Oberlandesgericht Köln, 7 U 49/13

Datum:	21.12.2017
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	7. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	7 U 49/13
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2017:1221.7U49.13.00

Vorinstanz:	Landgericht Aachen, 43 O 142/08

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Aachen vom 01.02.2013 –Az: 43 O 142/08- wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als endgültig unbegründet abgewiesen wird.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens einschließlich der durch die beiden Nebeninterventionen entstandenen Kosten hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird auf 67.884,02 EUR festgesetzt.

Gründe: 1

I. 2

Die Klägerin fordert die Zahlung restlichen Werklohns für Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärleistungen im Umfang von 33.942,01 EUR. 3

Die Beklagte, die als Generalunternehmerin im Auftrag der Streithelferin der Beklagten die Wohnanlage Cpark 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 Pauschalfestpreis von 570.000,00 EUR 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 EUR, die im Zuge der Rechnungsprüfung der Beklagten auf 615.158,89 EUR gekürzt wurde. Hieraus errechnet die Klägerin einen restlichen, der Höhe nach zwischen den Parteien unstreitigen Werklohn in Höhe von 33.942,01 EUR. 4

Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe die Leistungen bislang nicht abgenommen. Sie hat diverse Mängel gerügt, u.a. Verfärbungen der Kollektoren der Solaranlage. Mit Schreiben vom 11.12.2012 wurde die Klägerin von der Beklagten 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, Bl. 766-775R GA, Bezug genommen. 5

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. 6

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. 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. 7

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. Sie, die Beklagte, habe die von der Klägerin angebotene Mängelbeseitigung hinsichtlich der Solaranlage nicht abgelehnt, sondern mit Schriftsatz vom 04.01.2013, Bl. 724 ff GA, lediglich ihre Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass eine Nachbesserung nur durch den Austausch sämtlicher Kollektoren erfolgen könne. 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 Streithelfer der Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. 9

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 zunächst beantragt, 10

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 33.942,01 EUR Zug um Zug gegen Beseitigung der Minderung des Ertrags der auf den Gebäuden der Wohnanlage Cpark in B befindlichen Solaranlage zu zahlen, und 11

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Nachbesserung der Solaranlage in Verzug befindet. 12

Die Beklagte und deren Streithelfer haben beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 hat die Beklagte sodann eine Nachbesserung durch die Klägerin abgelehnt und Gegenforderungen in einer mindestens die Klageforderung erreichenden Höhe geltend gemacht, mit denen sie die Aufrechnung erklärt hat. Hinsichtlich der von der Klägerin bestrittenen Höhe der Mängelbeseitigungskosten hat sie auf die eingeholten Sachverständigengutachten und ihr bisheriges Vorbringen verwiesen. 15

Die Klägerin hat die von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche dem Grunde und der Höhe nach bestritten und erklärt, dass eine Zug-um-Zug-Verurteilung nunmehr entfalle, weil der Beklagten aufgrund der Geltendmachung von Gegenrechten kein Nachbesserungsrecht mehr gegenüber der Klägerin zustehe. 16

Mit Urteil des Senats vom 30.09.2013 hat der Senat das Urteil des Landgerichts Aachen – 43 O 142/08- abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 33.942,01 EUR zu zahlen. Die Revision hat der Senat nicht zugelassen. Wegen der weiteren Begründung im Einzelnen wird auf das Urteil vom 30.09.2013, Bl. 992-197 GA, verwiesen. 17

Auf die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Senats vom 30.09.2013 mit Beschluss vom 24.06.2015 – VII ZR 272/13 – aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, zurückverwiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, der Senat habe gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs der Beklagten verstoßen, indem der Senat Vortrag der Beklagten im Hinblick auf die von ihr geltend gemachten Gegenansprüche nicht berücksichtigt habe. Wegen der weiteren Ausführungen des Bundesgerichtshofs wird auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24.06.2015 - VII ZR 272/13 -, Bl. 47-49 des Aktenbandes des Bundesgerichtshofs zu diesem Verfahren, verwiesen. 18

Der Senat hat daraufhin weiter Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. A zu den voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung hinsichtlich der Verfärbungen der Solarkollektoren. Wegen des Ergebnisses des Sachverständigengutachtens wird auf das Gutachten vom 13.07.2017, Bl. 1173-1193 GA, verwiesen. 19

Mit Beschluss vom 25. 10. 2017 hat der Senat mit Zustimmung der Parteien die Entscheidung im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatzfrist zum 20. 11. 2017 angeordnet. 20

