

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 1 U 123/13
328 O 55/12
LG Hamburg



Beschluss

-

In der Sache

...

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt ...

gegen

...

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

-

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - 1. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Amtsgericht ... am 04.04.2014:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 28, vom 10. Juni 2013 (Geschäfts-Nr. 328 O 55/12) wird durch einstimmigen Beschluss des Senats gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 28, vom 10. Juni 2013 (Geschäfts-Nr. 328 O 55/12) ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch den Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von dem Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns für die Ausführung von

Bauarbeiten, hilfsweise eine Entschädigung wegen behaupteten Annahmeverzugs des Beklagten mit einer Nachbesserung.

Der Kläger nahm gemäß seiner Auftragsbestätigung vom 8. Juli 2011 (Anlage K 1) und seiner Nachtragsbestätigung vom 3. September 2011 (Anlage K 2) für den Beklagten an dessen Einfamilienhaus, belegen ... in ... Hamburg, Sanierungsarbeiten, insbesondere Dachdecker- und Zimmererarbeiten, vor. Nach Ausführung der Bauarbeiten in der Zeit vom 12. August 2011 bis zum 5. Oktober 2011 fand an letzterem Tag eine Abnahmebegehung statt, an der jedenfalls der Kläger, dessen Mitarbeiter, der Beklagte und dessen Lebensgefährtin teilnahmen. Wegen des Ablaufs dieser Abnahmebegehung besteht Streit zwischen den Parteien. Ein Abnahmeprotokoll, in dem der Kläger die Alternative "Abnahme erfolgt ohne sichtbare Mängel" angekreuzt hatte (Anlage K 3), unterzeichnete der Beklagte nicht.

Am 6. Oktober 2011 stellte der Kläger dem Beklagten eine Rechnung (Anlage K 4), welche unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen mit einer restlichen Werklohnforderung in Höhe von € 31.564,40 endete. Der Beklagte legte mit Schreiben vom 13. Oktober 2011 (Anlage B 1) "Widerspruch" gegen diese Rechnung ein, äußerte seine Unzufriedenheit mit den Bauarbeiten und teilte mit, dass er einen Bausachverständigen hinzugezogen habe, da ihm eine fachliche Beurteilung nicht möglich sei. Unter dem 20. Oktober 2011 erstattete die Bausachverständigengemeinschaft ... und ... im Auftrag des Beklagten das als Anlage B 3 vorgelegte Gutachten. Auf der Grundlage dieses Gutachtens rügte der Beklagte mit Anwaltschreiben vom 8. Februar 2012 (Anlage B 5) eine Vielzahl von Mängeln und forderte den Kläger zur Beseitigung dieser Mängel bis zum 23. Februar 2012 auf. Die Frist verlief ereignislos.

Bereits im Dezember 2011 hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben, mit der er die Zahlung restlichen Werklohns nebst Zinsen und Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten begehrt. Den vom Beklagten weiter verfolgten Mängelrügen ist er entgegengetreten. Wegen der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz sowie der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 154 f. d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen für Schäden an Gebäuden, Dipl.-Ing. ..., vom 10. Dezember 2012 (Bl. 72 ff. d.A.), auf das wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme Bezug genommen wird.

Mit Urteil vom 10. Juni 2013 hat das Landgericht die Klage abgewiesen und ausgeführt, dass dem Kläger kein fälliger Werklohnanspruch gegen den Beklagten zustehe, weil die Arbeiten des Klägers weder abgenommen noch abnahmereif (im Wesentlichen mangelfrei) seien. Die näheren Einzelheiten ergeben sich aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (Bl. 155 f. d.A.).

Gegen das ihm am 12. Juni 2013 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 4. Juli 2013 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel mit einem am 8. August 2013

eingegangenen Schriftsatz begründet.

Er behauptet, dass sich der Beklagte bei der Abnahmebegehung vom 5. Oktober 2011 insgesamt sehr zufrieden gezeigt habe. Er habe sich sinngemäß dahin geäußert, dass alles o.k. sei. Der Beklagte sei auch im Begriff gewesen, das mit "Bauabnahme" überschriebene Blatt zu unterzeichnen. Die Lebensgefährtin des Beklagten habe ihn jedoch ohne Angabe von Gründen aufgefordert, dies nicht zu tun, woraufhin der Beklagte seine Unterschrift verweigert habe (Beweis: Zeugen ... und ...). Der Kläger ist der Meinung, dass ungeachtet der fehlenden Unterschrift, die lediglich Beweiszwecken gedient habe, angesichts des von ihm behaupteten Verhaltens des Beklagten von einer Abnahme der Bauarbeiten auszugehen sei, zumal der Beklagte bei der Abnahmebegehung keinen konkreten Mangel genannt habe. Der auf Zahlung der somit fälligen Restwerklohnforderung gerichtete Hauptantrag zu 1. sei nach alledem in voller Höhe begründet.

