (17 O 206/09) wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits und die in diesem angefallenen Kosten der Streithelfer trägt die Klägerin.

3. Das vorliegende und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus zwei von der Beklagten gekündigten Generalübernehmerverträgen in Anspruch. Gegenstand dieser Verträge war die schlüsselfertige Errichtung eines Q-Supermarktes einschließlich Außenanlage und PKW-Stellplätzen in C zu einem Pauschalpreis von insgesamt 880.000,00 € netto. In den Verträgen ist die Geltung der VOB/B vereinbart. Die Beklagte kündigte die Verträge am 2.4.2009 fristlos mit der Begründung, die Klägerin habe Mängel in der Bewehrung der zu Teilen bereits 3

erstellten und betonierten Bodenplatte nicht innerhalb der gesetzten Frist beseitigt und eine Mangelbeseitigung endgültig verweigert. Mit der Klage macht die Klägerin die Vergütung für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 445.821,31 €, die Herausgabe einer Vertragserfüllungsbürgschaft nebst Ersatz von Avalkosten (225,00 €) und außergerichtlichen Anwaltskosten (1.780,20 €) nebst Zinsen geltend. Widerklagend begehrt die Beklagte Schadensersatz für den Abriss der Bodenplatte und die für deren Untersuchung auf Mängel vorgenommene Ziehung von Bohrkernen. Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes im Übrigen Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen und der Widerklage i.H.v. 24.534,20 € nebst Zinsen stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe die Verträge zu Recht aus wichtigem Grund fristlos gekündigt. Einen Anspruch auf Vergütung der bereits erbrachten Leistungen habe die Klägerin im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachten Mängel nicht. Außerdem habe die Klägerin den Vergütungsanteil der erbrachten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und deren Vergütung nicht hinreichend dargetan.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten erstinstanzlichen Anträge fort. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor: 4

Entgegen der Auffassung des Landgerichts handele es sich bei der am 2.4.2009 ausgesprochenen Kündigung nicht um eine solche aus wichtigem Grunde, sondern um eine freie Kündigung. 5

Insbesondere könne die Kündigung nicht auf § 8 Abs. 3 VOB/B gestützt werden. Für eine solche Kündigung bedürfe es zunächst eines wesentlichen Mangels. Das Landgericht habe sämtliche von dem Sachverständigen M in dem selbständigen Beweisverfahren und in der mündlichen Anhörung vom 2.12.2011 aufgezeigten Mängel aufgeführt und diese zur Begründung des Kündigungsgrundes herangezogen. Insoweit möge dem Landgericht noch zuzustimmen sein, dass (auch) nicht lediglich die Standsicherheit gefährdend Mängel eine Kündigung begründen könnten. Es berücksichtige jedoch nicht, dass zahlreiche dieser Mängel seitens der Beklagten überhaupt nicht gerügt worden seien, sondern sich erst im Rahmen des Abbruchs der Bodenplatte herausgestellt hätten. Diese Punkte könnten daher zur Begründung eines wichtigen Kündigungsgrundes nicht herangezogen werden. Vielmehr fehle es hinsichtlich dieser Mängel unzweifelhaft an den erforderlichen Formalien, nämlich einer erforderlichen Mängelrüge nebst Fristsetzung und Kündigungsandrohung, zumal weiterhin zweifelhaft erscheine und bestritten werde, dass diese Mängel überhaupt vorgelegen hätten. Insoweit dürften allenfalls noch geringfügige Unregelmäßigkeiten der Bodenplatte Berücksichtigung finden, die mit einem geringen Kostenaufwand von weniger als 10.000 € hätten beseitigt werden können. Ein Abriss der Bodenplatte sei keinesfalls erforderlich gewesen, zumal der Sachverständige festgestellt habe, dass die Bodenplatte keine statische Funktion habe und für die Standsicherheit des Gebäudes ohne Bedeutung sei. Insbesondere habe das Landgericht zur Begründung des Kündigungsrechts nicht auf eine angebliche Verringerung der Standfestigkeit des Gebäudes abstellen dürfen. Soweit der Sachverständige zu einer eventuellen Verringerung der Standfestigkeit Ausführung gemacht habe, hätten diese sich auf den Mangel des Hohlraums an einer Stütze bezogen, der sich erst im Rahmen der von der Beklagten veranlassten Abrissarbeiten herausgestellt habe. Im Übrigen sei die Mangelbeseitigungsaufforderung der Beklagten zu pauschal gewesen. Das Schreiben der S Zentralfinanz EG vom 30.3.2009 habe keine konkrete Mängelrüge enthalten. Diese sei auch nicht in dem dort in Bezug genommenen Schreiben der Architekten N vom 25.3.2009 enthalten gewesen. Darüber hinaus sei die in diesem Schreiben enthaltene Fristsetzung zum Zeitpunkt der Aufforderung bereits gegenstandslos gewesen, da die Klägerin die Mängel bereits am 27.3.2009 beseitigt habe. Mit dem vierten 6