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 21

II. 22

23

Die Berufung der Klägerin ist im Hinblick auf die ihr mit Beschluss des Senats vom 26.06.2013 gewährten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten Berufungsbegründungsfrist zulässig. Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Zwar stand der Klägerin gegen die Beklagte noch ein restlicher Werklohnanspruch in Höhe von 33.942,01 EUR aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag i.V.m. § 631 BGB zu. Dieser ist jedoch durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch gemäß § 13 Nr. 5 Abs.2 VOB/B (2002) in die Klageforderung übersteigender Höhe erloschen, § 389 BGB. 24

Im Einzelnen: 25

1. 26

a. 27

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 gemachten Gegenforderungen eine Zug-um-Zug-Verurteilung entfalle, legt der Senat weiterhin den von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2013 gestellten Berufungsantrag dahin aus, dass eine unbeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des ausstehenden Werklohns entsprechend dem Klagebegehren in erster Instanz gefordert wird. Die Klägerin ist insoweit der entsprechenden Auslegung des Senats in zweiter Instanz auch nicht anderweit klarstellend entgegengetreten. 28

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 2002, 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. 29

b. 30

Entgegen der Auffassung des Landgerichts war die noch offen stehende Vergütungsforderung 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 Abs.3 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 31

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. 32

2. 33

Der danach fällige Vergütungsanspruch der Klägerin in Höhe von 33.942,01 EUR ist durch die Aufrechnung der Beklagten mit einem ihr zustehenden Kostenvorschussanspruch gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) insgesamt erloschen, §§ 387, 389 BGB. 34

Wie die Beklagte zwischenzeitlich klargestellt hat (siehe Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde vom 4.2.2014, dort Seite 11), hat die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit nicht mit Schadensersatzforderungen, sondern ausweislich ihres Schriftsatzes vom 28.12.2012, Bl. 712 GA, erstrangig mit einem Kostenvorschussanspruch gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) wegen mangelhafter Solarkollektoren aufgerechnet. Der Beklagten steht insoweit ein Kostenvorschussanspruch in einer jedenfalls die fällige Werklohnvergütung der Klägerin übersteigenden Höhe zu, so dass die Klage als insgesamt unbegründet abzuweisen war. 35

a. 36

Wie sich aus den Feststellungen des Sachverständigen L in seinem Gutachten vom 02.01.2012, Bl. 519 ff. GA zur Überzeugung des Senates ergibt und mittlerweile zwischen den Parteien auch unstreitig geworden ist, ist die von der Klägerin im Auftrag der Beklagten erstellte Solaranlage mangelhaft. Eine Vielzahl von Einzelkollektoren der Solaranlage weist aufgrund von Beschädigungen die bereits mit Schreiben der Beklagten vom 12.12.2006 gerügten Blauverfärbungen auf, die zu einer Minderung des Kollektorertrags führen. Die Verfärbungen beruhen dabei nicht auf einer einzigen, sondern auf unterschiedlichen Ursachen. So werden zum Teil Verfärbungen dadurch hervorgerufen, dass sich auf dem Absorber eine helle oder bräunliche Substanz befindet, die entweder in Form von festgetrockneten Flüssigkeiten oder von Ausblühungen vorliegt. Diese Schmutzschicht verringert den Strahlenabsorptionsgrad und erhöht wahrscheinlich die Wärmeverluste aufgrund einer Erhöhung des Emissionsgrades des Absorbers. Bei einem zweiten Typ der vorgefundenen Verfärbungen ist auf den zentralen Flächen der farblich veränderten Kollektoren die Beschichtung teilweise zerstört. Diese flächigen Veränderungen können ebenfalls zu Änderungen des Strahlenabsorptionsgrades und des Emissionsgrades führen. Als dritte Ursache der vorgefundenen Verfärbungen stellte der Sachverständige L bei einigen Kollektoren am oberen Rand und seitlich Späne/Staub/Partikel Ablösungen fest, die sich über Teile der Absorberoberflächen verteilen. Letztlich beruhen die Verfärbungen teilweise auch darauf, dass einzelne Absorber Kratzer aufweisen. Wie weiter der Sachverständige A in seinem Gutachten vom 13.7.2017, dort Seite 15, Bl. 1178 GA, festgestellt hat, ist kein Großflächenkollektor vorhanden, in dem nicht mindestens ein Kollektorfeld von einem der vorstehend beschriebenen Schäden betroffen ist. 37

38

b.

Die nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) grundsätzlich erforderliche schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit (erfolgloser) Fristsetzung war vorliegend entbehrlich. Denn die Klägerin hat die Mängelbeseitigung jedenfalls zunächst bis zum Vorliegen des Gutachtens im hiesigen Prozess aus Sicht der Beklagten ernsthaft und endgültig verweigert. Mit anwaltlichem Schreiben vom 28.3.2007 ließ sie unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Herstellerin vom 16.2.2007 nochmals ausdrücklich vortragen, dass es sich lediglich um eine optische Beeinträchtigung handele und diese im Sinne des Baurechts keinen Mangel der Leistung der Klägerin darstelle. In Konsequenz ihrer Auffassung beantragte die Klägerin sodann mit der Klageschrift vom 15.12.2008, dort S.2, Bl. 2 GA, und auch noch in der mündlichen Verhandlung vom 15.01.2013, Bl. 753, 763 GA, die unbedingte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des gesamten restlichen Werklohnes. Zur Begründung trug sie auf den Mängeleinwand der Beklagten in ihrer Replik unter Verweis auf das Schreiben der Herstellerfirma der Solarkollektoren nochmals ausdrücklich vor, dass die Verfärbungen zwar vorhanden seien, hiermit jedoch keine Funktionsbeeinträchtigung der Solaranlage verbunden sei, so dass keine mangelhafte Leistung ihrerseits vorläge. Dieses Verhalten durfte von der Beklagten als endgültige Verweigerung einer Mängelbeseitigung verstanden werden (vgl. Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB, 20. Aufl. 2017, § 13 Abs. 5 RN 188 und ebenso zur VOB/B(2002) in 15. Aufl. 2004, § 13 Nr. 5 RN 133). 39

Zwar hat die Beklagte ihrerseits die Klägerin nochmals –ohne hierzu verpflichtet zu sein- mit Schreiben vom 11.12.2012 (Bl. 704 GA) zur Beseitigung der Mängel der Solaranlage unter Fristsetzung bis zum 15.01.2013 aufgefordert und ihr somit nochmals die Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben. Die Klägerin hat jedoch keine Mängelbeseitigungsmaßnahmen ergriffen. Die von der Beklagten gesetzte Frist ist vielmehr fruchtlos verstrichen. 40

Die Klägerin vermag sich in diesem Zusammenhang nicht darauf zu berufen, die Beklagte habe ihr mit Schriftsatz vom 04.01.2013, Bl. 724 ff. GA, unberechtigterweise eine bestimmte Form der Mängelbeseitigung, nämlich den Neueinbau anderer Kollektoren, vorgeschrieben. Derartige Erklärungen sind den Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 04.01.2013 nicht zu entnehmen. Erkennbar hat sich die Beklagte unter Ziffer 1. des Schriftsatzes nur auf die von dem Sachverständigen L in seinem Sachverständigengutachten geäußerte Auffassung bezogen und diese ihren Ausführungen zu Grunde gelegt. Die Beklagte hat ferner ausdrücklich auf Seite 2 des Schriftsatzes ausgeführt, es sei nicht ihre Aufgabe, der Klägerin die Art und Weise der Nachbesserung bezüglich derjenigen Kollektoren vorzuschreiben, bezüglich derer der Sachverständige nicht die Auffassung vertreten hatte, dass diese Kollektoren auszuwechseln sind. Ein Eingriff in die Unternehmerrechte der Klägerin ist daher ersichtlich nicht erfolgt. 41

c. 42

Einer Aufrechnung der Beklagten gegen die Werklohnforderung der Klägerin steht auch nicht die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung entgegen. Denn jedenfalls hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Verfärbungen der Sonnenkollektoren liegen die Voraussetzungen des § 215 BGB vor. Danach ist die Aufrechnung ungeachtet einer Verjährung zulässig, wenn der Mangel, auf den das Leistungsverweigerungsrecht gestützt wird, bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist der Mängelansprüche in Erscheinung getreten ist und daher vor Ablauf der Verjährungsfrist ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht (sogar nur) geltend gemacht werden konnte (vergleiche BGH, Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 144 / 14-Rn. 11, juris). So liegt der Fall hier auch unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Klägerin, die Gewährleistungsfrist sei bereits am 15.12.2010 43

abgelaufen:

Die Beklagte hat ausweislich ihres Schreibens mit Datum vom 12.12.2006 den Mangel in unverjährter Zeit gerügt; die Klägerin ihrerseits hatte die Mängelbeseitigung nach den vorstehenden Ausführungen bereits ernsthaft und endgültig ebenfalls in unverjährter Zeit verweigert. Damit standen sich der Werklohnanspruch der Klägerin und der Kostenvorschussanspruch der Beklagten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) auch nach der Rechtsauffassung der Klägerin bereits in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenüber. 44

d. 45

Der der Höhe nach unstreitige Werklohnanspruch der Klägerin i.H.v. 33.942,01 EUR aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag i.V.m. § 631 BGB ist durch die Aufrechnung der Beklagten auch in voller Höhe erloschen, § 389 BGB. Wie der Sachverständige A in seinem Gutachten vom 13.07.2017 ausgeführt hat, betragen die für die Mängelbeseitigung voraussichtlich erforderlichen Kosten unabhängig von der Art der gewählten Mängelbeseitigung (vollständiger Austausch aller Kollektoren/Reparatur von 57 Einzelkollektoren beim Hersteller) in jedem Fall deutlich mehr als 33.942,01 EUR. Sofern ein vollständiger Austausch durch den Austausch aller Kollektoren erfolgt, beträgt allein der Materialpreis für 78 neue Kollektoren brutto rund 41.800,00 EUR, wobei hiermit allein die Mängel noch nicht beseitigt sind, vielmehr noch Kosten für sämtliche Demontage- und Montageleistungen und die Inbetriebnahme der Anlage hinzukommen. Soweit der Sachverständige die Kosten für eine Reparatur (nur) der beschädigten Kollektoren bei der Herstellerfirma kalkuliert hat, gelangt er zu voraussichtlichen Gesamtkosten in Höhe von rund 53.000,00 EUR. Es kann daher im vorliegenden Fall dahinstehen, in welcher Art und Weise die Mängelbeseitigung konkret erfolgt. 46

Die Feststellungen des dem Senat als sorgfältigem Gerichtsgutachter bekannten Sachverständigen beruhen auf zutreffenden tatsächlichen Feststellungen, sind nachvollziehbar und widerspruchsfrei; Einwände gegen die Feststellungen des Sachverständigen sind von den Parteien auch nicht erhoben worden. 47

3. 48

Da nach den vorstehenden Ausführungen des Senats die Klageforderung gemäß § 389 BGB erloschen ist, war die Klage durch den Senat als endgültig unbegründet abzuweisen. 49

Diese endgültige Abweisung der Klage verstößt nicht zulasten der Klägerin gegen das Verschlechterungsverbot, auch wenn die Klage vom erstinstanzlichen Gericht nur als derzeit unbegründet abgewiesen wurde und allein über die Berufung der Klägerin zu entscheiden ist. Zwar wird die Klägerin durch ein solches Berufungsurteil prozessual „schlechter“ gestellt; denn in Rechtskraft erwächst nunmehr die endgültige Klageabweisung. Der Klägerin wird mithin durch den veränderten Rechtskraftumfang eine Rechtsposition aberkannt, die ihr durch das angegriffene Urteil, das ausdrücklich die Klage als “derzeit unbegründet” abgewiesen hat, zuerkannt worden war. Sie hat jedoch an der Aufrechterhaltung der durch das Urteil des Landgerichts begründeten Rechtsstellung kein schutzwürdiges Interesse. Mit der Berufung hat sie den gesamten Anspruch zur Überprüfung durch den Senat gestellt und somit weiterhin ein umfassendes Sachurteil erstrebt. Dann aber kann kein schutzbedürftiger Besitzstand vorliegen, den die Klägerin durch das angegriffene Urteil erlangt hat und der in ihrem Interesse zu sichern wäre (vgl. Thomas/Putzo-Reichold, 38.Aufl. 2017, § 528 RN 9; so bereits BGH, Urteil vom 21.04.1988 - VII ZR 372/86, NJW 1988,1982,1983). 50

51

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs.1, 708 Nr.10, 711 ZPO. 52

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 48, 45 Abs.3 GKG, § 6 ZPO. Die Beklagte hat sich auch in der Berufungsinstanz in erster Linie auf eine fehlende Fälligkeit der Werklohnforderung mangels Abnahme berufen und die Aufrechnung mit dem Kostenvorschussanspruch nach § 13 Nr.5 Abs.2 VOB/B daher nur hilfsweise erklärt. 53

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden. 54

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE