
Urteilsservice / Quellenmaterial

Abrufnummer: 081559

Gericht: Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom: 14.03.2008

Aktenzeichen: 21 U 34/07

Rechtsgebiet(e):BGB, ZPO

Vorschriften: BGB § 631 Abs. 1 BGB § 640 Abs. 2 BGB § 641 Abs. 1 BGB § 641 Abs. 3 ZPO § 302
ZPO § 538 Abs. 2 a. E. ZPO § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO § 538 Abs. 2 Nr. 5 ZPO § 540
Abs. 1 Nr. 1

Eingestellt am: 21.05.2008

Diese Entscheidung enthält keinen zur Veröffentlichung bestimmten Leitsatz.

21 U 34/07

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 26.1.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Klage ist unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung des Beklagten mit Mängelbeseitigungskosten- und Schadensersatzforderungen dem Grunde nach gerechtfertigt.

Auf den Antrag der Klägerin wird das Verfahren zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs sowie über die vorbehaltene Aufrechnung, einschließlich der Entscheidung über die Kosten insgesamt, an das Landgericht Essen zurückverwiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Werklohn für die Lieferung und den Einbau von Fenstern in dessen Einfamilienhaus, den dieser bisher unter Berufung auf Mängel voll

zurückhält.

Am 20.11.2004 hatte der Beklagte ein mit "Abnahmeprotokoll" überschriebenes Formular der Klägerin unterzeichnet, wobei in die Rubrik "Bemerkungen" handschriftlich eingesetzt ist

"Bis auf Pos. 1 d im Angebot sind alle Arbeiten ausgeführt. Gardinen passen nicht mehr. Preisnachlaß auf 4-tlg. Element (3,0 cm niedriger wie altes Element). Preisnachlaß bzgl. unsauberer Montage (nicht abdecken von Böden, Teppiche müssen gereinigt werden) (Schlafzimmer Teppich muß neu). Eckelement Küche Kopplung innen überstehend, Preisnachlaß."

und die Unterschrift mit dem Zusatz "unter Vorbehalt" versehen ist.

In einem vorgerichtlichen Schreiben vom 14.7.2005 an die Gegenseite hatte der Beklagtenvertreter u. a. ausgeführt:

"Vorläufig wird mit Hinweis auf § 641 Abs. 3 BGB die Zahlung verweigert."

In seiner Klageerwiderung hat er einerseits auf diese Formulierung noch einmal ausdrücklich hingewiesen, andererseits die Vergütung als noch nicht fällig bezeichnet. Im erstinstanzlichen Verhandlungstermin hat er wegen der Mängel vorrangig ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht und hilfsweise die Aufrechnung mit den Mängelbeseitigungskosten, weiter hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen, erklärt. Zur Aufrechnung stellt der Beklagte ferner Schadensersatzansprüche wegen behaupteter Beschädigungen und Verschmutzungen, die die Mitarbeiter der Klägerin im Zuge der Arbeiten verursacht haben sollen.

Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten eingeholt, in dem die Mängelbehauptungen teilweise bestätigt wurden. Daraufhin hat es die auf 25.999,25 € nebst Rechtshängigkeitszinsen gerichtete Klage vollständig abgewiesen. Die Werkleistung der Klägerin sei nicht abgenommen, weil der Beklagte in dem Protokoll vom 20.11.2004 nur die Ausführung von Arbeiten bestätigt und es zudem nur unter Vorbehalt unterschrieben habe. Auch abnahmereif sei die Leistung mindestens im Hinblick auf zwei der festgestellten Mängel - nicht gleichzeitige Kippbarkeit der beiden Eckelemente in der Küche sowie Maßabweichungen - nicht.

Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen das Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, wobei sie die vom Sachverständigen ermittelten Mängelbeseitigungskosten (1.400,00 €) und Minderwerte (480,00 €), sowie ferner, wie bereits in erster Instanz, einen Nachlaß für

Verschmutzungen u. ä. (500,00 €) von ihrer Rechnungsforderung absetzt. Der Beklagte mache in Wirklichkeit kein Zurückbehaltungsrecht geltend. Vielmehr lehne er jegliche Mangelbeseitigung ab, die ihm nach dem erstinstanzlichen Urteil erneut angeboten worden sei. In dem Umstand, daß sich die beiden über Eck liegenden Küchenfensterelemente nicht gleichzeitig kippen ließen, liege entgegen dem Landgericht kein Mangel. Gleiches gelte für die angeblichen Maßabweichungen. Es komme nicht auf die Maße der vorher vorhandenen Fenster, sondern auf die Maßangaben in dem Angebot an. Diesen Vorgaben entsprächen die eingebauten Fenster bis auf eine Abweichung von 10 mm, die jedoch im Toleranzbereich liege. Das Landgericht habe auch die Bedeutung des Abnahmeprotokolls verkannt, und im übrigen seien die Fenster in Gebrauch genommen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 24.119,25 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.8.2005 zu zahlen,

den Rechtsstreit an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II.

Die zulässige Berufung hat insoweit Erfolg, als das Landgericht die Klage zu Unrecht mangels Fälligkeit abgewiesen hat. Im übrigen ist die Sache noch nicht entscheidungsreif.

1.

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ergibt sich gemäß § 631 Abs. 1 BGB aus dem Werkvertrag, der zwischen den Parteien aufgrund des Angebots vom 3.5.2004 unstreitig zustandegekommen ist.

2.

Der Anspruch ist auch gemäß § 641 Abs. 1 BGB fällig, weil der Beklagte die Leistung der Klägerin entgegen der Auffassung des Landgerichts abgenommen hat.

a)

Die Abnahme liegt in der Unterzeichnung des Formulars, welches ausdrücklich als "Abnahmeprotokoll" bezeichnet war, am 20.11.2004.

Der über der Unterschrift angebrachte Zusatz "unter Vorbehalt" steht dem nicht entgegen. Aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers kann dieser Zusatz nicht so verstanden werden, daß der Beklagte seiner Unterschrift überhaupt keine rechtsverbindliche Wirkung zukommen lassen wollte. Auch speziell die Abnahmewirkung hindert der "Vorbehalt" nicht. Vielmehr ist er bei sachgerechter Gesamtwürdigung des Dokuments - außer ggf. auf erst künftig zutagetretende Mängel - auf diejenigen Beanstandungen zu beziehen, die unter der Rubrik "Bemerkungen" eingetragen worden sind. Es handelt sich daher um einen Mängelvorbekalt, wie ihn das Gesetz in § 640 Abs. 2 BGB bei einer Abnahme ausdrücklich vorsieht. Die Abnahmewirkung als solche hindert er nicht, weil hierfür die Hinnahme des Werkes als im wesentlichen vertragsgerecht ausreicht.

Diese Hinnahme als im wesentlichen vertragsgerecht ist dem Protokoll insgesamt zu entnehmen. Unabhängig von dem Gewicht der unter "Bemerkungen" eingetragenen Mängelrügen folgt das daraus, daß sämtliche Beanstandungen - bis auf die angeblich fehlende Angebotsposition 1 d, die jedoch niemals weiterverfolgt worden ist - jeweils mit dem ausdrücklichen Zusatz "Preisnachlaß" versehen sind. Der Beklagte hat damit zum Ausdruck gebracht, daß er (zum damaligen Zeitpunkt) keine weiteren Tätigkeiten der Klägerin zur Erzielung eines vertragsgerechten Zustandes mehr wünschte, sondern sich mit einer finanziellen Abgeltung der Beanstandungen begnügen wollte.

Das Argument des Landgerichts, der Beklagte habe nur bestätigt, daß alle Arbeiten ausgeführt worden seien, ist ebenfalls nicht überzeugend. Zum einen ist das Formular ausdrücklich als "Abnahmeprotokoll" überschrieben. Zum anderen beinhaltet auch sein Text nicht nur die "Erledigung aller Arbeiten bzw. Restarbeiten", sondern darüber hinaus die "Beseitigung aller ggf. vorhandenen Mängel". Darin liegt jedenfalls keine weniger weitgehende Erklärung als sie nach objektiver Rechtslage für eine Abnahme erforderlich ist, nämlich eine Hinnahme des Werkes als im wesentlichen vertragsgerecht.

Hinzu kommt, daß zum Zeitpunkt des Abnahmeprotokolls der Streit über die Mangelhaftigkeit der Werkleistungen schon so weit gediehen war, daß der Beklagte bereits seinen Anwalt eingeschaltet hatte (vgl. dessen Schreiben vom 22.7.2004). Wer nach Inanspruchnahme rechtlicher Beratung ein Formular unterschreibt, in dem er die Beseitigung vorhandener Mängel bescheinigt, kann sich schwerlich plausibel darauf berufen, nur die schlichte Durchführung von Arbeiten bestätigen oder gar keine rechtlich relevante Erklärung abgeben gewollt zu haben.

b)

Selbst wenn man jedoch nach allem das Abnahmeprotokoll nicht vollständig zweifelsfrei als Abnahme im Rechtssinne qualifizieren sollte, so wäre eine letzte Klarstellung aber jedenfalls durch die Formulierung des vom Beklagten bevollmächtigten Rechtsanwalts erfolgt, der die Zahlungsverweigerung ausdrücklich auf § 641 Abs. 3 BGB gestützt hat. Diese Vorschrift regelt das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen Mängeln - wörtlich - "nach der Abnahme".

3.

Die Höhe der Vergütung ist zwischen den Parteien nicht im Streit.

4.

Nicht entscheidungsreif ist hingegen die Frage, wie und in welcher Höhe sich die vom Beklagten behaupteten Mängel auf die Werklohnforderung auswirken.

Die beiden Mängel, die das Landgericht bejaht hat, sind mit der Berufung angegriffen worden. Bezüglich der gleichzeitigen Kippbarkeit der beiden Küchenfensterelemente dürfte mit dem Sachverständigen noch einmal zu erörtern sein, ob sie bei einem Eckfensterelement notwendigerweise zur Sollbeschaffenheit gehört angesichts des Umstandes, daß dafür ein breiterer Eckpfeiler in Kauf genommen werden müßte. Bezüglich der Größe des Vierfachelements dürfte hingegen einiges dafür sprechen, daß das Landgericht zu Recht einen Mangel angenommen hat, weil im Zweifel zu den vorhandenen Rohbauöffnungen passende Fenster geschuldet sein dürften und nicht Fenster mit den Maßen, die zwar im Angebot stehen, aber auf falschem Ausmessen beruhen. Die Feststellungen des Sachverständigengutachtens zu den weiteren Mängelbehauptungen sind bisher, vom Rechtsstandpunkt des Landgerichts aus konsequent, noch gar nicht gewürdigt worden.

Soweit im Ergebnis Mängel vorliegen, wird dann zu prüfen sein, ob noch eine Nachbesserung mit der Folge eines Zurückbehaltungsrechts nach § 641 Abs. 3 BGB oder ob Kostenerstattungs- und Minderungsansprüche, mit denen aufgerechnet werden könnte, in Betracht kommen. Zu prüfen ist auch, ob und inwieweit die Rechte des Beklagten wegen Zurückweisung zumutbarer Mängelbeseitigungsangebote einzuschränken sind.

Schließlich sind auch die vom Beklagten aufgerechneten Ansprüche auf Ersatz von Begleitschäden, auf die es aus bisheriger rechtlicher Sicht ebenfalls nicht ankam, in tatsächlicher Hinsicht aufzuklären.

5.

In dieser Situation besteht die Möglichkeit, ein kombiniertes Grund- und Vorbehaltsurteil zu erlassen, von der der Senat auch Gebrauch macht.

Soweit der Vergütungsforderung ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen Mängelbeseitigungsansprüchen entgegenstehen kann, berührt dies den Anspruchsgrund nicht und kann auch nicht analog § 302 ZPO zu einem Vorbehaltsurteil führen (vgl. KG Berlin BauR 2002, 1127), sondern gehört zur Anspruchshöhe (vgl. BGHZ 111, 394 [400]; RGZ 123, 6; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl., Rn. 10 zu § 304; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., Rn. 28 zu § 304). Die für ein Grundurteil notwendige Wahrscheinlichkeit, daß der Anspruch in irgendeiner Höhe gerechtfertigt ist, besteht bei einem Zurückbehaltungsrecht zwangsläufig, weil es als nur vorübergehende Einrede den Anspruch selbst dann, wenn es in voller Höhe bestünde, nicht "aufzehren" würde.

Soweit die Vergütungsforderung hingegen infolge der Hilfsaufrechnung mit finanziellen Gewährleistungsansprüchen und/oder der Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen wegen Begleitschäden erloschen sein kann, kann ein Urteil unter Vorbehalt der Aufrechnung gemäß § 302 ZPO ergehen. Nach der Neufassung des § 302 ZPO besteht diese Möglichkeit auch bei der Aufrechnung mit Forderungen, die in Zusammenhang mit der geltend gemachten Hauptforderung stehen. Auch hier besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, daß der Anspruch auch nach Entscheidung über die Aufrechnungsforderungen in irgendeiner Höhe verbleiben wird. Das ergibt sich schon aus der eigenen Abschätzung der Gegenansprüche im Schriftsatz des Beklagten vom 17.1.2007.

Grund- und Vorbehaltsurteil können miteinander kombiniert werden (vgl. BGH LM Nr. 6 zu § 304 ZPO; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., Rn. 2 zu § 302, Rn. 8 zu § 304).

Bei einer derartigen Kombination entfallen auch die Bedenken, die in der Entscheidung BGH NJW 2006, 698 - ansonsten zutreffend - gegen Vorbehaltsurteile in Bausachen erhoben werden. Diese Bedenken liegen darin, daß es unangemessen erscheint, einen Werklohnanspruch bei zumindest aussichtsreichen Mängelbehauptungen dennoch voll zu titulieren und dadurch die Sicherheiten, die das materielle Recht dem Auftraggeber bietet, zu entwerten. Eine solche Titulierung erfolgt aber, wenn das Vorbehaltsurteil mit einem Grundurteil kombiniert wird, gerade nicht; das vorliegende Urteil hat für die Klägerin keinen vollstreckungsfähigen Inhalt. Im Nachverfahren werden die Fragen, die für die Entscheidung sowohl über die Anspruchshöhe (Zurückbehaltungsrecht) als auch über den Vorbehalt (Aufrechnung) erheblich sind, also die Mängel, einheitlich geklärt.

Der Senat macht von seinem Ermessen, ob er ein Grund- und Vorbehaltsurteil erläßt, in positivem Sinne Gebrauch. Maßgeblich dafür ist, daß zunächst die Frage, ob der Werklohnanspruch überhaupt fällig ist, einer rechtskräftigen Entscheidung zugeführt wird, bevor der mit der mit der weiteren Beweisaufnahme verbundene Aufwand

betrieben wird.

6.

Ferner macht der Senat von der Möglichkeit Gebrauch, den Rechtsstreit für die notwendige weitere Aufklärung nach seinem Ermessen an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Diese Möglichkeit ergibt sich bezüglich des Grundurteils aus § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO. Bezüglich des Vorbehaltsurteils folgt sie aus entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 2 Nr. 5 ZPO. Danach kann eine Zurückverweisung über den Wortlaut hinaus auch dann erfolgen, wenn nach erstinstanzlicher Klageabweisung erst in der Berufungsinstanz ein Vorbehaltsurteil ergeht (vgl. OLG München MDR 2000, 903; OLG Düsseldorf MDR 1973, 856; Zöller/Gummer Rn. 53 zu § 538). Ferner ist die Vorschrift außer bei Urkunden- auch bei Aufrechnungs-Vorbehaltsurteilen anzuwenden (vgl. OLG München a. a. O.; OLG Düsseldorf a. a. O.; Thomas/Putzo/Reichold Rn. 22 zu § 538).

Der gemäß § 538 Abs. 2 a. E. ZPO notwendige Zurückverweisungsantrag einer Partei ist von der Klägerin gestellt worden.

Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Ermessensausübung in diesem Punkt war derjenige, daß das Landgericht mit der Aufklärung der streitigen Mängel bereits begonnen hat, indem es ein schriftliches Sachverständigengutachten eingeholt und sich schon einmal mündlich erläutern gelassen hat. Ferner bleibt den Parteien die Möglichkeit erhalten, das Ergebnis der landgerichtlichen Aufklärung in einer zweiten Tatsacheninstanz überprüfen zu lassen.

Nebenentscheidungen sind nicht veranlaßt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.