

Kammergericht

Az.: 27 U 75/19

100 O 65/17 LG Berlin



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

Ti-Le Baumanagement GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Ivica Cavar, Joachimsta-
ler Straße 20, 10719 Berlin
- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **HFK Rechtsanwälte Heiermann, Franke, Knipp und Partner mbB**, Knese-
beckstraße 1, 10623 Berlin, Gz.: 00683-17/DH-er

gegen

Proizvodnja Javor d.o.o., vertreten durch den Geschäftsführer Alen Vukelic, Patkovac 31,
4300 Bjelovar, Kroatien
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Paul & Partner**, Olivaer Platz 15, 10707 Berlin, Gz.: 193/18D01

hat das Kammergericht - 27. Zivilsenat - durch den Richter am Kammergericht B.-D. Kuhnke als
Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 04.05.2023 mit Schriftsatznachlassfrist
für beide Parteien bis zum 25.5.2023 am 13.6.2023 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 26.04.2019, Az.
100 O 65/17, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 206.900 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozent-
punkten über dem Basiszinssatz seit dem 7.2.2018 zu zahlen sowie die Klägerin wegen
vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe eines Betrages von 2.792,90 € netto freizustellen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beigetriebenen Betrages abzuwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche in Höhe von insgesamt 206.900 € aus Gewährleistungsrecht geltend.

Mit Werkvertrag vom 19.1.2015, auf den wegen der Einzelheiten auf die Anlage K1 verwiesen wird, verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Klägerin unter anderem zur Herstellung und zum Einbau von 240 Wohnungseingangstüren am Bauvorhaben Danziger Straße in Berlin. Vereinbart war gemäß Ziffer 12.6 des Vertrages, dass die Wohnungseingangstüren die Schallschutzklasse 3 haben.

Die Beklagte stellte ihre Werkleistungen sukzessive nach Leistungserbringung in den Jahren 2015 und 2016 in Rechnung.

232 der von der Beklagten eingebauten Wohnungseingangstüren entsprechen nicht dem im Werkvertrag vereinbarten Schallschutz der Klasse 3.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit E-Mail vom 29.9.2016 mit Fristsetzung zum 15.10.2016 (Anlage K8) erfolglos zu Mängelbeseitigung auf.

Die Beklagte legte der Klägerin Prüfzeugnisse vor, wonach die Türen die erforderlichen Qualitätsmerkmale aufwiesen. Diese Prüfzeugnisse waren Fälschungen. Für die Schallschutzgutachten gab die Klägerin einen Betrag in Höhe von 6.900 € aus.

Die Klägerin hat behauptet, dass der erforderliche Austausch der Türen 339.880 € kosten. Ihr Auftraggeber habe von ihrer Schlussrechnung einen Betrag von 200.000 abgezogen. In dieser Höhe seien wegen der Schlechtleistung der Beklagten ein Schaden entstanden.

Die Beklagte hat behauptet, dass die Klägerin nach Vertragsschluss Änderungen an den Wohnungseingangstüren gefordert habe, die dazu geführt hätten, dass diese nicht mehr die Schallschutzklasse 3 erreichen würden. Hierauf habe sie die Klägerin hingewiesen.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 206.900 € nebst Zinsen und Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage mit der tragenden Erwägung abgewiesen, dass die Klägerin die Schadenshöhe nicht substantiiert dargelegt habe. Darüber hinaus habe sie Zweifel, ob die Klägerin sich nicht Ansprüche bei der Annahme wegen § 640 Abs. 3 BGB hätte vorbehalten müssen.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes in 1. Instanz wird im Übrigen auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 206.900 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (7.2.2018) zu zahlen sowie sie wegen vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe eines Betrages von 2.792,90 € netto freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe ihrer Berufungserwiderung.

Mit Beschluss vom 19.11.2019 ist der Rechtsstreit gemäß § 527 Abs.1 ZPO auf dem Berichterstatter zur Vorbereitung der Entscheidung übertragen worden. Mit Schriftsätzen vom

17.1.2020 und vom 27.2.2020 haben die Parteien ihre Zustimmung nach § 527 Abs.4 ZPO erteilt.

