



## OBERLANDESGERICHT HAMM

IM NAMEN DES VOLKES

Heimann & Partner Rechtsanwälte			
Sing.: 18. JULI 2001			
VOBL.	BURO	SEKR.	ABL.
X			

### URTEIL

12 U 27/00 OLG Hamm  
1 O 302/97 LG Bochum

Verkündet am 4. Juli 2001  
Thomeczek, Justizangestellte  
als Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle des Oberlandesgerichts

In dem Rechtsstreit

des Herrn Rainer Hoffmann, Lohweg 26, 45665 Recklinghausen,

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Heimann, Hegemann,  
Adams, Dr. Herrmann, Dr. Saerbeck,  
Dr. Hornuth, Dr. Sohn, Dr. Rahmede,  
Dr. Stückemann, Noppeney,  
Dr. Bollwerk und Dr. Güthoff in  
Hamm -

g e g e n

Herrn Hans Dieter Große Büning, In den Orthöfen 23,  
45770 Marl,

Kläger und Berufungsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Seydel,  
Dr. Bodenstaff, Dr. Dominicus,  
Dr. Jersch, Dr. Lazar, Steinhagen,  
Dr. Klein, Dr. Hädrich-Riedenklau und  
Niemeier in Hamm -

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die  
mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2001 durch den Vorsitzenden  
Richter am Oberlandesgericht Fischaleck und die Richter am  
Oberlandesgericht Beckmann und Jaeger

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten werden unter Zurückweisung  
des weitergehenden Rechtsmittels das am 03.11.2000 verkün-  
dete Versäumnisurteil des Senats und das am 07.12.1999  
verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts  
Bochum teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 23.000,00 DM  
nebst 7 % Zinsen seit dem 26.06.1998 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz werden dem  
Kläger zu 47 % und dem Beklagten zu 53 % auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten  
auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Parteien erreicht die Revisionssumme nicht.

#### Entscheidungsgründe

(gem. § 543 Abs. 2 ZPO ohne Tatbestand)

Auf den zulässigen Einspruch des Beklagten ist das Versäumnisurteil des Senats vom 03.11.2000 abzuändern.

Auf die zulässige Berufung des Beklagten ist das erstinstanzliche Urteil jedoch nur in geringem Umfang hinsichtlich Zinsen und Kosten abzuändern.

Im übrigen ist die Berufung unbegründet.

Nach dem Zwischenvergleich vom 16.09.1997 vor dem Landgericht schuldete der Beklagte dem Kläger restlichen Werklohn in Höhe von 43.000,00 DM.

Nachdem der Beklagte am 05.10.1997 20.000,00 DM gezahlt hatte, ermäßigte sich die nach Abnahme fällige Restwerklohnforderung auf 23.000,00 DM.

Diese Restforderung ist weder durch Wandlung des Werkvertrages noch durch Aufrechnung mit Gegenansprüchen des Beklagten erloschen. Dem Beklagten steht auch kein Zurückbehaltungsrecht wegen angeblicher Mängel der Werkleistung zu.

Das Landgericht hat daher im angefochtenen Urteil den Beklagten zu Recht zur Zahlung einer Hauptforderung von noch 23.000,00 DM verurteilt. Da die Zahlung vor dem vom Landgericht angenommenen Zinsbeginn liegt, ist die mißverständliche Tenorierung, wonach der Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 43.000,00 DM nebst 7 % Zinsen seit dem 01.11.1997 abzüglich am 05.10.1997 gezahlter 20.000,00 DM zu

zahlen, unschädlich, vom Senat der Klarheit wegen jedoch geändert worden.

Von den bis zum Abschluß des Zwischenvergleichs bekannten angeblichen Mängeln können nach dem Inhalt des Vergleichs lediglich die im Schriftsatz vom 12.09.1997 genannten Mängel

- a) nicht ausreichende Wärmeleistung der Fußbodenheizung und
- b) Funktionsuntüchtigkeit der Solaranlage

weiterhin geltend gemacht werden.

Beide Mängel liegen zumindest derzeit nicht mehr vor. Die ungenügende Wärmeentwicklung der Fußbodenheizung beruhte auf einer versehentlich falschen Beschriftung der Heizverteiler im Erdgeschoß und einer dementsprechend falschen Polung der Stellantriebe. Dieser Fehler ist am 25. Juni 1998 durch die Firma ATHE Therm unstreitig beseitigt worden.