Baustellenabnahmebericht vom 26.3.2009 habe die Klägerin zudem den Beweis geführt, dass die im dritten Baustellenabnahmebericht vom 24.3.2009 aufgeführten Ausührungsmängel beseitigt gewesen seien. Die geringfügigen Korrekturen und restlichen Ausführungsmängel habe die Klägerin bis zum 26.3.2009, 12:00 Uhr, beseitigt. Dies ergebe sich auch daraus, dass der Prüfstatiker S2 die Freigabe für die weiteren Betonarbeiten an der Sohle erteilt habe. Die Klägerin habe aus dem Schreiben vom 25.3. bzw. dem vom 30.3.2009 schlichtweg nicht entnehmen können, welche Mängel nach Ansicht der Beklagten nach erfolgter Nachbearbeitung noch vorgelegen haben sollten. Zudem sei die gesetzte Frist nicht angemessen gewesen. Insoweit möge zutreffend sein, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben der Architekten vom 25.3.2009 zunächst eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 27.3.2009 gesetzt habe. Daraufhin seien jedoch Mängelbeseitigungsarbeiten erfolgt. Mit Schreiben vom 30.3.2009 habe die S-Zentralfinanz EG – deren Legitimation für die Beklagte aus dem Schreiben nicht hervorgegangen sei – sodann die Klägerin aufgefordert, die mit Schreiben vom 25.3.2009 gerügten – jedoch bereits beseitigten – Mängel sowie die seitens der Streithelferin in dem Bericht vom 30.3.2009 protokollierten Mängel zu beseitigen. Dieser Bericht sei der Klägerin jedoch unstreitig erst am 31.3.2009 bekannt geworden. Im Ergebnis sei der Klägerinsodann eine Frist zum 3.4.2009, somit von insgesamt drei Tagen gesetzt worden. Diese Frist sei nicht einzuhalten und völlig unangemessen gewesen. Wesentlicher sei jedoch noch, dass die S Zentralfinanz EG mit Schreiben vom 31.3.2009 ihre Mängelbeseitigungsaufforderung konkretisiert und einen völligen Abriss der Leistungen der Klägerin und vollständige Neuherstellung der Bodenplatte gefordert habe. Dies sei innerhalb der gesetzten Frist nicht möglich gewesen. Zudem habe sie der Klägerin damit eine Art der Mangelbeseitigung vorgegeben, die nicht erforderlich gewesen sei. Grundsätzlich sei es Angelegenheit des Unternehmers, wie er den vertragsgerechten Zustand herstelle. Lediglich dann, wenn die Mangelbeseitigung nur auf eine bestimmte Weise möglich sei, sei er dazu zu verpflichtet, diese vorzunehmen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen habe jedoch lediglich eine Hohlstelle vorgelegen, die keine Neuherstellung der gesamten Bodenplatte erfordert habe. Im übrigen habe die Klägerin die Mangelbeseitigung auch nicht ernsthaft und endgültig verweigert. Vielmehr habe sie darf hingewiesen, dass etwaige sich im Zuge einer Begutachtung festgestellten Mängel selbstverständlich beseitigt würden.

Es liege auch keine wirksame Kündigung aus sonstigem wichtigem Grund vor. Das 7
Landgericht begründe den schwerwiegenden Verstoß gegen Vertragspflichten mit einer angeblichen Verhinderung einer Kontrolle der Leistungen durch die Beklagte mittels Fehlinformationen und unangekündigten Terminverschiebungen. Dabei berücksichtige es jedoch nicht den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin, insbesondere, dass sie in Unkenntnis einer etwaigen Anordnung der Beklagten entsprechend dem Protokoll Nr. 5 der Baubesprechung vom 24.3.2009 am 27.3. und 28.3.2009 die Betonplatte habe betonieren lassen und darüber hinaus das Betonieren an diesen Terminen zwischen dem Geschäftsführerin der Klägerin, Herrn K, mit dem zuständigen Architekten abgesprochen worden sei. Auch habe die Klägerin nicht gegen ein Betonierverbot verstoßen oder Überprüfungen durch die Streithelfer schuldhaft verhindert. Sie habe sich der Überprüfung nicht dadurch entzogen, dass sie bereits mit dem Betonieren am 26.3.2009 begonnen habe. Insoweit möge das Landgericht zutreffend davon ausgehen, dass die Architekten der Klägerin mit Schreiben vom 26.3.2009 mitgeteilt hätten, dass ein Sachverständiger des Büros der Streithelfer am 26.3.2009 die Bewehrung der Bodenplatte überprüfen werde und darauf hingewiesen habe, dass die Architekten ein Betonierverbot aussprechen würden, wenn wider Erwarten die Bewehrung nicht abnahmefähig sei. In diesem Schreiben sei jedoch gerade kein Betonierverbot ausgesprochen worden, sondern ein solches lediglich im Falle einer fehlenden Abnahmefähigkeit angedroht worden. Dass eine Abnahme durch die Streithelferin habe erfolgen sollen, ergebe sich aus dem Schreiben vom 26.3.2009 nicht. Vielmehr sei die