Von den Mängeln, die der vom Gericht beauftragte Sachverständige festgestellt habe, habe er, der Kläger, einen (Punkt 5.2.6 des Gutachtens, Materialreste unter den Dachpfannen) bereits anlässlich eines Ortstermins beseitigt. Im Übrigen verweist der Kläger darauf, dass sich die vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelten Mängelbeseitigungskosten nur auf € 15.910,30 brutto belaufen. Von diesem Betrag wolle er, der Beklagte, ausgehen, auch wenn er die Einzelpositionen für recht hoch veranschlagt halte. Zumindest stehe ihm deshalb der mit dem Hilfsantrag zu 1. geltend gemachte Anspruch auf Zahlung seiner um die o.g. Mängelbeseitigungskosten reduzierten Restwerklohnforderung zu.

Schließlich sei der Beklagte mit der Annahme der Mängelbeseitigung in Verzug geraten, weil er auf das unstreitig nach der erstinstanzlichen Beweisaufnahme mit Schriftsatz des damaligen Klägervertreters vom 27. Februar 2013 (Bl. 142 f. d.A.) unterbreitete Angebot der Nachbesserung der vom gerichtlichen Sachverständigen festgestellten und noch nicht erledigten Mängel nicht eingegangen sei. Daraus folge, dass er, der Kläger, einen Entschädigungsanspruch in Höhe des mit dem Hilfsantrag zu 1. geltend gemachten Betrages gegen den Beklagten habe.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen,

1. an den Kläger € 31.564,40 zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz ab 24. Oktober 2011 und
2. an den Kläger € 1.099,00 vorgerichtliche Anwaltskosten zu zahlen;

hilfsweise

das angefochtene Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen,

1. an den Kläger € 15.654,10 zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über

dem Basiszinssatz ab 24. Oktober 2011 und

2. an den Kläger € 1.099,00 vorgerichtliche Anwaltskosten zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er behauptet, dass er bei der Abnahmebegehung vom 5. Oktober 2011 auf die für ihn als Laien sichtbaren Mängel (insbesondere zu Nr. 1, 2, 3, 6, 11, 12, 13, 16 und 17 seiner Aufstellung) hingewiesen habe. Der Kläger habe sich aber geweigert, diese Mängel in das Abnahmeprotokoll aufzunehmen. Deshalb habe er, der Beklagte, aus eigenem Antrieb das Abnahmeprotokoll nicht unterschrieben. In dieser Haltung habe ihn seine Lebensgefährtin bestärkt (Beweis: Zeugin ...). Im Übrigen ist der Beklagte der Ansicht, dass aus seinem Verhalten keine Abnahmeerklärung entnommen werden könne, selbst wenn der gegenteilige Vortrag des Klägers richtig sein sollte, weil die Parteien mit der Erstellung eines Abnahmeprotokolls eine förmliche Abnahme stillschweigend vereinbart hätten, so dass eine angeblich von ihm abgegebene, nicht förmliche Abnahmeerklärung nicht ausgereicht hätte.

Die Leistungen des Klägers seien zudem nicht vollendet und nicht abnahmefähig gewesen, wie durch das in erster Instanz eingeholte Sachverständigengutachten bestätigt worden sei.

Nach alledem sei die mit dem Hauptantrag zu 1. geltend gemachte, zudem auch noch überhöhte Restwerklohnforderung des Klägers bislang nicht fällig. Auch der auf Zahlung einer um die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten reduzierten Restwerklohnforderung gerichtete Hilfsantrag zu 1. greife nicht durch, weil es sich bei den vom Sachverständigen ermittelten Mängelbeseitigungskosten nur um eine vorläufige Schätzung handle. Über die vom Sachverständigen festgestellten technischen Mängel hinaus seien auch optische und sonstige Mängel zu berücksichtigen und fielen weitere vom Kläger zu erstattende Kosten (für die Beseitigung eines Wasserschadens, für das vorprozessual eingeholte Gutachten des Sachverständigen ..., als Nutzungsausfallentschädigung im Fall einer zu erwartenden Sanierung) an.

Ein Anspruch auf Entschädigung stehe dem Kläger nicht zu, weil er, der Beklagte, mit der Annahme der Mängelbeseitigung nicht in Verzug geraten sei. Zum einen fehle ein tatsächliches Angebot der Mängelbeseitigung. Zum anderen habe der Kläger sein Recht auf Mängelbeseitigung mit dem Ablauf der ihm mit Schreiben vom 8. Februar 2012 (Anlage B 5) unstreitig gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung verloren.

