

---

**Datum:** 17.05.2011  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 23. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-23 U 106/10  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2011:0517:I23U106.10.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 7 O 241/09  
**Nachinstanz:** Bundesgerichtshof, VII ZR 134/11

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25.5.2010 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.650 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.4.2009 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche über 5.650 € hinausgehenden Aufwendungen zu ersetzen, die dadurch entstanden sind oder noch entstehen werden, dass in der der Klägerin gehörenden Doppelhaushälfte mit Garage,

A d S, R, die Decke durch die Firma S und P GmbH, T, M nicht fach-gerecht verputzt worden ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Gründe:

Der Senat sieht von einer Darstellung des Tatbestandes gemäß § 540 Abs. 2, 313 a ZPO ab. 2

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache nur wegen eines Teils des Zinsanspruches und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung eines Kostenvorschusses von 5.650 € wegen Mängel der Putzarbeiten im Hause A d S in R verurteilt und dem Antrag auf Feststellung der Erstattungspflicht etwaig darüberhinausgehender Mangelbeseitigungskosten stattgegeben. Eine Feststellung einer Schadensersatzpflicht ist bezüglich des geltend gemachten Anspruches aus § 633 Abs. 3 BGB nicht gerechtfertigt. Die Beklagte schuldet auch keine Erstattung von 775,64 € vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und befindet sich erst seit dem 30.4.2009 in Verzug. 3

Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind mit Ausnahme der Verjährungsvorschriften (Art. 229 § 6 EGBGB) die bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches anwendbar (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). 4

I. 5

Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Kostenvorschusses von 5.650 € beruht auf § 633 Abs. 3 BGB. 6

1. 7

Die Putzarbeiten in dem, von der Beklagten errichteten Haus, sind mangelhaft ausgeführt, § 633 BGB. Unstreitig ist, dass sich in der Küche und im Flur des Hauses Ende 2007 Putzflächen von den Decken lösten und herabfielen. Der Sachverständige Dr. F hat dies im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens (LG Düsseldorf, 7 OH 9/08) untersucht und festgestellt, dass sich neben den bereits abgelösten Putzflächen weitere Putzbereiche mit Hohlstellen fanden. Es fehlte, so führte der Gutachter aus, auf einer Gesamtläche von ca. 9 m<sup>2</sup> der Haftverbund zwischen Decke und Putz. Ursächlich hierfür ist nach Einschätzung des Sachverständigen eine fehlerhafte Verarbeitung des Materials sowie eine nicht vollständige Entfernung von Betongraten vor Auftragen des Putzes. Die Ausführungen des Sachverständigen zu der mangelhaften Herstellung des Putzes werden von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. 8

2. 9

Die Beklagte befindet sich mit der Mangelbeseitigung in Verzug. Mit Schreiben vom 31.3.2009 verlangte die Klägerin, dass die Beklagte die von dem Sachverständigen Dr. F festgestellten Mängel bis zum 30.4.2009 beseitigt. Die Beklagte hat die geforderte Mangelbeseitigung nicht ausgeführt. 10

3. 11

Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt, weil gemäß § 634a Abs. 3 BGB die allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 199 BGB anwendbar sind, mit der Folge, dass der Lauf der Verjährungsfrist erst Ende des Jahres 2007 begann und die Frist durch das im Jahre 2008 eingeleitete selbständige Beweisverfahren und die Klageerhebung im Jahre 2009 gehemmt wurde. 12

a)

Hinsichtlich der Verjährung gelten die Vorschriften des BGB in der seit dem 1.1.2002 geltenden Fassung. Die Regelung des Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB über die Geltung des neuen Verjährungsrechts für Ansprüche aus vor dem 1. Januar 2002 entstandenen Schuldverhältnissen ist nicht auf am 1. Januar 2002 bereits bestehende Ansprüche beschränkt, sondern erstreckt sich - erst recht - auf solche Ansprüche, die aus früheren Schuldverhältnissen herrühren, aber nach dem 1. Januar 2002 entstanden sind (BGH, Urt. v. 26.10.2005, VIII ZR 359/04, NJW 2006, 44; BGH, Urt. v. 19.1.2005, VIII ZR 114/04, NJW 2005, 739 = BGHZ 162, 30). Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche begann daher mit der am 4.3.2002 durchgeführten Abnahme der Bauleistungen der Beklagten, § 634a Abs. 2 BGB. Die fünfjährige Verjährungsfrist endete mit Ablauf des 4.3.2007. Der Lauf der Frist wurde unstreitig nicht gehemmt. Der Mangel selbst ist nach dem Vorbringen der Klägerin erst nach Fristablauf festgestellt worden. 14

b)

Der Anspruch der Klägerin ist aber nicht verjährt, weil nicht die Verjährungsfrist des § 634a Abs. 2 BGB, sondern die allgemeine Frist des § 195 BGB anzuwenden ist. Abweichend von der Regelung des § 634a Abs. 2 BGB gilt nämlich die regelmäßige Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. § 634a Abs. 3 BGB. Eine der Arglist gleichzusetzenden Verletzung der Organisationspflichten durch die Beklagte liegt hier vor. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB begann gemäß § 199 BGB mit Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Da die Klägerin erst im Jahre 2007 von den Putzmängeln erfuhr, begann die Verjährung bei Anwendung der allgemeinen Verjährungsvorschriften erst mit Ablauf des Jahres 2007 und wurde durch das von der Klägerin im Jahre 2008 eingeleitete selbständige Beweisverfahren und die im Jahre 2009 erhobene Klage gehemmt. 15

aa) Die Beklagte hatte bei Abnahme von den Mängeln des Putzes keine positive Kenntnis. Die Arbeiten waren von einem von der Beklagten beauftragten Subunternehmer ausgeführt worden, ohne dass die mangelhafte Ausführung der Arbeiten von der Beklagten bemerkt worden wäre. Unter diesem Aspekt scheidet eine Arglist daher aus. 17

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ein Unternehmer so behandelt, als sei er arglistig, wenn er seine Organisationspflichten bei der Herstellung und Abnahme des Bauwerks verletzt hat und infolge dieser Verletzung ein Mangel nicht erkannt worden ist (BGH, Urt. v. 12.3.1992, VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318; Urt. v. 30.11.2004, X ZR 43/03, BauR 2005, 550; BGH Urt. v. 11.10.2007, VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32 = BauR 2008, 60; BGH Urt. v. 27.11.2008, VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55 = BauR 2009, 515). Der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob dieses bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies, verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Denn der Besteller ist dann so zu stellen, als wäre der Mangel dem Unternehmer bei Ablieferung des Werkes bekannt gewesen. Anknüpfungspunkt für die Anwendung der allgemeinen Verjährungsvorschriften ist die Verletzung der Organisationspflicht des mit der Herstellung beauftragten Unternehmers. Dieser kann sich seiner vertraglichen Offenbarungspflicht bei Ablieferung des fertigen Werkes nicht dadurch entziehen, dass er sich unwissend hält oder sich keiner Gehilfen bei der Erfüllung dieser 18

Pflicht bedient. Er ist daher gehalten, den Herstellungsprozess angemessen zu überwachen und das Werk vor Abnahme auf Mangelfreiheit zu überprüfen. Er muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das fertiggestellte Werk bei Ablieferung den vertraglichen Vereinbarungen entspricht und keine Fehler aufweist. Die aufgezeigte Gleichsetzung der Haftung wegen der Verletzung von Organisationspflichten mit der Arglisthaftung ist nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn dem Unternehmer vorgeworfen werden kann, er habe eine Überwachung der ausgeführten Arbeiten nicht vorgenommen, um die Arglisthaftung wissentlich zu vermeiden oder er habe jedenfalls die Augen davor verschlossen, dass er durch seine Organisation keinen Repräsentanten hat, dessen Wissen er sich zurechnen lassen muss (BGH, Urt. v. 22.7.2010, VII ZR 77/08, BauR 2010, 1959).

Diese Voraussetzungen der Gleichsetzung von pflichtwidrig unterlassener Organisation mit der Arglisthaftung liegen hier vor. Die Beklagte hat eine Überwachung von Bauleistungen weder selbst ausgeführt noch deren Ausführung durch Dritte organisiert. Die Beklagte hat in der ersten Instanz ausgeführt, dass sie ein fachlich geeignetes Unternehmen mit der Ausführung der Putzarbeiten beauftragt hat. Zur Überwachung der Arbeiten hat sie jedoch keine Angaben gemacht, obwohl das Landgericht auf die Notwendigkeit eines Sachvortrages im Termin vom 1.12.2009 hingewiesen hat. Auch in der Berufungsinstanz hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass sie eine Bauleitung oder Bauüberwachung eingesetzt hätte. Es kommt insoweit nicht auf die Frage an, ob die Art des Mangels den Schluss auf eine unzureichende Bauleitung oder auf den Einsatz fachlich ungeeigneter Bauüberwacher zulässt. Denn einer solchen Schlussfolgerung bedarf es nicht, weil die Beklagte den Einsatz einer Bauleitung oder Bauüberwachung nicht behauptet hat, es also feststeht, dass die Beklagte sich bewusst unwissend über die Qualität der Bauausführung gehalten hat.

19

cc) Die Beklagte kann sich auch nicht damit entlasten, Arbeiten eines Putzunternehmens seien als einfache Tätigkeiten nicht ständig zu überwachen. Die Organisationspflichtverletzung führt nur dann zu einer verlängerten Haftung des Unternehmers, wenn der Mangel bei richtiger Organisation erkannt worden wäre (Senat, Urt. v. 20.10.2006, 23 U 76/06, BauR 2007, 157 [LS]). Dies wiederum setzt voraus, dass die Beklagte bei richtiger Organisation die Arbeiten des Subunternehmers hätte prüfen müssen. Dies ist der Fall. Es kommt nicht auf die Frage an, ob einfache Putzarbeiten durch einen qualifizierten Unternehmer während der gesamten Arbeitszeit zu überwachen sind. Denn auch wenn der Unternehmer an anderen Baustellen beanstandungsfrei gearbeitet hatte, musste die Beklagte zumindest stichprobenartig kontrollieren, ob die erforderliche Qualität der Arbeitsausführung auch vorliegend eingehalten wurde. Dazu hätte es einer Kontrolle während der Arbeiten oder mindestens zum Abschluss der Arbeiten bedurft. Bei Einsatz einer Bauleitung wären die Mängel der Arbeiten aufgefallen. Der Sachverständige Dr. F hat ausgeführt, dass schon aufgrund der zu glatten Putzoberfläche bei einer Prüfung der Werkleistungen erkennbar war, dass die ausgeführten Arbeiten nicht nach den allgemeinen Regeln der Technik ausgeführt sein konnten. Insoweit hat der Sachverständige seine erste Einschätzung zur Erkennbarkeit der Mängel des Putzes relativiert. Zudem hätten die nicht entfernten Betonrate bei einer stichprobenartigen Prüfung bereits vor Beginn der Arbeiten erkannt werden können. Weil Betonrate vorhanden waren, hätte ein Bauleiter vor Beginn der Arbeiten des Subunternehmers auf die Notwendigkeit der Entfernung hinweisen müssen oder wegen seiner Kenntnis über die Betonrate nach Arbeitsausführung kontrollieren müssen, ob diese entfernt worden waren. Durch eine einfache, aber notwendige Nachfrage hätte ein Bauleiter Feststellungen zur Qualität der ausgeführten Putzarbeiten treffen können.

20

II.

21

|   |    |
|---|----|
| Dem Feststellungsantrag wegen etwaiger weitergehender Kosten der Mangelbeseitigung hat das Landgericht zutreffend entsprochen. Soweit der Antrag sich auf den Ersatz etwaiger Schäden bezieht, ist dem entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht zu entsprechen. Der Aufwendungsersatzanspruch erstreckt sich auf den Ersatz sämtlicher im Zusammenhang mit der Mangelbeseitigung entstehender Kosten. Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB wird von der Klägerin, die insoweit auch nicht die Voraussetzungen des § 634 BGB vorträgt, nicht geltend gemacht. Daher kann ein auf Schadensersatz gerichteter Feststellungsantrag nicht zugesprochen werden. | 22 |
| <b>III.</b>   | 23 |
| Die Rechtsanwaltsgebühren schuldet die Beklagte nicht aus Verzug. Denn im Zeitpunkt der Beauftragung der Anwälte und der Tätigkeit befand sich die Beklagte nicht in Verzug. Dieser trat erst nach Ablauf der bis zum 30.4.2009 gesetzten Frist ein.  | 24 |
| <b>IV.</b>  | 25 |
| Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.   | 26 |
| Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Entscheidung verhält sich entgegen der Auffassung der Beklagten in den vom Bundesgerichtshof zuletzt in der Entscheidung vom 22.7.2010 (BGH VII ZR 77/08, BauR 2010, 1959) aufgezeigten Grenzen für die Anwendung der Verjährungsvorschriften.  | 27 |
| Wert des Berufungsverfahrens: bis 10.000 €  | 28 |