Der Senat hat nach mehreren Hinweisverfügungen und -beschlüssen im Termin zur mündlichen Verhandlung und Durchführung der Beweisaufnahme am 4.5.2023 den folgenden Beweisbeschluss verkündet:

„Es soll Beweis erhoben werden über

die Behauptungen der Beklagten, dass betreffend das Bauvorhaben Danziger Straße

1.)

der Bauleiter der Klägerin, Filip Rimac, wenige Tage nach dem 15. April 2015 auf der Baustelle Danziger Straße dem Geschäftsführer der Beklagten, Alen Vukelic, und dessen Mitarbeitern eine Tür gezeigt habe, die nicht die vertragsmäßigen Kriterien erfüllte, nach der aber gebaut werden sollte,

und

2.)

der Mitarbeiter der Klägerin, Daniel Maric, nach diesem Gespräch in einem Telefongespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten, Alen Vukelic, ausdrücklich bestätigt habe, dass die Türen in dieser geringeren Qualität gebaut werden sollen,

durch Vernehmung der von der Beklagten benannten Zeugen

Marinko Ivanka und Mario Vukelic,

gegenbeweislich durch Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen

Filip Rimac und Daniel Maric,

und über

3.) die Behauptung der Klägerin, dass betreffend das Bauvorhaben Danziger Strasse

ihre Auftraggeberin, die Firma Trockland V GmbH, wegen der schlechten Leistungen der Beklagten sowie der unterlassenen Nachbesserung ein Abzug von der Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von 200.000 € netto vorgenommen habe,

durch Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen

Filip Rimac, Sven Nakajew, Uwe Pinther und Fabian Frohne.“ (Seite 2 f. des Terminsprotokolls).

Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme einschließlich der persönlichen Anhörung des Geschäftsführers der Beklagten gemäß § 141 Abs. 1 ZPO wird auf das Terminsprotokoll vom 4.5.2023 Bezug genommen (Blatt II 198-207 d.A.).

Mit Schriftsatz vom 3.5.2023, eingegangen beim Kammergericht am selben Tage um 16:12 Uhr hat die Beklagte gegen die Klageforderung hilfsweise die Aufrechnung mit behaupteten Restwerklohnforderungen aus den Jahren 2015 und 2016 in Höhe von 29.485 € erklärt (Blatt II 187 der Akte). Ein eventueller Verjährungseinwand könne nicht greifen, da die Rechnungen zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 28.8.2017, zu dem erstmals aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt gewesen seien.

Im Termin am Folgetage, dem 4.5.2023, hat der Klägervertreter erklärt, dass er diesen Schriftsatz der Beklagten vom 3.5.2023 erst am Morgen des Terminstages zur Kenntnis genommen habe. Er hat vorsorglich Erklärungsfrist auf diesen Schriftsatz beantragt.

Im nachgelassenen Schriftsatz vom 25.5.2023 hat die Klägerin bestritten, dass noch ein Restwerklohn bestehe, mit dem die Klägerin aufrechnen könne. Zudem rügt sie Verspätung.

Die Beklagte hat nachgelassenen Schriftsatz die erneute Anhörung des Geschäftsführers der Beklagten gemäß § 141 ZPO sowie die Vernehmung des bisher noch nicht benannten Zeugen Predrag Malcic beantragt. Zudem hat sie mit Schriftsatz vom 26.5.2023 die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt sowie eine Stellungnahmefrist auf den Schriftsatz der Klägerin vom 25.5.2023.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes in 2. Instanz wird im Übrigen auf die Schriftsätze der Parteien und die Hinweisverfügungen und -beschlüsse des Senats verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet.

Der Klägerin stehen gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche in Höhe von 206.900 € nebst Zinsen zu.

1.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 200.000 € aus §§ 631, 633, 634 Nummer 4, 280 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB.

a) Anspruch dem Grunde nach

aa)

Die Parteien haben am 19.1.2015 einen Werkvertrag nach BGB gemäß § 631 BGB über Tischlerarbeiten geschlossen, der unter anderem die streitgegenständlichen 232 Wohnungseingangstüren beinhaltete.

bb)

Diese Wohnungseingangstüren waren gemäß § 633 Abs. 2 Satz 2 Nummer 1 BGB mangelhaft, da sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht eigneten.

Gemäß Werkvertrag vom 19.1.2015, dort in Ziffer 12.6, hatten die Parteien vereinbart, dass die Wohnungseingangstüren in Schallschutzklasse 3 herzustellen sind (Anlage K1).

Unstreitig erfüllen die eingebauten Wohnungseingangstüren nicht die Voraussetzungen der Schallschutzklasse 3.

Die Beklagte behauptet, dass der Bauleiter der Klägerin, Filip Rimac, wenige Tage nach dem 15.4.2015 auf der Baustelle Danziger Straße dem Geschäftsführer der Beklagten, Alen Vukelic, und dessen Mitarbeitern eine Tür gezeigt habe, die nicht die vertragsmäßigen Kriterien erfüllte, nach der aber gebaut werden sollte. Weiterhin behauptet sie, dass

der Mitarbeiter der Klägerin, Daniel Maric, nach diesem Gespräch in einem Telefongespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten, Alen Vukelic, ausdrücklich bestätigt habe, dass die Türen in dieser geringeren Qualität gebaut werden sollten.

Der Senat hat im Termin zur mündlichen Verhandlung und Durchführung der Beweisaufnahme den vorab angekündigten Beweisbeschluss erlassen (siehe Terminsverfügung vom 21.2.2023, Blatt II 104-106 der Akte) und über diese Behauptungen der Beklagten Beweis erhoben durch Vernehmung der von der Beklagten angebotenen Zeugen und gegenbeweislich der von der Klägerin angebotenen Gegenzeugen.

Nach Durchführung der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die beweisbelastete Beklagte ihre Beweisbehauptungen nicht bewiesen hat und damit für ihre Behauptungen beweisfällig geblieben ist.

Die Beklagte ist beweisbelastet, da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes derjenige die Darlegungs- und Beweislast trägt, der die Abänderung eines bereits geschlossenen Vertrages behauptet (BGH Urteil vom 10.2.2011 zu VII ZR 8/10, Rn. 28 unter Bezugnahme auf BGH Urteil vom 11.10.1994 zu X ZR 30/93, Leitsatz, juris).

Die Beklagte ist beweisfällig geblieben, da die von ihr benannten Zeugen ihre Beweisbehauptungen nicht bestätigt haben.

Gemäß § 286 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Im Rahmen seiner Überzeugungsbildung muss sich der Richter mit einer „persönlichen Gewissheit“ begnügen, welche den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (Greger/Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 286, Rn. 19 mwN.).

Gemessen an diesen Maßstäben vermag sich der Senat nicht die Überzeugung zu bilden, dass die Beweisbehauptungen der Beklagten wahr sind.

Der Zeuge der Beklagten Marinko Ivanda konnte zu beiden Beweisbehauptungen nichts sagen (S. 4 f. des Terminsprotokolls vom 4.5.2023).

Der Zeuge der Beklagten Mario Vukelic, der Bruder des Geschäftsführers der Beklagten, konnte sich an ein Baustellengespräch wenige Tage nach dem 15.4.2015 mit dem Bauleiter Rimac nicht erinnern. Nach seiner Erinnerung war Herr Rimac erst einige Monate später zugegen.

Hinsichtlich des Telefongespräches konnte er sich vage daran erinnern, dass es um die Dimensionen der Maueröffnungen gegangen sei, die nicht zu den Türen der 1. Lieferung gepasst hätten. Das Thema dieses Gespräches sei nicht die Qualität der Türen gewesen, sondern nur deren Größe.

Auch dieser Zeuge hat die Beweisbehauptungen der Beklagten nicht bestätigt.

Zum allgemeinen Geschehen konnte der Zeuge nur noch beitragen, dass aufgrund eines Fehlers hinsichtlich der Abmessungen der Maueröffnungen von der Klägerseite gefordert worden sei, dünnere Zargen zu liefern. An weitere Unterschiede könne er sich jedoch nicht erinnern. Wenn die Zargen dünner würden, würden auch die Türflügel dünner (Seite 5 f. des Terminsprotokolls).

Aus dieser Aussage kann der Senat nicht schließen, dass damit die Parteien den Vertrag in dem Sinne abgeändert haben, dass die Wohnungseingangstüren nicht mehr der Schallschutzklasse 3 entsprechen sollten.

Da beide Zeugen der Beklagten die Beweisbehauptungen nicht bestätigt haben, kam es auf deren Glaubwürdigkeit nicht an.

Im Übrigen sei darauf verwiesen, dass beide Gegenzeugen der Klägerin, Filip Rimac und Daniel Maric, in ihren zeugenschaftlichen Vernehmungen (Seite 6-8 des Terminsprotokolls) den Beweisbehauptungen glaubhaft entgegengetreten sind und nachvollziehbar und überzeugend dargelegt haben, dass sie einer Änderung der Schallschutzklasse 3 niemals zugestimmt hätten, da die Klägerin mit ihrem Hauptauftraggeber eine entsprechende vertragliche Vereinbarung geschlossen hatte, deren Verletzung unweigerlich Gegenansprüche ausgelöst hätte.

Der Senat hat den Geschäftsführer der Beklagten Alen Vukelic vor Vernehmung der Zeugen umfassend gemäß § 141 Absatz 1 ZPO angehört (Seite 3 f. des Terminsprotokolls). In seiner Anhörung hat der Geschäftsführer der Beklagten die Beweisbehauptungen bestä-

tigt. Vor dem Hintergrund der abweichenden Zeugenaussagen der Zeugen der Klägerin und der entgegenstehenden objektiven Interessenlage im Hinblick auf die vertragliche Vereinbarung der Schallschutzklasse 3 der Klägerin mit ihrem Auftraggeber vermag der Senat sich jedoch nicht die Überzeugung zu bilden, dass die Beweisbehauptungen der Wahrheit entsprechen.

Die ernsthaften Zweifel hat die Beklagte nicht ausgeräumt.

Dem Antrag der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz, den Geschäftsführer der Beklagten nochmals persönlich gemäß § 141 ZPO anzuhören, war nicht nachzukommen.

Gemäß § 156 ZPO kann das Gericht die Wiedereröffnung einer Verhandlung, die geschlossen war, anordnen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn gemäß § 156 Abs. 2 ZPO das Gericht einen entscheidungserheblichen und rügbaren Verfahrensfehler, insbesondere eine Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflichten oder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör feststellt.

Entsprechende Gründe lassen sich der Begründung in dem nachgelassenen Schriftsatz nicht entnehmen.

Die Beklagte trägt vor, dass ihr Geschäftsführer die Beweisfragen, die ihm ins Kroatische übersetzt worden seien, nicht richtig verstanden habe. Er habe sich unter Druck gesetzt gefühlt, nur diese Fragen beantworten zu müssen. Diese Fragen seien aber gar nicht so gestellt worden, wie er den Sachverhalt hätte schildern wollen. Dadurch habe er nicht die Möglichkeit gab, dem Verlauf des Projekts, wie er sich für ihn dargestellt habe, angefangen von der Auftragserteilung, über die geführten Besprechungen, über die vertraglichen Veränderungen, über die Kontrollen und Ausführungen vor Ort bis zum fertigen Einbau der Nachbegutachtung so zu schildern, wie es abgelaufen und schriftsätzlich vorgetragen worden sei.

Insbesondere hätte er die sehr wohl stattgefundenen Gespräche zum Schallschutz der Türen, den die erstgelieferten schmalere Türen unstreitig hatten, sowie zu seinem Hinweis auf höhere Kosten bei den breiteren Türen genauer geschildert, insbesondere zum Einverständnis der Klägerin und deren Aufforderung, so wie erfolgt, zu verfahren. Die richterlich gestellten Fragen und wörtlichen Übersetzungen der Fragen haben ihm aus seiner Sicht

nicht die Möglichkeit gelassen, die Abläufe auch aus freien Stücken zu schildern. Er meinte, die Fragen nur ganz eng beantworten zu müssen.

Diese Begründung deckt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf. Der Senat hat in seiner Besetzung den Geschäftsführer der Beklagten vor Durchführung der Beweisaufnahme ruhig, sachlich und ausführlich angehört und immer wieder sachdienliche Nachfragen gestellt. Sämtliche Erklärungen des Geschäftsführers sind nochmals vorgelesen und jeweils von ihm genehmigt worden. Die Anhörung erfolgte über einen gerichtlich bestellten Dolmetscher über die kroatische Sprache. Soweit er nunmehr vorträgt, er habe sich unter Druck gesetzt gefühlt, lässt sich diese Selbsteinschätzung nicht im Einklang bringen mit der Wahrnehmung des Senats, der nicht den Eindruck gewonnen hat, dass der Geschäftsführer der Beklagten sich unter Druck gesetzt gefühlt hat. Darüber hinaus sei angemerkt, dass die Prozessbevollmächtigte der Beklagten in diesem Termin selbst der kroatischen Sprache mächtig ist und zu keinem Zeitpunkt den Senat darauf hingewiesen hat, dass der Geschäftsführer der Beklagten noch viel mehr erklären möchte. Im Übrigen erschließt sich dem Senat nicht, warum er den Geschäftsführer der Beklagten nochmals anhören soll, damit dieser nochmals detaillierter den Bauablauf schildern könne. Wenn die Beklagte der Auffassung sei, dass sich aus einer detaillierteren Schilderung des Bauablaufes eine Änderung der Sach- und Rechtslage ergäbe, so wäre es zunächst nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen geboten, dass die Beklagte die von ihr selbst vermissende detailliertere Schilderung des Bauablaufes zunächst schriftsätzlich vorträgt. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, eine Partei nur deshalb persönlich anzuhören, damit ein entsprechender schriftätzlicher Vortrag zur Vorbereitung des Termins nicht erfolgen muss.

Dem Vortrag lässt sich auch nicht entnehmen, aus welchen Gründen eine erneute persönliche Anhörung des Geschäftsführers der Beklagten dazu führen würde, dass die erheblichen und ernsthaften Zweifel des Senats an den Beweisbehauptungen ausgeräumt werden würden.

Die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung gemäß § 156 ZPO ist auch nicht deshalb geboten, weil die Beklagte im nachgelassenen Schriftsatz die Vernehmung des Zeugen Predrag Malcic, (zu laden über die Beklagte) zum Beweisthema zu Nummer 1. be-

antrag, der bei der beweisgegenständlichen Besprechung zugegen gewesen sei.

Die Beklagte ist mit diesem neuen Verteidigungsmittel gemäß §§ 530, 531 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen, da keine Zulassungsgründe im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO vorgetragen werden. Dem Geschäftsführer der Beklagten war von Anfang an aus eigener, unmittelbarer, Kenntnis bekannt, dass der Mitarbeiter der Beklagten Predrag Malcic bei der behaupteten Baubesprechung zugegen gewesen sein soll. Die Nichtbenennung dieses Zeugen beruht daher auf der Nachlässigkeit der Beklagten im Sinne des § 531 Abs. 2 Nummer 3 ZPO.

cc)

Die Vorschrift des § 640 Abs. 3 BGB streitet nicht zugunsten der Beklagten, da es bei der Abnahme der Wohnungseingangstüren an einer Kenntnis der Klägerin von dem Nichterreichen der Schallschutzklasse 3 fehlt. Für eine entsprechende Annahme fehlen zureichende Anhaltspunkte. Auch die Beweisaufnahme hat – soweit die Zeugen das Randgeschehen geschildert haben – nicht ergeben, dass die Klägerin Kenntnis von einem Nichterreichen des Schallschutzes der Klasse 3 hatte. Hiergegen spricht bereits, dass sie zur Klärung des von ihrem Auftraggeber festgestellten fehlenden Schallschutzes insgesamt 3 Schallschutzgutachten eingeholt hat, bis endlich die Ursache feststand. Zudem hat der Zeuge Maric glaubhaft ausgeführt, dass optisch nicht zu erkennen war, ob die Schallschutzanforderungen erfüllt werden (siehe Seite 8 des Terminsprotokolls).

dd)

Die Klägerin hat dem Beklagten mit E-Mail vom 29.9.2016 erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bis zum 15.10.2016 (Anlage K8) gesetzt, §§ 634 Nummer 4, 280 Abs. 1 Satz 1, 286 Abs. 1 Satz 1 BGB.

b) Anspruch der Höhe nach

Der Anspruch ist auch der Höhe nach begründet.

Der Senat hat gemäß Ziffer 3 des Beweisbeschlusses vom 4.5.2023 (siehe Seite 2 f. des Terminsprotokolls) Beweis erhoben über die Behauptung der Klägerin, dass ihre Auftraggeberin wegen der nicht schallschutzgerechten Wohnungseingangstüren einen Einbehalt in Höhe von 200.000 € netto vorgenommen habe.

Nach Durchführung der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass diese Beweisbehauptung wahr ist.

Der Zeuge der Klägerin Rimac hat glaubhaft ausgesagt, dass er sich genau erinnern können, dass der Einbehalt hinsichtlich der streitgegenständlichen Wohnungseingangstüren sich auf 200.000 €, vielleicht mehr, belaufen habe. Der Bauherr habe über eine Drittfirma neue Türen einbauen lassen. Wie es hinsichtlich des Einbehalts weitergegangen sei, könne er jedoch nicht sagen (Seite 6 des Terminsprotokolls).

Der Zeuge der Klägerin Maric, der für ihr die Buchführung gemacht hat, hat glaubhaft bekundet, dass er aus eigener Wahrnehmung sagen könne, dass der Auftraggeber der Klägerin 200.000 € wegen der mangelhaften Wohnungseingangstüren einbehalten habe. Sie hätten sich nachfolgend dahingehend verständigt, dass es bei dem Einbehalt von 200.000 € bleiben solle. Nachfolgend hat der Auftraggeber die Türen selbst austauschen lassen (Seite 8 f. des Terminsprotokolls).

Der Zeuge der Klägerin Frohne, der damals bei der Trockland Management GmbH angestellt gewesen sei, die wiederum einen entsprechenden Assetmanagementvertrag mit der Auftraggeberin der Klägerin, der Trockland V GmbH, gehabt habe, hat glaubhaft bekundet, dass die Auftraggeberin 200.000 € wegen des fehlenden Schallschutzes an den Wohnungseingangstüren einbehalten habe. Nach Ablauf der Fristen zur Nachbesserung sei bei der Schlussrechnungsprüfung eine Schlussrechnungsvereinbarung in dem Sinne getroffen worden, dass es dauerhaft bei dem Abzug der 200.000 € verbleiben sollte (Seite 9 f. des Terminsprotokolls).

Nach diesen Zeugenaussagen hat der Senat keinen Zweifel, dass der Klägerin durch den dauerhaften Einbehalt von 200.000 € durch ihre Auftraggeberin wegen des mangelhaften Schallschutzes der von der Beklagten eingebauten Wohnungseingangstüren ein entsprechender Schaden entstanden ist.

2.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen weiteren Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 6900 € wegen vorgerichtlicher Gutachterkosten als notwendige Rechtsverfolgungskosten gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Die Klägerin hat unstreitig 6.900 € an Gutachterkosten aufgewendet, um die Frage des unzureichenden Schallschutzes an den Wohnungseingangstüren zu klären. Diese Kosten sind als notwendige Rechtsverfolgungskosten ersatzfähig.

3.

Über die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit behaupteten Restwerklohnforderungen in Höhe von insgesamt 29.485 € war nicht zu entscheiden, da die Aufrechnungserklärung gemäß § 533 ZPO nicht zulässig ist.

Es fehlt sowohl an den Voraussetzungen des § 533 Nummer 1 ZPO als auch an den Voraussetzungen der Nummer 2 ZPO.

Die Klägerin hat in die Aufrechnungserklärung nicht im Sinne des § 533 Nummer 1 ZPO eingewilligt. Eine ausdrückliche Einwilligung hat die Klägerin nicht erklärt. Die Einwilligung ist auch nicht gemäß §§ 533, 525, 267 ZPO zu vermuten, da sich die Klägerin nicht in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2023 auf die Aufrechnung eingelassen hat.

Die Zulassung der Aufrechnungserklärung hält der Senat auch nicht gemäß § 533 Nummer 1 ZPO für sachdienlich. Für die Frage der Sachdienlichkeit ist von Bedeutung, ob die Aufrechnung geeignet ist, den Streit zwischen den Parteien endgültig und alsbald auszuräumen. Maßgeblich ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit (Heßler/Zöller, § 533, Randnummer 10 mwN.).

Hier ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Aufrechnung mit einer mittlerweile seit mehreren Jahren verjährten Werklohnforderung geltend macht. Ihre Nichtberücksichtigung

führt daher nicht dazu, dass damit ein neuer Rechtsstreit zwischen den Parteien entsteht, da es für die Beklagte aus wirtschaftlicher Sicht keinen Sinn macht, eine neue Klage aufgrund einer längst verjährten Werklohnforderung zu erheben.

Darüber hinaus liegen die Voraussetzungen nach § 533 Nummer 2 ZPO nicht vor.

Die Klärung der Frage, ob die Hilfsaufrechnung durchgreift, hängt nicht von Tatsachen ab, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrundelegen hat. Sowohl die Restwerklohnforderungen der Beklagten als auch die im nachgelassenen Schriftsatz dargelegten Gegenforderungen der Klägerin waren bislang nicht Gegenstand des nunmehr seit 6 Jahren andauernden Rechtsstreits. Es handelt sich demnach um neue Tatsachen im Sinne des § 529 Abs. 1 Nummer 2 ZPO, deren Berücksichtigung nur im Rahmen von § § 530, 531 ZPO zulässig ist.

Die hilfsweise erklärte Aufrechnung hat die Beklagte als Verteidigungsmittel im Sinne des § 530 ZPO entgegen den § § 520 und 521 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht, so dass § 296 Abs. 1 und 4 ZPO entsprechend gilt. Nach der freien Überzeugung des Senats würde die Zulassung dieses Vorbringens den Rechtsstreit verzögern, da der Senat dann die Wiederaufnahme des bereits geschlossenen Verfahrens gemäß § 156 ZPO anordnen und einen neuen Termin zur erneuten mündlichen Verhandlung anberaumen müsste.

Darüber hinaus liegen auch die Voraussetzungen der Präklusionsvorschrift des § 531 ZPO vor. Zulassungsgründe nach § 531 Abs. 2 ZPO werden von der Beklagte nicht dargelegt.

Der Antrag der Beklagten auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung aufgrund des Vortrages der Klägerin im Schriftsatz vom 25.5.2023 ist nicht begründet, da die Voraussetzungen hierfür nach § 156 ZPO nicht vorliegen. Für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung besteht nach dem pflichtgemäßen Ermessens des Senats kein Anlass, da nach den obigen Ausführungen Entscheidungsreife besteht, ohne dass die Beklagte im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs hierzu replizieren muss.

Auch für die Gewährung einer Stellungnahmefrist bis zum 30.6.2023 besteht kein Grund, da der Senat über die Hilfsaufrechnung nicht entscheidet, so dass es nicht darauf an-

kommt, ob die Hilfsaufrechnung begründet ist.

4.

Der Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins-satz seit Rechtshängigkeit (7.2.2018) folgt aus § § 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

5.

Der Anspruch auf Freistellung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe eines Betrages von 2.792,90 € folgt als Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung aus § § 286 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 2 BGB, da die Klägerin ihre Prozessbevollmächtigten erst beauftragt hat, nachdem sie zuvor die Beklagte mit entsprechender Mahnung in Verzug gesetzt hat.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § § 97 Abs. 1, 91 Abs. 1, 708 Nummer 10, 711 ZPO.

Kuhnke
Richter am Kammergericht

Verkündet am 13.06.2023

Schmidt, JBesch
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Für die Richtigkeit der Abschrift
Berlin, 14.06.2023

Schmidt, JBesch
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle