

Urteil des OLG Bremen vom 19.03.2010 - Az.: 2 U 110/09

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 110/09

Verkündet am: 19. März 2010

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

....

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Blum, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Schnelle und die Richterin am Oberlandesgericht Witt für Recht erkannt:

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bremen, 3. Kammer für Handelssachen, vom 18.09.2009 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage auch insoweit dem Grunde nach gerechtfertigt ist, als die Klägerin begehrt, von der Beklagten von der für die außergerichtliche Tätigkeit der Rechtsanwälte entstandene Gebührenforderung von Euro 4.361,20 freigestellt zu werden. Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten Schadensersatzansprüche von Euro 144.578,99 nebst Zinsen sowie die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten von Euro 4.361,20 geltend, weil die Beklagte nicht vertragsgerechte Kühlzellen geliefert haben soll.

Die Klägerin war von der Bremer Senatorin hinsichtlich des Baus der neuenMensa in Bremen mit den Sanitärinstallationen, den Heizungsinstallationen und der Lieferung und dem Einbau der Kühlzellen beauftragt. Für die Kühlzellen schloss die Klägerin mit der Beklagten im Januar 2008 einen "Nachunternehmer-Vertrag" ab (Anlage K 1 = Bl. 12 ff. d.A.), der auf von der Hauptauftraggeberin vorgegebene diverse Vertragsbedingungen und ergänzend auf die VOB/B (und C) Bezug nahm. Die Beklagte sollte 5 Kühlzellen und 2 Kühlräume "mit selbsttragenden Wand-und Deckenelementen in Sandwichbauweise" herstellen; die Anforderungen waren in der Baubeschreibung im Einzelnen beschrieben. Der vereinbarte Gesamtpreis betrug Euro 59.100,19 netto (= Euro 70.329,23 brutto). Dabei handelte es sich "freitragende" Platten mit einem Kern aus PU-Schaum, die vor Ort, d.h. in den vorgesehenen Räumen, mit Hakenverschlüssen zu verbinden waren.

Die für die Kühlzellen verwandten Platten wurden am 15.05.2008 zur Baustelle gebracht und in der Zeit vom 16.05.2008 bis zum 04.06.2008 in den hierfür vorgesehenen Räumen installiert. Eine Überprüfung erfolgte bei der Anlieferung oder bei dem Einbau nicht. Unstreitig waren die Platten mit einer - nach Behauptung der Beklagten durchsichtigen - Schutzfolie versehen, die auch nach Einbau der Platten auf diesen verblieb.

Mit Schreiben vom 20.08.2008 rügte der für die Bauherrin tätige Architekt gegenüber der Klägerin, dass die Innenhöhen der Kühlzellen mit 2,1 m zu niedrig seien (2,1 m statt 2,25 oder 2,28 m). Nach einer Baubegehung am 21.08.2009 rügte die Klägerin ihrerseits gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 27.08.2008, dass die montierten Kühlzellen erheblich von der vereinbarten Ausführung abwichen und damit gemäß § 4 Abs. 7 VOB/B vertragswidrig seien. Ferner erfolgte eine Fristsetzung bis zum 08.09.2008 mit der Ankündigung, nach Fristablauf den Auftrag nach § 8 Nr. 3 VOB/B zu entziehen. Hierzu nahm die Beklagte mit Schreiben vom 27.08.2008 Stellung. Nach einem weiteren Rügeschreiben vom 17.09.2008 erfolgte durch die Klägerin mit Schreiben vom 23.09.2008 die fristlose Kündigung des Vertrages gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B.

Die Klägerin ließ anschließend die Kühlzellen ausbauen und neue einbauen; an Kosten sollen bislang Euro 156.742,17 angefallen sein, auf die die Klägerin ein der Beklagten geschuldetes Restentgelt von Euro 12.163,18 anrechnet. Den verbleibenden Betrag von Euro 144.578,99 und auf einen Streitwert von Euro 156.742,17 berechnete vorgerichtliche Anwaltskosten -sowie ursprünglich auch die Feststellung einer wei-

teren den Betrag von Euro 144.578,99 übersteigenden Schadensersatzpflicht der Beklagten -macht die Klägerin im vorliegenden Prozess geltend. Dabei stützt sie sich auf drei Mängel:

-bei 5 Kühlzellen sind - unstrittig - die Innenräume nicht, wie im Vertrag vereinbart, in Edelstahl geschliffen und nicht mit einer antimikrobiellen Pulverbeschichtung versehen, sondern weiß lackiert;

-die Bodenelemente der Kühlzellen waren "formschlüssig unterlappt" und vernietet auszuführen, was sie -gleichfalls unstrittig -nicht waren;

-die Kühlzellen haben eine unzureichende Innenhöhe (durchgängig 2,1 m; gefordert waren nach dem LV Höhe von 2,25 m bzw. 2,28 m).

