
Datum: 10.12.1990
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 41/90
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1990:1210.23U41.90.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 2 O 110/89

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das am 4. Mai 1990 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.552,95 DM zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten der 1. Instanz tragen der Kläger zu 15 % und die Beklagte zu 85 %.

Von den Kosten der Berufungsinstanz werden 81 % der Beklagten und 19 % dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar

Der Kläger ist Höhe von 2.447,05 DM beschwert, die Beklagte ist es in Höhe von 10.552,95 DM.

Entscheidungsgründe:

- Die Berufung ist zulässig, aber nur teilweise begründet. 2
- Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 10.552,95 DM aus § 635 BGB. 3
- Zwischen den Parteien ist ein Werkvertrag über die Errichtung eines Kachelofens durch die Beklagte geschlossen worden. Nach dem von der Beklagten insoweit nicht angegriffenen landgerichtlichen Urteil war ihr Vertragspartner allein der Kläger. Zwar hatte die Beklagte ihr Angebot vom 10.12.1984 auch an die Ehefrau des Klägers gerichtet. Dieses Angebot ist jedoch lediglich von dem Kläger durch dessen Unterschrift angenommen worden. 4
- Die Gewährleistungsansprüche des Klägers ergeben sich aus den §§ 633 f. BGB. 5
- Zwar enthalten die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten unter Ziff. VII von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmungen zur Gewährleistung. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sind jedoch gemäß § 2 Abs. 1 AGBG nicht zum Vertragsinhalt geworden. In dem Angebot selbst findet sich kein ausdrücklicher Hinweis darauf, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen Teil des Angebots der Beklagten sein sollten. Wohl waren die allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Angebotsschreibens abgedruckt. Allein dieser Abdruck auf der Rückseite ist jedoch nicht geeignet, die allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil eines Vertrages werden zu lassen (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 49. Auflage, § 2 AGBG Anm. 2 a). § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG verlangt vielmehr einen ausdrücklichen Hinweis. Im übrigen ist die hier entscheidende Bestimmung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten jedoch auch gemäß § 11 Nr. 10 b AGBG unwirksam. Denn danach soll dem Besteller lediglich ein Recht auf Nachbesserung zustehen. Ihm wird nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten, bei Fehlschlägen der Nachbesserung einen Minderungs- oder Wandlungsanspruch geltend zu machen. Im Gegenteil heißt es in der Bestimmung, daß der Anspruch auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz ausdrücklich ausgeschlossen wird. 6
- Sind danach die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche nicht wirksam durch Ziff. VII AGB modifiziert worden, so sind die Bestimmungen des § 13 Nr. 5 - 7 VOB/B ebenso wenig anwendbar. Auch die Geltung der VOB/B ist nicht wirksam vereinbart worden. Dies ergibt sich schon daraus, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen, in deren Ziff. II auf die Geltung der VOB/B verwiesen wird, nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Im übrigen wäre aber selbst bei Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die VOB/B nicht wirksam gemäß § 2 AGBG in den Vertrag einbezogen worden. Denn auch bei der VOB/B handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Beklagte hätte der Kläger deshalb gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG die Möglichkeit verschaffen müssen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der VOB/B Kenntnis zu nehmen (vgl. OLG Hamm NJW RR 88, 1366; BGH NJW 90, 715). Für die wirksame Einbeziehung in einen Vertrag mit einem Privatmann, der nicht durch einen Architekten vertreten wird, ist zu diesem Zwecke zumindest ein deutlicher Hinweis erforderlich, daß der Text der VOB/B auf Anforderung unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird (vgl. Werner-Pastor, Der Bauprozess, 6. Auflage, Rdnr. 875). Ein derartiger Hinweis wird in Ziff. II AGB nicht erteilt. Schließlich wäre die VOB/B nicht vollständig, sondern nur mit Abänderungen durch die AGB der Beklagten in diesen vereinbart worden, was ebenfalls einer Wirksamkeit entgegensteht (vgl. BGH MDR 1983, 393; BGH BauR 1990, 81 und 207). 7
- Der von der Beklagten errichtete Kachelofen weist Mängel auf. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Ofen entsprechend der neuerdings aufgestellten und bestrittenen Behauptung der 8

Beklagten in erster Linie zur Beheizung der Diele dienen sollte. Denn selbst nach dem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten des Sachverständigen X ist davon auszugehen, daß der Kachelofen in der Lage sein muß, die angeschlossenen Räume bei Temperaturen bis zur Frostgrenze auf bis zu 20°C Raumtemperatur zu erwärmen. Dies ist mit dem von der Beklagten gebauten Kachelofen jedoch nicht möglich, weil er - wie der Sachverständige A anläßlich der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens erklärt hat — nicht entsprechend den Fachregeln aufgebaut worden ist. Zu diesem Ergebnis gelangt im übrigen nicht nur der Sachverständige A. Die Mängel sind vielmehr bereits von dem im Beweissicherungsverfahren tätigen Sachverständigen I in dessen Gutachten festgehalten worden. Letztlich werden die wesentlichen Mängel im Grunde auch in dem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten des Sachverständigen X bestätigt.

Ein wesentlicher Mangel des Ofens besteht nach den Gutachten der Sachverständigen I und A darin, daß die Beklagte den Ofen in den drei Räumlichkeiten - nämlich in der Diele, dem Eßzimmer und dem Wohnzimmer - in unterschiedlichen Höhen errichtet hat, so daß sich auch die Luftgitter, durch die die Konvektionswärme in die Räume abgegeben wird, in unterschiedlichen Höhen befinden. Ein weiterer Mangel besteht darin, daß die Beklagte die in den Fachregeln vorgesehenen Abstände der Kachelverkleidung zu dem Heizeinsatz und den Heizgaszügen nicht eingehalten hat. Insbesondere ist der Abstand der Kachelverkleidung zu dem Heizeinsatz zu gering, so daß die Wärme nicht optimal an die umgebende Luftschicht abgegeben werden kann. Dies wird auch von dem Sachverständigen Q bestätigt, der zwar aufgrund seiner Berechnungen zu dem Ergebnis gelangt, der freie Heizkammerquerschnitt sei zur Beheizung der Räume ausreichend bemessen, alsdann aber ausführt, daß unter strömungstechnischen Gesichtspunkten ein größerer Abstand erforderlich sei. Daß der Kachelofen den an ihn zu stellenden Anforderungen im Wohnzimmer nicht gerecht wird, liegt wesentlich daran, daß der Wanddurchbruch von der Diele zum Wohnzimmer, durch den die Konvektionswärme vom Heizeinsatz zum Wohnzimmer gelangen muß, nicht ausreichend dimensioniert ist. Auch dieser Mangel ist vom Sachverständigen Q in seinem Gutachten bestätigt worden. Die ausreichende Wärmeversorgung für das Wohnzimmer war zwar nach den Ausführungen des Sachverständigen A von Anfang an ein kritischer Punkt, der bei dem jetzt vorhandenen Aufbau der Kachelverkleidung nicht zufriedenstellend gelöst werden konnte. Dies vermag die Beklagte jedoch nicht zu entlasten, da sie als Fachunternehmen den Kläger als Laien auf die sich ergebenden Probleme hätte hinweisen müssen. Nur eine in Kenntnis der Probleme getroffene Entscheidung des Klägers, den Ofen dennoch so wie geschehen zu bauen, ließe eine Haftung der Beklagten für den Mangel entfallen. Daß derartige Hinweise von Seiten der Beklagten erteilt worden wären, ist nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht behauptet.

Angesichts der im wesentlichen übereinstimmenden Ausführungen der Sachverständigen bestand für den Senat keinerlei Veranlassung, entsprechend dem Antrag der Beklagten noch ein weiteres Gutachten zu der Frage der Mangelhaftigkeit des Ofens einzuholen. Eine Pflicht zur Einholung eines weiteren Gutachtens besteht nur in Ausnahmefällen, nämlich bei besonders schwierigen Fragen, bei groben Mängeln der vorhandenen Gutachten und dann, wenn ein neuer Gutachter über überlegene Forschungsmittel verfügt (vgl. BGH VersR 80, 533; VersR 81, 752). Keiner dieser Ausnahmefälle liegt hier vor. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß die Gutachten der Sachverständigen I und A grobe Mängel aufwiesen. Grobe Mängel der beiden Gutachten ergeben sich auch nicht aus dem vorgelegten Privatgutachten des Sachverständigen Q. Zwar beanstandet dieser Sachverständige, daß die Sachverständigen I und A den Wärmebedarf für die Beheizung der drei Räumlichkeiten nicht konkret berechnet und deshalb den erforderlichen freien Heizkammerquerschnitt nach seiner Ansicht zu hoch angesetzt haben. Schon der Ansatz des Sachverständigen Q ist nach den zu

beachtenden Richtlinien für den Kachelofenbau - Ausgabe 1984 -, die von den beiden Sachverständigen I und A mit Recht zugrunde gelegt worden sind, nicht zutreffend. Denn der Wärmebedarf ist lediglich für die Wahl des Heizeinsatzes entscheidend, der hier jedoch schon vorgegeben war, während der freie Heizkammerquerschnitt in Abhängigkeit von der Nennwärmeleistung des Heizeinsatzes und der Heizgaszüge zu ermitteln ist. Je Kilowatt Nennwärmeleistung ist, wie auch der Privatgutachter Q herausgestellt hat, ein freier Heizkammerquerschnitt von 190 bis 250 cm² zugrunde zu legen. Wird dieser Querschnitt nicht eingehalten, so ist dies - wie der Sachverständige A anlässlich der Erläuterung seines Gutachtens ohne weiteres nachvollziehbar dargelegt hat - nachteilig für die angrenzenden Wände und den Heizeinsatz, da sie zu stark aufgeheizt werden und einer erhöhten Abnutzung unterliegen.

Nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen T hat die Beklagte den Kachelofen letztlich auch nicht fachgerecht an den Schornstein angeschlossen. Ein dichter Anschluß, der ein Austreten von Rauchgasen außerhalb des Schornsteins verhindert, ist danach nur gewährleistet, wenn ein Formstein oder ein Rohrfutter verwendet wird, was hier von seiten der Beklagten unstreitig nicht geschehen ist. Wie der Sachverständige anlässlich seiner Ortsbesichtigung durch Abtasten festgestellt hat, ist der von der Beklagten hergestellte Anschluß des Rauchrohrs an die innere Schale des dreischaligen Schornsteins unsauber und nicht richtig abgedichtet. Wie die Beklagte einräumt, hat sie die erforderliche Öffnung teilweise mit einem Schrifthauermeißel gestemmt. Dementsprechend hat der Sachverständige feststellen können, daß der Rand der Öffnung rauh war und Spitzen aufwies. Die Stemmarbeiten und die fehlende Abdichtung hatten zur Folge, daß nach den Feststellungen des Sachverständigen ein Teil der Isolierung zwischen der inneren und der äußeren Schale des Schornsteins oberhalb der Anschlußöffnung fehlt. Naturgemäß hat der Sachverständige dabei nicht den genauen Umfang dieses Schadens feststellen können, da er keinen Einblick in diesen Zwischenraum hatte, sondern ihn lediglich begrenzt abtasten konnte. Soweit, wie er mit seinen Händen tasten konnte, hat der Sachverständige jedoch nach seinen überzeugenden Ausführungen keine Isolierung mehr feststellen können. Außerdem besteht die Gefahr, daß das PLEWA-Rohr des Schornsteins durch die unzulässigen Stemmarbeiten Risse bekommen hat.

11

Ist das Werk der Beklagten danach mangelhaft, so liegen auch die weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 635 BGB vor. Zwar hat der Kläger der Beklagten trotz der mehrfach gesetzten Fristen zur Nachbesserung niemals angedroht, im Falle eines fruchtlosen Fristablaufs eine Mangelbeseitigung durch die Beklagte abzulehnen. Dies war jedoch gemäß § 634 Abs. 2 BGB angesichts der Weigerung der Beklagten, Nachbesserungsarbeiten auszuführen, die zumindest im vorliegenden Rechtsstreit deutlich geworden ist, auch entbehrlich.

12

Der von der Beklagten zu ersetzende Schaden des Klägers beläuft sich auf 10.552,95 DM. Dieser Betrag ist erforderlich, um die vorhandenen Mängel zu beseitigen.

13

Aus dem Gutachten des Sachverständigen A ergeben sich dabei Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 7.296,00 DM. Unberücksichtigt bleiben muß das vom Sachverständigen einkalkulierte zusätzliche Kachelmateriale für 550,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Denn hierbei handelt es sich um sogenannte Sowiesokosten. Das zusätzliche Kachelmateriale ist erforderlich, um die Kachelverkleidungen in der Diele sowie im Eßzimmer entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen zu vergrößern und die Heizkammerdecken in diesen Räumlichkeiten und dem Wohnzimmer auf eine gemeinsame Bauhöhe auszulegen. Die Kosten wären deshalb zusätzlich angefallen, wenn der Kachelofen von vornherein richtig

14

konstruiert worden wäre.

Zwar hat der Sachverständige A anlässlich der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens eine Möglichkeit aufgezeigt, den Ofen auch mit Kosten von ca. 4.000,00 DM in einen funktionsfähigen Zustand zu versetzen. Dennoch ist der Schaden nicht lediglich mit 4.000,00 DM zu bemessen. Denn auf diese Möglichkeit der Mängelbeseitigung kann der Kläger gemäß § 249 BGB nicht verwiesen werden. Sie kann allenfalls als Notlösung angesehen werden, da unter der Dielendecke ein Rohr sichtbar verlegt werden müßte und im übrigen der Mangel des zu geringen Heizkammerquerschnitts nicht beseitigt würde. 15

Zur Beseitigung der vom Sachverständigen T festgestellten Mängel ist darüberhinaus ein Betrag von 3.256,95 DM erforderlich. Dieser Betrag resultiert zum einen aus 2.606,95 DM für den fachgerechten Anschluß des Kachelofens an den Schornstein. Entsprechend den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen geht der Senat davon aus, daß die fehlende Isolierung nicht entsprechend der Darstellung der Beklagten von unten durch Dämmatten ersetzt werden kann. Denn es ist ohne weiteres einleuchtend, daß die Isolierung von oben ersetzt werden muß, weil man von unten nicht feststellen kann, bis zu welcher Höhe die Isolierung zwischen den beiden Schalen des Schornsteins fehlt, und daß es nicht möglich ist, die Dämmatten einwandfrei in dem Zwischenraum hochzuschieben. Entgegen der Annahme des Sachverständigen ist von dem so ermittelten Schadensbetrag kein Abzug in Höhe von 222,13 DM für Sowiesokosten zu machen. Denn der fachgerechte Anschluß an den Schornstein war in dem von den Parteien vereinbarten Preis von 15.000,00 DM enthalten und hätte deshalb keine zusätzlichen Kosten verursacht. Zu ersetzen sind darüberhinaus die Kosten für die Untersuchung des Schornsteins, die der Senat auf der Grundlage der Angaben des Sachverständigen T gemäß § 287 ZPO mit 650,00 DM schätzt. Diese Untersuchungskosten sind von der Beklagten zu ersetzen, da die Untersuchung auf Risse vor einer erneuten Inbetriebnahme des Kachelofens nach den Ausführungen des Sachverständigen unbedingt erforderlich ist. Der Senat geht allerdings davon aus, daß die Untersuchung nicht mit Hilfe einer Kamera erfolgen muß, da der Kachelofen ohnehin von Grund auf neu aufzubauen ist. In diesem Fall kann die Untersuchung nach den Angaben des Sachverständigen T auch mit Hilfe eines Spiegels erfolgen. 16

Ergibt sich danach ein Schadensersatzanspruch des Klägers in Höhe von insgesamt 10.552,95 DM, so ist dieser auch nicht verjährt. Die Verjährungsfrist beläuft sich nämlich entgegen der Ansicht der Beklagten gemäß § 638 BGB auf 5 Jahre. Eine zweijährige Verjährungsfrist gemäß § 13 Nr. 14 VOB/B greift vorliegend mangels wirksamer Vereinbarung der Geltung der VOB/B nicht ein. Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei der Errichtung des Kachelofens auch nicht um Arbeiten an einem Grundstück, für die eine einjährige Verjährungsfrist eingreift, sondern um solche an einem Bauwerk. Zwar ist der Kachelofen erst nachträglich in das Haus des Klägers eingebaut worden, das bereits über eine Heizungsanlage verfügte. Arbeiten an einem Bauwerk sind jedoch nicht nur die Arbeiten anlässlich der Herstellung eines neuen Gebäudes, sondern auch solche Arbeiten, die für die Erneuerung und den Bestand des Hauses von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. BGH NJW 84, 64). Instandsetzungs- und Umbauarbeiten sind jedenfalls dann Arbeiten bei Bauwerken, wenn entsprechende Leistungen bei Neuerrichtung Arbeiten bei Bauwerken wären und wenn sie nach Umfang und Bedeutung solchen Neuarbeiten vergleichbar sind (vgl. BGH NJW 84, 168). Das ist vorliegend der Fall. Für den Einbau des Kachelofens mußte in die Substanz des Hauses eingegriffen werden, indem vorhandene Wände teilweise abgebrochen wurden. Der Kachelofen ist nunmehr fest mit dem Gebäude verbunden und damit ein wesentlicher Bestandteil. Da er die vorhandene Heizung zumindest teilweise ersetzen sollte, hat er für das Haus und seine Benutzbarkeit eine wesentliche Bedeutung. 17

Nach allem ist das landgerichtliche Urteil nur hinsichtlich der Höhe des Anspruchs teilweise abzuändern.	18
Die Entscheidung über die Kosten beruht auf den §§ 91, 92, 97 ZPO. Die Abweichung zwischen den Kostenentscheidungen für die erste und die zweite Instanz ergibt sich daraus, daß die Beweisgebühr in der ersten Instanz nur nach einem Gegenstandswert von 7.550,00 DM entstanden und deshalb voll zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen ist.	19
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.	20
Die Festsetzung der Beschwer erfolgt gemäß § 546 Abs. 2 ZPO.	21
