

Oberlandesgericht München

Az.: 9 U 7047/20 Bau
8 O 15861/19 LG München I



In dem Rechtsstreit

...

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

gegen

...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München - 9. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... am 07.04.2021 ohne mündliche Verhandlung gemäß § 128 Abs. 4 ZPO folgenden

Beschluss:

- I. Die Berufung der Klägerin vom 08.12.2020 gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 04.12.2020, Az.: 8 O 15861/19, wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Das in Ziffer I. genannte Endurteil des Landgerichts München I ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages leistet.

- IV. Der Streitwert für das Verfahren erster Instanz wird bis zum 29.01.2020 berichtigt auf 40.479,45 € (25 % von 17.867,11 € plus 30.012,68 €), ab 30.01.2020 auf 36.012,68 €. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 36.012,68 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Herausgabe von vier Gewährleistungsbürgschaften betreffend das Bauvorhaben F.straße 48 - 52 in M.

Hinsichtlich der weiteren Feststellungen wird Bezug genommen auf den Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Landgerichts München I vom 04.12.2020, Az.: 8 O 15861/19, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Mit Entscheidung vom genannten Tag hat das Erstgericht die Klage abgewiesen. Tragend stellte es dabei darauf ab, dass eine förmliche Abnahme noch nicht erfolgt ist und die vereinbarte Gewährleistungsfrist von 5 Jahren und 2 Monaten noch nicht abgelaufen sein könne.

Gegen dieses dem anwaltlichen Vertreter der Klägerin unter dem 07.12.2020 zugestellte Urteil legte derselbe mit Schriftsatz vom 08.12.2020, bei der allgemeinen Einlaufstelle I der Justizbehörden in München am gleichen Tag eingegangen, Berufung ein (Blatt 100/101 d. A.), die er mit Schriftsatz vom 11.12.2020, bei der allgemeinen Einlaufstelle I der Justizbehörden in München eingegangen am gleichen Tag, begründete (Blatt 104/116 d. A.).

Er argumentiert, das Verhandlungsprotokoll vom 01.09.2009 sollte auch für den später unterschriebenen Werkvertrag vom 06./10.11.2009 gelten. In dieser Vereinbarung sei der Beginn der Gewährleistungsfristen einvernehmlich geregelt und dieser sei auch nicht vertraglich verlängert worden durch das Abnahmeprotokoll vom 05.03.2013. Insbesondere habe der Mitarbeiter Herr Bölke keine Vollmacht zu einer abweichenden Regelung gehabt.

Die Klägerin beantragt zuletzt:

Das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts München I vom 04.12.2020 (Az.: 8 O 15861/19), zugestellt am 07.12.2020, aufzuheben,

die Beklagte zu verurteilen, die ihr übergebenen Gewährleistungsbürgschaften wie folgt an die jeweiligen Bürgen herauszugeben:

- An die VHV A. Versicherung AG die Bürgschaftsurkunde Nr. .../005-14/01 vom 19.02.2014 über 7.994,20 €,
- an die VHV A. Versicherung AG die Bürgschaftsurkunde Nr. .../004-14/01 vom 18.02.2014 über 8.018,48 €,
- an die C.bank Aktiengesellschaft die Bürgschaftsurkunde Nr. ...40001 vom 29.04.2014 über 10.000,00 € sowie
- an die C.bank Aktiengesellschaft die Bürgschaftsurkunde Nr. ...50001 vom 29.04.2014 über 10.000,00 €.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

Mit Beschluss vom 19.02.2021 (Blatt 127/131 d. A.) hat der Senat darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung zurückzuweisen.

Hierauf hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 02.03.2021 (Blatt 132/140 d. A.) erwidert. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 11.03.2021 (Blatt 142/143 d. A.) zur Streitwertfestsetzung Stellung genommen.

Im Übrigen wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin vom 08.12.2020 gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 04.12.2020, Az.: 8 O 15861/19, ist gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Zur Begründung wird zunächst gemäß § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats vom 19.02.2021 (Blatt 127/131 d. A.) Bezug genommen.

Im Hinblick auf die Stellungnahme vom 02.03.2021 (Blatt 132/140 d. A.) ist ergänzend auf Folgendes hinzuweisen:

Die Klägerin verkennt, dass zwischen einer ausdrücklichen/konkludenten Annahmeerklärung und dem Zugang der Annahmeerklärung zu differenzieren ist.

Im konkreten Fall ist das von der Beklagten verfasste Angebot vom klägerischen Mitarbeiter abgeändert und anschließend unterschrieben an die Beklagte zurückgeleitet worden. Es mag

sein, dass die Beklagte dieses abgeänderte Angebot nicht mehr unterschrieben hat. Dies ist allerdings nach der langjährigen Erfahrung des Senats als Bausenat nicht ganz selten, da es dem Vertragswilligen genügt, wenn ihm das vom anderen Vertragspartner unterschriebene Exemplar zugeht und in seinem Machtbereich verbleibt.

