
Datum: 08.10.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 3/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1008.12U3.99.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 207/98

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26.10.1998 verkündete Urteil des Vorsitzenden der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg unter Zurück-wei-sung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte und Widerklägerin wird verurteilt, an den Kläger und Widerbe-klagten zu 1) 16.424,28 EUR (= 32.123,10 DM) nebst Zinsen in Höhe von 4 % vom 29.05.1998 bis zum 31.12.1998 und in Höhe von 10 % seit dem 01.01.1999 zu zahlen.

Der Widerbeklagte zu 2) wird verurteilt, an die Beklagte und Widerklägerin 18.856,26 Euro (= 36.879,63 DM) nebst 12 % Zinsen von 968,63 EUR (= 1.894,48 DM) sowie 4 % Zinsen von 17.887,63 EUR (= 34.985,16 DM) seit dem 23.07.1998 zu zahlen.

Es wird festgestellt, daß der Widerbeklagte zu 2) verpflichtet ist, der Beklagten und Widerklägerin allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr daraus ent-standen ist und noch entstehen wird, daß ihr Bauvorhaben in X2, H-Straße, zu hoch gegründet ist.

Im übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten und Widerklägerin sowie dem Widerbeklagten zu 2) wie folgt auferlegt:

Beklagte Widerbeklagter zu 2)

1. Instanz:

Gerichtskosten und außer-gerichtliche Kosten der Beklagten 73 %
27 %

Außergerichtliche Kosten des Klägers 100 %

Außergerichtliche Kosten des Widerbeklagten zu 2) 14,3 % 85,7 %

2. Instanz:

Gerichtskosten und außer-gerichtliche Kosten der Beklagten 79 %
21 %

Außergerichtliche Kosten des Klägers 100 %

Außergerichtliche Kosten des Widerbeklagten zu 2) 36,8 % 61,4 %

Außergerichtliche Kosten des Streithelfers 21 %

Revisionsinstanz:

Gerichtskosten und außer-gerichtliche Kosten der Beklagten 75,6 %
24,4 %

Außergerichtliche Kosten des Klägers 100 %

Außergerichtliche Kosten des Widerbeklagten zu 2) 22,6 % 77,4 %

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten und Widerklägerin und dem Widerbeklagten zu 2) wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die gegenseitigen Ansprüche aus der Erstellung des Rohbaus auf dem Grundstück der Beklagten in X2, H-Straße.

