OLG München, Hinweisbeschluss v. 09.03.2021 – 28 U 7084/20 Bau

Titel:

Baugenehmigung, Schadensersatz, Berufung, Mitverschulden, Schadensminderungspflicht, Frist, Leistung, Leistungserbringung, Wohnung, Schaden, Zahlung, Verpflichtung, Erteilung, Verzugseintritt, Treu und Glauben, Aussicht auf Erfolg, keine Aussicht auf Erfolg, Schuldmitübernahme, gesamtschuldnerische Haftung, Schadensersatzanspruch, Verjährungseinrede, Beweiswürdigung, Mahnung, Glaubwürdigkeit, Werkvertrag, Verzug, Fristsetzung, Leistungsverweigerung, Vertragsautonomie

Schlagworte:

Baugenehmigung, Schadensersatz, Berufung, Mitverschulden, Schadensminderungspflicht, Frist, Leistung, Leistungserbringung, Wohnung, Schaden, Zahlung, Verpflichtung, Erteilung, Verzugseintritt, Treu und Glauben, Aussicht auf Erfolg, keine Aussicht auf Erfolg, Schuldmitübernahme, gesamtschuldnerische Haftung, Schadensersatzanspruch, Verjährungseinrede, Beweiswürdigung, Mahnung, Glaubwürdigkeit, Werkvertrag, Verzug, Fristsetzung, Leistungsverweigerung, Vertragsautonomie

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 25.11.2020 – 11 O 1054/19

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Beschluss vom 22.04.2021 – 28 U 7084/20

BGH, Beschluss vom 27.07.2022 – VII ZR 339/21

Tenor

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 25.11.2020, Az. 11 O 1054/19, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung 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 erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Entscheidungsgründe

I. Urteil des Landgerichts

1
Das Landgericht gab der Klage teilweise statt und verurteilte die Beklagte zur Zahlung von etwa 100.000 Euro.

2
Der Kläger habe mit der inzwischen insolventen S. Haus GmbH einen Werkvertrag über die Errichtung einer Doppelhaushälfte geschlossen und die Beklagte habe gesamtschuldnerisch die Erfüllung versprochen. Da das Haus entgegen der vertraglichen Absprache nicht rechtzeitig fertiggestellt worden sei, habe der Kläger Anspruch auf Ersatz seines Verzögerungsschadens in Form von Mietausfällen in Höhe von 32.370 Euro. Zudem könne er als Schaden die Mehrkosten für die Fertigstellung in Höhe von 73.946 Euro fordern sowie weitere 2.677,50 Euro, die der Kläger für einen Architekten für Mangelbeseitigungsarbeiten aufgewandt habe.

II. Berufung der Beklagten

3
Die Beklagte verfolgt ihr Ziel auf vollständige Klageabweisung in der Berufung weiter.

4
Sie ist u.a. der Ansicht, das Erstgericht habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Rechtsverhältnisse Kläger/S. Haus GmbH und Kläger/Beklagte unterschiedlich zu beurteilen seien. Im Verhältnis zur Beklagten

lägen die Anspruchsvoraussetzungen teilweise nicht vor, die Verjährung würde umfassender greifen und Treu und Glauben stünden einer Inanspruchnahme der Beklagten entgegen.

III. Gegenwärtige Einschätzung des Senats

5
Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg.

6
Der Senat macht sich die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts insgesamt zu eigen.

Im Einzelnen:

7
1. Der Kläger hat Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB in der vom Erstgericht festgestellten Höhe.

8
a) Der Verzugseintritt ist im Hinblick auf das vertragliche Versprechen – Fertigstellung binnen acht Monaten nach Erteilung der Baugenehmigung – unproblematisch.

9
Die Baugenehmigung wurde am 29.5.2013 erteilt, d.h. die Beklagte befand sich mit Ablauf des 30.1.2014 im Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

10
b) Hierdurch ist kausal ein Verzögerungsschaden eingetreten, da der Kläger die zu errichtende Wohnung vermieten wollte und der entgangene Gewinn zum Schaden rechnet (§ 252 BGB).

