
Datum: 30.07.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 62/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0730.17U62.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 205/09

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22. Juli 2013 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 18 O 205/09 - nebst dem ihm zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Werkunternehmerin S GmbH & Co.KG die Beklagten als Auftraggeber auf restlichen Werklohn nach Fertigstellung eines Mehrfamilienhauses in Anspruch. Hinsichtlich des Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen in I. Instanz wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO zunächst auf das angefochtene Urteil (766 – 774 GA) Bezug genommen.

1

2

3

4

Der Kläger hat behauptet, das von der Insolvenzschuldnerin erstellte Werk sei frei von Mängeln, nachdem auch bereits im April 2008 die ersten Mieter in das Mehrfamilienhaus eingezogen waren. Die Kammer des Landgerichts hat in ihrer damaligen Besetzung aufgrund der (ersten) mündlichen Verhandlung vom 16. April 2010 (384 f. GA) im Verkündungstermin am 7. Mai 2010 einen Hinweis- und Beweisbeschluss erlassen (387 f. GA). Es könne trotz Einzugs der Mieter nicht von einer – konkludenten - Abnahme ausgegangen werden. Daher sei der Kläger für die Mangelfreiheit des erstellten Werks beweispflichtig. Über die Behauptung des Klägers, das Bauvorhaben sei mangelfrei errichtet, insbesondere lägen bestimmte, im Einzelnen aufgezählt Mängel nicht vor, solle Beweis durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens der Sachverständigen Architektin Dipl.-Ing. X eingeholt werden.

Auf Anregung der Sachverständigen hat die Kammer den Beweisbeschluss am 8. November 2010 ergänzt und zwei weitere Sachverständige beauftragt, nämlich für das Gewerk Sanität, Heizung und Lüftung sowie Elektrotechnik (432 GA). Am 9. Dezember 2010 und 31. Mai 2011 fanden Ortstermine statt. Weil die Beklagten weitere Ergänzungen des Beweisbeschlusses, insbesondere im Hinblick auf Schwierigkeiten bei der Pellet-Heizung anregten, forderte die Kammer die Akten von der Sachverständigen im August 2011 zurück und bestimmte Termin auf den 11. Mai 2012, der mehrfach verschoben wurde und schließlich am 1. Juli 2013 stattfand. Inzwischen hatte die Sachverständige für die Beantwortung aller Fragen aufgrund erforderlicher zerstörender Untersuchungen auf sehr hohe Kosten hingewiesen, ihre bisher entstandenen Kosten mit knapp 8.000 € abgerechnet und das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. I über die Elektrotechnik vom 5. Dezember 2011 (691 ff. GA) zu den Akten nachgereicht, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird. 5

In der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 2013 verhandelten die Parteien ausweislich des Protokolls unter Wiederholung der Anträge aus der ersten Sitzung „streitig zur Sache und zum Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme“ (764 GA). Wie sich neben dem Parteienvortrag auch aus den Prozessakten, insbesondere dem Verhandlungsprotokoll, sowie dem Inhalt des angefochtenen Urteils ergibt, sind seitens des Landgerichts keinerlei Hinweise auf eine geänderte Rechtsauffassung der Kammer erteilt worden. 6

Das Landgericht hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen und ausgeführt, dass angesichts fehlender Abnahme der Werkleistung die Werklohnforderung nicht fällig sei. Wegen der näheren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des mit der Berufung angegriffenen Urteils verwiesen. 7

Mit seiner form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung wiederholt und vertieft der Kläger seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er rügt das angefochtene Urteil als Überraschungsentscheidung und hebt hervor, wesentliche Mängel des Werks lägen nicht vor, wofür auch spreche, dass es seit dem Bezug des Objekts keine Beanstandungen mehr gegeben habe. Die Parteien hätten konkludent auf eine förmliche Abnahme verzichtet. Jedenfalls könnten sich die Beklagten auf eine fehlende Abnahme nicht berufen, da sie eine gemeinsame Abnahme selbst verhindert hätten. 8

Rein vorsorglich hat der Kläger mit außergerichtlichem Schreiben vom 31. Juli 2013 unter Bezugnahme auf das Urteil eine Frist zur Abnahme bis zum 15. August 2013 gesetzt (812 f. GA). 9

Der Kläger beantragt, 10

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln die Beklagten [als Gesamtschuldner] zu verurteilen, an ihn 223.941,09 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den 11

Basiszinssatz seit dem 7. Juni 2006 zu zahlen.	
Die Streithelferin schließt sich diesem Antrag an.	12
Die Beklagten beantragen,	13
die Berufung zurückzuweisen,	14
sowie hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.	15
Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil als richtig. Sie sind nach wie vor der Ansicht, das Werk sei nicht abnahmefähig. Im Übrigen teilen sie die von dem Senat in der Berufungsverhandlung wiedergegebene Rechtsauffassung, dass das angefochtene Urteil auf einem wesentlichen Verfahrensfehler beruhe.	16
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in zweiter Instanz wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	17
II.	18
Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.	19
In der Sache selbst hat das Rechtsmittel (vorläufigen) Erfolg. Es führt gem. § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO auf den von den Beklagten hilfsweise gestellten Antrag zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Gegen die Zulässigkeit dieses Antrags, dessen „hilfsweise“ Antragsstellung den Anforderungen an einen Antrag im Sinne des § 538 ZPO als Grundlage einer Zurückverweisung genügt und der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden konnte (Zöller/Heßler: ZPO, 30. Aufl., § 538 ZPO Rn 4 und 56), bestehen auch im Übrigen keine Bedenken.	20
Das erstinstanzliche Verfahren leidet an einem gravierenden Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruht. Das landgerichtliche Urteil stellt infolge unterlassener gebotener rechtlicher Hinweise eine Überraschungsentscheidung dar, die dem Kläger die Möglichkeit genommen hat, durch eine formale Erweiterung des Klageantrags eine Fortsetzung des Prozesses durch Abschluss der eingeleiteten Beweisaufnahme zu bewirken.	21
Darin liegt ein Verstoß gegen die in § 139 Abs. 2 ZPO normierte Hinweispflicht und eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art 103 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht garantiert den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, sich vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern. Dazu muss der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann (vgl. BVerfGE 84, 188 <190>). Ein Gericht verstößt daher jedenfalls dann gegen Art 103 Abs. 1 GG und das Gebot eines fairen Verfahrens, wenn es ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag bzw. eine Antragstellung stellt oder auf rechtliche Gesichtspunkte abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (BVerfG, Kammerbeschluss vom 14.10.2010 – 2 BvR 409/09 – juris Rn 20 mit Hinweis auf BVerfGE 86, 133 <144 f>). Es stellt einen groben Verfahrensfehler dar, wenn die Parteien erst im Urteil von einer bis dahin nicht erörterten Fallbewertung des Gerichts erfahren (BGH NJW 1989, 2756 f. = juris Rn 8; 1993, 667 f.). Keinesfalls darf die Entscheidung auf einen Sachverhalt oder einen rechtlichen	22

Gesichtspunkt gestützt werden, den keine der Parteien zuvor vorgetragen oder auf den das Gericht nicht zuvor hingewiesen hat (Heßler, aaO Rn 21 mwN). Dies gilt erst recht, wenn das Gericht – wie im vorliegenden Fall – zuvor für die Parteien erkennbar eine andere Rechtsauffassung vertreten hat (vgl. BGH Beschluss vom 29. April 2014 – VI ZR 530/12 –; BGH, Beschluss vom 4. Mai 2011 - XII ZR 86/10, NJW-RR 2011, 1009; BVerfG, NJW 1996, 3202, juris Rn. 22 f.).

Die Kammer hatte in ihrer ursprünglichen Besetzung, wie aus dem Hinweis-und Beweisbeschluss vom 7. Mai 2000 sowie dessen Umsetzung ersichtlich und offenbar ist, die zutreffende Auffassung vertreten, dass der bei fehlender oder streitiger Abnahme auf (restlichen) Werklohn klagende Unternehmer konkludent die Abnahme der Bauleistung begehrt und deshalb die Abnahmefähigkeit unmittelbar im Werklohnprozess zu prüfen ist (Werner in Werner/Pastor: Der Bauprozess, 14. Aufl. Rn 1802 mwN, u.a. BGHZ 132, 96 ff. = BauR 1996, 386 ff.; MK-BGB/Busche, 6. Aufl., § 640 BGB Rn 44 mit Hinweis auf OLG Hamm, NJW-RR 1994, 474 f. = BauR 1993, 741 ff.), was auch für einen VOB-Bauvertrag gilt (OLG Koblenz, NJW 2014, 1186 f. = BauR 2014, 293 f. = juris Rn 9). Dies hat zur Folge, dass die Abweisung einer Werklohnklage als derzeit unbegründet wegen fehlender Fälligkeit der Forderung erst in Betracht kommt, wenn die behauptete Abnahmefähigkeit – gegebenenfalls nach Beweisaufnahme – verneint werden kann.

23

Soweit die Kammer von dieser für alle Beteiligten offenkundigen Rechtsauffassung aufgrund ihrer völlig neuen Besetzung abweichen wollte, hätte es gem. §§ 139 Abs. 2, 278 Abs. 2 Satz 2 ZPO eines eindeutigen und klaren Hinweises bedurft, der spätestens in der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 2013 hätte erteilt und dokumentiert werden müssen (§ 139 Abs. 4 ZPO). Dieser Verpflichtung ist die Kammer nicht gefolgt. Vielmehr wurden, ohne irgendeine Andeutung, dass die Kammer den – weitgehend unveränderten – Sachverhalt in einem ganz wesentlichen Punkt rechtlich völlig anders beurteilen wollte und die Klage ohne Fortsetzung der Beweisaufnahme abzuweisen gedachte, die bisherigen Anträge in das Protokoll aufgenommen.

24

Stattdessen wäre die Kammer gehalten gewesen kundzutun, dass sie bei der gegebenen Sachlage eine entsprechende auf Abnahme gerichtete Klage für erforderlich hielt, bevor über eine Werklohnklage hätte abschließend befunden werden können.

25

Hätte das Landgericht seinen in § 139 ZPO normierten Pflichten im Hinblick auf die Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens genügt, hätte der Kläger auf die überwiegend vertretene Meinung hinweisen können, dass für eine schlüssige (Rest-) Werklohnklage bei verweigerter Abnahme des Bestellers in der Regel die substantiierte Behauptung des Klägers, das Werk sei jedenfalls abnahmefähig, als ausreichend angesehen wird (vgl. nur Palandt/Sprau: BGB, 73. Aufl., § 641 BGB Rn 2), was sich im Übrigen auch aus der bisherigen Prozessführung des Landgerichts und dessen Beschluss vom 7. Mai 2009 ergebe. Wenn die Kammer dann weiterhin eine Klage auf Abnahme als Voraussetzung angesehen haben sollte, hätte der Kläger – ggfl. auf einen weiteren gebotenen Hinweis - seine Klage entsprechend um einen auf Abnahme gerichteten Klageantrag erweitern können und dies zweifelsohne auch getan, um ohne Aufwand eine Klageabweisung als derzeit unbegründet zu vermeiden. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Beweisaufnahme in der 1. Instanz fortgesetzt worden wäre, was das Landgericht nunmehr aufgrund der Zurückverweisung nachzuholen haben wird.

26

Sollte das Landgericht weiterhin die Auffassung vertreten, es sei vorab auf Abnahme zu klagen, bedarf es unter den gegebenen Umständen eines entsprechenden Hinweises der Kammer nach der Zurückverweisung

27

Dass die Beklagten sich mit ihrem Hilfsantrag auf Aufhebung und Zurückverweisung die Möglichkeit erhalten wollen, die weitere umfangreiche Beweisaufnahme, welche aus Sicht des Senats die Zurückverweisung angezeigt erscheinen lässt, sowie deren Bewertung ggfl. von einer höheren Tatsacheninstanz überprüfen lassen zu können, ist nicht zu beanstanden, auch wenn dies zu einer deutlichen Verfahrensverzögerung führen wird. Der Senat hegt eine gewisse Hoffnung, dass sich die Parteien bei verständiger Würdigung ihrer jeweiligen Prozessaussichten, der überaus hohen Kosten der weiteren Beweisaufnahme mit mehreren unterschiedlichen Sachverständigen und der notwendigerweise mit der Beweiserhebung verbundenen („zerstörenden“) Eingriffe in die Bausubstanz (Sachverständige X, 592 GA) sowie der mit alledem verknüpften Belastungen für die sieben Mietparteien in dem Haus, die darin schon seit mehr als sechs Jahren wohnen, noch weiter annähern und zu einer sinnvollen vergleichsweise Einigung gelangen können.	28
III.	29
Die Kostenentscheidung ist dem Landgericht vorzubehalten, da der Umfang des gegenseitigen Obsiegens oder Unterliegens noch nicht absehbar ist.	30
Auch wenn das Urteil keinen vollstreckungsfähigen Inhalt im eigentlichen Sinne hat, denn das angefochtene Urteil tritt bereits mit der Verkündung des aufhebenden Urteils außer Kraft (§ 717 Abs. 1 ZPO), ist die Entscheidung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, da gem. §§ 775 Nr. 1 und 776 ZPO das Vollstreckungsorgan die Vollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil erst aufheben kann, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung vorgelegt wird. Der Senat schließt sich insoweit der vom OLG München (NZM 2002, 1032) vertretenen Auffassung an (Heßler, aaO, § 538 ZPO Rn 59; Seiler in Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl., § 708 ZPO Rn 11; MK-ZPO/Götz, 4. Aufl., § 704 ZPO Rn 6). Aus § 708 Nr. 10 ZPO ergibt sich die Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung. Für eine Abwendungsbefugnis gem. § 711 ZPO besteht kein Raum, da es an einem Vollstreckungsinhalt im eigentlichen Sinne fehlt.	31
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht nicht erfordern.	32
Streitwert: 223.941,09 €	33