

## **OLG Saarbrücken**

### **Urteil**

**vom 03.12.2014**

**1 U 49/14**

**OLG Saarbrücken, Urteil vom 03.12.2014 - 1 U 49/14 (nicht rechtskräftig)  
vorhergehend:  
LG Saarbrücken, 12.03.2014 - 15 O 203/13**

### **Tenor**

**I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 12.03.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken - 15 O 203/13 - wird zurückgewiesen.**

**II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.**

**III. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.**

**IV. Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Gründe**

**A.**

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 18.323,90 Euro aus einem Vertrag über die Errichtung eines Allkauf-Ausbauhauses, Vertragstyp "New-Line 6" vom 7.10./19.10.2011, wobei der Vertragsumfang durch zahlreiche Zusatzvereinbarungen geändert und ergänzt wurde (vgl. Anlage K 1 bis K 17). Die Erbringung von Eigenleistungen durch die Beklagten war dabei nicht vereinbart. Auf die Gesamtforderung der Klägerin in Höhe von 281.131,96 Euro haben die Beklagten 262.808,06 Euro gezahlt. In Höhe des eingeklagten Differenzbetrages haben die Beklagten die Aufrechnung mit Aufwendungen für Baumaterial erklärt, das sie, nachdem es zuvor bei einem Einbruchdiebstahl aus ihrem noch unbewohnten Neubau gestohlen worden war, bei der Subunternehmerin der Klägerin erneut bestellt und bezahlt haben.

Das Haus wurde gemäß Abnahmeprotokoll vom 22.06.2012 übergeben (Anlage K 18). Danach waren nur noch die Beklagten im Besitz der Eingangstürschlüssel. Im Anschluss fanden weitere Teilabnahmen, den Innenausbau betreffend, statt.

Das Landgericht hat mit am 12.03.2014 verkündetem Urteil (GA 96 ff.), auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen vollumfänglich gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr.

1 ZPO Bezug genommen wird, die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klageforderung sei durch die von den Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlich erfolglos gebliebenen Klageantrag weiter. Es sei schon nicht ersichtlich, aus welcher Anspruchsgrundlage der zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch begründet sein sollte, insbesondere aus welchem Grund bei Anwendung des Werkvertragsrechts auf das Erfordernis der Fristsetzung verzichtet werden könne.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Wortlaut der Abnahmeerklärung vom 22.06.2012 auch nicht offenkundig dahin zu verstehen, dass lediglich die fertig gestellten Leistungen hiervon betroffen seien. Vielmehr handele es sich um eine fiktive Vorwegabnahme der ganzen Baumaßnahme. Entgegen der Auffassung des Landgerichtes habe die Klägerin auch kein schlüsselfertiges Haus geliefert oder versprochen, sondern ein Ausbauhaus mit bestimmten Zusatzleistungen, die in ihren Programmen erhältlich seien. Damit sei Schlüsselfertigkeit jedoch nicht gegeben. Die rechtliche Einordnung des Vertrages als Werkvertrag sei fehlerhaft. Hinsichtlich des Innenausbaus liege lediglich ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung vor, da der Schwerpunkt der Leistung für die Ausbaupakete wertmäßig eindeutig auf dem Material und nicht auf der Montage liege.

Das Landgericht habe auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Materialien schon bei Anlieferung übereignet worden seien. Gemäß § 446 BGB sei deshalb die Gefahr auf die Beklagte übergegangen.

Bei Anwendung von Werkvertragsrecht hätte zudem geprüft werden müssen, ob ein Verwahrungsvertrag geschlossen wurde oder ob eine Anpassung der Regelung zur Gefahrtragung nach Risikosphäre/Verschulden vorgenommen werden müsse. Hier sei auch zu berücksichtigen, dass sie bestritten habe, dass die Beklagten das Haus ordnungsgemäß verschlossen hatten.

Die Klägerin beantragt (GA 118/124,156),

die Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an die Klägerin als Gesamtschuldner 18.323,90 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.02.2013 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen (GA 117, 156),

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gewechselten

Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 12.11.2014 (GA 156 - 159) Bezug genommen.

Die Akte 3 UJs 712/12 der Staatsanwaltschaft Saarbrücken war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

B.

Die Berufung der Klägerin ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig.

In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg, denn die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer kausalen Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der unstreitige Werklohnanspruch der Klägerin in Höhe von 18.323,30 Euro durch die von den Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer Gegenforderung in gleicher Höhe erloschen ist (§ 389 BGB). Der Gegenanspruch der Beklagten auf Erstattung der Aufwendungen für die Beschaffung der von der Klägerin gelieferten, dann aber gestohlenen Materialien folgt aus §§ 677, 683, 670 BGB, denn die Beklagten haben die Neubestellung und Bezahlung der Materialien im Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Klägerin entsprechend vorgenommen (I.). Selbst wenn man aber von einer unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ausginge, wäre die Klägerin gemäß §§ 684 S. 1, 812 BGB zum Ersatz der Aufwendungen der Beklagten verpflichtet (II.).

I.

1. Die Beklagten haben dadurch, dass sie das gestohlene Material bei der Lieferantin der Klägerin erneut bestellt und auch bezahlt haben, objektiv ein fremdes Geschäft geführt, denn das Verlustrisiko traf vor der Abnahme des Gesamtwerts (§ 644 Abs. 1 BGB) die Klägerin, die weiterhin zur Herstellung des vereinbarungsgemäß geschuldeten Hauses mit Innenausbau verpflichtet blieb. Es wäre deshalb ihre Aufgabe gewesen, die gestohlenen Materialien auf ihre Kosten erneut zu bestellen. Bei einem solchen objektiv (auch) fremden Geschäft ist ein entsprechender Fremdgeschäftsführungswille zu vermuten; Umstände, durch die diese Vermutung widerlegt werden könnte, sind nicht ersichtlich (BGH NJW-RR 2005, 1426).

a. Die Klägerin war nach dem mit den Beklagten geschlossenen Vertrag zur Errichtung des Hauses einschließlich des Innenausbaus aus von ihr zu liefernden Materialien verpflichtet. Dieser Vertrag ist einheitlich als Werkvertrag zu qualifizieren, denn nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien sollte die Klägerin ein vollständig ausgebautes Haus herstellen und den Beklagten übereignen. Irgendeine Eigenleistung der Beklagten war nach dem Vertrag nicht geschuldet.

An dieser Einordnung ändert sich auch nicht deshalb etwas, weil die Klägerin nach dem Wortlaut des Vertrages grundsätzlich ein Ausbauhaus liefert und von ihr darüber hinaus zu

erbringende Leistungen in Zusatzvereinbarungen regelt. Denn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien oblag die Herstellung des gesamten Hauses von Anfang an der Klägerin, was sich auch aus dem gesamten (einheitlichen) Vertragswerk ergibt. Allein die Möglichkeit, dass die Beklagten bei Vertragsschluss verschiedene Leistungen aus dem Gesamtleistungsumfang der Klägerin hätten herausnehmen können, rechtfertigt es nicht, den einheitlichen Vertrag in verschiedene Abschnitte einzuteilen, die rechtlich unterschiedlich beurteilt werden. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist deshalb mit Lieferung der (später gestohlenen) Materialien nicht die Gefahr gemäß § 446 BGB auf die Beklagten übergegangen, weil insoweit kein Kaufvertrag vorlag.

b. Die Klägerin war daher auch verpflichtet, die zur vertragsgemäßen Herstellung des Hauses erforderlichen Materialien zu liefern und einzubauen. Dieser Verpflichtung folgend hat sie Baumaterialien im Hause der Beklagten gelagert, die durch Dritte gestohlen worden sind. Hierdurch ist sie aber von ihrer werkvertraglichen Verpflichtung, das Haus einschließlich der gestohlenen Sanitär- und Heizungsgegenstände zu errichten, nicht frei geworden.