11
Die entsprechenden Ausführungen des Erstgerichts wurden durch die Berufung nicht in Zweifel gezogen.

c) Die Beklagte meint an dieser Stelle, der Kläger habe gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen.

12
Tatsächlich sei es ihm möglich gewesen, den Bau im Jahr 2014 fertig zu stellen und dann wäre es 2015 und später nicht zu Mietausfällen gekommen.

13
Der Senat teilt die Rechtsansicht der Beklagten nicht.

14
aa) Eine Anspruchskürzung nach § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB kommt nicht in Betracht.

15
Die Vorschrift setzt insoweit voraus, dass der Geschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Hierbei handelt es sich nach hM nicht um eine Rechtspflicht, sondern eine reine Obliegenheit. Der Geschädigte muss die Maßnahmen treffen, die ein vernünftig wirtschaftlich denkender Mensch an Stelle des Geschädigten nach Lage der Dinge zur Abwendung der Schäden getroffen hätte, wobei als Maßstab der Grundsatz von Treu und Glauben gilt (statt vieler: Looschelder in beck online Großkommentar, Gesamtherausgeber Gsell/ Krüger/ Lorenz/ Reymann, Stand 1.12.2020, § 254 Rnr. 241 ff.).

16
Maßgeblich ist somit, ob bei der gebotenen Interessenabwägung es gerechtfertigt erscheint, den Schaden nicht allein dem Schädiger zuzuordnen, wobei die Rechtsprechung zur Konkretisierung Fallgruppen gebildet hat. So darf der Geschädigte nicht durch hohe Aufwendungen den Schaden vertiefen, z.B. durch eine teure Kur im Ausland, muss im Einzelfall eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder eine möglichst günstige Reparatur wählen. Die Rechtsprechung ist bei Vermögensschäden aber bereits dann restriktiv, wenn der Schuldner seine vertraglichen Pflichten nicht rechtzeitig erfüllt (zu den einzelnen Fallgruppen, a.a.O., Rnr. 252 ff.).

17

bb) Im vorliegenden Fall sieht der Senat keine Veranlassung, von einem Mitverschulden auszugehen.

18
Wertend beruft sich die Beklagte auf ein schuldhaftes Unterlassen, obwohl die Beklagte über einen Zeitraum von acht Monaten eine eigene Leistungspflicht hatte. Derjenige, der sich vertraglich zu einem Tun verpflichtet und vertragswidrig keine Tätigkeiten entfaltet, kann sich nicht darauf berufen, dass der Geschädigte, der nach der vertraglichen Abrede allein die Leistung in Empfang nehmen sollte, hätte aktiv werden müssen. Die Beklagte wusste, dass sie ihre Leistung bis Ende Januar hätte erbringen müssen. Auch wenn die Parteien (siehe hierzu unten) davon ausgingen, dass zunächst die S.Haus GmbH die Werkleistung erbringen sollte, hat die Beklagte keine Nachforschungen in Richtung des tatsächlichen Baufortschritts betrieben. Sie hat insbesondere mit Verzugseintritt keine eigenen Leistungsbemühungen unternommen, noch irgendeine hierauf gerichteten Tätigkeit entfaltet. Nachdem die Vertragspflicht – und hier irrt die Beklagte bei ihrer wertenden Betrachtung – nicht mit Verzugseintritt endet, wäre sie als originäre Adressatin einer Tätigkeitspflicht gehalten gewesen, alles ihr mögliche zu unternehmen, um den Verzug zu beenden.

19
Entsprechende Tätigkeiten hat die Beklagte nicht entfaltet und es wäre allein an der Beklagten gewesen, dem Kläger gegenüber frühzeitig mitzuteilen, dass ihr eine Fertigstellung der Leistung nicht möglich ist. Es ist verfehlt, dass der zur Tätigkeit verpflichtete Schuldner, der sich durch Untätigkeit auszeichnet, sich nach Treu und Glauben auf eine Tätigkeitsobliegenheit des Gläubigers beruft. Es ist ebenso verfehlt, dass die Beklagte, die sich über Monate ihrer Leistungspflicht entzieht, meint, der Gläubiger hätte eindringlicher auf der Leistung insistieren müssen oder sich um Alternativen kümmern müssen.

20
2. Der Kläger hat gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB Anspruch auf Ersatz des Schadens in der vom Erstgericht festgestellten Höhe, der ihm durch die verspätete und anderweitige Herstellung des Werks in Form von Mehrkosten entstanden ist.

21
a) Die Beklagte, die eine Schuldmitübernahme erklärt hat, hat ihre fällige Leistung nicht erbracht.

22
Die Schuldmitübernahme ist gesetzlich nicht geregelt und wurde ursprünglich als atypisches Sicherungsversprechen gewählt, um das Schriftformerfordernis (§ 766 BGB) des Bürgen zu umgehen. Auch wenn Zustandekommen und/oder Inhalt streitig sind, hat die Rechtsprechung dieses Rechtsinstitut im Rahmen der Vertragsautonomie als zulässig angesehen und geht von einem einseitig verpflichtenden Vertrag aus, bei anfänglicher Identität des Leistungsinhalts und, im Vergleich zur Bürgschaft, von einer fehlenden Subsidiarität (Madaus in beck online Großkommentar, Gesamtherausgeber Gsell/ Krüger/ Lorenz/ Reymann, Stand 1.12.2020, § 765 Rnr. 394 ff.).

23
Die Beklagte, vertreten durch Dr. R. H., hat im Vertrag vom 29.11.2012 unproblematisch als gleichrangiger Schuldner die Erfüllung der werkvertraglichen Pflichten versprochen. Diese Verpflichtung wurde weder durch die Beklagte noch den weiteren Schuldner (§ 422 Abs. 1 S. 1 BGB) erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB).

24
b) Der Beklagten wurde wirksam eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt; im Übrigen ist das Erstgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte die Erfüllung verweigert hat.

25
aa) Die Berufungsrügen sind an dieser Stelle schwer nachvollziehbar.

26
Die Beklagte meint zunächst, dass der Anspruch auf Schadensersatz nach § 281 Abs. 1 BGB entstanden sei, da der Kläger es unterlassen habe, der Beklagten eine Frist zur Leistungserbringung zu setzen.

27
Das ist für den Senat unverständlich, da im weiteren Verlauf immer wieder damit argumentiert wird, dass der Kläger der Beklagten keine Frist gesetzt hätte und daher die Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nicht vorlägen. Das ist widersprüchlich und insgesamt wenig nachvollziehbar.

28
Widersprüchliche Rügen entsprechen grundsätzlich nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO, da hierdurch Rechtsfehler nicht aufgezeigt werden.

29
bb) Die Frist zur Leistungserbringung gegenüber dem weiteren Schuldner S.t Haus GmbH wirkte auch gegen die Beklagte.

30
Im Fall der Schuldmitübernahme sind die Folgen der gesamtschuldnerischen Haftung zunächst im Wege der Auslegung zu ermitteln, da die Vorschrift des § 425 Abs. 1 BGB – auf die sich die Beklagte mehrfach beruft – allein eine Zweifelsregel darstellt (soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt).

31
Der Senat hat nun keine Zweifel daran, dass die Parteien des Werkvertrags und die Beklagte davon ausgingen, dass Ansprechpartner zunächst die später insolvente S. Haus GmbH sein sollte. Diese war unmittelbar Vertragspartner des am 29.11.2012 geschlossenen Werkvertrags und originär verpflichtet, während die Beklagte allein eine zusätzliche Schuldmitübernahme erklärt hat. Berücksichtigt man bei der Auslegung die Vergleichbarkeit der Namen – S. Haus GmbH einerseits und S. E. GmbH andererseits – und den Umstand, dass bei Vertragsschluss beide GmbHs durch jeweils dieselbe Person vertreten waren, ergibt sich für einen verständigen Empfänger in der Person des Klägers, dass beide Firmen von einem Näheverhältnis geprägt waren.

32
Die Vertragsparteien und die Beklagte gingen davon aus, dass der Vertragsvollzug primär durch die S. Haus GmbH erfolgen sollte und die Verpflichtung der Beklagten allein der klägerischen Absicherung dienen sollte, sich diese daher im Hintergrund halten durfte/sollte. Der Kläger als verständiger Empfänger durfte darauf vertrauen, dass sein Ansprechpartner die S. Haus GmbH sein sollte und entsprechende Erklärungen auch im Verhältnis zur Beklagten Wirkung entfalten sollten. Die spätere Vertragsdurchführung bestätigt dieses Auslegungsergebnis.

33
cc) Dem Kläger sind durch die nur teilweise Erfüllung des Werkvertrags Mehrkosten entstanden, was durch die Berufung nicht gerügt wurde.

34
dd) Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist nicht verjährt.

35
Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben (§ 214 BGB), sie verkennt aber Reichweite und Regelungsgehalt der § 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB einerseits und § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB andererseits:

36
(1) Die Verjährung beginnt mit Anspruchsentstehung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) samt Kenntniserlangung.

37
Ein Anspruch auf Schadensersatz entsteht hierbei erst mit Eintritt eines entsprechenden Schadens; ein solcher kann im Zusammenhang mit § 281 Abs. 1 BGB mannigfaltig sein und die Gleichsetzung des Schadens durch die Beklagte allein mit Mehraufwendungen für die Vertragsfertigstellung durch Dritte irritiert: Rechtsfolge einer ergebnislosen Fristsetzung zur Nacherfüllung ist gerade nicht der Wegfall des Vertrags; diese eröffnet für den Gläubiger allein die Möglichkeit der Vertragsbeendigung. Gerade die Rechtswirklichkeit – mit denen der Senat als Bausenat in zahlreichen Fällen konfrontiert ist – zeigt gegenteiliges, da häufig die Vertragsparteien mehrfache Ausführungsfristen setzen, immer wieder den Versuch unternehmen, den Vertrag zu vollziehen und hierbei durchaus Änderungen u.ä. in Kauf nehmen. Der Senat kann auch nicht nachvollziehen, warum ein solches Vorgehen des Gläubigers, der an seinem Vertragspartner festhält, vorwerfbar sein soll.

38
Der Schaden durch Mehraufwendungen für eine Fertigstellung des Vertrags tritt damit frühesten ein, sobald der Vertrag aufgelöst wird und der Gläubiger sich dazu entscheidet, das Werk anderweitig fertigstellen zu lassen (er könnte es auch verkaufen, dann wäre allein der reduzierte Kaufpreis der Schaden). Ob zu

diesem Zeitpunkt die Vermögensgefährdung durch mögliche Mehrkosten – solche stehen weder fest, noch sind sie bezifferbar – verjährungsrechtlich maßgeblich ist oder tatsächlich Drittverträge geschlossen werden müssen, ist problematisch: So fordert die Rechtsprechung für die Bejahung eines Schadens nicht immer die Realisierung eines endgültigen Schadens; die Möglichkeit einer Feststellungsklage – anders als die Beklagte meint – wird nicht in jedem Fall als ausreichend angesehen und über die Rechtsfigur der sogenannten Schadenseinheit korrigiert die nicht immer einheitliche Rechtsprechung unbillige Ergebnisse (zu Einzelheiten: Piekenbrock in beck online Großkommentar, Gesamtherausgeber Gsell/ Krüger/ Lorenz/ Reymann, Stand 1.2.2021, § 199 Rnr. 19 ff. mit umfangreichen Nachweisen), um dem Bedürfnis des Schuldners nach Klarheit zu entsprechen.

39
(2) Der genaue Zeitpunkt des Schadenseintritts kann offenbleiben, da dieser frühestens mit dem Aufhebungsvertrag am 1.7.2015 eingetreten sein kann.

40
(3) Die Verjährung endete mithin frühestens mit Ablauf 2018 (§ 195 BGB), so dass die Verjährungseinrede aufgrund des rechtzeitigen Mahnbescheids (§ 204 Nr. 3 BGB) nicht greift.

41
ee) Soweit das Erstgericht von der Entbehrlichkeit einer Mahnung aufgrund Leistungsverweigerung der Beklagten ausging, ist das zwar nicht entscheidungserheblich, im Ergebnis aber zutreffend.

42
Der Zeuge Dr. H. hat im Zuge der Verhandlungen über die Vertragsstörungen, die in die Vertragsaufhebung mündeten, auch für die Beklagte die weitere Erfüllung verweigert.

43
Soweit die Beklagte an dieser Stelle Fehler der Beweiswürdigung rügt, folgt der Senat dem nicht. Die Rügen sind nicht geeignet, konkrete Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen zu wecken. Die Beweiswürdigung des Erstgerichts ist frei von Rechtsfehlern und der Senat macht sich die überzeugende erstinstanzliche Begründung insgesamt zu eigen. Die Berufung zeigt keine Verletzung des § 286 ZPO auf, sondern ersetzt die gerichtliche Beweiswürdigung lediglich durch die eigene, was so nicht den Vorgaben des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ZPO entspricht.

44
Das Erstgericht hat bei der Beweiswürdigung tragend darauf abgestellt, dass objektivierbare Randumstände die Richtigkeit der Angaben des Zeugen bestätigen, wie die Störungen, die in die tatsächlich vorgenommene Vertragsaufhebung mündeten. Die Übereinstimmung der klägerischen Behauptungen mit den Angaben des Zeugen und der Umstand, dass die Beklagte allein bestreitet, ohne einen abweichenden Geschehensablauf zu behaupten, unterstreichen die Glaubhaftigkeit der Angaben. Hinzu kommt – und dieser Umstand ist erheblich –, dass das Vorbringen mit den weiteren Geschehnissen stimmig ist. So hat der Zeuge angegeben, die Beklagte sei unwillens, für eine Fertigstellung zu sorgen. Tatsächlich hat sich die Beklagte durch eine völlige Untätigkeit ausgezeichnet, ist nicht in Erscheinung getreten, hat keine Aufklärungsbemühungen unternommen, obwohl sie eine so weitreichende Verpflichtung übernommen hatte. Das legt den Schluss nahe, dass tatsächlich keine Bereitschaft bestand, das Objekt fertig zu stellen.

45
Die Angriffe gegen die Glaubwürdigkeit gehen fehl. Es gibt keinen Rechtssatz dahingehend, dass ein Zeuge aufgrund einer gestörten Beziehung zu einer Partei die Unwahrheit sagt. Das Erstgericht hat sich mit der Glaubwürdigkeit umfassend befasst und diese nachvollziehbar gewürdigt. Der Senat schließt sich diesen Ausführungen an. Ein Näheverhältnis zum Kläger ist nicht ersichtlich, ein kollusives Verhalten ist fernliegend und bereits die Glaubhaftigkeit der Angaben belegen, dass der Zeuge seiner staatsbürgerlichen Wahrheitspflicht entsprochen hat.

46
3. Hinsichtlich der weiter zuerkannten Schadenspositionen finden sich keine Berufungsrügen.

47
Der Senat vermag Rechtsfehler insgesamt nicht zu erkennen und verweist daher auf die erstinstanzlichen Ausführungen.

48
Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

49
Hierzu bzw. zur Stellungnahme zu diesem Hinweis besteht Gelegenheit bis zum 29.3.2021.