Die Solaranlage ist nach dem Gutachten des Sachverständigen Sonnenschein zumindest jetzt fehlerfrei. Der Sachverständige hat die Anlage zuletzt am 26. Oktober 2000 besichtigt und keine Mängel festgestellt. Insbesondere hat der Sachverständige keine Undichtigkeiten der Solaranlage, die auf die Werkleistung des Klägers zurückzuführen wäre, festgestellt. Nach seinen überzeugenden Ausführungen sind Rückstände früherer Wassereinwirkungen nicht auf Undichtigkeiten der Anlage, sondern auf Kondenswasser zurückzuführen, was aber keinen Fehler der Anlage darstellt. Soweit bei der letzten Ortsbesichtigung ein Loch in der Bleieindeckung festgestellt wurde, steht nicht fest, daß diese mechanische Beschädigung durch Arbeiter des Klägers herbeigeführt worden ist. Der Sachverständige jedenfalls hat mitgeteilt, daß er dieses Loch bei seiner ersten Ortsbesichtigung nicht gesehen hat. Damit kann auch der Senat eine fehlerhafte Arbeit des Klägers nicht feststellen. Nach Überprüfung des Sachverständigen ist nach zwischenzeitlicher Einfüllung der vorgeschriebenen Solarflüssigkeit ein

Druckabfall nicht festzustellen. Damit steht für den Senat fest, daß auch die eigentliche Solaranlage dicht ist. Die Feststellungen des Sachverständigen werden auch durch die glaubhafte Bekundung des Zeugen Kenkmann bestätigt, der ebenfalls zuletzt keine Undichtigkeit im Dach oder in der Solaranlage selbst festgestellt hat. Soweit der Beklagte nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Senat weitere Schriftsätze mit Fotos eingereicht hat, auf denen angeblich provisorische Abdichtungen des Sonnenkollektors und nicht lediglich der Bleiabdeckung zu sehen sein sollen, wird die deshalb beantragte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt. Abgesehen davon, daß aus den Fotos weder ersichtlich ist, daß die eigentliche Solaranlage und nicht nur die Bleiabdeckung abgedichtet worden ist, noch daß diese Abdichtung unzureichend ist und zu Wassereintrüben führt, ist das Vorbringen gemäß § 528 Abs. 2 ZPO verspätet und deshalb nicht zu berücksichtigen.

Dies gilt auch für den zuletzt eingereichten Schriftsatz vom 02.07.2001.

Die vom Beklagten in der Einspruchsbegründung aufgeführten weiteren angeblichen Mängel begründen ebenfalls keine Gewährleistungsansprüche

Entgegen der Ansicht des Beklagten hat der Kläger in seinen Werbeanzeigen keinesfalls zugesichert, daß die Solaranlage 60 bis 70 % des Wärmebedarfs, d.h. auch des Heizbedarfs abdeckt. Der Senat teilt die Auffassung des 4. Zivilsenats im Verfahren 4 U 112/99 OLG Hamm = 43 O 10/99 LG Essen, daß sowohl die Abbildung als auch der Werbetext bei verständiger Auslegung nicht bedeuten, daß nicht nur 60 bis 70 % des Warmwasserbedarfs durch die Solaranlage abgedeckt werden können, sondern auch ein entsprechender Anteil des Heizbedarfs. Die Schemazeichnung der Anzeige beinhaltet lediglich die Warmwasserbereitung im Zusammenhang mit dem Sonnenkollektor und der Text

spricht allein von Warmwasserbedarf, so daß ein vernünftig abwägender Besteller nicht auf den Gedanken verfallen kann, auch einen nennenswerten Teil der Heizenergie einsparen zu können.

Ebensowenig stellt es einen Mangel dar, daß angeblich keine Original-Anlage der Firma Paradigma eingebaut worden ist. Es ist nicht ersichtlich, daß dadurch eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit oder des Wertes der Anlage verbunden ist.

Die nicht erfolgte Inbetriebnahme der Anlage durch den Kläger stellt schon begrifflich keinen Mangel dar, sondern allenfalls eine teilweise fehlende Leistungserbringung durch den Kläger. Aufrechenbare Ansprüche könnten daraus jedoch nur dann hergeleitet werden, wenn dieser Gesichtspunkt nicht schon bei der Pauschalierung des Restwerklohns im Zwischenvergleich berücksichtigt worden wäre und wenn eine Inbetriebnahme durch eine andere Firma höhere Kosten verursacht hätte. Dazu ist nichts vorgetragen.

Der angebliche Temperaturabfall des Warmwassers insbesondere an Wochenenden könnte zwar einen Mangel darstellen. Offen ist aber, ob dieser Mangel bereits bei der Abnahme der Werkleistung des Klägers am 25.09.1997 vorlag. Dagegen spricht, daß er erst im Jahre 2000 gerügt worden ist. Außerdem wurden die Arbeiten des Klägers vorzeitig beendet. Die Einstellung der Heizungsanlage ist unstreitig durch andere Firmen vorgenommen worden. Im übrigen wären Ansprüche wegen dieses Mangels nach § 13 Nr. 5 VOB/B verjährt, da der angebliche Mangel nicht innerhalb der zweijährigen Verjährungsfrist seit Abnahme der Werkleistung des Beklagten vom 25.09.1997 gerügt worden ist. Eine Aufrechnung mit verjährten Gewährleistungsansprüchen ist ebenfalls nicht zulässig, da dieser Mangel nicht innerhalb der Verjährungsfrist angezeigt worden ist (§§ 639 Abs. 1, 478, 479 BGB). Entgegen der Auffassung des Beklagten reicht im vorlie-

genden Fall zur Einbeziehung der VOB der Hinweis auf die Einsichtmöglichkeit beim Kläger aus, weil der Beklagte vor Abschluß des Vertrages durch einen Architekten beraten war. Es ist nicht erforderlich, daß der Architekt als Vertreter des Bauherrn den Werkvertrag abschließt, sondern es reicht, daß der Beklagte sich des Sachverstands des Architekten hinsichtlich des Inhalts und der Bedeutung der VOB hätte bedienen können.

Soweit in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geklärt worden ist, daß in der Schlußrechnung des Klägers vom 13.04.1997 unter Position Nr. 6.03 ein zusätzliches weißes Ausdehnungsgefäß abgerechnet ist, das nur beige gestellt, nicht aber eingebaut worden ist, kann der Beklagte hieraus Rechte nicht herleiten, da die ursprünglich höhere Werklohnforderung des Klägers im Zwischenvergleich vom 16.09.1997 verbindlich auf die Summe von 43.000,00 DM festgeschrieben worden ist. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß dem Beklagten Gewährleistungsansprüche nicht zustehen.

Auf die Berufung des Beklagten war jedoch der Zinszeitpunkt und die Kostenentscheidung im angefochtenen Urteil teilweise abzuändern.

Da der Mangel hinsichtlich der Fußbodenheizung erst am 25.06.1998 abgestellt worden ist, bestand für den Beklagten gemäß § 320 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht. Dieses führt auch ohne Geltendmachung dazu, daß Fälligkeits-, Verzugs- oder Prozeßzinsen erst ab Behebung des Mangels, folglich erst ab 26.06.1998 verlangt werden können. Die Höhe des Verzugs Schadens ist durch die Bescheinigung der Sparkasse Essen vom 29.05.2001 ausreichend nachgewiesen.

Bei der Kostenentscheidung für die erste Instanz hat der Senat im Gegensatz zum Landgericht nach Teilerledigung hinsichtlich

des ursprünglich um 6.918,88 DM höheren Werklohnanspruchs die Kosten gemäß § 91 a ZPO geteilt, weil - wie das Landgericht im Ansatz richtig erkannt hat - das Ergebnis des Rechtsstreits mangels Beweisaufnahme völlig offen war. Der Kläger hat seine Klageforderung schließlich nicht zurückgenommen, sondern sich zur Vermeidung einer Beweisaufnahme verglichen. Diese Ungewißheit trifft beide Parteien gleich und muß daher insoweit zur Kostenteilung führen.

Andererseits sind die Kosten nach Zahlung des weiteren Teilbetrages von 20.000,00 DM am 05. oder 06.10.1997 nicht dem Beklagten, sondern in voller Höhe dem Kläger aufzuerlegen, weil die Restforderung des Klägers bis zur Abnahme am 25.09.1997 nicht fällig war und der Beklagte bis dahin keinen Anlaß zur Klage gegeben hatte. In entsprechender Anwendung des § 93 ZPO treffen insoweit die Kosten den Kläger. Im Gegensatz zum Landgericht hält der Senat hinsichtlich der Kosten der Beweisaufnahme eine Quotelung entsprechend dem endgültigen Prozessergebnis für geboten, weil immerhin die Beweisaufnahme den erst später beseitigten Heizungsmangel bestätigt hat. Dies führt im Ergebnis zu einer Kostenquote für die erste Instanz von 53 % zu Lasten des Beklagten und von 47 % zu Lasten des Klägers.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt allein der Beklagte, weil seine Berufung wegen der Hauptforderung erfolglos war (§ 97 Abs. 1 ZPO). Sein Erfolg hinsichtlich Zinsen und Kosten war verhältnismäßig geringfügig und hat keine besonderen Verfahrenskosten verursacht (§ 92 Abs. 2 ZPO).

Die weiteren Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 546 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Fischaleck

Beckmann

Jaeger



Ausgefertigt  
Hamrn, dan 13. JUL. 2001

*Dedter*  
als *...* Geschäftsstelle  
des *...*