Der Senat hat den Kläger mit Beschluss vom 6. März 2014 (Bl. 195 ff. d.A.) darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, seine Berufung durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Hierzu hat der Kläger innerhalb der ihm eingeräumten Frist mit Schriftsatz vom 28. März 2014 (Bl. 202 ff. d.A.) Stellung genommen.

II.

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 28, vom 10. Juni 2013 (Geschäfts-Nr. 328 O 55/12), ist nach einstimmiger Auffassung des Senats offensichtlich unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht seine Klage auf Zahlung von Werklohn in Höhe von € 31.564,40 aus der Rechnung vom 6. Oktober 2011 (Anlage K 4) für die Ausführung von Dachdecker- und anderen Bauarbeiten an dem Einfamilienhaus des Beklagten nebst Zinsen und Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten zurückgewiesen. Es fehlt an der Fälligkeit eines Vergütungsanspruchs i.S.d. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil der Beklagte die Werkleistung des Klägers nicht abgenommen hat und die Voraussetzungen für eine Fälligkeit des Werklohnanspruchs ohne Abnahme nicht vorliegen. Auch der mit dem Hilfsantrag zu 1. aus der Berufungsbegründung geltend gemachte "Entschädigungsanspruch" steht dem Kläger nicht zu. Wegen der Begründung im Einzelnen wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 6. März 2014 (Bl. 195 ff. d.A.) Bezug genommen. Die Einwände, welche der Kläger hiergegen in seinem Schriftsatz vom 28. März 2014 (Bl. 202 ff. d.A.) erhoben hat, rechtfertigen keine andere Beurteilung, sondern geben nur Veranlassung für folgende ergänzende Ausführungen:

a. Zu Recht hat das Landgericht eine Abnahme der vom Kläger erbrachten Werkleistungen i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB nicht festgestellt. Das Gesamtverhalten des Beklagten bei der Abnahmebegehung vom 5. Oktober 2011 rechtfertigt nicht zweifelsfrei die Annahme, dass er aus objektiver Empfängersicht die vom Kläger erbrachten Leistungen als in der Hauptsache vertragsgemäß billigen wollte. Der Umstand, dass er es unstreitig ablehnte, das ihm vom Kläger vorgelegte Abnahmeprotokoll (Anlage K 3), in dem es heißt: "Abnahme erfolgt ohne sichtbare Mängel" zu unterzeichnen, deutet vielmehr darauf hin, dass er eine solche, seine Rechtsstellung in vielfacher Hinsicht zu seinem Nachteil verändernde Erklärung zumindest zum damaligen Zeitpunkt noch nicht abgeben wollte. Von einer eindeutigen Abnahme könnte vor diesem Hintergrund auch dann nicht die Rede sein, wenn der Beklagte zuvor keine Mängel gerügt oder sogar seine Zufriedenheit mit dem Werk zum Ausdruck gebracht haben sollte, wie der Kläger behauptet. Soweit der Kläger nach wie vor anderer Meinung ist (S. 1 f. des Schriftsatzes des Klägers vom 28. März 2014, Bl. 202 f. d.A.), verkennt er, dass der Beklagte anlässlich der von ihm - dem Kläger - initiierten Abnahmebegehung am letzten Tag der ausweislich der Anlage K 3 in der Zeit vom 12. August 2011 bis zum 5. Oktober 2011 ausgeführten Bauarbeiten nicht nur die Alternative hatte, entweder sofort konkrete Mängel zu rügen oder die Abnahme zu erklären, sondern dass es ihm freistand, die Leistungen zunächst innerhalb einer angemessenen Frist - ggfs. mit Hilfe eines Sachverständigen - zu prüfen. Dies gilt auch dann, wenn die Leistungen auf den ersten Blick eines Laien zufriedenstellend ausgefallen sein sollten. Unter Berücksichtigung der erkennbaren Interessenlage des Beklagten durfte der Kläger nach Treu und Glauben die Verweigerung der Unterschrift unter das Abnahmeprotokoll durch den Beklagten nicht ohne Weiteres als eine bloße Formalie ansehen, mit der die Abnahme nicht in Frage gestellt werden sollte. Etwa verbleibende Zweifel wirken sich zu Lasten des Klägers aus, weil er die

Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB trägt. Eine unbillige Belastung des Klägers liegt darin nicht, weil er die Möglichkeit gehabt hätte, durch eine Fristsetzung gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB binnen einer angemessenen Prüfungsfrist Klarheit über die Abnahmewirkung zu schaffen.

b. Ein Vergütungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten ist auch nicht ohne Abnahme fällig geworden, was in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, obwohl er dazu verpflichtet ist, so dass eine Fristsetzung gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB eine überflüssige Förmlichkeit wäre (Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, § 641 Rdn. 5 m.w.N.). Eine Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme besteht nicht, weil die vom Kläger erbrachten Werkleistungen nicht im Wesentlichen mangelfrei sind. Auf die diesbezüglichen Ausführungen des Senats (Ziff. 1 b. des Hinweisbeschlusses) ist der Kläger in seiner Stellungnahme vom 28. März 2014 nicht eingegangen, so dass insofern nichts zu ergänzen ist.

c. Der Einwand des Klägers, der Beklagte sei in Verzug mit der Annahme seines mit Schriftsatz vom 27. Februar 2013 (dort S. 2, Bl. 143 d.A.) unterbreiteten Nacherfüllungsangebots gekommen, so dass ihm ein "Entschädigungsanspruch" in Höhe der mit dem Hilfsantrag geltend gemachten Differenz zwischen seiner Werklohnforderung und den vom Sachverständigen geschätzten Mängelbeseitigungskosten zustehe (S. 5 f. der Berufungsbegründung, Bl. 176 f. d.A.), greift nicht durch. Nach dem fruchtlosen Ablauf der dem Auftragnehmer zur Nachbesserung oder Nacherfüllung gesetzten Frist ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, das Angebot des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung anzunehmen (BGH, Urteil vom 27. Februar 2003, VII ZR 338/01, BGHZ 154, 119 ff., hier zitiert nach juris, Rdn. 21 f.). So verhält es sich hier. Die mit Schreiben des Beklagtenvertreters vom 8. Februar 2012 (Anlage B 5) gesetzte Mängelbeseitigungsfrist ist mit dem 23. Februar 2012 abgelaufen, also lange bevor der Kläger sein Nacherfüllungsangebot unterbreitet hat.

Das Argument des Klägers, dass das Nachbesserungsverlangen des Beklagten vom 8. Februar 2012 (Anlage B 5) "kombiniert und eng verzahnt" mit dem vom Beklagten eingeholten Gutachten der Bausachverständigengemeinschaft ... und ... vom 20. Oktober 2011 (Anlage B 3) gewesen sei, das durch das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten in einer Vielzahl von Punkten nicht bestätigt worden sei und das sich damit als wertlos erwiesen habe, so dass es keine geeignete Grundlage für die Aufforderung zur Mängelbeseitigung habe darstellen können (S. 2 f. des Schriftsatzes des Klägers vom 28. März 2014, Bl. 203 f. d.A.), trifft nicht zu. Für die Wirksamkeit eines Nachbesserungsverlangens genügt es, wenn der Besteller die Symptome, d.h. die Mangelerscheinungen an bestimmten Stellen, hinreichend genau bezeichnet (Palandt/Sprau, a.a.O., § 635 Rdn. 4 m.w.N.). Eine solche konkrete Darstellung der beanstandeten Mangelerscheinungen ist in dem Schreiben des Beklagten vom 8. Februar 2012 (Anlage B 5) enthalten. Ob den Mängelrügen ein überzeugungskräftiges Privatgutachten zu Grunde liegt oder nicht, ist unbeachtlich, wenn und soweit sie sich als berechtigt erweisen, wie dies hier jedenfalls in Bezug auf die vom gerichtlichen

Sachverständigen bestätigten Mängel mit voraussichtlichen Nachbesserungskosten in Höhe von € 15.910,30 brutto in nicht unerheblichem Umfang der Fall ist. Selbst wenn man zu Gunsten des Klägers davon ausgehen wollte, dass die weiteren vom Beklagten erhobenen Mängelbehauptungen nicht begründet sein sollten, änderte dies an der Wirksamkeit seines Nachbesserungsverlangens im Übrigen nichts. Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Unwirksamkeit von Mahnungen bei Zuvielforderungen gelten grundsätzlich auch bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht. Danach ist es unschädlich, wenn das Nachbesserungsverlangen zu weit geht, sofern der Unternehmer es als Anforderung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen kann und der Besteller zur Entgegennahme der letzteren bereit ist (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2005, X ZR 276/02, NJW 2006, 769 ff., hier zitiert nach juris, Rdn. 24; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearbeitung 2014, § 634 Rdn. 53). Beides ist hier anzunehmen. Im Werkvertragsrecht wird der Besteller Nachbesserungen, die ihm die vertraglich vereinbarte Nutzung des Werks gestatten, in der Regel auch dann nicht zurückweisen, wenn er meint, noch mehr verlangen zu können (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2005, X ZR 276/02, a.a.O., Rdn. 25). Anhaltspunkte dafür, dass hier ausnahmsweise etwas Anderes gelten könnte, hat der Kläger nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

2. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO ergangen.

...

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

...

Richterin
am Oberlandesgericht

...

Richter
am Amtsgericht