Die Annahme des abgeänderten Angebots erfolgt hier konkludent durch Ablegen des Protokolls zum Vorgang. Die Beklagte hat keinen Anlass gesehen, auf die Abänderung zu reagieren, war also damit einverstanden. Anders als die Klägerin meint, hat die Beklagte bereits vorab die wesentlichen Erklärungen abgegeben, nämlich die Abnahme erklärt, d. h. die Entgegennahme des Werks als im Wesentlichen vertragsgemäß sowie den Beginn der Gewährleistungsfrist festgesetzt.

Da die Klägerin fortlaufend die Mängelliste abarbeitete, bestand für die Beklagte offensichtlich kein Anlass, gegen die Streichung einzelner Punkte der als nicht wesentlich qualifizierten Mängel vorzugehen.

Soweit sich die Klägerin darauf beruft, dass Herr B. intern ein „okay“ eingeholt hat, bevor er entsprechende vertragsrelevante Erklärungen abgegeben hat, im konkreten Fall aber keine Abklärung mit der Klägerin erfolgt ist, hält der Senat weiterhin die Grundsätze der Duldungsvollmacht für anwendbar, da es für den Vertragspartner nicht erkennbar war, ob interne Rücksprachen erforderlich sind und getätigt werden. Auch die Klägerin selbst behauptet nicht, dies nach außen kommuniziert zu haben.

Zu berücksichtigen ist ferner:

Aus dem Verhandlungsprotokoll (Anlage K 2) Ziffer 11. ergibt sich der Wille beider Vertragsschließender den Beginn der Gewährleistungsfrist grundsätzlich an die Abnahme zu knüpfen. Zwar ist ein spätester Termin, differenziert nach Gebäuden, festgehalten. Aus dieser Differenzierung wird nach Überzeugung des Senats allerdings deutlich, dass die Vertragsparteien im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung davon ausgegangen sind, dass zu diesen unterschiedlichen Zeitpunkten jeweils die wesentlichen Vertragsleistungen erbracht sein würden. Der Wille zur fertigstellungsunabhängigen Vorwegabnahme lässt sich der Vereinbarung gerade nicht entnehmen (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2013 - VII ZR 19/12, ZfBR 2014, 50). Wie sich aus den Ergänzungsaufträgen (vgl. Anlage B 3) ergibt, war das Bauvorhaben aber noch im Jahr 2012 und wie sich aus der Abnahmeniederschrift ergibt bis zum Frühjahr 2013 „am Laufen“ und nicht abnahmefähig.

Der ursprüngliche Beginn wird dem erklärten Willen der Parteien, eine fünf Jahre und zwei Monate dauernde Gewährleistungsfrist vereinbaren zu wollen, beginnend mit Abnahme, jedenfalls dann nicht mehr gerecht, wenn erhebliche Zeitüberschreitungen vorliegen einhergehend mit Nachtragsaufträgen.

III.

Die Kostenentscheidung findet ihre Grundlage in § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit fußt in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung gründet in §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1 Satz 1, 40, 48 GKG, 3 ff. ZPO. Da die Inanspruchnahme der Bürgen droht, war, soweit kein Anerkenntnis vorliegt, der Wert der Bürgschaftsforderung voll anzusetzen (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 33. Auflage 2020, § 3 ZPO Rn. 16.52 m. w. N.).

...

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

...

Richter
am Oberlandesgericht

...

Richterin
am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht München

Az.: 9 U 7047/20 Bau
8 O 15861/19 LG München I



-

In dem Rechtsstreit

...

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

gegen

...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

wegen Forderung

-

erlässt das Oberlandesgericht München - 9. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... am 20.04.2021 folgenden

Beschluss

-

Der Beschluss des Oberlandesgerichts München - 9. Zivilsenat - vom 07.04.2021, Az. 9 U 7047/20 Bau, wird im Tenor in Ziff. IV. wie folgt berichtigt:

Statt: (25 % von 17.867,11 € plus 30.012,68 €) muss es heißen: (25 % von 17.867,11 € plus 36.012,68 €).

-

Gründe:

-

Es liegt ein offensichtliches Diktat- oder Schreibversehen vor, § 319 ZPO.

-

...

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

...

Richter
am Oberlandesgericht

...

Richterin
am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht München

München, 20.04.2021

9 U 7047/20 Bau

Verfügung

Beschluss vom 20.04.2021 hinausgeben an:

Prozessbevollmächtigte der Berufungsklägerin ... zustellen
Mit Zusatz: Der berichtigte Beschluss geht Ihnen auf dem Postweg zu.

Prozessbevollmächtigte der Berufungsbeklagten ... zustellen
Mit Zusatz: Der berichtigte Beschluss geht Ihnen auf dem Postweg zu.

...

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht München

Az.: 9 U 7047/20 Bau
8 O 15861/19 LG München I



In dem Rechtsstreit

...

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

gegen

...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München - 9. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... ohne mündliche Verhandlung gemäß § 128 Abs. 4 ZPO am 19.02.2021 folgenden

Beschluss:

- I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin vom 08.12.2020 gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 04.12.2020, Az.: 8 O 15861/19, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert. Auch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung ist nicht geboten.
- II. Der Senat gibt der Klägerin anheim, die Berufung aus Kostengründen zurückzunehmen.
- III. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 16.163,93 € festzusetzen.