aa. Denn das Diebstahlsrisiko trifft nach der typischer Weise bei der Ausführung von Bauleistungsverträgen gegebenen rechtlichen Risikoverteilung den Auftragnehmer, da dieser bis zur Abnahme des von ihm zu erstellenden Gewerks grundsätzlich die Gefahr für dessen Beschädigung oder Untergang trägt, und zwar nicht nur hinsichtlich des jeweiligen Zustandes des Gewerkes selbst, sondern auch für die zu dessen Erstellung erforderlichen Materialien, Werkzeuge, Maschinen und sonstigen Hilfsmittel, § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Risikoverteilung wird der tatsächlichen, an einer Baustelle regelmäßig anzutreffenden Situation gerecht, wonach es der Entscheidungsfreiheit des Unternehmers überlassen ist, in welchem Umfang er die von ihm verwandten Materialien und Hilfsmittel vor Zugriffen Dritter während der Bauausführung schützt. Dabei liegt es auch regelmäßig in seinem organisatorischen Ermessen, ob er die von ihm benötigten Materialien und Hilfsmittel allabendlich von der Baustelle abzieht - was er aufgrund des damit verbundenen Aufwandes regelmäßig unterlassen wird - oder diese auf der Baustelle belässt (OLG Köln, Urteil vom 17.01.1984 - 22 U 235/83 - BeckRS 2012, 06601).

bb. Etwas anderes folgt im Streitfall auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagten allein im Besitz der Haustürschlüssel waren.

Ein Verstoß gegen sie treffende Sorgfaltspflichten kann nicht festgestellt werden. Denn dass die Haustüre ordnungsgemäß verschlossen war und gewaltsam geöffnet wurde, ergibt sich aus dem nicht substantiiert bestrittenen Vortrag der Beklagten, wonach der Schließzylinder der Eingangstüre gewaltsam abgedreht und entfernt worden war. Belegt wird dies auch durch die im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren getroffenen Feststellungen (Bl. 3, 5, 8 d. BA 3 UJs 712/12). Ein gewaltsames Entfernen des Schließzylinders wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die Eingangstüre nicht ordnungsgemäß abgeschlossen gewesen wäre.

Zum anderen war der Klägerin bekannt, dass das - noch nicht fertiggestellte - Haus nicht bewohnt war. Hätte sie hierin ein erhöhtes Verlustrisiko gesehen, hätte sie entsprechende Maßnahmen ergreifen können und müssen. Zwar hatte sie selbst keinen freien Zutritt zu dem Haus. Es fehlt aber jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagten ihr diesen auf entsprechende Bitte nicht gewährt hätten. Zudem hätte es ihr frei gestanden, lediglich das

zum Einbau benötigte Material an die Baustelle mitzubringen, wenn ihr das leerstehende Haus nicht ausreichend sicher erschien und sie auch sonst keine Sicherungsmaßnahmen ergreifen konnte oder wollte. Die Einlagerung in dem leerstehenden Haus beruhte deshalb auf ihrer freien Entscheidung und führt nicht dazu, dass das Verlustrisiko entgegen dem gesetzlichen Leitbild auf die Beklagten verlagert wird.

cc. Zu Unrecht beruft sich die Klägerin auch auf eine fiktive Abnahme des gesamten Gebäudes am 22.06.2012, die zum Übergang der Gefahr des Untergangs oder Verlustes auf die Beklagten geführt hätte. Denn das mit "Schlussabnahme - Hausübergabe" überschriebene Protokoll (Anlage K18) ist gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Interessenlage beider Parteien als Abnahme des bis zu diesem Zeitpunkt fertiggestellten Hauses ohne Innenausbau zu verstehen. Dies folgt daraus, dass sich aus dem dem Protokoll beigefügten "Prüfbericht-Hausübergabe" eindeutig ergibt, dass zu diesem Zeitpunkt nur die Fertigstellung des Hauses selbst ohne den vertraglich ebenfalls geschuldeten Innenausbau überprüft wurde und damit Gegenstand der Abnahme war. Entsprechend waren auch die vertraglich geschuldeten Innenausbauarbeiten nicht als noch auszuführende Restarbeiten vermerkt. Vielmehr bestand zwischen den Parteien Einigkeit, dass sich die Abnahme nur auf die geprüften und fertiggestellten Teile des Hauses bezieht. Dies steht auch im Einklang mit der vertraglichen Regelung, wonach selbständige Teilleistungen separat abzunehmen sind (vgl. § 1 Ziff. 4, § 7 Ziff. 1 des Vertrages Anlage K1). In dem Abnahmeprotokoll findet sich auch kein Hinweis darauf, dass die Beklagten die weiteren geschuldeten Leistungen, den Innenausbau betreffend, bereits vor deren Beginn abnehmen wollten. Insofern unterscheidet sich der Streitfall von der von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidung des OLG München vom 13.12.2011 - 9 U 2433/11 - (NJW 2012, 397 f.), denn nach dem Wortlaut des dortigen Abnahmeprotokolls bezog sich die Abnahme ausdrücklich auf das gesamte Kaufobjekt, so dass dessen Auslegung dahingehend, dass die Abnahme des gesamten Vertragsgegenstandes erklärt werden sollte, möglich war. Dies ergibt sich aus dem vorliegenden Abnahmeprotokoll aber gerade nicht.

dd. Es liegen auch keine Anhaltspunkte für einen konkludent geschlossenen Verwahrungsvertrag mit der Folge vor, dass die Beklagten das Diebstahlrisiko übernommen haben. Allein der Umstand, dass die Klägerin die Materialien - wohl mit Zustimmung der Beklagten - in dem Gebäude gelagert hat, belegt noch nicht, dass diese damit auch grundsätzlich die Klägerin treffende Verlustrisiko übernommen haben. Eine solche Vereinbarung bedarf wegen der damit verbundenen weitreichenden Haftungsfolgen und insbesondere der Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild einer eindeutigen Erklärung. Die Lagerung der Materialien in dem Haus, in dem sie verbaut werden sollen, allein genügt hierfür nicht, zumal die Anlieferung der Materialien auf Veranlassung und im Interesse der Klägerin bzw. der von ihr beauftragten Subunternehmerin erfolgt ist.

2. Die Geschäftsführung entsprach auch dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Klägerin, die zur Fertigstellung des Hauses verpflichtet war und blieb. Die schnelle und zeitgerechte Fertigstellung des Werkes, die nur durch eine schnelle Nachbestellung der gestohlenen Materialien gewährleistet war, lag im Interesse der Klägerin, zumal die Nachbestellung bei ihrem Lieferanten zu den auch ihr gewährten Konditionen erfolgt ist. Dass die Beklagten daneben mit der schnellen Nachbestellung auch eigene Interessen - termingerechte Fertigstellung - verfolgt haben, schadet nicht.

3. Die Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag wird auch nicht durch die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts ausgeschlossen. Zum einen sind diese vor Abnahme des Werkes noch nicht anwendbar. Zum anderen liegt aber auch kein Mangel des Werkes vor, denn es ist lediglich das zur weiteren Fertigstellung erforderliche Material gestohlen worden, dessen erneute Lieferung problemlos möglich war.

4. Der Aufwendungsersatzanspruch entfällt auch nicht deshalb, weil die Beklagten der Klägerin die Übernahme der Geschäftsführung nicht alsbald angezeigt und deren Entschließung abgewartet haben. Denn insoweit war die Bestellung der Materialien nicht unaufschiebbar (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 1983 - IVa ZR 199/81 -, WM 1983, 679 f.). Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Anzeigepflicht nach § 681 S. 1 BGB ist jedoch lediglich ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB, mit dem die Klägerin die Aufrechnung erklären könnte (BGH a.a.O.,). Einen solchen hat sie aber nicht dargetan.

II.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass die Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB nicht vorliegen, stünde den Beklagten ein Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 684 S. 1, 812, 818 Abs. 2 BGB zu.

Die Klägerin hat aufgrund der unberechtigten Geschäftsführung der Beklagten die von ihr geschuldeten und einzubauenden Materialien erhalten, ohne dafür etwas aufgewendet zu haben. Dass sie selbst aber zur erneuten Lieferung dieser Materialien auf ihre Kosten verpflichtet war, ergibt sich aus dem oben Gesagten.

Nach § 818 Abs. 2 BGB ist sie verpflichtet, den Beklagten die Aufwendungen für die Neulieferung zu ersetzen, soweit sie selbst eigene Aufwendungen hierdurch erspart hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2001 - VII ZR 222/99 -, NJW 2001, 3184 ff.). Da die Beklagten unbestritten vorgetragen haben, sie hätten die Materialien bei dem Händler der Klägerin zu den gleichen Konditionen nachbestellt, ist die Klägerin zum Ersatz dieser Aufwendungen verpflichtet. Diese Forderung haben die Beklagten wirksam gegen die restliche Werklohnforderung der Klägerin aufgerechnet, so dass diese erloschen ist (§ 389 BGB).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da es an den erforderlichen Voraussetzungen fehlt (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1 Ziffer 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 ZPO).