
Datum: 08.03.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 197/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0308.22U197.99.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 322/98

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das am 6. Oktober 1999 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Wohnungseigentümergeinschaft B-Straße, bestehend aus den Miteigentümern S und S2, L, N und N2, Q und Q2 580,00 DM und 4 % Zinsen seit dem 16.06.1998 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 98 % und der Beklagte zu 2 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien sind durch dieses Urteil wie folgt beschwert:

der Kläger in Höhe von 29.847,61 DM, der Beklagte in Höhe von 580,00 DM.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers hat in nur geringem Umfang Erfolg.

Ihm steht entsprechend § 633 Abs. 3 BGB ein Kostenerstattungsanspruch in Höhe von 580,- DM gegen den Beklagten zu. Im übrigen ist die Klage unbegründet.

Die Aktivlegitimation des Klägers folgt aus § 27 Abs. 2 Ziff. 5 WEG. Danach ist der Verwalter, hier der Kläger, befugt, Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft gerichtlich geltend zu machen, sofern er hierzu durch Beschluß der Eigentümer ermächtigt ist. Unbestritten liegt eine solche Ermächtigung vor.

Nach der Rechtsprechung des BGH kommen auf die Vereinbarung von Herstellungs-/ Instandsetzungsarbeiten im Kaufvertrag werkvertragliche Regelungen jedenfalls entsprechend zur Anwendung (vgl. BGH NJW 1990, 901 Grundstückskaufvertrag mit der Abrede, daß der Verkäufer die Kosten für die Reparatur eines Hagelschadens trägt, vgl. auch BGH NJW 1972, 46). Vergleichbar behandelt der BGH Fälle, in denen im Kaufvertrag die Gewährleistung auf einen Nachbesserungsanspruch beschränkt ist (BGH NJW 1976, 234; NJW 1971, 1793). Hieraus ergibt sich, daß der BGH nicht der Auffassung des OLG Düsseldorf (NJW-RR 1998, 1354, Kopie GA 111, 112) folgt, wonach eine derartige Instandsetzungsabrede keine werkvertragliche (Neben-)Abrede, sondern die Erfüllung der kaufrechtlichen Gewährleistung darstellt. Auch der Senat wendet auf derartige Abreden Werkvertragsrecht an.

Die Anwendung von Werkvertragsrecht gilt auch für die Frage der Verjährung der Gewährleistung. Der Anspruch ist im vorliegenden Fall nicht verjährt. Es gilt die 5 jährige Gewährleistungsfrist des § 638 BGB, nicht § 477 BGB, etwa, weil allein der kaufrechtliche, nicht der werkvertragliche Teil des Vertrages den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt bildet (vgl. BGH NJW 1995, 324, 326). Diese ab der Übergabe am 1.10.1996 beginnende Frist ist durch die Klageerhebung vom 12.10.1998 unterbrochen worden, § 209 BGB. Wenn ausdrückliche Abreden über die rechtliche Abwicklung einer Vertragspflicht fehlen, dürfte vom mutmaßlichen Parteiwillen auszugehen sein, für den der Vertragszweck, die Interessenlage und die Verkehrssitte Anhaltspunkte geben können (Palandt – Heinrichs, BGB, 60. Aufl., Einf v § 305 Rdn 25). Wendet man mit dem BGH die Gewährleistungsvorschriften der §§ 633 ff. BGB (und nicht die §§ 459 ff. BGB) an, ist es allein konsequent, auf § 638 BGB abzustellen. Denn § 638 BGB berücksichtigt – anders als § 477 BGB – die Erfahrung des Geschäfts- und Rechtsverkehrs im Immobilienbereich, daß sich bei der Herstellung/Instandsetzung von Bauwerken Mängel oft erst nach längerer Zeit zeigen. Das ist insbesondere bei der Entwicklung von Feuchtigkeitsschäden so. Wenn die Parteien die Schadensentwicklung im vorliegenden Fall vorausgesehen hätten, hätten sie bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien die längere Verjährungsfrist des § 638 BGB für Bauwerke mit 5 Jahren vereinbart. Die erstinstanzliche Beweisaufnahme mit der Aussage des Zeugen T hat ergeben, daß es den Parteien um eine Dichtigkeit des Daches ging. Deshalb war die Gewährleistungsverpflichtung des Beklagten bezüglich der Dichtigkeit des Daches, falls Feuchtigkeitsschäden verblieben, nicht mit der Verlegung einer neuen Schweißbahn erledigt. Unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Interessen des Klägers an einem dichten Dach und der weiteren vom Beklagten übernommenen Leistungen (Erneuerung der Kellerausgangstür und Instandsetzung des Spiegelzauns an der Grundstücksgrenze) erscheint nicht die vorrangige Anwendung des Kaufrechts bei der Gewährleistung, die im übrigen im Vertrag ausgeschlossen ist, sondern eine Kombination von Kauf- und Werkvertrag interessengerecht, auch wenn die Verjährungsfristen unterschiedlich sind (so

auch OLG Hamburg BauR 1995, 242).

Die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung von § 633 Abs. 3 BGB sind gegeben. 7

Ein Mangel lag auch nach den Arbeiten des Beklagten von August 1996 vor. Nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen X vom 16.2.2001 ergab die Innenbesichtigung der Wohnung Nr. 16 durch den Sachverständigen, daß auch nach der vom Beklagten gemäß § 2 Abs. 3 des notariellen Vertrages des Notars T vom 18.7.1996 in Verbindung mit dem Schreiben des Beklagten vom 17.7.1996 erbrachten Verlegung einer neuen Schweißbahn von dem Dach des Objektes B-Straße im Badezimmer einer Wohnung Feuchtigkeit eingedrungen war. 8

Der gerügte Mangel der Undichtigkeit des Dachs ist nunmehr beseitigt: seit der von der Fa. C2 1998 durchgeführten und unter dem 14.5.1998, GA 24, mit 1192,13 DM abgerechneten Reparatur (Nachdichtung des Dacheinlaufs und des Entlüftungsrohrs vgl. Bild 10 des Gutachtens X) ist nach den Feststellungen des Sachverständigen X Feuchtigkeit aus fehlender Dachabdichtung in die Wohnung nicht mehr eingedrungen. Das hat er nochmals bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Senatstermin bekräftigt. Die abgetrocknete Feuchtigkeit in der Nachbarwohnung neben der Wohnung 16 rühre vom Fenster her, hat er ausgeführt. Weitere Feuchtigkeit sei nicht eingedrungen. 9

Zum Zeitpunkt der Vornahme der Arbeiten der Fa. C2 war der Beklagte mit der Mangelbeseitigung in Verzug: Vor Erbringung der Arbeiten der Fa. C2 hatte der Kläger den Beklagten nämlich erfolglos mündlich, aber auch durch Schreiben vom 18.3.1998 zur Beseitigung aufgefordert. 10

Kostenerstattung kann der Kläger - nach den Feststellungen des Sachverständigen - lediglich in Höhe von 500,- DM plus 16 % Mehrwertsteuer bezüglich der am Bodeneinlauf bzw. Entlüftungsrohr erbrachten Arbeiten verlangen. 11

Die demgegenüber von dem Kläger erhobenen und im Senatstermin vom 8.3.2001 durch das vorgelegte Privatgutachten E vom 7.3.2001 untermauerten Einwände berücksichtigen entweder nicht den vom Beklagten geschuldeten Leistungsumfang oder sie sind wegen Verspätung nicht zuzulassen. 12

Der Beklagte schuldete bei zutreffender Auslegung der vertraglichen Vereinbarung unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen T vor dem Landgericht in Ausnahme vom Gewährleistungsausschluß lediglich die Beseitigung der Undichtigkeit des Dachs durch die Verlegung einer neuen Schweißbahn, nicht die Herstellung eines neuen Dachs oder eine Sanierung, die im Ergebnis der Herstellung eines neuen Dachs gleichkommt. Deshalb konnte der Kläger auch nicht davon ausgehen, daß das bei Vertragsschluß bereits nahezu 30 Jahre alte Flachdach seine Funktion über einen längeren Zeitraum hinweg ohne grundlegende Sanierung der Eigentümer behalten würde. 13

Soweit sich die Rechnung der Fa. C2 vom 14.5.1998 über einen höheren Betrag verhält, handelt es sich um die Aufbringung von Schleppstreifen am Ortgang, die nach der Bewertung des Sachverständigen X in seinem schriftlichen Gutachten und seiner Erläuterung im Senatstermin bereits nicht erforderlich war. 14

Insbesondere kann der Kläger vom Beklagten nicht die Kosten der im Angebot der Fa. C2 vom 28.4.1998 aufgeführten Arbeiten zur Mangelbeseitigung verlangen. Der Sachverständige 15

X hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 16.2.2001 überzeugend folgendes ausgeführt: der bei Vertragsschluß vorhandene und durch eine neue Schweißbahn vom Beklagten ergänzte Dachaufbau einschließlich Wärmedämmung entsprach den im Herstellungsjahr anerkannten Regeln der Technik. Demgegenüber stellen die im Angebot Fa. C2 enthaltenen Dachrandprofile den Stand der Technik 1990 dar, nach der die Dachhaut nicht aufgeklebt, sondern einspannt wird. Für dieses Einklemmen ist eine neue zusätzliche Abdichtungsbahn erforderlich. Der Beklagte habe es aber, so der Sachverständige, für seine Instandsetzungsarbeiten bei den Dachrandprofilen aus dem Jahre 1968 belassen können und habe die wesentliche konstruktive Verbesserung durch neue Dachrandprofile nicht erbringen müssen. Eine Erneuerung der Dachrandprofile oder gar eine umfassende Sanierung des Dachs ist nach dem Vertragsinhalt in Verbindung mit dem Schreiben des Beklagten vom 17.7.1996 bei Vertragsschluß gerade nicht vereinbart worden.

Soweit sich die vom Beklagten nachverlegte Schweißbahn am Ortgang gelöst hat und nachgeklebt werden muß, handelt es sich nicht um einen Mangel des Objekts, sondern um eine ohnehin jährlich erforderliche laufende Unterhaltungsarbeit. Daß die vom Beklagten angebrachte weitere Schweißbahn selbst nicht auf das Aluminiumprofil aufgeklebt worden sei, stelle, so der Sachverständige X überzeugend im Senatstermin vom 8.3.2001, keinen Mangel dar: bei der Aufklebung der neuen sei die alte Bahn auf das Aluminiumprofil wieder aufgeklebt worden; beide Bahnen hätten eine hinreichend feste Verbindung, auch die Anschlüsse der vom Beklagten ausgeführten zusätzlichen Dachabdichtungsbahn seien, wie Bild 10 des Gutachtens X zeigt, hinreichend am Mauerwerk hochgezogen. 16

Erst recht stellt das Angebot der Fa. C GmbH vom 15.5.2000, GA 201 ff., das der Kläger mit Schriftsatz vom 17.7.2000 vorgelegt hat, nach der Bewertung des Sachverständigen eine Totalsanierung entsprechend den neuesten baurechtlichen Vorschriften mit dickeren Wärmedämmschichten und neue größere Dachrandprofile dar und geht weit über die vom Beklagten geschuldeten Instandsetzungsarbeiten hinaus. Bedenkt man, daß der Kaufvertrag vom 18.7.1996 einen Gewährleistungsausschluß unter Schilderung vorangegangener eingehender Besichtigung des Klägers vorsieht und zu diesem die Verpflichtung des Beklagten zu einer ganzflächigen Verlegung einer neuen Schweißbahn als Ausnahme vorsieht, kommt ein weitergehender Instandsetzungsanspruch nicht in Betracht. 17

Soweit der Kläger im Senatstermin vom 8.3.2001 unter Bezugnahme auf das von ihm vorgelegte Privatgutachten vorgetragen hat, die vom Beklagten zusätzlich verlegte Schweißbahn sei in ihrer Gänze nicht hinreichend verklebt und die Wärmedämmung habe wegen Durchfeuchtung des Dampfschichtenpaket keine Funktionsfähigkeit mehr, hat der Senat den Vortrag gemäß §§ 527, 528 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. 18

Diese Rügen sind neue Angriffsmittel, die bisher weder im ersten noch im Berufungsrechtszug vorgebracht worden sind. Ihre Zulassung hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert; der Kläger handelt mit dem Vorbringen erst im Senatstermin vom 8.3.2001 unter Verletzung des § 282 Abs. 1 und 2 ZPO grob nachlässig. 19

In erster Instanz, aber auch im bisherigen Berufungsrechtszug hat der Kläger allein gerügt, das Dach sei undicht, da Feuchte vom Dach in die darunter liegenden Wohnungen gedungen sei. Dieses hat er in der Klagebegründung, GA 11, dem Katalog der Baumängel, GA 100, in der ersten Instanz, in der Berufungsbegründung, GA 171 f., vorgetragen. Soweit er im Schriftsatz vom 20.10.2000 rügte, die Schweißbahn sei nicht fachgerecht verlegt, bezog sich dies - mangels näherer Spezifizierung - offensichtlich auf die Behauptungen im Zusammenhang mit der Undichtigkeit des Dachs. Auch im ersten Senatstermin vom 31.8.2000 und vor dem zweiten Senatstermin vom 8.3.2001 hat der Kläger nur zur 20

Undichtigkeit vorgetragen. Dementsprechend enthält der Beweisbeschluß des Senats vom 4.9.2000 auch allein die Beweisfrage, ob die von der Fa. C2 ausgeführten oder angebotenen Arbeiten zur Behebung der Undichtigkeit des Dachs erforderlich waren/sind. Erst nach Vorliegen des für ihn ungünstigen Gutachtens des Sachverständigen X rügte der Kläger nunmehr im zweiten Senatstermin, daß die vom Beklagten 1996 verlegte zusätzliche Schweißbahn nicht hinreichend verklebt und eine nicht hinreichende Wärmedämmung gegeben sei.

Die Zulassung dieses Vortrags hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert: während 21
ohne Zulassung die Sache entscheidungsreif war, hätte mit der Zulassung die bereits vertagte Sache erneut vertagt werden müssen, um dem Beklagten, der bereits im Termin vom 8.3.2001 die neu behaupteten Mängel bestritten hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; dann hätte über die Mängel ein Gutachten eingeholt werden müssen, um festzustellen, ob der Beklagte die von ihm zusätzlich angebrachte Schweißbahn fehlerhaft verlegt und im übrigen dabei die anerkannten Regeln der Wärmedämmtechnik verletzt hätte.

Gegen die Entscheidungsreife ohne Zulassung des neuen Vortrags spricht nicht, daß der 22
Kläger beantragt hatte, ihm Gelegenheit zu den Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung zu geben. § 285 ZPO sieht (nur) ein mündliches Verhandeln zum Beweisergebnis vor; dieses hat der Kläger getan und das schriftliche Gutachten des Sachverständigen X mit einer Reihe von sachkundigen Vorhaltungen in Zweifel gezogen. Diese Einwände sind hinreichend mit dem Senat und dem Sachverständigen X erörtert und abgeklärt worden. Gelegenheit allein zu einer Nachbesserung eines bereits erörterten Vortrags zu geben, ist der Senat aus § 285 ZPO oder § 370 ZPO nicht verpflichtet.

Die Nichtzulassung des Vortrags setzt gemäß § 528 Abs. 2 ZPO neben der Verzögerung 23
grobe Nachlässigkeit voraus (Baumbach/ Lauterbach/Hartmann, ZPO, 59. Aufl., § 528 Rdn 24; Zöller – Gummer, ZPO, 22. Aufl., § 528 Rdn 18). Diese ist gegeben: der Vortrag nach der ersten Instanz, nach der Berufungsbegründung und dem Zeitraum vor dem zweiten Senatstermin verstößt gegen jede im Prozeß erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße und läßt dasjenige unbeachtet, was jeder Partei eines Streitfalls einleuchten muß (vgl. Baumbach aaO Rdn 22; Zöller aaO Rdn 23). Das Unterlassen verletzt grob nachlässig die Prozeßförderungspflicht des § 282 Abs. 1 ZPO, aber auch die rechtzeitige Mitteilungspflicht des § 282 Abs.2 ZPO gegenüber dem Gegner. Der Kläger hat sich von der Fa. C2 von Anfang an beraten lassen. Bereits diese hatte ihm mitgeteilt, daß die Folie am Dachrand nicht ganzflächig verklebt sei, GA 16, 23; der Kläger hätte die Fa. C2 auch zur Ermittlung weiterer Mängel einschalten können und müssen; die ungenügende durchnässte Wäredämmung wäre dann offenbar geworden. Trotzdem begründete der Kläger die Sanierungskosten der Fa. C2 allein mit der Undichtigkeit des Dachs, nicht mit der fehlenden fachgerechten Verklebung oder Wärmedämmung. Diesen Vortrag hielt er auch in der Berufungsinstanz unverändert aufrecht, als der Senat die Einholung eines Sachverständigengutachtens beschloß. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger in Wahrnehmung der Prozeßförderungspflicht die übrigen Mängel rügen und eine Erweiterung der Beweisfrage beantragen müssen, die zu einer Klärung des Streitstoffs im Senatstermin vom 8.3.2001 geführt hätte.

Die Zinsentscheidung folgt aus § 286 BGB, die Entscheidung bezüglich der Kosten und der 24
vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 92 Abs. 1, 97, 708 Ziff. 10 ZPO.