IV. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum **14.03.2021**.

Gründe:

Das Landgericht München I hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin konnte nicht aufzeigen, dass die Entscheidung des Landgerichts München I im Ergebnis auf einer Rechtsverletzung gemäß §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO beruht oder dass nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

Im Hinblick auf die Berufungsbegründung vom 11.12.2020 (Bl. 104/116 d.A.) ist Folgendes auszuführen:

Der Klägerin steht jedenfalls derzeit kein Herausgabeanspruch betreffend die Gewährleistungsbürgschaften zu, da die vereinbarte Gewährleistungsfrist, die am 05.03.2013 zu laufen begonnen hat, durch die noch vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgte Streitverkündung mit Schreiben vom 03.05.2018 im selbständigen Beweisverfahren 8 OH 639/18 gehemmt wurde, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB. Da das selbständige Beweisverfahren noch andauert, ist die Gewährleistungsfrist bis heute nicht abgelaufen.

Im Einzelnen:

Zwar mag die Klägerin ursprünglich im Vertrag vom 06./10.11.2009 und den darin getroffenen Regelungen, insbesondere durch zulässige Bezugnahme auf das Verhandlungsprotokoll vom 01.09.2009, zunächst einen Beginn der Verjährungsfrist - unabhängig von der Abnahme - für den Bauteil D am 31.08.2010, den Bauteil A am 01.01.2011, den Bauteil B am 31.08.2011 und den Bauteil C am 31.12.2011 vereinbart haben.

Diese Vereinbarung wurde jedoch wirksam abgeändert durch die ergänzende Vereinbarung in der Abnahmeniederschrift (Anlage K 12), wonach die Gewährleistungsfrist am 05.03.2013 beginnt.

Unstreitig wurde die Abnahmeniederschrift von der Beklagten vorformuliert. Hier waren vor allem in Ziffer 2. zahlreiche Mängel aufgeführt, gleichwohl wurde in Ziffer 4. die Abnahme erklärt und in Ziffer 5. der Beginn der Gewährleistungsfrist auf den 05.03.2021 festgesetzt. Dieses Angebot hat die Klägerin abgeändert und einige der unter Ziffer 2 aufgeführten Mängelpunkte gestrichen. Nicht gestrichen wurde allerdings Ziffer 5, die einen abgeänderten Beginn der Gewährleistungsfrist auf den 05.03.2013 enthält.

Dieser Beginn macht insofern Sinn, weil die Klägerin, wie sich aus den vorgelegten Schlussrechnungen ergibt, anders als ursprünglich von den Parteien angedacht, ihre Arbeiten erst im Leistungszeitraum vom 31.08.2010 bis 31.07.2013 fertigstellen konnte (Anlagen B 13 und B 14).

Der Klägerin ist das Tätigwerden ihres Mitarbeiters Herrn Bölke jedenfalls nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht zuzurechnen. Eine Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn es der Vertretene wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist (BGH NJW 2002, 2325; NJW-RR 2004, 1275, 1277; WM 2011, 1148 Rn. 15; Palandt-Ellenberger, BGB, 80. Auflage 2021, § 172 BGB Rn. 8). Wie sich aus der vorgelegten Anlage B 3 (Ergänzungsauftrag Nr. 4) ergibt, hat Herr Bölke für die Klägerin auch sonstige Vertragsergänzungen vorgenommen, so dass der Klägerin auch die Abänderung des Gewährleistungsbeginns zuzurechnen ist.

Dieses von der Klägerin abgeänderte Vertragsangebot hat die Beklagte auch angenommen.

Hierbei ist zu beachten, dass die Klägerin ausschließlich in Ziffer 2, nämlich der Mängelbenennung, Änderungen vorgenommen hat, die Beklagte allerdings schon in ihrem Angebot die Abnahme erklärt hat, ebenso die Verjährungsfrist für die Gewährleistung eingetragen hatte. Dieses abgeänderte Angebot ist der Beklagten unstreitig zugegangen. Sie ist daraufhin nicht mehr tätig geworden, hat also die Streichung akzeptiert. Eine ausdrückliche Annahmeerklärung war deshalb auch im Hinblick auf die Verkehrssitte nicht zu erwarten, § 151 BGB.

Wie das Erstgericht zutreffend herausgearbeitet hat, wurde die noch laufende Gewährleistungsfrist durch die Streitverkündung vom 03.05.2018, beim Gericht eingegangen am selben Tag, gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB, da diese unverzüglich der Klägerin zugestellt worden ist. Da das selbständige Beweisverfahren noch andauert, ist die Gewährleistungsfrist bis zum heutigen Tage nicht abgelaufen.

Da die vorgelegten Bürgschaftsurkunden in Anlage K 3, K 4, K 7 und K 8 alle Mängelansprüche in Bauteil A und B aus dem Bauvertrag vom 10.11.2009 erfassen, ist der Lauf der Gewährleistungsfristen derzeit gehemmt. Der Klägerin steht derzeit noch kein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaften zu.

...

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

...

Richter
am Oberlandesgericht

...

Richterin
am Oberlandesgericht