Klägerin davon ausgegangen, dass mit der angesprochenen „Abnahme“ die Abnahme durch den Prüfstatiker gemeint gewesen sei, die jedoch durchgeführt gewesen sei. Erst mit dem Schreiben der Beklagten vom 26.3.2009 sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass das Betonieren einzelner Bauteile erst nach Freigabe durch die Streithelferin erfolgen dürfe. Dieses Schreiben sei der Klägerin jedoch erst am 27.3.2009, einem Freitag, um 18:06 Uhr und somit nach Büroschluss übersandt worden. Sie habe von diesem Schreiben somit erst am Morgen des 30.3.2009 Kenntnis erlangen können. Zu diesem Zeitpunkt seien die Betonierarbeiten aber bereits vorgenommen gewesen. Hätte die Beklagte die vorherige Begutachtung durch die Streithelferin für zwingend erforderlich erachtet, so wäre es angezeigt gewesen, die Klägerin zu einem früheren Zeitpunkt von der diesbezüglichen Anordnung zu informieren. Auch in diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin mit Schreiben der Architekten vom 25.3.2009 aufgefordert worden sei, Mängel bis zum 27.3.2009 zu beseitigen und gemäß dem fünften Baubesprechungsprotokoll die Fundamente und die Bodenplatte bis spätestens 28.3.2009 mangelfrei zu betonieren. Ein irgendwie geartetes schuldhaftes Verhalten der Klägerin sei mithin nicht ersichtlich. Vielmehr habe die Beklagte nach der auch ihr obliegenden Kooperationspflicht dafür Sorge tragen müssen, dass ihre Ausführungsanordnungen der Klägern noch so rechtzeitig zugehen, dass sie darauf noch in angemessener Zeit hätte reagieren können. Zweifelhaft bleibe zudem, ob der Klägerin überhaupt das vom Landgericht angenommene“ Kontrollrecht“ nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zugestanden habe. Denn grundsätzlich obliege es dem Auftragnehmer, seine Leistung in eigener Verantwortung auszuführen. Selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten von einem Recht zur Kontrolle und zur zeitweisen Untersagung von Teilleistungen sowie einen diesbezüglichen Verstoß durch die Klägerin ausgehen würde, so könnte darin kein schwer wiegender Vertragsverstoß gesehen werden, der es der Beklagten unzumutbar gemacht hätte, den Vertrag fortzusetzen.

- Der Klägerin stünden somit Ansprüche auf die vereinbarte Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen und für nicht erbrachte Leistungen zu. Die von ihr tatsächlich erbrachten Leistungen seien in erster Instanz nachvollziehbar dar - und unter Beweis gestellt worden. Auf die vom Landgericht aufgeworfene Frage, welche Leistungen die Klägerin weiterverwendbar erbracht habe, komme es mangels eines wichtigen Kündigungsgrundes nicht an. Vielmehr stehe ihr eine volle Vergütung für die erbrachten Leistungen zu, die allenfalls infolge etwaiger – von der Beklagten geltend zu machenden – Gewährleistungsansprüche zu kürzen wären. Zu welchen Abzügen die tatsächlich vorhandenen und insbesondere gerügten Mängel – hinsichtlich sich erst im Rahmen des Beweisverfahrens ergebende Mängel fehle es an jeglichen Formalien, da die Bodenplatte zu diesem Zeitpunkt bereits von der Beklagten abgebrochen worden war - führen würden, habe das Landgericht nicht festgestellt. Dies könne auch dahinstehen, da der Beklagten mangels ordnungsgemäßer Mängelrügen und Fristsetzungen bzw. unzulässiger Mängelbeseitigungsvorgaben vor Einleitung der Ersatzvornahme überhaupt keine Gewährleistungsansprüche gegen die Klägerin zustünden. Die Rüge des Landgerichts, die Klägerin habe vortragen müssen, welchen Anteil die von ihr erbrachten Leistungen an der Gesamtleistung ausmachten, sei unberechtigt, da sie, die Klägerin, dies hinreichend vorgetragen habe. Der erforderliche Bezug zur Urkalkulation sei hergestellt worden. Insoweit gehe das Landgericht zutreffend davon aus, dass ursprünglich die Anl. K 56 (Bl. 528 d.A.) die Urkalkulation im Hinblick auf die gesamte Summe (888.000,00 €) beinhaltet habe. Die Urkalkulation sei jedoch entgegen der Auffassung des Landgerichts auf die jeweiligen Vertragsverhältnisse, d.h. die Mieter- und Vermietereinbauten, aufgeteilt worden. Die diesbezügliche Kalkulation sei in den Anlagen K3 und K4 (Bl. 22 f. und 32 f. d.A.).als Anlagen zu den Verträgen vorgelegt worden. Exakt auf diese Aufstellungen, auch bezüglich der Anteile in den jeweiligen Vertragsverhältnissen, stelle sodann die Anlage K 60 (Bl. 829 d.A.) 8

