
Datum: 29.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 131/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1229.7U131.15.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 112/13

Tenor:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 28.7.2015 (7 O 112/13) wie folgt abgeändert:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird der Beklagte verurteilt, an die Klägerin 91.376,81 € nebst 8 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 31.10.2012 und Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 830,05 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.12.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

2. Die Anschlussberufung der Klägerin wird als unzulässig verworfen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 40 % und der Beklagte zu 60 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Beklagte beauftragte die Klägerin mit Auftrag vom 13.10.2010 mit Metallbauarbeiten im Rahmen der Erweiterung der JVA I. Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung restlichen Werklohns aus der Schlussrechnung vom 2.8.2012 in Anspruch. Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat der Klage in Höhe von 135.338,14 € stattgegeben und Ersatz anteiliger vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 1.000,82 € jeweils nebst Zinsen zugesprochen.

Mit der Berufung verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage fort. Er rügt:

- Hinsichtlich der Vorhaltung der Baustelleneinrichtung habe das Landgericht die sich auf 4.200,-- € belaufenden Rechnungskürzungen des Beklagten zu Unrecht nicht anerkannt.

- Der Beklagte sei zur Zurückbehaltung wegen Mängeln berechtigt. Soweit das Landgericht im Hinblick auf festgestellte Mängel ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 Abs. 2 BGB verneint habe, weil dessen Ausübung bei einem Beseitigungsaufwand von insgesamt 4.620,-- € (LGu 8) unverhältnismäßig sei, habe es die vorrangige Regelung des § 641 Abs. 2 BGB nicht beachtet. Im Übrigen bestünden Mängelrechte wegen der unzureichenden Spaltmaße der Vollzugsschlösser.

- Der Beklagte rechnet weiterhin mit einem Anspruch wegen eines Mitausfallschadens in Höhe von 43.691,33 € auf. Die Klägerin habe die Werkhalle 2 trotz vereinbarter Frist zum 27.1.2012 nicht mangelfrei hergestellt. Deshalb habe die - unstreitig - zum 1.2.2012 vermietete Werkhalle 2 erst zum 1.3.2012 an den Mieter übergeben werden können. Dadurch sei dem Beklagtem – das ist unstreitig - eine Monatsmiete in Höhe von 43.691,33 € netto entgangen.

- In Bezug auf die Zinsen habe das Landgericht nicht nur die Zurückbehaltungsrechte des Beklagten übergangen, sondern überdies nicht beachtet, dass der Vergütungsanspruch erst nach Ablauf der Nachfrist fällig werde (§ 6 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B).

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Zur Begründung wiederholt sie ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Hauptsache nur teilweise Erfolg. Die Klägerin hat gegen den Beklagten nach Abzug der hilfsweise aufgerechneten Forderung einen Anspruch auf Restwerklohn in Höhe von 91.376,81 €.

1.

Der Klägerin stand aus der Schlussrechnung ein offener Werklohnanspruch von 135.338,14 € zu. Die sich auf 4.200,-- € netto belaufenden Kürzungen des Beklagten hinsichtlich der Vorhaltung der Baustelleneinrichtung hat das Landgericht auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen zu Recht zurückgewiesen. Die im schriftlichen Vertrag vorgesehenen Fristen konnten – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – mit Rücksicht auf die

deutlich spätere Auftragserteilung keine Verbindlichkeit beanspruchen. Im Übrigen geht der Beklagte im Zusammenhang mit der Werkhalle 2 selbst von der Erforderlichkeit der Anpassung und Fortschreibung der Vertragsfristen aus (unten II. 3.)

2. 15

Ein Zurückbehaltungsrecht kann der Beklagten dem restlichen Vergütungsanspruch der Klägerin nicht entgegengehalten. 16

a) 17

Im Hinblick auf die Spaltmaße stehen dem Beklagten Mängelansprüche nicht zu. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten (Bl. 847 ff. d.A.) und in der mündlichen Anhörung (Bl. 1031 ff. d.A.) – überzeugend und auch vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen - ausgeführt, dass die Klägerin ihre Arbeiten zur Erstellung und Montage der Türen entsprechend den Planungs- und Vertragsunterlagen sowie den Herstellervorgaben mangelfrei erbracht habe. Die aufgetretenen Mängel beruhten zum einen darauf, dass der Beklagte die Gebrauchsfrequenz der Türen unterschätzt habe. Zum anderen hätten sie ihre Ursache in den unzureichenden Spaltmaßen. Beides beruhte aber auf Planungsfehlern, die nicht von der Klägerin zu verantworten sind. Das gilt auch für die unzureichenden Spaltmaße. Diese haben nach den zweifelsfreien Feststellungen des Sachverständigen ihre Ursache darin, dass die Türanlage (des Herstellers G) und die eingebauten Schlösser (des Herstellers M) – jedenfalls so wie montiert – nicht kompatibel sind. Das Leistungsverzeichnis sah den Einbau einer Türanlage „G V“ und einer Stahlrahmentür mit „M-Schließtechnik“ vor (Leistungsverzeichnis S. 49). Dies ist ein Planungsfehler, den sich der Beklagte, nicht die Klägerin zurechnen lassen muss. 18

Der Klägerin fällt insoweit auch keine Verletzung ihrer Untersuchungs- und Hinweispflicht zur Last (§ 13 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 VOB/B). Hierfür gelten folgende Grundsätze (BGHZ 174, 110 Rn. 24 = NJW 2008, 511): Der Rahmen der Prüfungs- und Hinweispflicht und ihre Grenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls darstellt. Was hiernach zu fordern ist, bestimmt sich in erster Linie durch das vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen und durch alle Umstände, die für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind. Steht die Arbeit eines Werkunternehmers in engem Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Unternehmers oder ist sie auf Grund dessen Planung auszuführen, muss er prüfen und gegebenenfalls auch geeignete Erkundigungen einziehen, ob diese Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können. Auch wenn er den Besteller darauf hingewiesen hat, dass bestimmte Voraussetzungen für sein Werk vorliegen müssen, muss er sich grundsätzlich vor Ausführung seines Werks vergewissern, ob diese Voraussetzungen eingehalten sind. Regelmäßig kann er sich auch nicht allein deshalb darauf verlassen, dass diese Voraussetzungen vorliegen, weil er sie mit dem Vorunternehmer besprochen hat, sondern er muss dies im Rahmen des ihm Zumutbaren selbstständig prüfen. Nach diesen Maßstäben hat die Klägerin ihrer Prüfungs- und Hinweispflicht Genüge getan. Das Leistungsverzeichnis sah vor, dass der „Einbau der Vollzugsschlösser ... vom Schlosshersteller begleitet“ wird. Unstreitig wurden die Schlösser - abweichend vom Leistungsverzeichnis - nach dem Einbau der Türen durch die Firma M als Schlosshersteller eingebaut. Das geschah zudem weder im Beisein noch in Abstimmung mit der Klägerin. Diese hatte aber ihrerseits – ebenfalls unbestritten – dem Architekten und der schlossherstellenden Firma eine Mustertür zur Verfügung gestellt. Die Überprüfung der Kompatibilität der Türanlage mit den Schlössern der Firma M fiel damit ausschließlich in den 19

Verantwortungsbereich des Architekten und/oder der Firma M. Die Klägerin traf demgegenüber nach Lage des Falles im Rahmen der Zumutbarkeit keine über das Zurverfügungstellen der Mustertür hinausgehende Planungs- und Untersuchungspflicht, so dass sie für die aufgetretenen Mängel nicht haftet.

b) 20

Die durch das Landgericht festgestellten Mängel rechtfertigen die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes nicht. Die Beseitigung dieser Mängel erfordert Kosten in Höhe von lediglich 4.620,-- €. Zu Recht hat das Landgericht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes als treuwidrig erachtet. Nach § 320 Abs. 2 BGB kann die Gegenleistung insoweit nicht zurückbehalten werden, als die Verweigerung insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit zum rückständigen Teil gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Das ist in Anbetracht einer Auftragssumme von mehr als 2,1 Mio. € und einer begründeten Restforderung von 91.376,81 € der Fall. § 320 Abs. 2 BGB wird auch nicht durch § 641 Abs. 3 BGB verdrängt. Diese Vorschrift bestimmt, dass in der Regel die Zurückbehaltung in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten angemessen ist. Sie konkretisiert für den Bereich des Werkvertragsrechts den § 320 Abs. 2 BGB, schließt den Rückgriff auf diese Bestimmung aber nicht aus (vgl. OLG Köln v. 18.11.2015 - 11 U 33/15, BeckRS 2016, 15991, Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen).

3. 22

Begründet ist die Berufung insofern, als die Hilfsaufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz des im März 2012 angefallenen Mietausfalles in Höhe von 43.691,33 € durchgreift. Dieser Anspruch ergibt sich aus § 4 Abs. 7 VOB/B. Die Norm gewährt dem Auftraggeber vor Abnahme und bei aufrechterhaltenem Vertrag einen Anspruch auf den Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entsteht, dass das Bauwerk deshalb später fertiggestellt wird, weil der Auftragnehmer während der Bauausführung eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung durch eine mangelfreie oder vertragsgemäße Leistung ersetzt. Dieser Grundsatz ist auf den Fall übertragbar, dass die verspätete Fertigstellung des Bauwerks dadurch mitverursacht wird, dass der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung über einen bestimmten Zeitraum vertragswidrig nicht ausführt. Für diese Fälle enthält § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B eine Spezialregelung zu § 6 Abs. 6 VOB/B, so dass die in dieser Regelung vorgesehenen Beschränkungen des Schadensersatzanspruchs nicht anwendbar sind (BGH NJW-RR 2000, 1260 = NZBau 2000, 422 = BauR 2000, 1189; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB, 5. Aufl., VOB/B § 4 Rdn. 170; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 19. Aufl., VOB/B § 4 Abs. 7 Rdn. 34 jew. m.w.N.).

Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B sind erfüllt. Der Beklagte hat unter Vorlage mehrerer Emails dargetan, dass in Bezug auf die Werkhalle 2 Fertigstellungstermine vereinbart worden seien. So sei bei einer Besichtigung am 23.3.2011 zwischen den Parteien, die Klägerin vertreten durch den Geschäftsführer, der Beklagte durch den Bauleiter F als Fertigstellungstermin der 24.6.2011 verabredet worden (Email v. 23.3.2011, Anl. B 6, Bl. 209 d.A.). Am 7.6.2011 sei zwischen den Parteien eine verbindliche Nachfrist bis zum 29.7.2011 vereinbart worden (Email vom 8.6.2011, Anl. B 8, Bl. 213 d.A.). Die Klägerin hat sowohl die Abreden als auch den Empfang der jeweiligen Emails in Abrede gestellt (Schriftsatz vom 17.9.2013, Bl. 217 ff. d.A.). Nicht bestritten hat sie hingegen den Inhalt und den Empfang der Email vom 27.7.2011 (Anl. B 9, Bl. 215 d.A.). Ausweislich dieser Email wurde bei einer Baustellenbesprechung am 26.7.2011 zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und Herrn X vom Büro des Architekten F hinsichtlich der Werkhalle 2

„gem. § 5 Nr. 1 VOB/B verbindlich mit der Fa. F & G vereinbart:

...	26
Komplettleistung außer Beschläge bis 34. KW 11	27
Beschläge 35. KW 11“.	28
Ebenfalls nicht bestritten ist, dass der Beklagte die Klägerin durch Schreiben vom 24.1.2012 mit Nachfristsetzung bis zum 27.1.2012 aufgefordert hat, die Stahl-Glas-Elemente der Werkhalle 2 mangelfrei herzustellen gem. § 4 Abs. 7 VOB/B (Anl. B 3, Bl. 128 d.A.).	29
Im Handelsverkehr gilt der Grundsatz, dass der Empfänger eine Bestätigungsschreibens unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will (statt aller Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl., § 147 Rdn. 8). Das Bestätigungsschreiben, das auch per Fax oder Email übermittelt werden kann, muss sich auf eine mündliche, fernmündliche oder fernschriftliche Vereinbarung beziehen (Palandt/Ellenberger § 148 Rdn. 11; Münchener Kommentar/Schubert, BGB, 7. Aufl., § 147 Rdn. 14 jew. m.w.N.). Danach stellt die Email vom 27.7.2011 ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar. In ihr wird die bei der Baustellenbesprechung am 26.7.2011 zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und Herrn X als Vertreter des Beklagten getroffene verbindliche Vereinbarung der Fertigstellungsfrist dokumentiert. Dieser Email hat die Klägerin nicht - insbesondere nicht unverzüglich - widersprochen.	30
Die Einwände, die die Klägerin gegen die Anwendung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben erhebt, sind unerheblich. Der persönliche Anwendungsbereich dieser Grundsätze ist eröffnet. Sie gelten für alle, die in größerem Umfang selbstständig am Rechtsverkehr teilnehmen. Insbesondere ist möglicher Absender jeder, der ähnlich wie ein Kaufmann am Rechtsverkehr teilnimmt und erwarten kann, dass im gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird (Palandt/Ellenberger § 147 Rdn. 10; Münchener Kommentar/Schubert § 147 Rdn. 14 jew. m.w.N.). Das ist bei dem Beklagten, der laufend Bauaufträge größeren Umfanges vergibt, zweifelsfrei der Fall. Auch der Einwand, der Architekt und dessen Mitarbeiter Herr X hätten ohne Vollmacht gehandelt, verfährt nicht. Abgesehen davon, dass es genügt, wenn für eine Partei ein vollmachtloser Vertreter aufgetreten ist (Palandt a.a.O., § 147 Rz. 11), ist, da auch der bauleitende Architekt auf die plangemäße Herstellung des Baus hinzuwirken und die Bauarbeiten zu koordinieren hat, in der Regel anzunehmen, dass er Mängelrügen, Mahnungen aussprechen, Fristen setzen und vereinbaren sowie für den Fall des Fristablaufs die Kündigung androhen darf. Durch derartige Handlungen geht er für den Auftraggeber keine besonderen Pflichten ein, vielmehr handelt es sich um Maßnahmen zu Gunsten seines Auftraggebers, mit denen er die Änderung der Rechtslage durch Willenserklärungen erst vorbereitet und zur Durchführung des Bauvertrags beiträgt (OLG Frankfurt NZBau 2012, 110, = NJW-RR 2011, 1655 = BauR 2012, 262; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil Rdn. 32; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rdn. 1347;). Ansonsten ergäbe sich die Vollmacht aus den Grundsätzen der Duldungsvollmacht, nämlich aus dem – von der Klägerin nicht substantiiert bestrittenen – Umstand, dass der Beklagte Kenntnis vom fortgesetzten Auftreten des Architekten in seinem Namen hatte und dieses – in Bezug auf die Fristvereinbarung für ihn günstige - Auftreten nicht unterbunden hat (vgl. OLG Frankfurt a.a.O.).	31
Die folglich wirksam vereinbarte Frist zur mangelfreien Herstellung hat die Klägerin trotz Nachfristsetzung zur Mangelbeseitigung nicht eingehalten, so dass sie dem Beklagten nach § 4 Abs. 7 VOB/B zum Ersatz der entgangenen Miete in Höhe von 43.691,33 € für den Monat	32

Februar 2012 verpflichtet ist.

4.	33
Der Zinsanspruch der Klägerin folgt aus § 16 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 3 VOB/B (2009) i.V.m. § 288 Abs. 2 BGB. Allerdings hat das Landgericht nicht berücksichtigt, dass der Verzug nach § 16 Abs. 5 VOB/B (2009) erst nach Ablauf der von der Klägerin bis zum 30.10.2012 gesetzten Nachfrist eintrat.	34
III.	35
Die Anschlussberufung der Klägerin ist mangels Begründung als unzulässig zu verwerfen (§§ 524 Abs. 3 ZPO; vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 542 Rdn. 16, 42).	36
IV.	37
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	38
Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht gegeben sind.	39
<u>Berufungsstreitwert</u> : 222.113,61 € (135.338,14 € Hauptforderung, 43.691,33 € Hilfsaufrechnung und 43.084,14 € Anschlussberufung)	40