
Datum: 22.04.2015
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 94/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2015:0422.11U94.14.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 303/13

Tenor:

1.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30.5.2014 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 7 O 303/13 – wie folgt abgeändert:

Der Beklagte wird unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 9.903,50 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.5.2013 sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 651,80 € zu zahlen.

2.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 62,5 % und der Beklagte zu 37,5 %.

4.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen mangelhafter Werkleistungen in Anspruch. Sie betreibt ein Unternehmen im Bereich des Baugewerbes unter der Firma „Fenster Türen S“. Der Beklagte ist als Dachdecker tätig. Der Klägerin oblag aufgrund eines Vertrages mit den Eheleuten M die Kernsanierung des Hauses G-str. XX in B. In diesem Rahmen erbrachte der Beklagte Ende September/ Anfang Oktober 2012 Dachdeckerarbeiten; so nahm er die Erneuerung des Hauptdaches und die Anbringung einer Giebelkonstruktion an einem Giebel des Hauses vor. Zahlungen an den Beklagten erfolgten in bar durch den Zeugen S, den Ehemann der Klägerin. Nach Beginn der Arbeiten wurde zunächst vereinbarungsgemäß eine Abschlagszahlung in Höhe von 10.000,00 € geleistet. Ein paar Wochen später erfolgte eine erneute Barzahlung an den Beklagten, wobei die Höhe der Zahlung strittig ist. Unter dem 19.10.2012 stellte der Beklagte eine Quittung über die Zahlung eines Betrages in Höhe von 10.000,00 € von der Firma S aus (Bl. 131 d.A.). Unter dem 31.10.2012 stellte er eine Rechnung an die Firma S für Arbeiten an dem Bauobjekt B über einen Betrag in Höhe von 6.000,00 € netto samt Mehrwertsteuer in Höhe eines Betrags von 1.140,00 € (Blatt 130 der Akte). Noch während der Ausführung der Arbeiten kam es zu Unstimmigkeiten über das Vorliegen von Mängeln, was dazu führte, dass die Arbeiten von dem Beklagten nicht weitergeführt wurden. Die Klägerin beauftragte im Weiteren den Sachverständigen N K mit der Erstellung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens über die von dem Beklagten ausgeführten Arbeiten. Nach Durchführung zweier Ortstermine erstellte der Sachverständige K unter dem 20.03.2013 sein Gutachten (Bl. 40 d.A.); die Dachdecker- und Klempnerarbeiten bewertete er in weiten Teilen als nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechend. Es wird insoweit auf das Gutachten vom 20.03.2013 verwiesen. Der Gutachter übersandte unter dem 20.03.2013 eine Rechnung über einen Betrag in Höhe von 1.903,50 € netto (Bl. 85 d.A.) an die Firma L S, die beglichen wurde. Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 28.03.2013 (Bl. 77 d.A.) wurde der Beklagte unter Fristsetzung bis zum 05.04.2013 aufgefordert, die in dem Gutachten K dargelegten Mängel zu beseitigen; der Beklagte führte jedoch keine weiteren Arbeiten aus. Mit Schreiben vom 26.04.2013 bezifferte der Sachverständige K die Mängelbeseitigungskosten mit 24.500,00 € netto (Bl. 80 d.A.). Der Beklagte wurde mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 03.05.2013 unter Fristsetzung zur Zahlung dieser Kosten sowie der Kosten für die Erstellung des Gutachtens K in Höhe von 1.903,50 € netto aufgefordert. Unter dem 21.02.2014 trat der Zeuge S Ansprüche aus dem „angeblich von ihm abgeschlossenen Werkvertrag“ mit dem Beklagten an die Klägerin ab (Bl. 133 d.A.). Mängelbeseitigungsarbeiten wurden zwischenzeitlich durchgeführt.

Die Klägerin hat behauptet, der Zeuge S habe den Beklagten in Vertretung der Klägerin mit der Ausführung der Arbeiten beauftragt; er sei der technische Leiter des Unternehmens und verantworte die nach außen gerichtete Bautätigkeit. Die Parteien seien seit Jahren miteinander bekannt, der Beklagte habe gewusst, dass die Klägerin Inhaberin des Unternehmens sei und der Zeuge S unter anderem die Vertragsschlüsse für diese durchführe. Die Leistung des Beklagten weise die in dem Gutachten K festgestellten Mängel auf. Anlässlich eines Ortstermins mit den Rechtsanwälten T und L2 habe der Beklagte erklärt, er werde für den Fall, dass der zu beauftragende Sachverständige K Mängel feststelle, diese beseitigen.

Die Klägerin hat beantragt,

1.) den Beklagten zu verurteilen, an sie 26.403,50 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.05.2013 zu zahlen,

2.) sie von den durch die außergerichtliche Tätigkeit der Rechtsanwälte O und C entstandenen Kosten in Höhe von 1.005,40 € freizustellen.	7
Der Beklagte hat beantragt,	8
die Klage abzuweisen.	9
Er hat behauptet, zwischen ihm und dem Zeugen S sei vereinbart worden, dass die auszuführenden Arbeiten „schwarz“, also ohne Erstellung von Rechnungen, bezahlt werden sollten. Er habe von der Zeugin M 20.000,00 € in bar erhalten und diese wiederum an den Zeugen S weitergegeben, der ihm dann die Abschlagszahlung in Höhe von 10.000,00 € bar ausgezahlt habe.	10
Das Landgericht hat durch Zeugenvernehmung Beweis erhoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, bei dem Vorhaben habe es sich um einen Schwarzbau gehandelt, so dass sämtliche Ansprüche zwischen den Parteien bzw. zwischen dem Zeugen S und dem Beklagten gemäß § 134 BGB i.V.m.	11
§§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, 817 BGB ausgeschlossen seien. Der Beklagte habe – persönlich angehört – zur Überzeugung des Gerichts dargelegt, dass zwischen den Parteien keine Rechnungen für die Leistungen ausgestellt werden sollten. Für die Plausibilität dieser Angabe spreche, dass keine schriftlichen Vertragsunterlagen vorlägen und dass alle Zahlung in bar erbracht worden seien, was bei Zahlungen in dieser Größenordnung unüblich sei. Dieser Einschätzung stünde nicht entgegen, dass tatsächlich eine Rechnung ausgestellt worden ist. Es habe sich dabei, da bereits zuvor ein größerer Betrag an den Beklagten bezahlt worden ist, für den Zeugen S erkennbar nur um einen Teilbetrag gehandelt. Auch die Erteilung von Quittungen spreche nicht gegen das Vorliegen einer Ohne-Rechnung-Abrede. Diese dienten nach § 368 BGB allein zur Bestätigung des Erhalts des Geldes. Auf den Quittungen sei auch das Feld für die Umsatzsteuer nicht ausgefüllt gewesen. Zudem sei bei der Erstellung der Rechnung vom 31.12.2012 in jedem Fall bereits mehr gezahlt worden, als in der Rechnung ausgewiesen sei. Zwischen dem Zeugen S und dem Beklagten sei nach Aussage des Zeugen zwar vereinbart gewesen, dass noch weitere Rechnung ausgestellt werden sollten. Diese seien aber nicht vorgelegt worden.	12
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter. Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Zur Begründung wiederholen und vertiefen die Parteien ihr erstinstanzliches Vorbringen.	13
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen S und den Beklagten persönlich angehört (Sitzungsniederschrift vom 11.2.2015, Bl. 275 ff. d.A.).	14
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.	15
II.	16
Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.	17
Der Beklagte ist der Klägerin nach §§ 631, 633, 634 Nr. 4, 280, 281 BGB wegen mangelhafter Ausführungen der in Auftrag gegebenen Dachdeckerarbeiten an dem Objekt der Eheleute M, G-straße XX in B, zum Ersatz von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 8000,-- € und von Gutachterkosten im Höhe von 1.903,50 € verpflichtet.	18
	19

1.

- Zwischen den Parteien ist ein wirksamer Werkvertrag (§ 631 BGB) zustande gekommen. 20
- a) Die Klägerin ist als Auftraggeberin aktivegitimiert. Der Zeuge S hat den Beklagten mit der Ausführung der Dachdeckerarbeiten im Namen der Firma S beauftragt. Deren Inhaberin ist die Klägerin. Daran bestehen aufgrund der eingereichten Unterlagen (zuletzt das vom Zeugen S vorgelegte Angebot für die Eheleute M vom 21.8.2012, dem hinsichtlich der Dachdeckerarbeiten ersichtlich eine Abrede mit dem Beklagten zugrunde liegt, Anl. 2 und 3 zum Protokoll vom 11.2.2015 VBl. 294 ff. d.A.) keine Zweifel. Nach der Grundsätzen zu unternehmensbezogenen Geschäften (Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 164 Rdn. 2 m.w.N.) ist daher auch davon auszugehen, dass der Zeuge S den unstreitig erteilten Auftrag nach § 164 BGB im Namen der Klägerin vergeben hat. Auf die Abtretungserklärung des Zeugen S kommt es daher nicht an. 21
- b) Der Vertrag ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG unwirksam (§ 134 BGB). Das Landgericht ist dem Einwand des Beklagten gefolgt, es sei vereinbart worden, dass er die Arbeit ohne Rechnungen („schwarz“) ausführen solle, hat der Klägerin deshalb aufgrund der neueren Rechtsprechung, nach der bei in Schwarzarbeit ausgeführten Werkleistungen grundsätzlich keine Mängelansprüche bestehen (BGHZ 198, 141 = NJW 2013, 3167), einen Anspruch auf Schadensersatz versagt. Dagegen wendet sich die Klägerin zu Recht. 22
- Eine zur Nichtigkeit des Vertrages führender Verstoß gegen das SchwarzArbG läge dann vor, wenn die Parteien sich bei Auftragsvergabe oder zumindest im weiteren Verlauf der Vertragsabwicklung darauf geeinigt hätten, dass der Werklohn insgesamt oder jedenfalls zu Teilen ohne Rechnung beglichen werden sollte. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Verbotes vorliegen, trägt die Partei, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes geltend macht (Laumen in: Baumgärtel/Prütting/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 3. Aufl., BGB AT, § 134 Rdn. 1 m.w.N.), vorliegend also der Beklagte. 23
- Der ihm obliegende Beweis ist dem Beklagten nicht gelungen. Zwar hat er bei seiner Anhörung durch den Senat weiterhin behauptet, die Arbeiten hätten „schwarz“, d.h. ohne Rechnung ausgeführt werden sollen. Die Rechnung vom 31.10.2012 habe er nur pro forma ausgestellt. Dem steht aber die Aussage des Zeugen S gegenüber. Dieser hat detailreich bekundet: Der Beklagte habe sich das Objekt angesehen und ein Angebot über 18.000,- € netto abgegeben. Mit diesem Angebot seien sie zu der Familie M gegangen, hätten Details besprochen und vereinbart, dass alles rechnermäßig über die Firma S laufen sollte. Die Eheleute M hätten nur einen Auftragnehmer haben wollen. So sei vereinbart worden, dass der Beklagte sozusagen als Subunternehmer tätig werde. Der Auftrag der Familie Lerchen sei für die Firma S sehr lukrativ gewesen. Er habe den Eheleuten Lerchen gegenüber aber klagemacht, dass die Firma S die Dacharbeiten nicht würde durchführen können und den Beklagten ins Gespräch gebracht. Die Eheleute M aus früherer Erfahrung hätten aber nur eine Firma verpflichten wollen, für die die Firma S selbst habe gerade stehen könnten. Das habe man zusagen können. Klar sei auch gewesen, dass die Eheleute M nur einen Ansprechpartner hätten haben wollen. Das sei die Firma S gewesen, und zwar auch in punkto Gewährleistung. Im Anschluss hieran habe er den Beklagten gefragt, ob er an dem Auftrag interessiert sei. Dieser habe sich das Objekt angesehen und sei einverstanden gewesen. Danach hätten die drei Parteien – die Eheleute M, der Beklagte und er „als Vertreter unserer Firma“ - mehrfach an einem Tisch gesessen und die Einzelheiten besprochen. Auch bei diesen Gesprächen sei stets klar gewesen, dass die Firma S der 24

einzigste Ansprechpartner auf der Baustelle sein sollte. Diese Auftragsbestätigung - die der Zeuge bei seiner Vernehmung zur Akte gereicht hat (Anl. 2 zur Sitzungsniederschrift vom 11.2.2015) - habe die Firma S den Eheleuten M gegeben. Mit dem Beklagten sei vereinbart worden, dass die von ihm durchgeführten Arbeiten berechnet würden, und zwar mit Mehrwertsteuer. Die Klägerin habe ja auch gegenüber den Eheleuten M abrechnen müssen. Es sei nicht vereinbart worden, dass die Arbeiten „schwarz“ durchgeführt werden sollten.

Die Bekundung des Zeugen ist zumindest nicht weniger glaubhaft als die pauschale Angabe des Beklagten, die Arbeiten hätten „schwarz“ ausgeführt werden sollen. Sie wird auch durch das von ihm übergebene, mit „Angebot/Auftragsbestätigung“ überschriebene Schreiben vom 21.9.2012 gestützt. Danach hat es – wie der Zeuge ergänzend erläutert hat - eine Nachkalkulation gegeben wegen zusätzlicher Arbeiten, für die der Beklagte 5.000,- € angesetzt habe. Dadurch habe sich der ursprüngliche Preis von 18.000,- € entsprechend der handschriftlichen Ergänzung der Auftragsbestätigung auf 23.000,- € netto erhöht. Unter Einbezug der Mehrwertsteuer entspräche dieser Preis der Größenordnung nach im Übrigen der Angabe des Beklagten, wonach ein Werklohn von 27.000,- € vereinbart worden sei. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass die Klägerin von den Eheleuten einen umfassenden Auftrag über die in der Auftragsbestätigung aufgeführten Arbeiten in einem Gesamtvolumen von 77.000,- € brutto erhalten und den Beklagten als Subunternehmer mit den Dachdeckerarbeiten beauftragt hat. Dafür, dass die Klägerin ihrerseits den Auftrag der Zeugen M mit einem solchen erheblichen Gesamtwert „schwarz“ übernommen hätten, fehlen bei einer solchen Auftragssumme sowohl nach der Interessenlage der Firma S als auch der Eheleute M jegliche Anhaltspunkte. Der Beklagte hat dies auch nicht unter Beweis gestellt. Die Klägerin wäre bei einer Schwarzabrede mit dem Beklagten aber das in Anbetracht des allein auf die Dachdeckerarbeiten entfallenden Auftragswertes von 23.000,- € finanziell beträchtliche Risiko eingegangen, zwar den Zeugen M gegenüber für Mängel der Werkleistung zu haften, den Beklagten jedoch nicht in Regress nehmen zu können. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin dieses Risiko eingegangen wäre. Die vom Landgericht angeführten Indizes gestatten demgegenüber weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit den Schluss auf eine Schwarzabrede. Die durch den Beklagten am 19.10.2012 quittierte Zahlung über 10.000,- € diene - wie er selbst in Übereinstimmung mit dem Zeugen S eingeräumt hat – der Beschaffung von Arbeitsmaterialien. Aus dem Umstand, dass über die Rechnung vom 31.10.2012 hinaus keine weitere Rechnung ausgestellt worden ist, kann schon deshalb nicht auf eine Ohne-Rechnung-Abrede geschlossen werden, weil der Beklagte die Arbeiten anschließend eingestellt hatte, so dass sich weitere Rechnungen erübrigten.

2. 26

Die Werkleistung des Beklagten war mangelhaft (§ 633 BGB). 27

Das ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten des Sachverständigen K vom 20.3.2013 (Bl. 40 ff. d.A.). Danach ist die Wärmedämmung nicht ordnungsgemäß, die Lagesicherheit nicht gewährleistet, die Eindeckung nicht lotgerecht, die Traufsituation sowie die Kamineinfassung und Eindeckung mangelhaft. Der Beklagte hat die Mängel nur mit dem pauschalen Einwand bestritten, sie lägen nicht vor. Da der Sachverständige seine Feststellungen im Einzelnen begründet und fotografisch dokumentiert hat, ist dieses Bestreiten aber unsubstantiiert und prozessual unbeachtlich. Anderes mag für den Einwand gelten, die Wärmedämmung sei nicht vom Auftrag des Beklagten umfasst gewesen. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil die Kosten ohnehin nicht Gegenstand des der Klägerin zustehenden Schadensersatzes sind (dazu 3).

3. 29

Der der Klägerin nach §§ 634 Nr. 4, 281 BGB zustehende Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten ist allerdings nicht nach dem durch den Sachverständigen K veranschlagten Betrag von 24.500,-- € zu bemessen, sondern auf einen Betrag von 8.000,-- € begrenzt. Der Zeuge S hat bei seiner Vernehmung durch den Senat bekundet, dass die Klägerin die Mängel der Werkleistung des Beklagten durch die Firma D zu einem Preis von etwa 8.000,-- € hat beseitigen lassen. 30

Lässt der Auftraggeber die Mängel tatsächlich und vollständig beseitigen, so kann er den Schaden nicht mehr fiktiv auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens, sondern nur nach dem tatsächlich angefallenen Kostenaufwand abrechnen. Dies hat der Bundesgerichtshof zum Ersatz von Kraftfahrzeugschäden entschieden (BGH NJW 2014, 535). Zur Begründung hat er überzeugend ausgeführt, es verstehe sich von selbst, dass auf der Grundlage einer preiswerteren Reparaturmöglichkeit abzurechnen sei, wenn ein Verweis der Schädigerseite darauf nicht einmal erforderlich sei, weil der Geschädigte die Möglichkeit einer vollständigen und fachgerechten, aber preiswerteren Reparatur selbst darlegt und sogar wahrgenommen hat. Der Vortrag des Geschädigten, trotzdem sei der vom Sachverständigen angegebene Betrag zur Herstellung erforderlich, sei dann unschlüssig. Eine abweichende Betrachtung würde dazu führen, dass der Geschädigte an dem Schadensfall verdiene, was dem Verbot widerspräche, sich durch Schadensersatz zu bereichern. Dabei handelt es sich um allgemeine schadensersatzrechtliche Erwägungen, die folglich auch für den Schadensersatz im Rahmen der werkvertraglichen Gewährleistung gelten, wenn – wovon hier mangels gegenteiliger Vorbehalte in der Aussage des Zeugen S auszugehen ist - die Mängel vollständig und dem vertraglich geschuldeten Standard entsprechend beseitigt worden sind (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl, 6. Teil Rdn. 249; Krause-Allenstein in: Kniffka, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.1.2015, § 636 Rdn.68). Vorliegend kommt hinzu, dass der von der Klägerin vorgelegten Schätzung des Sachverständigen K vom 26.4.2013 (Bl. 80 d.A.) keine konkrete Kostenkalkulation zugrunde liegt. 31

Im Übrigen ist es ausgeschlossen, dass die Klägerin von den Eheleuten M als ihren Auftraggebern über die tatsächlich angefallenen Kosten hinaus in Anspruch genommen wird. Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung steht dem Hauptunternehmer der auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichtete Schadensersatzanspruch wegen Mängeln der Nachunternehmerleistung aber nicht zu, wenn oder soweit feststeht, dass er seinerseits von seinem Besteller wegen des Mangels nicht in Anspruch genommen wird oder werden kann (BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695; NJW 2007, 2697; NJW 2013, 3297 Rn. 21, Kniffka/Koeble a.a.O. Rdn. 251). Der Senat hat keinen Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen S, dass die tatsächlichen Kosten 8000,-- € betragen haben. Dieser Betrag erscheint im Rahmen des richterlichen Beurteilungsermessens nach § 287 ZPO ohne weiteres angemessen, so dass die Vorlage der Rechnung der Firma D prozessual entbehrlich war. Nach der Angabe des Zeugen S umfasste die Dachsanierung durch die Firma D nicht die Außendämmung des Daches, so dass es nicht darauf ankommt, ob der Beklagte – was er in Abrede stellt - zu deren Herstellung verpflichtet gewesen war. 32

4. 33

Neben dem Mängelbeseitigungsaufwand von 8.000,-- € hat der Beklagte der Klägerin auch die Kosten für das zur Feststellung und Verfolgung der Mängelansprüche eingeholte Sachverständigen in Höhe von 1.903,50 € zu erstatten (§§ 634 Nr. 4, 280 BGB). 34

III. 35

36

Der Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten und der Zinsanspruch sind aus dem Gesichtspunkt des Verzuges begründet (§§ 286, 288 BGB).	
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.	37
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.	38
Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht vorliegen.	39
<u>Berufungsstreitwert: 26.403,50 €</u>	40