ab. Unter dieser Prämisse erklärten sich auch die seitens des Landgerichts aufgezeigten Unregelmäßigkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Baustelleneinrichtung. In der zur Vertragsgrundlage gemachten Aufstellung für die Vermietereinbauten (Anl. K3) änden sich zum einen der in Ansatz gebrachte Betrag für die Baustelleneinrichtung in Höhe von 13.000 € als auch der diesbezügliche Ansatz für die Vermietereinbauten i.H.v. 7.813,62 €. Ebenso fänden sich in dieser Ausstellung unter Position 2.02.01 die vom Landgericht angesprochenen Grundleitungen mit einem Preis von 2.500 €.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts stehe der Klägerin auch ein Anspruch auf Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft zu. Der Beklagten stünden schlichtweg keine Schadensersatzansprüche zu. Vielmehr habe die Beklagte das Vertragsverhältnis ohne wichtigen Grund gekündigt, so dass eine irgendwie geartete Vertragserfüllung oder daraus resultierende Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden könnten. 9

Die Widerklage sei bereits deshalb nicht begründet, weil die Beklagte das Vertragsverhältnis nicht aus wichtigem Grund habe kündigen können. Aber selbst wenn man zu ihren Gunsten davon ausginge, dass die Kündigung berechtigt gewesen wäre, könne die Klägerin die geltend gemachten Kosten für den Abriss der Bodenplatte und die Ziehung der Bohrkerne nicht geltend machen. Der Abriss der Bodenplatte, der Fundamente, der Grundleitungen und der Wände sei nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen nicht erforderlich gewesen, so dass die Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen habe. 10

Die Beklagte begründet ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung im Wesentlichen wie folgt: 11

Die Klägerin stelle ihre Wertung gegen die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts. Trotz mehrfacher Anreisen aus I habe der Prüfstatiker keine mangelfreie, fertiggestellte Bewehrung zu Gesicht bekommen. Vor diesem Hintergrund habe sich die Beklagte entschieden, die fachkundige Streithelferin mit der Prüfung der Bewehrung vor Ort und zu deren technischer Abnahme einzuschalten. Dies sei der Klägerin mitgeteilt worden, schriftlich unter anderem mit Telefax der Architekten vom 26.3.2009. Dieses sei unmissverständlich: Die Sachverständige Streithelferin habe vor Ort die Bewehrung überprüfen sollen; erst wenn die Bewehrung abgenommen worden sei, habe betoniert werden dürfen. Anders lasse sich das Telefax nicht verstehen und schon gar nicht missverstehen. Die Anordnung des Betonierverbotes sei auch nicht überholt gewesen. Sie sei im Nachgang zu Begehung des Prüfstatikers am 26.3.2009 erfolgt. Die Beklagte habe durch die Beauftragung der Streithelferin für die Klägerin ohne weiteres erkennbar sicherstellen wollen, dass vor dem Betonieren die Mangelfreiheit der Bewehrung festgestellt werde. Die Anordnung eines Betonierverbots im Falle fehlender Freigabe sei für alle Beteiligten auch das einzig offenkundig sinnvolle Vorgehen gewesen. Dementsprechend heiße es auch in dem Gutachten des Sachverständigen vom 23.8.2010 (S.11), dass die Bewehrungsarbeiten zu Beginn des Betoniervorgangs abgeschlossen sein müssten, da Veränderungen an der Bewehrung beim Einbringen des flüssigen Betons nicht mehr möglich sein. Dieser Endzustand sei nur noch durch aufwändige Instandsetzungsmaßnahmen veränderbar. Wie am 26.3.2009 angekündigt, sei die Streithelferin am Morgen des 27.3.2009 auf der Baustelle erschienen. Sie habe festgestellt, dass nach wie vor Mängel vorlägen, was den örtlichen Mitarbeitern der Klägerin auch mitgeteilt worden sei. Streitig sei insoweit allein, ob die Mängel beseitigt worden seien oder nicht. Eine Freigabe zum Betonieren sei nicht erteilt worden und werde auch von der Klägern nicht behauptet. Damit habe das Betonierverbot weiterhin gegolten. Dies ergebe sich auch aus dem Schreiben der Streithelferin vom 30.3.2009. Die 12

Beklagte habe die Mängel ausreichend gerügt. Die Herstellung einer mangelfreien, freigabefähigen Bewehrung sei von der Klägerin hintertrieben worden. Sie habe mit der Streithelferin nicht kooperiert, sondern diese ignoriert. Die Bewehrung sei auch nicht korrigiert worden. Substantiiertes sei hierzu nicht vorgetragen worden. Der Sachverständige M habe die Einschränkung der Standsicherheit mit „etwa 2-5 %“ lediglich weniger gravierend als die mindestens ebenso fachkundige Streithelferin beurteilt. Neben der Einschränkung der Standsicherheit habe er die von der Streithelferin festgestellten Ausführungsmängel bestätigt, die auch nach seinem Dafürhalten die Dauerhaftigkeit im Sinne der Standsicherheit über Jahre hinweg beeinträchtigt hätten. Nachdem die Klägerin trotz fehlender Freigabe unter Verstoß gegen das Betonierverbot und unter Ignorieren der Streithelferin einen vorbeugenden Betonmantel über ihre mangelhafte Bewehrung gelegt habe, habe sie die Beklagte „auflaufen“ lassen. Obwohl der der Klägerin bekannt gegebene Bericht der Streithelferin vom 30.3.2009 eine Vielzahl von Mängelpunkten aufgeführt habe, habe die Klägerin mit dem am 1.4.2009 gefaxten Schreiben vom 31.3.2009 lediglich die Feststellungen der Streithelferin pauschal zurückgewiesen, wohlwissend, dass die Bewehrungsmängel durch den von der Klägern eingebrachten Beton weitgehend verdeckt und in der Örtlichkeit nicht mehr einfach aufzuzeigen gewesen seien. Das Schreiben habe in keiner Weise eine angemessene Reaktion dargestellt. Die Klägerin habe gewusst, dass die Beklagte aufgrund sachverständiger Einschätzung befürchtete, ein Rückbau auch der Bodenplatte sei erforderlich. Dabei habe ihr das Telefax der Beklagten vom 31.3.2009 nebst Anlage vorgelegen. Die dortige Äußerung der Beklagten, sie halte den Rückbau für erforderlich sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Klägerin die Bodenplatte ohne Freigabe betoniert habe. Aus der ganzen, auch späteren Korrespondenz gehe hervor, dass sich der Klägerin der lästigen Kontrolle durch eigenmächtiges Betonieren habe entziehen wollen.

Die Streithelferin schließt sich dem Antrag und der Begründung der Beklagten an. Die Klägerin habe die Überprüfung der Bewehrung durch das Betonieren vor Freigabe “hintertrieben“. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien sowie die zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen. Die Akte des selbstständigen Beweisverfahrens LG Bonn - 13 OH 11/09 – war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 14

II. 15

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 16

Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung die Klage abgewiesen und der Widerklage im zuerkannten Umfange stattgegeben. 17

1. 18

Die Beklagte hat die Verträge mit der Klägerin aus wichtigem Grunde wirksam gekündigt. Das Landgericht hat dies im Einzelnen ausführlich und überzeugend begründet. Hierauf kann der Senat Bezug nehmen. Die Einwendungen der Berufung greifen im Ergebnis nicht durch. 19

a) Dabei mag dahinstehen, ob die von der Beklagten im Zeitpunkt der Kündigung gerügten Mängel bereits für eine Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B gereicht haben und ob insoweit die weiteren Voraussetzungen (Nachfristsetzung, Erfüllungsverweigerung) vorgelegen haben. Denn auch bei einem VOB-Vertrag ist der Auftraggeber berechtigt, den Bauvertrag zu kündigen, wenn durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so 20

gefährdet ist, dass der vertragstreuen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (BGH BauR 1996, 704 = NJW-RR 1996, 1108; BauR 2000, 409 = NJW 2000, 807 = NZBau 2000, 130; Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 4. Auflage, § 8 VOB/B Rn. 85 jew. m.w.N.). Eine vorherige Fristsetzung und Kündigungsandrohung ist in Fällen der schwerwiegenden Vertragsverletzung grundsätzlich nicht erforderlich (BGH BauR 1996, 704). Nach diesen Grundsätzen ist die Kündigung der Beklagten schon wegen der gravierenden und die Kontrolle der Beklagten unterlaufenden Verstöße der Klägerin gegen das Kooperationsverbot begründet, wobei die festgestellten Mängel der Bauausführung im Rahmen dieses Kündigungsgrundes ebenfalls zu berücksichtigen sind.

Wie das Landgericht zutreffend ausführt, ergibt sich aus § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B das Recht des Auftragsgebers, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu überwachen. Die Beklagte hat das von ihr ausgesprochene Betonierverbot auch auf die Regelung des § 4 Abs. 10 VOB/B gestützt. Danach ist der Zustand von Teilen der Leistung auf Verlangen gemeinsam vom Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das vorliegende Zubetonieren einer Bodenplatte ist ein geradezu paradigmatischer Anwendungsfall dieser Regelung. Dass § 4 VOB/B die rechtliche Grundlage für ein zur Ausübung des Kontrollrechtes und zur Festhaltung des Bauzustandes ausgesprochenes Betonierverbot sein und dass die schwerwiegende Missachtung dieser Kontrollrechte des Auftraggebers zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigen kann, stellt die Berufung auch nicht ernsthaft in Frage. 21

b) Die Klägerin hat die so beschriebenen Kontrollrechte der Beklagten objektiv durch Fehlinformationen und unangekündigte Terminverschiebungen in einer Weise verletzt und das Vertrauen der Beklagten in die Vertragstreue der Klägerin in einer Weise erschüttert, dass der Beklagten eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar war. Das hat das Landgericht im Einzelnen dargestellt und überzeugend begründet: 22

Bereits am 12.3.2009 gab es Schwierigkeiten bei der Errichtung der Fundamente und der Bewehrung. Im Rahmen der Baubesprechung vom 12.3.2009 bemängelte die Beklagte Sockeldetails, deren Veränderung die Klägerin zusagte. Die Probleme der Bewehrung setzen sich während der Arbeiten in den darauf folgenden Tagen fort. Die Bewehrung musste nach Rüge des Prüfstatikers zum Teil völlig erneuert werden. So hatte die Klägerin zum Zeitpunkt der nächsten Baubesprechung am 17.3.2009 die zugesagten Veränderungen nicht vorgenommen, sondern die Fundamente im ersten Betonierabschnitt betoniert, so dass der Prüfstatiker die Bewehrung nicht überprüfen konnte. Im Protokoll Nr. 04 vom 18.3.2009 (Bl. 295 f. d. A.) über die Baubesprechung vom 17.3.2009 unter Punkt 5 (Bl. 298 d. A.) ist festgehalten: 23

„Ausführung Bewehrung und Betonarbeiten 24

Die Bewehrungs-und Betonarbeiten sind mangelhaft. Die Bewehrung entspricht nicht dem Bewehrungsplan des Statikers. Für bisher eingebaute Fundamente liegt keine Abnahme vor. Die weiteren Eisenabnahmen sind mind. 2 Tage vorher schriftlich mit Angabe der Uhrzeit anzugeben. Mängelrügen zu diesem Protokollpunkt siehe gesondertes Schreiben.“ 25

Die Parteien vereinbarten daraufhin, dass die Abnahme durch den Prüfstatiker in Anwesenheit der Architekten und der Beklagten erfolgen sollte. Der Termin zur Abnahme am 19.3.2009, der um 12:00 Uhr stattfinden sollte, fand jedoch bereits um 9:00 Uhr statt. Bei dem auf Betreiben der Beklagten für den 20.3.2009 festgesetzten Ortstermin konnte die Abnahme 26

durch den Prüfstatiker nicht erfolgen, weil die Prüfstatik nicht vor Ort war. Tatsächlich wurde der Ortstermin nach Vorlage der Statik am 20.3.2009 um 18:00 Uhr ohne die Beklagte und deren Architekten durchgeführt. In den zweiten Baustellen-Abnahmebericht des Prüfstatikers vom 20.3.2009 heißt es:

„Die Bewehrung entspricht nicht den geprüften Unterlagen. Die Sauberkeitsschicht fehlt komplett. Es kann nicht betoniert werden. Die Wärmedämmung im Bereich der Flanken (B08) fehlt!“ 27

Von dieser Baustellenabnahme erlangte die Beklagte erst im Nachhinein Kenntnis. An dem folgenden, für den 24. 3. 2009 um 12:00 Uhr vereinbarten Termin konnte die Abnahme nicht erfolgen, weil zu wenig Bewehrung verlegt war. In dem Protokoll Nr. 05 vom 25.3.2009 ist hierzu festgehalten: 28

„Bautenstand 29

Nach der verweigerten Abnahme durch den Prüfstatiker und Baustellenstilllegung durch die Stadt C2, hat die Firma TZ die gesamte Bewehrung und die Perimeterdämmung zurück gebaut. Die Sauberkeitsschicht ist eingebracht worden. Die Wärmedämmung zum Teil neu verlegt und die Bewehrung wird wieder eingebaut. Der Abnahmetermin mit den Prüfstatiker um 12:00 Uhr ist fruchtlos verlaufen, weil zu wenig Bewehrung verlegt war. Ein neuer Abnahmetermin für die gesamte Bodenplatte und Fundamente soll jetzt am 27.3.2009 stattfinden. Die Fundamente und die Bodenplatte sollen dann bis zum 28.3.2009 betoniert werden.“ 30

Zur Ausführung der Bewehrung und Betonarbeiten wird der Vermerk aus dem Protokoll vom 17.3.2009 wiederholt. Zur Überdeckung der Anschlussbewehrung wird vermerkt: 31

„Die eingebaute Anschlussbewehrung für die Stützen hat nicht die geforderte Betonüberdeckung von 4,5 cm gemäß Schal- bzw. Bewehrungsplan. Selbst beim Versetzen der Anschlussbewehrung ist die Mindestüberdeckung nicht gegeben, weil die Bewehrungsanschlüsse zu groß ausgeführt sind.“ 32

Die bis dahin festgestellten erheblichen Mängel der Arbeiten und die hierin zum Ausdruck kommende Unzuverlässigkeit boten der Beklagten unter dem Blickwinkel des § 4 Abs. 1 Nr. 2 und 10 VOB/B hinreichenden Grund, die Streithelfer als Prüfstatiker einzubeziehen, mit der technischen Abnahme zu betrauen und auch ein Betonierverbot bis zur Freigabe durch die Streithelfer auszusprechen. Im weiteren Verlauf entzog sich die Klägerin der Überprüfung durch die Streithelferin jedoch, indem sie bereits am 26.3. 2009 mit dem Betonieren anfing, obwohl sie zuvor mitgeteilt hatte, dass mit dem Betonieren erst am 27.3.2009 begonnen werden sollte. Am 27.3.2009, als der Mitarbeiter T2 der Streithelferin, um 12:30 Uhr erneut auf der Baustelle eintraf, war der erste Teilabschnitt der Sohle bereits betoniert. Das gleiche geschah mit dem zweiten Teilabschnitt, der bei dem vereinbarten Prüftermin am 28.3.2009, 9.30 Uhr, ebenfalls schon weitgehend betoniert war. Hierzu wendet die Klägerin ein, dass sie von den Anordnungen der Beklagten keine hinreichende Kenntnis erhalten habe. Das Schreiben der Beklagten vom Freitag, dem 27.3.2009 sei erst nach Büroschluss übersandt worden. Das vorherige Schreiben der Architekten der Klägerin vom 26.3.2009 sei jedoch nicht aussagekräftig gewesen. Letzteres trifft indessen nicht zu. In dem Schreiben heißt es: 33

„Aufgrund der Tatsache, dass die heutige Abnahme der gesamten Bodenplatte nicht erfolgen konnte und noch immer erhebliche Mängel in den bereits ausgeführten Bewehrungen festgestellt wurden, hat der Bauherr einen unabhängigen Sachverständigen zur Prüfung der 34

Bewehrung der Bodenplatte und zur Prüfung des konstruktiven Wärmeschutzes beauftragt.

Ein Sachverständiger des Büros W, I2 & Partner wird am Freitag, den 27.3.2009 um 8:30 Uhr die fertiggestellte Bewehrung der Bodenplatte überprüfen. 35

Sollte wider Erwarten die Bewehrung nicht abnahmefähig sein, erteilen wir Ihnen hiermit im Namen des Bauherrn vorsorglich Betonierverbot.“ 36

Hieraus geht eindeutig und unmissverständlich hervor, dass die Beklagte die Streithelfer als Sachverständige mit der Überprüfung der Bewehrung der Bodenplatte beauftragt hatte. Von diesem Schreiben der Architekten hat die Klägerin unstreitig rechtzeitig Kenntnis erlangt. Auf das weitere Schreiben der Beklagten vom 27.3.2009 kommt es somit nicht entscheidend an. Bei verständiger Würdigung des Architektenschreibens musste der Klägerin auch klar sein, dass sie weitere Betonierarbeiten nur nach vorheriger Freigabe durch die Streithelfer vornehmen durfte. Das hat sie missachtet. Die Einschätzung des Landgerichts, dass die Beteuerung der Klägerin, die Beklagte oder ihre Architekten vor der Abnahme der Bewehrung zu informieren und ihnen die Überprüfung zu ermöglichen, sich als bloßes Lippenbekenntnis darstellen, unterliegt nach Würdigung des gesamten Geschehensablaufes keinen Zweifeln. 37

Die sich aus der Würdigung dieses Geschehensablaufs ergebende schwerwiegende Verletzung der sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten rechtfertigt die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung des Vertrags 38

2. 39

Da die Beklagte die Verträge damit aus wichtigem Grunde wirksam gekündigt hat, könnte der Klägerin ein Vergütungsanspruch nur für die bis zur Vertragsbeendigung erbrachten Leistungen zustehen, soweit diese mangelfrei waren und der Anteil der Vergütung für die erbrachten Leistungen von der Gesamtvergütung hinreichen abgegrenzt wäre. An diesen Voraussetzungen fehlt es aber. 40

a) Die Klägerin hat die erbrachten Leistungen im Schriftsatz vom 7.2.2012 mit 219.004 83,53 € für die Vermieterleistung und 5.893,71 € für die Mietereinbauten abgerechnet (Bl. 768 ff. d.A.). Dort wird auf die Anlage K 60 (Bl. 829 d.A.) Bezug genommen, die sich jedoch nur zu den Vermieterleistungen verhält und im übrigen auch andere Zahlen ausweist als die im weiteren Verlauf des Schriftsatzes vorgenommene Abrechnung, die zudem auf die Anlage K 25 (Bl. 167 d.A.) verweist. Wie sich dies zueinander verhalten soll, bleibt unkar. Insoweit fehlt es an einem nachvollziehbaren Vortrag. Der Berufungsbegründung ist zwar zuzugeben, dass sich aus Anlagen zu den Aufträgen (Bl. 22 f. und 32 f. d.A.) die Aufteilung der jeweiligen Preise auf die Vermieterleistungen und Mietereinbauten ergibt. Die Abrechnung bleibt jedoch ohne weitere Erläuterungen nicht nachvollziehbar. 41

b) Eine Vergütung kann der Klägerin überdies nur zustehen, soweit die Arbeiten mangelfrei und verwertbar waren. Das ist jedoch zumindest ganz überwiegend nicht der Fall. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht unter überzeugender und fehlerfeier Würdigung der gutachterlichen Feststellungen zutreffend festgestellt, dass die Bodenplatte an erheblichen Mängeln litt. Die Berufung zeigt keine konkreten Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der landgerichtliche Feststellungen begründen könnten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Beklagte durfte wegen der Mängel den Rückbau der Bodenplatte für erforderlich halten. Allgemein anerkannt ist, dass der Auftraggeber alle Maßnahmen zur Beseitigung eines Mangels durchführen kann, die die er bei verständiger Würdigung für erforderlich halten durfte; das mit dieser Beurteilung verbundene Risiko trägt der 42

Unternehmer (BGH NJW-RR 2003, 1021 = BauR 2003, 1209; OLG Düsseldorf BauR 2013, 262). Dass der Rückbau der Bodenplatte angemessen war, hat das Landgericht im Einzelnen zutreffend begründet. Hinsichtlich der anderen Arbeiten (Erdarbeiten und Leitungen unter der Bodenplatte) scheidet ein Vergütungsanspruch jedenfalls hinsichtlich der Grundleitungen schon deshalb aus, weil die Klägerin für deren Mangelfreiheit keinen Beweis angetreten hat. Dieser wird auch in der Berufungsbegründung nicht angeboten. Eine Vergütung für den Dachstuhl ist ebenfalls nicht geschuldet, weil es sich insoweit unbestritten um eine Sonderkonstruktion handelte, die die Beklagte nach der Kündigung nicht mehr weiter verwenden konnte. Da das Vertrauensverhältnis zur Klägerin zerstört war und eine Mangelbeseitigung ersichtlich nicht mehr in Rede stand, war die Beklagte auch wegen des ersichtlichen Zeitdrucks im Hinblick auf die geplante Geschäftseröffnung nicht gehalten, der Klägerin noch eine Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen.

3. 43

Den Anspruch auf Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft hat das Landgericht mit der zutreffenden Begründung abgewiesen, dass diese auch Schadensersatzansprüche sichert, die der Beklagten aufgrund der berechtigten Kündigung zustehen. Da die hiergegen gerichtete Rüge der Berufung auf der unberechtigten Annahme beruht, ein Kündigungsgrund habe nicht bestanden, geht sie ins Leere. 44

4. 45

In Bezug auf die Widerklage i.H.v. 24.534,20 € (Kosten für den Abriss der Bodenplatte und das Ziehen in der Bohrkerne gem. der Abrechnung Bl. 729, 928 d.A.) wendet die Klägerin ein, diese Aufwendungen seien nicht erforderlich gewesen. Außerdem habe sie die Angemessenheit der Preise der Firma Schumacher bestritten. Auch dies verfängt nicht. Wie ausgeführt durfte die Beklagte den Rückbau der Bodenplatte für erforderlich halten. Für die Erforderlichkeit kommt es nicht auf die üblichen Preise an, sondern darauf, was der Besteller nach der Erfahrung der täglichen Baupraxis als richtig unterstellen durfte, wobei es dem Unternehmer zunächst obliegt, das Gegenteil darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (OLG Dresden NZBau 2000, 333, 336; OLG Düsseldorf IBR 2011, 261; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rdn. 2111; Palandt/Sprau BGB, 73. Aufl., § 637 Rdn. 7; Münchener Kommentar/Busche, BGB, 6. Auflage, § 637 Rdn 9). Zudem ist dem Besteller im Rahmen dessen, was als sachlich und wirtschaftlich vernünftige Mängelbeseitigung in Betracht kommt, ein Entscheidungsspielraum zuzubilligen (Lauer/Wurm, Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 6. Auflage, Rdn. 209). Es oblag deshalb der Klägerin, die Unangemessenheit der Preise konkret darzutun und unter Beweis zu stellen. Dem ist sie nicht nachgekommen. 46

III. 47

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 48

Die Revision wird nicht zugelassen, weil der Rechtsstreit weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch im Hinblick auf die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO). 49

Berufungsstreitwert: 533.522,23 € 50

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE