
Datum: 29.10.2021
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 17 U 162/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2021:1029.17U162.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 8 O 482/16

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 17. Oktober 2019 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 8 O 482/16 - wird gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Beklagten zur Last.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin errichtete im Auftrag der GbR „A, B-Straße“ das Bauvorhaben Wohnpark C-Straße in D (E-Straße 66). Mit der Erstellung des Gewerks Elektro beauftragte sie am 02.02.2007 zu einem Pauschalpreis von 340.000 € (1 ff./ AB) bzw. 310.000 € netto (Häuser 4 + 5) die Beklagte. Bestandteil des Vertrages waren u.a. das Verhandlungsprotokoll vom 01.02.2007 (3 ff./ AB) und die Vertragsbedingungen (Fassung 2006) zum Nachunternehmervertrag (13 ff./ AB) sowie die VOB/B in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung.

3

In Nr. 10. des Verhandlungsprotokolls (Nachunternehmervertrag) ist geregelt, dass die Abnahme der Werkleistung förmlich nach Maßgabe von § 12 der NU-Vertragsbedingungen 2006 erfolgt. Die Parteien vereinbarten eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren und 6 Monaten (Nr. 12. des Verhandlungsprotokolls). Die Klägerin beauftragte die F mit der technischen Abnahme der von der Beklagten erbrachten Leistungen. Die F G GmbH bescheinigte durch den Sachverständigen H unter dem Datum 26.05.2008, dass die Errichtung oder Änderung der baulichen Anlage entsprechend der Bauvorlagen zum Brandschutz durch stichprobenhafte Kontrollen während der Bauausführung überwacht wurde und keine Mängel festgestellt wurden (55 = 109 = 120/ AB). Die Schlussrechnung der Beklagten vom 09.06.2008 wurde von der Klägerin am 30.06.2008 geprüft (56/ AB). Die Beklagte erhielt den Prüfbericht am 04.07.2008. Die Klägerin beglich die Schlussrechnung. 4

Nach Fertigstellung des Bauvorhabens veräußerte die Auftraggeberin der Klägerin das Objekt unter Bildung von Wohnungseigentum. Der Sachverständige I erstellte im Auftrag der WEG E-straße 66, D ein Gutachten vom 24.04.2012 (18 ff./ AB). Unter Nr. 12 des Gutachtens führte er aus, dass die im Objekt verwendeten Brandschottungen der Firma J für den Einsatzzweck in Steigeschächten nicht zulässig seien, da ihnen hierfür die bauaufsichtliche Zulassung fehle (41/ AB). 5

Die Klägerin forderte die Beklagte unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen I mit Schreiben vom 16.05.2013 (58 ff./ AB) auf, die darin aufgeführten Mängel bis zum 31.05.2012 (*richtig wohl 2013*) zu beseitigen. Die Wohnungseigentümer leiteten beim LG München I u.a. auch gegen die hiesige Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren – 2 OH 11559/13 - ein. Der dort beauftragte Sachverständige K erstellte unter dem 06.12.2013 ein Gutachten (112 – 130 GA). Mit Schreiben vom 23.07.2014 (93 f./ AB) nahm die Klägerin auf das Privatgutachten I und ein in dem selbständigen Beweisverfahren eingeholtes Ergänzungsgutachten des Sachverständigen K vom 24.06.2014 Bezug, welches sie beigefügt hatte (96 – 107b/ AB), und forderte die Beklagte u.a. auf, den festgestellten Mangel „die Brandschotts sind für den vorliegenden Einsatzzweck nicht geeignet“ bis zum 29.08.2014 zu beseitigen. Aus diesem ergibt sich u.a., dass bei dem vorhergehenden Ortstermin vom 13.05.2014 u.a. ein Mitarbeiter der hiesigen Beklagten (Herr L) anwesend war. 6

Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 28.08.2014 (108/ AB), dass sie bei einer Beteiligung am selbständigen Beweisverfahren eingewandt hätte, dass – sofern die Mängel tatsächlich vorlägen und von ihr zu vertreten wären - es mindestens eine andere Beseitigungsmaßnahme gebe, die den Regeln der Technik entspreche. Sie habe das Gutachten einer Prüfung unterzogen und sei auf ein Unternehmen gestoßen, das nach den Regeln der Technik in der Lage sei, solche Mängel zu beseitigen, die der Sachverständige festgestellt habe. Da die gesetzte Frist zu kurz bemessen sei, bitte sie, ihr bis zum 24.09.2014 Freiheit zur Mängelbeseitigung zu schaffen, um die Sanierungsarbeiten durchführen zu können. Die Arbeiten würden dann, bei ungehindertem Montageablauf, binnen einer Frist von drei Wochen ausgeführt sein. 7

In der Folgezeit teilte die Beklagte unter Bezugnahme auf die Mängelrüge der Klägerin vom 23.07.2014 und ein am 29.10.2015 stattgefundenes Abstimmungsgespräch mit Schreiben vom 08.12.2015 (57/ AB) mit, dass ihre Leistung mangelfrei sei und sie nichts Weiteres veranlassen werde. Mit Schreiben vom 16.03.2016 (52 f./ AB) forderte die Klägerin die Beklagte erneut auf, bis zum 06.04.2016 die Eignung des eingebauten Materials nachzuweisen oder geeignetes Material einzubauen. 8

Die Klägerin ist der Ansicht, die Feststellungsklage sei zulässig, da der genaue Umfang der Mangelbeseitigung noch nicht feststehe. Sie behauptet, die bei den Elektroinstallationsrohren verwendeten Brandschottungen der Firma J seien für den Einsatz in Steigeschächten ungeeignet und nicht zugelassen. Sie schätzt die Kosten für eine Mangelbeseitigung auf mindestens 54.600 €.	
Die Klägerin hat beantragt,	10
festzustellen dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Mängelbeseitigungskosten und Folgeschäden zu ersetzen, die dieser daraus entstehen, dass die Beklagte bei dem Bauvorhaben C-Straße /E-straße D im Objekt E-straße 66 in D mangelhafte Schottungen von Elektroinstallationsrohren vorgenommen hat, indem das verwendete Material des Herstellers J für den Einsatzzweck in Steigeschächten nicht geeignet und zugelassen ist.	11
Die Beklagte hat beantragt,	12
die Klage abzuweisen.	13
Sie meint, die Feststellungsklage sei wegen des Vorrangs einer Leistungsklage unzulässig und zudem unbestimmt. Im Übrigen beruft sie sich auf Verjährung und behauptet, der verwendete Baustoff sei nach Empfehlung des Fachberaters der Firma J geeignet. Die Klägerin hätte erkennen müssen, dass ein Mangel in der Leistung vorliege.	14
Die am 29.12.2016 eingereichte Klage ist der Beklagten am 06.01.2017 zugestellt worden. Das Landgericht hat aufgrund der Beschlüsse vom 04.05.2017 (63 GA) und 29.11.2018 (266 GA) Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen M vom 05.03. 2018 (160 – 186 GA) und 18.02.2019 (282 – 290 GA) Bezug genommen.	15
Das Landgericht hat mit dem am 17. Oktober 2019 verkündeten Urteil der Klage vollumfänglich stattgegeben. Wegen der Einzelheiten wird auf die Urteilsgründe (329 - 332R GA) verwiesen.	16
Gegen das am 21. Oktober 2019 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Anwaltsschriftsatz vom 23. Oktober 2019 Berufung eingelegt (335 f. GA) und diese nach Fristverlängerung rechtzeitig begründet (348 - 360 GA). Sie ist der Ansicht, ein Mangel liege nicht vor. Dies ergebe sich u.a. aus einem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen K vom 05.01.2015 (416 – 419 GA). Die untere Baubehörde der Stadt D habe den Sonderbau zur Nutzung freigegeben. Die F G GmbH habe für die Klägerin die technische Abnahme vorgenommen. Die Brandschotte erfüllten tatsächlich ihren Zweck. Ein Einzelfallnachweis für Elektroleitungen sei möglich.	17
Die Beklagte beantragt,	18
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 17. Oktober 2019 - 8 O 482/16 – die Klage abzuweisen.	19
Die Klägerin beantragt,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil.	22
	23

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. 24

Die gem. §§ 511 Abs. 2 Nr. 1, 517, 519, 520 ZPO zulässige Berufung der Beklagten hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO) oder eine mündliche Verhandlung aus anderen Gründen geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO). 25

Der Senat hat die Parteien mit Beschluss vom 19. Mai 2021 (436 - 440 GA) u.a. auf Folgendes hingewiesen: 26

„Das Landgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Wegen der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 329 - 332R GA) Bezug genommen. 27

Die Feststellungsklage ist im vorliegenden Fall zulässig. Denn es ist derzeit noch ungewiss, auf welche Art und Weise der Mangel (fehlende Zulassung) behoben werden kann und soll und welche Kosten dafür anfallen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass in dem Rechtsstreit der GbR A B-S (dortige Klägerin) gegen die hiesige Klägerin als Generalunternehmerin und deren Haftpflichtversicherung (dortige Beklagte) – 2 O 5709/18 LG München I -, in dem die Eigentümergeinschaft E-straße 66 auf Seiten der dortigen Klägerin und die hiesige Beklagte auf Seiten der dortigen Beklagten als Nebenintervenienten beteiligt sind (vgl. 411 f. GA), über eben die – behauptete - Mangelhaftigkeit der von der hiesigen Beklagten eingebauten Brandabschottungen intensiv gestritten wird. Die hiesige Beklagte hatte ausweislich ihres eigenen Schreibens an die (hiesige) Klägerin (108 GA) offenbar bereits im August 2014 ein Angebot eingeholt, wie die von der Klägerin in deren Schreiben vom 23. Juli 2014 (93 – 94 GA) angeführten Mängel beseitigt werden könnten. Ob tatsächlich alle Brandschotte mit einem Aufwand von ca. 1.300 € netto pro Stück neu erstellt werden müssen, wie der Sachverständige K in seinem Ergänzungsgutachten im selbständigen Beweisverfahren des LG München I – 2 OH 11559/13 - vom 24. Juni 2014 (107/ AB) geschätzt hatte, ist – derzeit – offen. In Betracht kommt möglicherweise auch eine Einzelfallzulassung des Systems J für die Eignung im Objekt E-straße 66. 28

Dass die Brandabschottungen der Firma J System F3 für den konkreten Einsatz in diesem Objekt nicht – allgemein – zugelassen und deshalb als Mangel anzusehen sind, steht aufgrund der Feststellungen des Privatgutachters I (Gutachten vom 24. April 2012, 18 – 51/ AB), dem Gutachten des Sachverständigen K im selbständigen Beweisverfahren 2 OH 11559/13 LG München I vom 6. Dezember 2013 (96 – 130 GA) nebst dessen Ergänzungsgutachten vom 24. Juni 2014 (96 – 107b/ AB) und vom 5. Januar 2015 (416 – 419 GA) sowie dem vom Landgericht Köln im hiesigen Rechtsstreit eingeholten Gutachten des Sachverständigen M vom 5. März 2018 (160 – 186 GA) nebst Ergänzungsgutachten vom 18. Februar 2019 (282 – 290 GA) fest. Die Beweiswürdigung durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden. Die Bescheinigung des Sachverständigen H (F G) vom 26. Mai 2008 (55 = 120/ AB) steht diesem eindeutigen Ergebnis nicht entgegen. Welche „stichprobenhafte Kontrollen während der Bauausführung“ dieser unternommen hat, ist unklar. Dass er die Zulassung der konkret in dem Mehrfamilienhaus eingebauten Brandabschottungen überhaupt 29

geprüft hat, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Dies kann angesichts der Feststellungen der anderen Gutachter, die insoweit nach eigener Anschauung und Rücksprache mit dem Hersteller J ihre Feststellungen getroffen haben, als unwahrscheinlich ausgeschlossen werden.

Ob eine Einzelfallzulassung in Betracht kommen könnte, steht nicht fest. Insoweit hat sich die Beklagte offenbar bis heute nicht darum bemüht, eine solche zu erlangen. Deshalb kann dahinstehen, ob die Abschottungen nicht auch im Übrigen (Leerrohre) mangelhaft ausgeführt sind. 30

Der Anspruch der Klägerin ist schließlich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, auch nicht verjährt. Innerhalb des Laufs der Verjährungsfrist hat die Klägerin den Mangel mit Schreiben vom 16. Mai 2013 (58/ AB) unter Beifügung des Privatgutachtens I angezeigt und die Beklagte zu dessen Beseitigung aufgefordert. Diese Aufforderung hat sie unter Hinweis auf das selbständige Beweisverfahren und die dort eingeholten Gutachten noch einmal mit Schreiben vom 23. Juli 2014 (93 – 94/ AB) wiederholt. Das Ergänzungsgutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen K vom 24. Juni 2014 hatte sie beigefügt. Daraus ist im Übrigen ersichtlich, dass an dem vorausgegangenem Ortstermin (13. Mai 2014) u.a. auch der Mitarbeiter L der Beklagten teilgenommen hatte (98/ AB) – also offenbar derselbe Mitarbeiter, der auch im hiesigen Prozess an dem Ortstermin 21. Februar 2018 für die Beklagte anwesend war (162 GA). 31

Die Antwort der Beklagten vom 28. August 2014 (108/ AB) auf die Mängelrüge vom 23. Juli 2014 kann vernünftigerweise nur als Anerkenntnis des Mangels und der Verpflichtung zu dessen Beseitigung angesehen werden. Die Beklagte hatte bereits, wie oben ausgeführt, das Angebot eines Unternehmens eingeholt, „das nach den Regeln der Technik in der Lage ist, solche Mängel zu beseitigen, die der gerichtlich bestellte Sachverständige festgestellt haben will“. Die darin liegende Einschränkung („haben will“ statt „hat“) wird durch die nachfolgenden Erklärungen als Rückzugsgefecht entlarvt. Denn die Beklagte beanstandete angesichts der bevorstehenden Sommerferien die von der Klägerin gesetzte Frist als „zu kurz bemessen“. Die Beklagte kündigte an, die Mangelbeseitigungsarbeiten in der Zeit ab dem 24. September 2014 „binnen einer Frist von 3 Wochen“ auszuführen. Dies stellt eine eindeutige Erklärung zur Beseitigung der Mängel innerhalb einer ganz bestimmten Frist dar. Dass die Beklagte mit Schreiben vom 8. Dezember 2015 (57/ AB) davon wieder abgerückt ist, ändert nichts mehr an der rechtlichen Bewertung des vorherigen Schreibens. Im Übrigen dürfte es auch Treu und Glauben widersprechen, dass die Beklagte nunmehr, nachdem mehr als 2 Jahre vergangen waren, doch wieder eine Eintrittspflicht für die Mangelbeseitigung verneinte.“ 32

III. 33

Die Beklagte hat zu dem Hinweisbeschluss des Senats innerhalb der ihr eingeräumten Verlängerungsfrist mit Schriftsatz vom 2. Juli 2021 (454 – 465 GA) Stellung genommen. Auch ihr weiteres Vorbringen rechtfertigt keine andere Entscheidung. Der Senat ist auch unter Berücksichtigung dieser Ausführungen der einstimmigen Überzeugung, dass die Berufung offensichtlich unbegründet ist. 34

Die Klägerin hat durch die Vorlage der Gutachten den Beweis geführt, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft im Sinne von § 13 Nr. 1 VOB/B 2006 (§ 633 BGB) sind. Der Mangel besteht u.a. in der fehlenden allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung der von der Beklagten eingebauten Brandschotte für den konkreten Einsatzzweck vor Ort. Zwar sind die von der Beklagten verwendeten Brandschottungen der Fa. J, System F3, Rohrabschottung I grundsätzlich allgemein bauaufsichtlich zugelassen (Z.-Nr. X1). Allerdings ist diese Zulassung 35

für den hier vorliegenden Einsatzzweck, nämlich Elektroleitungen in Steigeschächten, nicht gültig, wie sich aus allen im hiesigen Rechtsstreit vorgelegten Gutachten und insbesondere dem vom Landgericht eingeholten Gerichtsgutachten des Sachverständigen M ergibt. In dem von dem Sachverständigen M seinem Gutachten beigefügten Bescheid des Deutschen Instituts für Bautechnik vom 25. Februar 2005 mit der Allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung Nr. X1 (187 – 194 GA) ergibt sich unter dem Abschnitt „Anwendungsbereich“ (Nr. 1.2) aus Nr. 1.2.5 eindeutig, dass „andere Teile oder Hilfskonstruktionen sowie elektrische Leitungen“ durch die Rohrabschottung nicht hindurchgeführt werden dürfen (188R GA). Dies hat die Beklagte im Übrigen in ihrem Schriftsatz vom 8. Mai 2018 (Seite 3; 212 GA) eingeräumt. Auch die Herstellerfirma selbst hat dies auf Rückfrage des Privatsachverständigen I zugestanden. Dem ist die Beklagte nicht mit Substanz entgegengetreten.

Die Notwendigkeit einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung ergibt sich aus Art. 18, 2 Abs. 11 BayBO. Dies gilt insbesondere für Rohr- und Kabelabschottungen (vgl. Storz in Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Stand Mai 2021, Art. 38 Rn 89 ff.). Auf die einschlägigen Vorschriften hat der Sachverständige M in seinen Gutachten vom 29. November 2018 (160 – 186 mit Anlage 187 – 194 GA) und 18. Februar 2019 (282 – 290 GA) hingewiesen. Seiner Feststellung, dass die von der Beklagten tatsächlich eingebauten Brandschotte der Fa. J für die konkrete Verwendung im Gebäude E-straße 66 in D keine Zulassung haben, also die tatsächliche Zulassung eine Verwendung wie von der Beklagten vorgenommen nicht umfasst, schließt sich der Senat an. Sie entspricht im Übrigen auch den Feststellungen des Gerichtssachverständigen K in dem selbständigen Beweisverfahren beim LG München 2 OH 11559/13, wie sich aus dessen von der Klägerin vorgelegten Gutachten vom 6. Dezember 2013 (112 – 130 = 91 ff. GA) ergibt. Auch der von der Immobilienverwaltung der WEG beauftragte Privatsachverständige I ist in dessen Gutachten vom 24. April 2012 (18 – 51 = 59 - 92/ AB) zu diesem Ergebnis gekommen. Der Senat hat keine Zweifel, dass die Feststellungen der Sachverständigen zutreffend sind und macht sich diese zu Eigen.

Die Beklagte hat nicht nachgewiesen, dass die Beklagten die von jener erbrachten Leistungen in Kenntnis dieses Mangels, also der fehlenden konkreten Zulassung, abgenommen hätte. Insoweit obliegt der Klägerin als der Unternehmerin die Beweislast (vgl. Palandt/Retzlaff, 80. Aufl., § 640 BGB Rn 22; Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Rn 2723). Da es sich nicht um einen offenkundigen Mangel handelt, hätte die Beklagte näher dazu vortragen müssen, inwieweit der von der Klägerin beauftragte Privatsachverständige H (F G) im Rahmen der stichprobenartigen Prüfung des Brandschutzes während der Bauausführung entsprechend der Bescheinigung vom 26. Mai 2008 (55 = 109 = 120/ AB) die fehlende Zulassung für die von der Beklagten durchgeführte Verwendung gekannt und dennoch festgestellt hätte, dass keine Mängel vorliegen. Deshalb kann dahinstehen, ob und inwieweit überhaupt eine Vertretungsbefugnis zur förmlichen Abnahme für die Klägerin vorgelegen hat. Eine solche war in Nr. 10 des Nachunternehmervertrages vereinbart.

Eine Zulassung im Einzelfall liegt unstreitig nicht vor. Da die Beklagte Brandschotte einbauen muss, die eine Zulassung haben, hätte sie sich mangels allgemeiner Zulassung um eine solche für den Einzelfall kümmern und diese nach Art. 20 BayBO beantragen müssen. Soweit die Beklagte auf Zusagen der Herstellerin vertraut haben sollte, betrifft dies nicht das Verhältnis zur Klägerin. Insoweit müsste sie sich dorthin wenden.

IV. 39

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	40
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).	41
Der Gebühren-Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß § 63 Abs. 2 GKG auf (bis zu) 50.000,00 € festgesetzt.	42