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. an sie Euro 144.578,99 nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins-satz seit dem 09.01.2009 zu zahlen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Kosten, Schäden und Aufwendungen zu erstatten, die aus dem nicht handwerks-und fachge-rechten Einbau der Kühlelemente in dem Bauvorhaben - Umbau und Sanierung der Mensa - resultieren und den Betrag von Euro 144.578,99 übersteigen;

3. die Klägerin von der für die außergerichtliche Tätigkeit der Rechtsanwälte ent-standene Gebührenforderung von Euro 4.361,20 freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat sich hinsichtlich der unzutreffenden Maße auf ein von der Klägerin geprüftes und akzeptiertes Aufmaß bezogen sowie sich zuerst auf eine Abnahme ihrer Lieferung, sodann auf die unterlassene Rüge von Mängeln berufen.

Das Landgericht Bremen, 3. Kammer für Handelssachen, hat mit Grund-Urteil vom 18.09.2009 "die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt" erklärt. Die Vorausset-zungen für ein Grundurteil lägen vor. Die Klägerin sei gemäß §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B berechtigt, von der Beklagten die Kosten ersetzt zu verlangen, die für die Herstellung eines mängelfreien Zustandes der Werkleistung erforderlich seien. Die Klägerin sei gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B zur fristlosen Kündigung des Vertrags berechtigt gewesen. Unabhängig von weiteren Mängeln seien die Innenräume der Kühlzellen entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht in "Edelstahl geschliffen" geliefert worden. Die Vorschriften der §§ 377, 381 Abs. 2 HGB fänden keine Anwendung, weil es sich im vorliegenden Fall um einen reinen Werkvertrag gehandelt habe. Hier seien

Teile in ein Gesamtwerk einzupassen; es gehe also um die Herstellung eines komplexen Werkes.

Mit der hiergegen rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung wendet sich die Beklagte unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.07.2009 (VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877) gegen die Auffassung des Landgerichts, dass es sich um einen nicht unter § 381 Abs. 2 HGB fallenden reinen Werkvertrag handele. Die Klägerin habe ihre Rügeobliegenheit verletzt, denn die Kühlelemente seien mit einer Klarsichtfolie umkleidet gewesen, so dass die Klägerin den Mangel, dass die Innenflächen nicht aus Edelstahl gefertigt gewesen seien, sowie auch die angeblichen weiteren Mängel problemlos hätte prüfen und feststellen können.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Bremen abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin hat mit Zustimmung der Beklagten den zu 2. gestellten Feststellungsantrag zurückgenommen und beantragt nunmehr,

unter Einbeziehung des Klagantrags zu 3. in das Grundurteil die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin hält das landgerichtliche Urteil für richtig und legt Fotos vor, aus denen sich der werkvertragliche Charakter der Arbeiten ergeben soll. Ferner hätten die Parteien mit der Vereinbarung der VOB/B den Vertrag dem Werkvertragsrecht unterworfen. Schließlich ist sie der Ansicht, dass sie zur Überprüfung der Qualität der Innenflächen nicht verpflichtet gewesen sei. Die Schutzfolien hätten zum Schutz der Teile nicht entfernt oder geöffnet werden können. Da sich darunter die weiße Lackierung befunden habe, habe im Übrigen die Folie wie eine nicht durchsichtige, weiße Folie ausgesehen.

Ergänzend wird auf das Urteil des Landgerichts Bremen sowie auf die Berufungsschriftsätze nebst Anlagen der Beklagten vom 12.11.2009 und vom 28.01.2010 sowie der Klägerin vom 08.01.2010 und vom 22.02.2010 Bezug genommen.

II.

Die - zulässige - Berufung der Beklagten ist nicht begründet, wobei der Senat die ihm gemäß § 538 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO eingeräumte Befugnis wahrnimmt, zur Heilung eines unzulässigen Teilurteils hinsichtlich des noch in erster Instanz befindlichen Freistellungsantrags (des ursprünglichen Klagantrags zu 3.) gleichfalls gemäß § 304 Abs. 1 ZPO festzustellen, dass dieser Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

a)

Das Landgericht hat bei Erlass des Grundurteils übersehen, dass zwar hinsichtlich des Zahlungsanspruchs die Voraussetzungen für ein Grundurteil nach § 304 Abs. 1 ZPO vorlagen, es sich gleichzeitig aber auch um ein Teilurteil gemäß § 301 Abs. 1 ZPO handelt, das nicht zulässig war. Ein Teilurteil darf nur erlassen werden, wenn es von der Entscheidung über den Rest des Anspruches unabhängig ist, wenn also die Gefahr widersprechender Entscheidungen auch infolge einer abweichenden Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht ausgeschlossen ist (BGHZ 120, 376, 380). Dies gilt selbst bei der Entscheidung über einen von mehreren selbständigen prozessualen Ansprüchen, sofern zwischen diesen eine materiell-rechtliche Verzahnung besteht (siehe BGH NJW 2004, 1662, 1664 f.). Hier beruhten der Feststellungs- und der Freistellungsantrag auf denselben angeblichen Vertragsverletzungen der Beklagten, über die das Grundurteil ergangen ist. Über sie hätte also zur Vermeidung der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen gleichfalls entschieden werden müssen. Dabei war allerdings der Feststellungsantrag von vornherein einem Grundurteil nicht zugänglich, weil es bei einem Feststellungsbegehren kein Streitiges Bettragsverfahren geben kann. Nachdem die Klägerin den Feststellungsantrag aber zurückgenommen hat, kann der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen durch die Einbeziehung des Freistellungsantrags zu 3. in das Grundurteil begegnet werden.

b)

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Klägerin berechtigt war, gemäß §§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, 4 Nr. 7 VOB/B den Vertrag mit der Beklagten zu kündigen, was ihr die Ansprüche nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten sowie auf Schadensersatz eröffnet:

Unstreitig hat die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 27.08.2008 unter Hinweis auf die erfolgte Baubegehung und die dabei festgestellten Mängel unter Fristsetzung bis zum 08.09.2008 und unter Androhung der Entziehung des Auftrags aufgefordert, die Mängel zu beseitigen. Dass in diesem Schreiben die Mängel nicht im Einzelnen aufgeführt sind, ist unschädlich, denn die Beklagte bestreitet nicht, dass die im vorliegenden Prozess gerügten Mängel Gegenstand der vorangegangenen Gespräche waren, so dass die Beklagte wusste, auf welche Mängel sich die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung bezog. Letzteres ergibt sich zudem aus dem Schreiben der Beklagten vom 27.08.2008, mit welchem sie zur Mängelrüge Stellung nimmt. Eine Schriftform sieht § 4 Nr. 7 VOB/B nicht vor.

Das Landgericht stellt zudem zutreffend fest, dass ein Mangel unstreitig war, aber von der Beklagten innerhalb der Frist nicht beseitigt worden ist. Bei 5 der insgesamt 7 zu liefernden Kühlzellen bzw. Kühlräume war die Oberfläche der Wand- und Deckenelemente innen in geschliffenem Edelstahl (1.4301) auszuführen sowie mit einer antimikrobiellen Pulverbeschichtung zu versehen. Tatsächlich waren die Innenseiten aber lediglich weiß lackiert. Die von der Klägerin nach Fristablauf mit Schreiben vom 23.09.2008 erfolgte Kündigung des Vertrages war daher gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B berechtigt und entsprach der in § 8 Nr. 5 VOB/B geforderten Form.

Soweit das Landgericht irrig davon ausgeht, dass die Innenräume aller Kühlzellen eine nicht vertragsgerechte Beschaffenheit gehabt hätten, wird hiervon die Kündigungsbefugnis nicht berührt. Die Klägerin wäre zwar nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B berechtigt gewesen, die Kündigung nur auf die insoweit unstreitig mängelbehafteten Kühlzellen zu beschränken, musste dies aber nicht tun (siehe BGH, Urt. v. 24.07.03, VII ZR 218/02, BauR 2003, 1889). Im Betragsverfahren wird das Landgericht allerdings zu berücksichtigen haben, dass es hinsichtlich der Kühlräume für Getränke E 30a und K 07 noch keine - zutreffenden - Feststellungen zur Mangelhaftigkeit getroffen hat.

Der Senat teilt schließlich die Auffassung des Landgerichts, dass im vorliegenden Fall die Vorschriften über die Rügeobliegenheiten nach den §§ 377, 381 Abs. 2 HGB nicht eingreifen, so dass dahinstehen mag, ob die Klägerin durch die Schutzfolie an einer Überprüfung der vertragsgerechten Beschaffenheit der Innenseiten der Kühlzellen gehindert war.

Die Vorschrift des § 377 HGB über die Rügeobliegenheit gilt nach § 381 Abs. 2 HGB auch für solche Verträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, also für Werklieferungsverträge, dagegen nicht für reine Werkverträge.

Nimmt - wie im vorliegenden Fall - der Unternehmer die Herstellung und den Einbau der beweglichen Teile vor, liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn nach dem Vertrag die Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen zu übertragen, im Vordergrund steht; dagegen gilt Werkvertragsrecht, wenn das Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werkes überwiegt (siehe BGH NJW 2006, 904, 905, Tz. 12 und NJW-RR 2004, 1205 jew.m.w.Nw.). Dagegen kommt es weder auf den Umfang eventueller Eigenleistungen des Bestellers noch darauf an, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beansprucht (BGH NJW 2006, 904, 905, Tz. 12).

Aus der von der Beklagten in der Berufung angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 23.07.2009, VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877ff.) ergeben sich keine anderen Maßstäbe. Allerdings hat der Bundesgerichtshof in diesem Urteil klar gestellt, dass es für die Abgrenzung zwischen Werklieferungsvertrag und Werkvertrag - entgegen einer im Schrifttum vertretenen Meinung - nicht darauf ankommt, zu welchem Zweck die vom Lieferanten herzustellenden beweglichen Sachen hergestellt werden, ob sie insbesondere zum Einbau in Bauwerke bestimmt sind (siehe Tz. 15). Entscheidend ist allein, ob die Sachen zum Zeitpunkt ihrer Lieferung beweglich sind (Tz. 13). Dagegen hat der Bundesgerichtshof die Frage ausdrücklich dahinstehen lassen, ob etwas anderes gilt, wenn der Lieferant eine Verpflichtung zum Einbau der Teile in ein Bauwerk eingegangen ist (Tz. 14).

Der Senat ist mit dem Landgericht der Auffassung, dass im vorliegenden Fall die vertragliche Pflicht der Beklagten sich nicht auf die Lieferung und Übereignung der für die Herstellung der Kühlzellen erforderlichen Platten konzentrierte, also nicht das

Umsatzgeschäft an den Platten im Vordergrund stand und dabei die mit der Beklagten zugleich vereinbarte Verpflichtung zum Zusammenbau der Platten für die rechtliche Einordnung des Vertrages nur nebensächlich war. Vielmehr zielte der mit der Beklagten abgeschlossene Vertrag darauf ab, dass die Beklagte in den dafür vorgesehenen Räumen des Bauvorhabens den vertraglichen Vorgaben entsprechende Kühlzellen fachgerecht und mängelfrei installieren und als Ergebnis ihrer Leistung ein abnahmefähiges Werk erstellen sollte. Letzteres folgt daraus, dass die Parteien ausdrücklich einen Zeitpunkt für die abnahmereife Fertigstellung ("Besondere Vertragsbedingungen" EVM (B) BVB) und zudem in § 6 des Nachunternehmervertrages eine förmliche Abnahme im Zuge der Abnahme durch den Hauptauftraggeber gegenüber der Klägerin vereinbarten. Zudem vereinbarten die Parteien die Geltung der VOB/B, also eines Vertragswerks, das auf werkvertragliche Verpflichtungen zugeschnitten ist. Der Nachunternehmervertrag zielte insgesamt erkennbar darauf ab, dass die Klägerin durch die Beklagte als Subunternehmerin ihre werkvertragliche Verpflichtung hinsichtlich dieses Gewerks gegenüber der Bauherrin erfüllen wollte. Damit lag für die Beklagte der Schwerpunkt ihrer Leistungsverpflichtung nicht in dem mit der Lieferung der Platten verbundenen Umsatzgeschäft, sondern in der Herstellung eines Werkes. Auf die zwischen den Parteien streitigen Fragen, wie aufwendig die Installation war, ob hierfür besondere Fachkenntnisse erforderlich waren und in welchem Verhältnis die Materialkosten zu den für die Installation aufzuwendenden Kosten standen, kommt es dagegen nicht entscheidend an.

Aufgrund der wirksamen Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B war die Klägerin berechtigt, auf Kosten der Beklagten die mängelbehafteten Einbauten im Wege der Ersatzvornahme durch mängelfreie zu ersetzen bzw. ersetzen zu lassen (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B). Über den Umfang der erforderlichen Kosten sowie über die Frage, wieweit die Kühlzellen weitere Mängel aufwiesen, wird das Landgericht im Betragsverfahren noch Beweis zu erheben haben.

c)

Zu den von der Beklagten nach §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB, 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B zu ersetzenden weiteren Schäden gehören auch die Rechtsanwaltskosten, die nach Leistungsverzug der Beklagten bei der Klägerin durch die Beauftragung ihres Prozessbevollmächtigten angefallen sind. Deren Höhe ist jedoch abhängig davon, in welchem Umfang die Klägerin berechtigt ist, die bei ihr angefallenen Mängelbeseitigungskosten von der Beklagten ersetzt zu verlangen, so dass auch insoweit nur die Berechtigung des Freistellungsanspruchs dem Grunde nach festgestellt werden kann.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, denn die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.