
Datum: 20.12.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 25/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:1220.24U25.00.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 364/99

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 13. Januar 2000 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 13.390,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 13.09.2001 zu zahlen, sowie weitere 116,00 DM Zug um Zug gegen Beseitigung der Undichtigkeiten an der nördlichen Eckverbindung der Kunststoffdachrinne am Hause des Klägers.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer beider Parteien beträgt weniger als 60.000,00 DM.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.	1
Entscheidungsgründe	2
A.	3
	4

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses auf zu erwartende Mängelbeseitigungskosten gemäß § 633 Abs.3 iVm § 242 BGB wegen angeblicher Nichteinhaltung der ab 1.1.1995 geltenden Wärmeschutzverordnung (WSVO 95) nicht zu. Das Werk der Beklagten ist in diesem Sinne nicht mangelhaft, auch hat sich die Beratungspflichtverletzung der Beklagten nicht in einem Mangel ausgewirkt. 5

I. 6

Die Beklagte hatte von dem Kläger den im Leistungsverzeichnis vom 26.03.1996 beschriebenen Auftrag, bestimmte Dachdeckerleistungen zu erbringen, u.a. eine 10 cm alukaschierte Glaswolle zwischen die Dachsparren einzubringen und das gesamte Dach neu einzudecken. 7

Eine besondere Vereinbarung zwischen den Parteien, bestimmte Anforderungen oder die Vorgaben der WSVO 95 an den Wärmedurchgangskoeffizienten oder die Luftdichtheit allein durch die Leistungen der Beklagten zu erfüllen, wird nicht vorgetragen. 8

Entgegen der Meinung des Klägers hatte die Beklagte bei diesem Gewerk, das nur einen - wenn auch erheblichen - Teil des Gesamtaufbaus der Dachaußenhülle ausmachte, auch nicht ohne besondere Vereinbarung die Regeln der WSVO 95 einzuhalten. Die Beklagte fand den vorhandenen Dachstuhl mit Sparrendicke und abstand vor und hatte insbesondere an dem Innenausbau der Dachhülle keinerlei Leistungen zu erbringen. Die WSVO 95 schreibt je nach den tatsächlichen Gegebenheiten die Einhaltung bestimmter Werte entweder einer Energiebilanz des gesamten Gebäudes oder des Wärmedurchgangskoeffizienten als Mittelwert für einzelne Bauteile und unter bestimmten Voraussetzungen auch Anforderungen an die Dichtheit vor. Wenn nicht der Unternehmer die Erstellung des Gesamtgebäudes oder des gesamten zu beurteilenden Bauteils schuldet, gelten die Anforderungen der WSVO 95 gewerkeübergreifend. D.h., nicht das einzelne Gewerk als Teil des Gesamtgebäudes oder des zu beurteilenden Bauteils muß als solches die Anforderungen erfüllen, sondern das Gebäude oder der Bauteil, an dem mehrere Unternehmer tätig sind, muß insgesamt der WSVO 95 entsprechen. Deshalb kann die Einhaltung der WSVO 95 für solche isolierten Teilgewerke nicht als technische Regel, die zur Erreichung der Mangelfreiheit einzuhalten wäre, gelten. 9

II. 10

Die Beklagte hatte allerdings eine Hinweis- und Beratungspflicht dahingehend, dass insgesamt bei der Sanierungsmaßnahme des Klägers an der Dachhülle die Regeln der WSVO 95 einzuhalten waren. 11

1.) 12

Diese Pflicht hat die Beklagte in Bezug auf einen einzuhaltenden Wärmedurchgangskoeffizienten nicht erfüllt, da über die WSVO 95 bei den intensiven Vorgesprächen vor der Auftragserteilung über die Anforderungen, die die WSVO 95 an die Gesamtmaßnahme stellt, unstreitig nicht gesprochen wurde. 13

Diese Beratungspflicht traf die Beklagte auch gegenüber dem Kläger. Die Beklagte selbst gibt sich in ihrem Briefkopf auch als Fachunternehmen für Isolierungen aus. Der Kläger war entgegen der Meinung der Beklagten demgegenüber nicht derart fachkundig, dass er keiner 14

Beratung mehr bedurft hätte. Unstreitig sind der Festlegung des Auftragsumfangs Gespräche über mehrere Stunden vorausgegangen. Das ist kaum denkbar, wenn der Auftraggeber derart fachkundig ist, dass er deshalb genau weiß, was er will. Die von der Beklagten vorgelegten Briefe des Klägers, auf deren Kopf es heißt: "Technisches Büro für Bauwesen; Sachverständigenbüro" können nicht herangezogen werden. Sie sind sämtlich erst nach der Beauftragung geschrieben worden und können irgendwelche Kenntnisse der Beklagten über das Wissen des Klägers zum Zeitpunkt der Beratungspflicht vor Auftragsfestlegung nicht beeinflusst haben. Im Übrigen hat ein Fachunternehmen auch gegenüber einem fachkundigen oder anderweitig fachkundig beratenen Auftraggeber dennoch in gewissem Umfang Prüfungs- und Hinweispflichten, jedenfalls darf es nicht sehenden Auges mangelhafte oder möglicherweise unzureichende Planung umsetzen.

Gerade weil der Unternehmer eines Teilgewerkes nicht isoliert an die Vorgaben der WSVÖ 95 gebunden ist, trifft ihn - insbesondere gegenüber einem auf diesem Gebiet nicht fachkundigen Auftraggeber - eine besondere Pflicht, vor Festlegung des Auftragsumfangs darauf hinzuweisen, dass sich dieser auch an der Erreichung der Vorgaben der WSVÖ 95 für die Gesamtmaßnahme zu orientieren hat. Dadurch ist dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, die jeweiligen Einzelgewerke entsprechend zu planen oder planen zu lassen, um das Gesamtziel zu erreichen. Er muß also in die Lage versetzt werden, z.B. eine bessere Dämmung einbauen zu lassen, auch wenn damit möglicherweise das Aufdoppeln von Sparren o.ä. verbunden ist, oder den Innenausbau so zu gestalten, dass dieser verstärkt zur Isolierung beiträgt.

2.) 16

Die Verletzung der Beratungspflicht in Bezug auf einen einzuhaltenden Wärmedurchgangskoeffizienten hat aber nicht zu einem Verstoß gegen die WSVÖ 95 bei der Sanierungsmaßnahme des Klägers geführt. 17

Der gemäß § 8 Abs. 2 iVm Anlage 3 Nr. 3 a Tabelle 1 Spalte 3 WSVÖ 95 einzuhaltende Wärmedurchgangskoeffizient (k-Wert) von 0,30 ist hier eingehalten. 18

Nach dem Vortrag in der Klageschrift handelte es sich bei der Baumaßnahme des Klägers um eine Sanierung des Daches gemäß § 8 Abs. 2 WSVÖ 95, bei der der kWert von 0,30 einzuhalten ist. Der Senat hat durch den Sachverständigen Dipl.-Ing. B überprüfen lassen, ob die tatsächlichen technischen Voraussetzungen für die Anwendung der WSVÖ 95 vorlagen. Der Sachverständige hat festgestellt, dass hier eine Maßnahme in einem Umfang durchgeführt wurde, bei der die Anforderungen des § 8 Abs. 2 iVm. Anlage 3 WSVÖ 95 zu erfüllen waren. 19

Weiter hat der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten, das er mündlich vor dem Senat erläutert hat, für den Senat überzeugend dargelegt, dass hier die gesamte Dachaußenhülle einen k-Wert von 0,280 hat. Dabei hat er eine Dicke der von der Beklagten eingebrachten Wärmedämmung von 10 cm der Berechnung zugrunde gelegt. Es kommt deshalb auf den im Laufe des Verfahrens aufgekommenen Streit, ob die Beklagte - überobligationsmäßig - 12 cm Wärmedämmung eingebracht hat, nicht an. 20

Die Meinung des Klägers, der Sachverständige habe keinen Mittelwert für die gesamte Dachhülle bilden dürfen, trifft nicht zu. Wie eingangs dieses Urteils ausgeführt, schreibt die WSVÖ 95 in der Regel eine Energiebilanz des gesamten Gebäudes vor. Dabei kommt es in keiner Weise auf k-Werte einzelner Bauteile oder gar Teile von Bauteilen an. Gemäß § 8 Abs. 2 WSVÖ 95 gilt bei baulichen Änderungen bestehender Gebäude, soweit es sich um eine 21

Sanierung und nicht Erweiterung handelt, das Bauteilverfahren, wobei Anforderungen an den k-Wert des von der Sanierung betroffenen Bauteils zu erfüllen sind. Bei der Sanierung der Dachhaut - im Umfang von mehr als 20 % - sind die Anforderungen der Anlage 3 einzuhalten. Nach deren Tabelle 1 ist von dem "Bauteil" der dort bestimmte k-Wert nicht zu überschreiten. Bauteil ist aber entgegen der Meinung des Klägers nicht nur das Gewerk der Beklagten, sondern die gesamte Dachhülle seines Hauses, die von den Arbeiten der Beklagten betroffen war. Diese Dachhülle setzt sich horizontal auch aus den Sparren und der dazwischenliegenden Wärmedämmung und vertikal auch aus dem unter den Sparren angebrachten Innenausbau zusammen. Deshalb sind auch diese Teile gemeinsam mit den Leistungen der Beklagten bei der Berechnung des k-Wertes des Bauteils Dachhülle zu berücksichtigen. Auch die vom Kläger vorgelegte Stellungnahme des Dipl.-Ing. F sagt nichts anderes. Auch dort heißt es, dass der "geforderte Mindestwert für die gegenständliche Dachfläche" (Unterstreichung durch das Gericht) 0,30 beträgt. Weiter heißt es, dass eine "Mischrechnung" für die "Mittelung innerhalb eines Bauteils zulässig" sei, "wie z.B. für die Berücksichtigung von Balken und Gefächbereich". Nichts anderes hat der Sachverständige B hier gemacht. Er hat unstreitig seiner Berechnung die Dachfläche zugrunde gelegt, die von den Arbeiten der Beklagten betroffen war. Der Kläger hatte zunächst auch nur bemängelt, dass der Sachverständige nicht auch die Giebelwände in seine Berechnung einbezogen hatte. Diese gehören nicht zu dem Bauteil gemäß Tabelle 1 der Anlage 3 der WSVO 95, an dem die Beklagte gearbeitet hat, schon gar nicht nach der nunmehr vom Kläger vertretenen noch viel engeren Definition.

3.) 22

Die Verletzung der Beratungspflicht hat sich auch in Bezug auf Anforderungen an die Luftdichtheit der Gebäudehülle gemäß § 4 WSVO 95 nicht ausgewirkt, weil bei der vom Kläger durchgeführten Baumaßnahme keine solchen Anforderungen von der WSVO 95 gestellt werden. 23

§ 4 WSVO ist bei der Sanierung eines bestehenden Gebäudes gemäß § 8 Abs. 2 WSVO 95 nicht anzuwenden. Es werden allein die in § 8 Abs. 2 beschriebenen Anforderungen an den k-Wert gestellt, nicht aber Anforderungen an die Dichtheit. 24

B. 25

Die Widerklage der Beklagten hat im Wesentlichen Erfolg. 26

I. 27

Die erst gegen Ende des Berufungsverfahrens erhobene Widerklage ist sachdienlich, da sie den Streit der Parteien endgültig einer Entscheidung zuführt. 28

II. 29

Die Beklagte hat einen Zahlungsanspruch aus den §§ 631, 632 BGB gegen den Kläger iHv. 13.390 DM sowie weiterer 116 DM Zug um Zug gegen Beseitigung des einzigen noch verbliebenen Mangels. 30

1. 31

Der Restwerklohnanspruch der Beklagten besteht rechnerisch unstreitig noch in Höhe von 13.564 DM. 32

33

Der Werklohnanspruch ist auch fällig. Soweit der Kläger vorträgt, die Leistung sei nach wie vor nicht abnahmereif, greift das nicht durch.

Die Mängel, für die die Beklagte verantwortlich ist, die noch zur Abweisung der Zahlungsklage der Beklagten als zur Zeit noch nicht fällig durch das Senatsurteil vom 10.11.1998 geführt hatten, sind bis auf eine insoweit zu vernachlässigende kleine Undichtigkeit an der nördlichen Eckverbindung der Dachrinnen inzwischen beseitigt. 34

1.1.) 35

Wie oben bereits ausgeführt, liegen Mängel des Werkes der Beklagten in Bezug auf die Vorgaben der WSVO 95 nicht vor. 36

1.2.) 37

Der Mangel an den Schornsteinköpfen ist laut dem den Senat überzeugenden Gutachten des Sachverständigen B von der Beklagten behoben worden. Der Zustand der Innenseite des Kaminkopfes, wie der Kläger ihn auf eingereichten Fotos dokumentiert hat, ist der, den der Sachverständige begutachtet und nicht mehr beanstandet hat. 38

1.3.) 39

Demgegenüber ist die nördliche Eckverbindung der Dachrinne zwar von der Beklagten nach dem Senatsurteil vom 10.11.1998 erneuert worden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist sie aber noch undicht infolge sporadischer Tropfenbildung. Hierfür hat der Sachverständige einen Beseitigungsaufwand von netto 50 DM angesetzt. 40

Dieser Mangel rechtfertigt aber eine weitere Verweigerung der Abnahme durch den Kläger nicht mehr. Es handelt sich hierbei um einen nach Art, Umfang und Auswirkungen völlig unbedeutenden Mangel am Gesamtwerk der Beklagten, bei dem sich eine weitere Abnahmeverweigerung als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (s.d. BGH NJW 1996, 1280). 41

2.) 42

Für die Verschmutzungen des Daches, der Klempnerarbeiten und der Fassade durch die Farbbeutelwürfe vom 19.10.1996 und 18.02.1997 ist die Beklagte nicht verantwortlich, auch wenn zu diesem Zeitpunkt die Leistung der Beklagten noch nicht abgenommen war. Diese Verschmutzungen können dem Werklohn deshalb in keiner Weise entgegengehalten werden. 43

2.1.) 44

Eine Haftung der Beklagten für die Verschmutzungen wegen Verletzung irgendwelcher vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten, wie z.B. Sicherungspflichten einer Baustelle, ist nicht gegeben. 45

Es ist in keiner Weise dargelegt, dass Mitarbeiter der Beklagten, für die diese einzustehen haben könnte, an den Farbbeutelwürfen beteiligt waren. Auch die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren haben einen Täter nicht finden können. 46

Es oblagen der Beklagten auch keine Sicherungspflichten für ihr Werk oder die gesamte Baustelle in Bezug auf mögliche darauf von außen einwirkende Gefahren. Das Haus des Klägers war vor, während und nach der Erstellung des Werkes der Beklagten bewohnt. 47

Während der gesamten Zeit oblag es dem Kläger selbst, sein Grundstück und Gebäude vor unbefugten Zugriffen und Beschädigungen zu schützen. Irgend eine Übertragung dieser Obhutspflichten auf die Beklagte ist nicht vorgetragen oder erkennbar.

2.2.)

48

Die Beklagte trägt auch nicht die Leistungsgefahr für ihr Werk in Bezug auf die Verschmutzungen durch die Farbbeutelwürfe und ist deshalb auch nicht - mehr - zur Herstellung einer von Farbverschmutzungen freien Dachfläche verpflichtet.

49

Die Leistungspflicht der Beklagten endete jedenfalls nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 15.05.1996, da diese - wie der Senat bereits in dem Urteil vom 10.11.1998 ausgeführt hat, worauf verwiesen wird - unwirksam war.

50

Die Vorschriften, nach denen die Leistungspflicht des Werkunternehmers endet - bei Unmöglichkeit nach §§ 275, 279 BGB, mit Abnahme nach §§ 644 Abs. 1, S. 1, 640 BGB, bei ersatzweiser Vollendung nach § 646 BGB, mit Annahmeverzug des Bestellers nach §§ 293 ff. BGB oder bei Unzumutbarkeit der Neuherstellung nach § 633 Abs.2 S. 3 BGB analog - greifen sämtlich nicht ein. Die Vorschriften der §§ 644, 645 BGB betreffen die Vergütungsgefahr (Palandt/Sprau, BGB 60. Aufl. §§ 644, 645 Rn 1), also die Frage, ob der Auftraggeber trotz zufälliger Beschädigung oder Zerstörung des Werkes zur Zahlung des Werklohns verpflichtet bleibt. Sie sind deshalb hier nicht anwendbar.

51

Über die o.g. gesetzlich normierten Fälle hinaus trägt der Werkunternehmer aber auch unabhängig von einer Abnahme keine Leistungsgefahr in Bezug auf für ihn zufällige Beschädigungen durch Dritte, wenn es ihm tatsächlich gar nicht möglich war, sein Werk bis zur Abnahme zu schützen (s.d. Werner/Pastor, Der Bauprozess 9. Aufl. Rn 1366 a.E.). Das ist der Fall, wenn der Auftraggeber die tatsächliche Gewalt über das Werk des Auftragnehmers hat, aber die Abnahme verweigert, weil er Mängel geltend macht und in der Zeit bis zur Abnahme oder Abnahmereife eine für den Auftragnehmer zufällige Verschlechterung des Werkes eintritt, die mit seiner Leistung oder ihren Mängeln in keinem ursächlichen Zusammenhang steht. Dann geht mit der gewollten Übernahme der tatsächlichen Gewalt an dem Werk durch den Auftraggeber auch die Leistungsgefahr wegen für den Auftragnehmer zufälliger Verschlechterung auf den Auftraggeber über, da nur noch dieser, nicht aber der Auftragnehmer, die Möglichkeit hat, das Werk zu schützen. Dabei geht es nicht um die Anwendung einer im Rahmen der Vergütungsgefahrregelungen der §§ 644, 645 BGB nicht mehr vertretenen Sphärentheorie. Vielmehr wird der sachliche Grund für den Übergang der Leistungsgefahr bei Abnahme angewendet. Nach dem gesetzlichen Leitbild der Abnahme geht mit ihr auch die tatsächliche Gewalt an dem Werk über, weil ein Element der Abnahme die körperliche Hinnahme des Werkes im Wege des Besitzübergangs (Palandt/Sprau § 640 Rn 2) ist. Mit der tatsächlichen Gewalt verbunden sind in der Regel auch die Schutzmöglichkeiten und -pflichten. Diese Schutzmöglichkeiten und -pflichten knüpfen nicht an das weitere Element der Abnahme - Billigung als im Wesentlichen vertragsgerechte Leistung - an. Deshalb muß für das Ende der Leistungspflicht in Bezug auf Einwirkungen Dritter, auf die der Unternehmer zur Herstellung einer vertragsgemäßen Leistung keinen Einfluß hat, allein auf die Frage der tatsächlichen Schutzmöglichkeiten abgestellt werden. Gehen diese schon vor der Abnahme auf den Auftraggeber über oder hat dieser sie ununterbrochen innegehabt, trägt der Unternehmer keine Leistungsgefahr - mehr - in Bezug auf Beschädigung oder Zerstörung seines Werkes durch Dritte (im Ergebnis ebenso: LG Berlin BauR 1984, 180). Anderenfalls trüge er Gefahren, deren Abwendung von ihm in keiner Weise beeinflußt werden kann.

52

Das war hier der Fall. Wie oben gesagt, bewohnte der Kläger die gesamte Zeit über das Haus. Die Beklagte hatte nicht die Pflicht und auch nicht die tatsächliche Möglichkeit das Haus zu schützen und damit möglicherweise sogar Maßnahmen gegen den Willen des Klägers zu ergreifen. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass der Kläger die Abnahme der Werkleistung der Beklagten berechtigterweise wegen Mängeln verweigert hat. Mangels der tatsächlichen Schutzmöglichkeiten zum Zeitpunkt der Farbbeutelwürfe trägt die Beklagte in Bezug auf diese nicht die Leistungsgefahr.

2.3.)

54

Dem Antrag des Klägers vom 10.05.2001, wegen der Frage der Gefahrtragung vor der Abnahme, die Revision gemäß § 546 Abs. 1 S. 2 ZPO zuzulassen, war nicht stattzugeben. Es ist hier weder eine Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung gegeben, noch wird von einer Entscheidung des BGH abgewichen.

55

Eine Entscheidung des BGH zu der oben dargestellten Frage gibt es, soweit ersichtlich, bisher nicht, so dass eine Abweichung nicht vorliegt. Dass eine Entscheidung des BGH nicht vorliegt, bedeutet aber auch nicht gleichzeitig, dass die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen wäre. Eine Rechtssache hat nur dann grundsätzliche Bedeutung, wenn zu erwarten ist, dass sie auch künftig wiederholt auftreten wird und wenn über ihre Auslegung in der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen geäußert worden sind (Zöller/Gummer ZPO 22. Aufl. § 546 Rn 31). Zwar könnte zu erwarten sein, dass diese Rechtsfrage auch künftig auftreten wird, jedoch ist nicht ersichtlich, dass über die Beantwortung unterschiedliche Auffassungen geäußert worden sind, wie auch die Ausführungen bei Werner/Pastor a.a.O. und die Entscheidung des LG Berlin a.a.O. zeigen.

56

3.)

57

Wegen des nach wie vor vorhandenen Mangels an der nördlichen Eckverbindung der Dachrinnen greift das vom Kläger geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht ein. Gemäß § 320 Abs. 2 BGB kann wegen dieses verhältnismäßig geringfügigen Mangels aber nicht die Zahlung des gesamten Werklohns verweigert werden. Zwar hat die Beklagte bereits die vom Sachverständigen B ermittelten Mängelbeseitigungskosten einschließlich Mehrwertsteuer von ihrer Forderung abgesetzt. Das ist jedoch nicht ausreichend. Nach Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes erfolgt bei noch zu beseitigenden Mängeln gemäß § 322 BGB eine Zug-um-Zug Verurteilung. Deren Höhe richtet sich nach den Mängelbeseitigungskosten zuzüglich einem Druckzuschlag, was i.d.R. insgesamt den dreifachen Wert der Mängelbeseitigungskosten ausmacht (s.d. Werner/Pastor Rn 2528). Da hier bereits der einfache Wert von der Klageforderung abgesetzt ist, erfolgt die Zug-um-Zug Verurteilung nur noch in Höhe des zweifachen Wertes der Mängelbeseitigung, also in Höhe von 116 DM.

58

Wegen des überwiegenden Betrages in Höhe von 13.390 DM war unbedingt zu verurteilen.

59

C.

60

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 97, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

61