2

- Der Kläger begehrt von der Beklagten aufgrund seiner zweiten Abschlagsrechnung vom 04.03.1998 über brutto 61.485,07 DM, geprüft vom Architekten der Beklagten, dem Widerbeklagten zu 2), am 12.03.1998, unter Berücksichtigung der ersten Abschlagszahlung in Höhe von 21.000,00 DM weitere Zahlung in Höhe von 32.123,10 DM. 3
- Die Beklagte hatte den Widerbeklagten zu 2) mit der Erbringung der Architektenleistungen für den Bau eines 3-Familien-Hauses auf dem Grundstück H-Straße mündlich beauftragt. Dieser forderte im Namen der Beklagten mehrere Unternehmer zur Abgabe von Angeboten auf. Unter dem 13.11.1997 unterbreitete der Kläger sein Angebot zur Erbringung der Erd- und Rohbauarbeiten, abschließend mit der Netto-Angebotssumme von 186.094,23 DM. 4
- Nachdem am 07.01.1998 die Baugenehmigung erteilt worden war, fand am Samstag, dem 10.01.1998, ein Besprechungstermin auf dem Baugrundstück statt, an dem u.a. der Kläger, der Ehemann der Beklagten und der Widerbeklagte zu 2) teilgenommen haben. Zwischen den Parteien ist streitig, ob bei diesem Ortstermin die in der genehmigten Architektenplanung vorgesehene Gründungshöhe des Gebäudes um 1,15 m einvernehmlich höher gelegt worden ist. 5
- Nach der Besprechung wurde die Tiefbauunternehmerin I vom Architekten mit den Erdarbeiten mündlich beauftragt. Durch schriftlichen Bauvertrag vom 13./15.01.1998 erteilte die Beklagte, vertreten durch den Widerbeklagten zu 2), dem Kläger in einem "VOB-Bauleistungs-Vertrag" den Auftrag zur Erbringung von Mauer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten zu einer Netto-Angebotssumme von 155.308,38 DM. Ausdrücklich heißt es: 6
- "Als Bevollmächtigter des Bauherrn gilt der Bauleiter. 7
- Er ist berechtigt, Anordnungen zu treffen, die zur vertraglichen Durchführung der Leistungen erforderlich sind." 8
- Nach Anweisung des Architekten gründeten die Tiefbauunternehmerin I und der Kläger den Keller 1,15 m höher als in den genehmigten Bauplänen vorgesehen. Als die Beklagte dies bemerkte, beauftragte sie die Dipl.-Ing. I2 und I3 mit der Absteckung und Vermessung des Grundstücks. Hierfür wurden ihr unter dem 03.02.1998 1.438,50 DM und unter dem 26.03.1998 466,98 DM berechnet. 9
- Auf die erste Abschlagsrechnung des Klägers vom 13.02.1998 über 20.700,00 DM hat die Beklagte 21.000,00 DM gezahlt. Nach Erstellung der zweiten Abschlagsrechnung über netto 53.123,10 DM vom 04.03.1998 hat die Beklagte am 11.03.1998 den Baustillstand wegen der höheren Gründung des Gebäudes angeordnet. Seitdem ruht das Bauvorhaben. Die Erteilung der vom Widerbeklagten zu 2) beantragten Nachtragsbaugenehmigung wegen der höheren Gründung scheitert ausweislich der Schreiben der Stadt X vom 14.04.1998 und 03.07.1998 ausschließlich daran, daß die Beklagte sich weigert, den Antrag des Architekten zu unterschreiben. 10
- Die Beklagte hat vom Kläger als Bauunternehmer und vom Widerbeklagten zu 2) als ihrem Architekten widerklagend Zahlung i.H.v. 44.702,48 DM verlangt, und zwar einen Vorschuß auf die Abrißkosten i.H.v. 21.808,00 DM gemäß dem Kostenvoranschlag der Firma K vom 24.06.1998, Erstattung der per Scheck vom 25.02.1998 geleisteten Abschlagszahlung i.H.v. 21.000,00 DM und Erstattung der bezahlten Kosten für das Ingenieurbüro I2 und I3; sie hat ferner die Feststellung der gesamtschuldnerischen Verpflichtungen der Widerbeklagten zum Schadensersatz verlangt. 11

Nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Y vom 01.10.1998 und Vernehmung der Zeugen I, C, L3 und Y2 hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger 32.123,10 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 28.03.1998 zu zahlen. Auf die Widerbeklage der Beklagten hat es den Widerbeklagten zu 2) verurteilt, an die Beklagte 1.894,48 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 23.07.1998 zu zahlen. Ferner hat es festgestellt, daß der Widerbeklagte zu 2) verpflichtet ist, der Beklagten allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr daraus entstanden ist und noch entstehen wird, daß der Widerbeklagte zu 2) der der Baugenehmigung des Bauvorhabens der Beklagten zugrundeliegenden Planung nicht die bei der Bauausführung gewählte Geländehöhe zugrundegelegt hat. Die weitergehende Widerbeklage hat es abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht darauf abgestellt, der Kläger sei für die höhere Gründung des Gebäudes nicht haftbar zu machen, da die Beklagte insoweit an die Anordnung ihres Architekten gebunden sei. Eine Hinweispflicht des Klägers gegenüber der Beklagten habe nicht bestanden. Demgegenüber hafte der Widerbeklagte zu 2) der Beklagten auf Schadensersatz, weil er die höhere Gründung des Gebäudes nicht bereits bei der Baugenehmigungsplanung berücksichtigt und auch später sie – die Beklagte – nicht rechtzeitig vor Baubeginn hierüber informiert habe. Der Widerbeklagte zu 2) habe nicht bewiesen, bei der Besprechung vom 10.01.1998 mit dem Ehemann der Beklagten eine höhere Gründung einvernehmlich festgelegt zu haben. Der Widerbeklagte zu 2) sei daher zur Erstattung der Sachverständigenkosten i.H.v. 1.894,48 DM verpflichtet. Ferner müsse er Schadensersatz im Umfang der tenorierten Feststellung leisten. Die Beklagte könne aber nicht den Abriß des Gebäudes und die hierdurch bedingten Kosten ersetzt verlangen, da insoweit die Architektenleistung weder mangelhaft noch der Beklagten ein Schaden entstanden sei.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingereichten und begründeten Berufung. Sie erweitert ihre Schadensersatzansprüche um weitere Schadenspositionen in Höhe von 5.298,33 DM (Bereitstellungszinsen für die Zeit vom 2. Juli 1998 bis einschließlich Februar 1999) und 7.742,30 € (weitere Bereitstellungszinsen für die Zeit vom 1. März 1999 bis zum 31.12.2002) und vertritt die Ansicht, sie sei berechtigt, den Abriß des Gebäudes zu verlangen, weil Bauunternehmer und Architekt ein Gebäude entsprechend der vereinbarten und genehmigten Planung schuldeten. 13

Eine planwidrige Ausführung müsse sie nicht hinnehmen. Der Kläger könne sich nicht auf die vertragswidrige Anordnung des Architekten berufen. Selbst wenn bei dem Ortstermin vom 10.01.1998 ihr Ehemann mit einer höheren Gründung einverstanden gewesen sein sollte, so habe er keine Vollmacht gehabt, diesbezüglich Erklärungen für sie abzugeben. 14

Die Beklagte ist schließlich der Ansicht, sie haben den Bauvortrag mit dem Kläger wirksam gekündigt, so daß der Kläger nicht mehr Abschlagszahlung, sondern Schlußzahlung verlangen müsse, zumal er – unstreitig – am 07.12.1998 eine Schlußrechnung für erbrachte Leistungen über einen Betrag i.H.v. 120.263,37 DM erstellt und diesen Betrag abzüglich der von ihr geleisteten Abschlagszahlung i.H.v. 21.000,00 DM und abzüglich des ausgeteilten und von ihr am 11.12.1998 gezahlten Betrages i.H.v. 32.123,10 DM, also i.H.v. 67.140,27 DM in dem Rechtsstreit 4 O 50/99 LG Arnsberg eingeklagt hat. Ferner bestreitet die Beklagte die vom Kläger geltend gemachte Zinshöhe. 15

Die Beklagte und ihr Streithelfer beantragen, 16

das Urteil des Landgerichts abzuändern und 17

1. 18

19

die Klage abzuweisen,	
2.	20
auf die Widerklage	21
a)	22
den Kläger und den Widerbeklagten zu 2) zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie	23
33.307,31 € (= 66143,43 DM) nebst 12 % Zinsen von 22.856,02 € (= 44.702,48 DM) seit dem	
04.06.1998, von weiteren 2.708,99 € (= 5.298,33 DM) seit dem 23.02.1999 und von weiteren	
7.742,30 € (= 15.142,62 DM) ab Rechtshängigkeit der erweiterten Klage (12. Februar 2003	
hinsichtlich des Klägers und 18. Februar 2003 hinsichtlich des Widerbeklagten zu 2) zu	
zahlen,	
b)	24
und festzustellen, daß der Kläger und der Widerbeklagte zu 2) verpflichtet sind, als	25
Gesamtschuldner der Beklagten allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr daraus	
entstanden ist und noch entstehen wird, daß ihr Bauvorhaben zu hoch gegründet worden ist,	
3.	26
hilfsweise festzustellen, daß der Widerbeklagte zu 2) verpflichtet ist, die Beklagte von	27
etwaigen Werklohnansprüchen des Klägers, die Gegenstand dieses Verfahrens und des	
Verfahrens 4 O 50/99 LG Arnsberg sind, freizustellen.	
Der Kläger und der Widerbeklagte zu 2) beantragen,	28
die Berufung zurückzuweisen.	29
Die Berufungsbeklagten behaupten, der Ehemann der Beklagten habe trotz seiner	30
entgegenstehenden Bekundungen im Kammertermin vom 26.10.1998 der höheren Gründung	
beim Ortstermin vom 10.01.1998 zugestimmt. Dies werde bestätigt dadurch, daß er	
gegenüber dem Zeugen L in Gegenwart der Ehefrau des Widerbeklagten zu 2) erklärt habe,	
er hoffe, daß er und seine Frau wegen des Höherlegens ihres eigenen Bauvorhabens keine	
Schwierigkeiten mit der Bauverwaltung bekommen würden.	
Die Widerbeklagten bestreiten die Höhe der Abriß- und der Finanzierungskosten sowie die	31
von der Beklagten beanspruchte Zinshöhe.	
Mit am 3. November 1999 verkündetem Urteil hat der Senat die Berufung der Beklagten mit	32
der Maßgabe zurückgewiesen, daß die ausgeurteilte Klageforderung von 32.123,10 DM	
lediglich mit 4 % ab 29.05.1998 bis 31.12.1998 und mit 10 % seit dem 01.01.1999 zu	
verzinsen ist.	
Der Senat hat in dieser Entscheidung die Begründetheit der Widerklage gegen den Kläger mit	33
der Begründung verneint, dieser habe schon deshalb keine Vertragspflichten verletzt, weil der	
Widerbeklagte zu 2) als Architekt auf Grund der ihm im Bauvertrag vom 13./15.01.1998	
erteilten Vollmacht im Außenverhältnis berechtigt gewesen sei, die Höhergründung des	
Bauvorhabens anzuordnen.	

Da der Kläger mithin seine Werkleistung mangelfrei erbracht habe, sei auch die Klage begründet. Diese stelle sich als zulässige Klage auf einen erstrangigen Teilbetrag der vollen Werklohnforderung, über welche der Kläger zwischenzeitlich eine Schlußrechnung erteilt habe, dar. Die Werklohnforderung sei auch jedenfalls in Höhe des im vorliegenden Verfahren streitigen Teilbetrages von 32.123,10 DM begründet.	
Hinsichtlich des Widerbeklagten zu 2) hat der Senat die Begründetheit der Widerklage, soweit diese über die erstinstanzlich ausgeurteilten 1.894,48 DM und den Feststellungsausspruch des Landgerichtes hinausgeht, mit der Erwägung verneint, es könne dahingestellt bleiben, ob die zur Durchführung gelangte Planung mit der höheren Gründung des Bauwerkes fehlerhaft sei, da die verlangte Mängelbeseitigung durch Abriß des Rohbaus unverhältnismäßig sei, weil der damit verbundene Aufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zum Erfolg stehe. Die Höhergründung führe zu erheblichen Baukosteneinsparungen, ohne daß sie wesentliche optische Beeinträchtigungen mit sich bringe. Das Abrißverlangen stelle sich daher als Verstoß gegen Treu und Glauben dar.	35
Dieses Senatsurteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, hat der Bundesgerichtshof auf die Revision der Beklagten hin mit Urteil vom 7. März 2002 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Senat zurückverwiesen.	36
Zur Begründung ist ausgeführt:	37
Soweit der Senat die Widerklage gegen den Kläger mit der Begründung, dessen Werk sei mangelfrei, abgewiesen habe, halte dies einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand, da der Kläger vertraglich verpflichtet gewesen sei, die Leistung entsprechend der anfänglich genehmigten Architektenplanung auszuführen. Mangels gegenteiliger Feststellungen sei der ursprüngliche Vertrag nicht dahingehend geändert worden, das Gebäude 1,15 m höher zu gründen. Die dem Widerbeklagten zu 2) erteilte Vollmacht habe sich nur auf die üblicherweise zur Erfüllung der Bauausführung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, nicht aber auf die Befugnis, den Vertrag in wesentlichen Punkten zu ändern, erstreckt.	38
Die höhere Gründung des Hauses beeinträchtige den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch wesentlich, da sie eine erhebliche Veränderung des optischen Eindruckes des Gebäudes zur Folge habe.	39
Es seien deshalb ergänzende Feststellungen dazu geboten, ob der Beklagten gegen den Kläger ein Vorschuß- oder Schadensersatzanspruch zustehe.	40
Gegen den Widerbeklagten zu 2) sei ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB auf Grund eines Planungsfehlers zu bejahen. Die eigenmächtige Umplanung stelle einen schuldhaften Planungsfehler dar, der sich in der erhöhten Gründung des Bauwerkes manifestiere. Ob die tatsächliche Bauausführung technisch und wirtschaftlich die bessere Lösung sei, sei für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit der ausgeführten Umplanung ohne Bedeutung, da Maßstab für die Vertragsgerechtigkeit allein der vereinbarte Werkerfolg sei.	41
Auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes für die Nachbesserung des Bauwerkes könne der Widerbeklagte zu 2) sich nicht berufen. Die durch den Planungsmangel verursachte Mangelhaftigkeit des Bauwerkes sei kein Mangel des Architektenwerkes, sondern Folge des Planungsmangels. Der Umfang des Schadens richte sich nach den § 249 ff BGB, gegenüber der Schadenshöhe sei die Einrede der Unverhältnismäßigkeit aus § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB	42

nicht möglich.

Die Forderung auf Ersatz der Abrißkosten verstoße nicht gegen Treu und Glauben, da die Beklagte einen Anspruch auf die vereinbarte und genehmigte Planung habe und nicht verpflichtet sei, die mangelhafte Planung als erfüllungstaugliche Leistung des Widerbeklagten zu 2) zu akzeptieren. 43

Falls ein Vorschuß- oder Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen den Kläger begründet sei, müsse die Beklagte als Auftraggeberin sich ein Planungsverschulden des Architekten gemäß § 278 BGB als Mitverschulden gemäß § 254 BGB entgegenhalten lassen. Im übrigen hafteten planender Architekt und Bauunternehmer für einen von ihnen verursachten Mangel gesamtschuldnerisch. 44

Die Ausführungen des Senats zur Zulässigkeit der Klage sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Begründetheit der Klage hinge von der Begründetheit der geltend gemachten Gegerechte ab. 45

Nach Zurückverweisung haben der Kläger und Widerbeklagte zu 1) sowie der Widerbeklagte zu 2) ergänzend wie folgt vorgetragen: 46

Die Höhersetzung des Bauwerks sei mit Genehmigung und Duldung der Beklagten erfolgt, welche bei dem Gespräch auf der Baustelle, bei dem – wie bereits bei der landgerichtlichen Beweisaufnahme von den von ihnen benannten Zeugen übereinstimmend bekundet – die Höhersetzung verabredet worden sei, von ihrem Ehemann vertreten worden sei. 47

Diese Erklärungen ihres Ehemannes müsse sich die Beklagte entgegenhalten lassen, da dieser ihr Bevollmächtigter gewesen sei, zumindest aber die Voraussetzungen einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht zu bejahen sei. Es sei davon auszugehen, daß die Beklagte zeitnah von ihrem Ehemann über das Ergebnis der Baustellenbesprechung unterrichtet worden sei. Mit der anschließenden widerspruchslosen Hinnahme der Höhergründung bis zur Fertigstellung der Kellerdecke habe sie sich mit den Anordnungen ihres Ehemannes einverstanden erklärt. 48

Die verspätete Anordnung des Baustops begründe jedenfalls einen erheblichen Mitverschuldensvorwurf. 49

Demgegenüber behauptet die Beklagte weiterhin, daß das Baustellengespräch nicht den von den Widerbeklagten behaupteten Inhalt hatte, worauf es im Ergebnis aber auch nicht ankomme, da ihr Ehemann nicht bevollmächtigt gewesen sei, sie von dessen etwaigen Erklärungen nichts gewußt und diese schon deshalb nicht genehmigt habe und auch für die Voraussetzungen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht nicht ersichtlich sei. 50

Sie selbst habe die Höhergründung erst im März 1998 nach Lieferung und Einbau der Fertigdecken erkannt. 51

Die mit der Widerklage verlangten Beträge stütze sie hinsichtlich des Klägers vorrangig auf einen ihr zustehenden Schadensersatzanspruch, hilfsweise auf ein Minderungsrecht und äußerst hilfsweise auf Vorschußansprüche. 52

Wegen der Einzelheiten des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze verwiesen. 53

Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen L2 sowie durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Y3 zur Höhe der notwendigen Aufwendungen für den Abbruch des Rohbaus der Beklagten. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 19. Februar 2003 sowie das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Y3 vom 5. August 2003 verwiesen.

Entscheidungsgründe

55

Die Berufung der Beklagten hat, soweit sie sich gegen die Klageforderung richtet, lediglich hinsichtlich eines Teils der geltend gemachten Zinsforderung Erfolg. Soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage richtet, hat sie im Verhältnis zum Widerbeklagten zu 2) in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang teilweise und im Verhältnis zum Kläger keinen Erfolg.

56

I.

57

Widerklage der Beklagten gegen den Widerbeklagten zu 2)

58

Die Beklagte kann vom widerbeklagten Architekten über die erstinstanzlich ausgeurteilten 1.894,48 DM hinaus weitere 34.985,16 DM verlangen.

59

Darüber hinaus ist der Widerbeklagte zu 2) entsprechend dem Feststellungsbegehren der Beklagten zu verurteilen.

60

1.

61

Dem Grunde nach haftet der Widerbeklagte zu 2) gemäß § 635 BGB auf Ersatz aller aus einer eigenmächtigen Umplanung resultierenden Schäden der Beklagten. Insoweit ist der Senat an die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichtshofes, die der Aufhebung des Senatsurteils vom 3. November 1999 zugrundeliegt, gebunden.

62

Von einer eigenmächtigen Umplanung ist auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Parteivorbringens und des Ergebnisses der zweitinstanzlichen Beweiserhebung durch Vernehmung des Zeugen L3 auszugehen.

63

Beweispflichtig für die behauptete wirksame Vereinbarung einer Planänderung ist der Widerbeklagte.

64

Da die Beklagte persönlich eine Planungsänderung mit dem Architekten nicht vereinbart hat, kommt lediglich in Betracht, daß ihr von ihrem Ehemann als Vertreter abgegebene Erklärungen zuzurechnen sind. Der insoweit dem Widerbeklagten zu 2) obliegende Beweis ist ihm nicht gelungen.

65

Ob und gegebenenfalls welche Erklärungen der Ehemann der Beklagten bei dem den Ausschachtarbeiten vorausgegangen Baustellentermin ausdrücklich oder jedenfalls den Umständen nach erkennbar namens der Beklagten abgegeben hat, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Nicht bewiesen ist jedenfalls, daß der Zeuge L3 etwaige Erklärungen zu einer Höherlegung des Baus mit Vollmacht der Beklagten abgegeben hat. Ebensowenig ist eine nachträgliche Genehmigung solcher Erklärungen nach § 177 BGB bewiesen. Der Zeuge L3 hat eine solche Vollmacht oder Zustimmung nicht bestätigt. Wenngleich sich aus der zur Überzeugung des Senats feststehenden Unrichtigkeit der Angaben des Zeugen zum Inhalt des Baustellengesprächs – siehe dazu die Ausführungen unter II. – Bedenken auch gegen die Richtigkeit seiner Bekundungen zur (fehlenden)

66

Vollmacht ergeben, ist doch die Unrichtigkeit seiner Angaben hierzu nicht positiv festzustellen. Dies geht zu Lasten des beweispflichtigen Architekten.

Eine Rechtscheinshaftung der Beklagten nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht kommt nicht in Betracht. 67

Eine Duldungsvollmacht liegt dann vor, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen läßt, daß ein anderer für ihn als Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, daß der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist. Eine Anscheinsvollmacht ist dann gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere annehmen durfte, der Vertretene dulde oder billige das Verhalten des Vertreters. 68

Ob die Beklagte bei auftauchenden Fragen häufig erklärte, sie müsse erst mit ihrem Ehemann Rücksprache nehmen und ob dieser auch sonst bei dem Bauvorhaben eine aktive Rolle spielte, kann danach dahingestellt bleiben. Dies reicht nicht, da es maßgeblich auf das Erkennen oder Erkennenmüssen eines rechtsgeschäftlichen Vertreterhandelns ankommt. Eine lediglich beratende Funktion läßt demgegenüber noch nicht auf Vertretungsmacht bei Rechtsgeschäften schließen. 69

Der Höhe nach hat der Widerbeklagte zu 2) neben den bereits erstinstanzlich ausgeurteilten 1.894,48 DM Ersatz in Höhe von weiteren 21.000,00 DM (Abschlagszahlung an den Kläger) und 13.984,65 DM (Abbruchkosten) zu leisten, so daß sich insgesamt eine Schadensersatzpflicht in Höhe von 36.879,63 DM (= 18.856,26 €) ergibt. 70

Daß die Beklagte an den Kläger eine Abschlagszahlung in Höhe von 21.000,00 DM geleistet hat, ist unstreitig. Der insoweit getätigte Aufwand stellt sich, da der Keller abgerissen und tiefer gegründet mit entsprechendem Aufwand erneut hochgemauert werden muß, als nutzloser Aufwand und damit ersatzfähiger Schaden dar. 71

Die Abbruchkosten sind entsprechend den den Senat bindenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs dem Grunde nach als Schaden anzuerkennen. Der erforderliche Aufwand für den Abbruch beläuft sich nach dem inhaltlich überzeugenden und auch von den Parteien nicht angegriffenen schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Y3 für den maßgeblichen Stichtag 1. Juli 1998 auf 13.984,65 DM. 72

Soweit sich für den jetzigen Zeitpunkt wegen zwischenzeitlicher Preissteigerungen ein höherer Kostenaufwand ergibt, ist dieser ebensowenig ersatzfähig wie der von der Beklagten verlangten Bereitstellungszins für die Zeit vom 2. Juli 1998 bis zum 31.12.2002. 73

Zwar sind dem Grunde nach auch diejenigen Mehraufwendungen ersatzfähig, die sich aus der mangelbedingten Verzögerung des Bauvorhabens ergeben. Ersatzfähig sind diese Aufwendungen jedoch nur für den Zeitraum der unvermeidlichen Verzögerung des Bauvorhabens. Dieser Zeitraum endete bereits Ende Juni 1998. 74

Soweit die Beklagte sich in der Sorge, sich im Falle eines Unterliegens im vorliegenden Rechtsstreit nicht schadlos halten zu können, die endgültige Entscheidung über Weiterbau oder Abriß und Neubau über Jahre offengehalten und das Bauvorhaben ruhen gelassen hat, kann sie die damit verbundenen Mehrkosten dem Widerbeklagten zu 2) nicht entgegenhalten. Gemäß § 254 BGB war die Beklagte verpflichtet, den Schaden möglichst gering zu halten. Nachdem seitens des Klägers eindeutig und endgültig eine Mangelbeseitigung abgelehnt 75

worden war, hätte daher zur Geringhaltung der Kosten alsbald ein anderer Unternehmer mit dem Abriß und der Neuherstellung beauftragt werden müssen.

Jegliche Verantwortung für die Höhergründung hatte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 23. März 1998 zurückgewiesen. Veranschlagt man für die Einholung von Angeboten für Abriß und Neuherstellung einen Zeitraum von 3 Wochen, für die Zeit von der Auftragserteilung bis zum Abbruch des Kellers und die nachfolgend notwendige tiefere Ausschachtung weitere 3 Wochen und die anschließende neue Errichtung des Kellers den Zeitraum, den der Kläger selbst für diese Arbeit benötigte – nach seinem unwidersprochenen Vorbringen im Schriftsatz vom 6. Januar 2003 8 Wochen – so hätte im Juni 1998, also vor dem Zeitpunkt, von dem an Bereitstellungsinsen verlangt werden, bereits wieder der Bautenstand wie zum Zeitpunkt des Baustops erreicht sein können. 76

In weitergehendem Umfang ist der zu ersetzende Schaden nicht nach § 254 BGB zu mindern. Daß die Beklagte nicht früher einen Baustop verfügt hat, begründet keinen Mitverschuldensvorwurf. Daß sie die Höhergründung tatsächlich bereits längere Zeit vor Anordnung des Baustops erkannt hatte, ist nicht festzustellen. Ob sie die Höhergründung bei sorgfältiger Beaufsichtigung des Bauvorhabens früher hätte erkennen können, kann dahingestellt bleiben, da sie im Verhältnis zum Widerbeklagten zu 2) zu einer solchen Beaufsichtigung nicht verpflichtet war. 77

Angesichts der Ersatzpflicht dem Grund nach und der noch nicht abschließend zu klärenden Gesamthöhe des Schadens ist die Feststellungsklage zulässig und begründet. 78

II. 79

Klage und Widerklage gegen den Kläger 80

Die auf Zahlung von Werklohn gerichtete Teilklage ist zulässig und begründet, die Widerklage gegen den Kläger ist dagegen unbegründet. 81

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vom Bundesgerichtshof revisionsrechtlich nicht beanstandeten Ausführungen im Senatsurteil vom 3. November 1999 verwiesen. 82

Geht man entsprechend den den Senat bindenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs davon aus, daß das vom Kläger bisher erbrachte Teilwerk mangelhaft ist, so hat dieser sich zu Unrecht geweigert, die bei dem hier unter Einbeziehung der VOB/B geschlossenen Werkvertrag nach § 4 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B geschuldete Mängelbeseitigung vorzunehmen. Im Hinblick hierauf war die Beklagte gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B zur dort geregelten außerordentlichen Kündigung berechtigt mit der Folge, daß die bislang erbrachten Arbeiten des Klägers grundsätzlich nur insoweit zu vergüten sind, als sie für die Beklagte von Wert sind (vgl. BGH BauR 1993, 469). Ob eine solche Kündigung bislang tatsächlich ausgesprochen worden ist, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, da nach der ausdrücklichen Weigerung des Klägers, die Arbeiten fortzusetzen, und der Einigkeit der Parteien darüber, daß das Vertragsverhältnis nicht fortgesetzt, sondern abschließend abgerechnet werden soll, eine solche Kündigung entbehrlich ist (vgl. BGH BauR 2000, 1479 ff). Sie wäre nur noch reine Förmerei. 83

Zwar entfielen nach vorstehenden Ausführungen eine Vergütungspflicht, da das bislang erstellte Werk für die Beklagte ohne Wert ist, weil die von ihr geforderte Mängelbeseitigung die vorherige vollständige Beseitigung der vom Kläger erbrachten Teilleistung voraussetzt. 84

Dieses Ergebnis ist hier allerdings gemäß § 242 BGB unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu korrigieren. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß die Fehlerhaftigkeit des fertig gestellten Teilwerkes auf den Anordnungen des Architekten beruht, dessen Planungsverschulden die Beklagte sich zurechnen lassen muß, weil hinsichtlich der planerischen Vorgaben der Architekt im Verhältnis zum Bauunternehmer Erfüllungsgehilfe des Bauherren ist.	85
Dem der Beklagten zuzurechnenden Verschulden des Architekten ist, soweit Schadensersatzansprüche geltend gemacht sind, gemäß § 254 BGB Rechnung zu tragen.	86
Dem Mitverschulden ist auch hinsichtlich der Frage, ob und in welchem Umfang nach vorzeitiger Vertragsbeendigung für mangelhafte Teilleistungen eine Vergütung verlangt werden kann, Bedeutung beizumessen.	87
Anerkannt ist, daß, soweit nicht Schadensersatz-, sondern Mängelbeseitigungsansprüche im Raum stehen, ein § 254 BGB vergleichbarer Ausgleich über § 242 BGB erfolgen muß, etwa in Form einer Zuschußleistung des Auftraggebers zur Nachbesserung (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage, Rdn. 2466 m.w.N.).	88
Hätte sich der Kläger auf das Nachbesserungsverlangen der Beklagten eingelassen, so hätte er mithin seinen Werklohnanspruch behalten, den zusätzlichen Aufwand für die Nachbesserungsarbeiten aber nicht allein tragen müssen, da er nach vorstehenden Ausführungen entsprechend dem Mitverschuldensanteil nach § 242 BGB eine Kostenbeteiligung von der Beklagten hätte erlangen können. Konsequenterweise ist ihm gemäß § 242 BGB daher auch in dem hier vorliegenden Fall, in dem eine Mängelbeseitigung durch ihn selbst nicht mehr in Betracht kommt, der bei Mängelfreiheit angemessene Teilwerklohn insoweit zu belassen, als die Mangelhaftigkeit unter Mitverschuldensgesichtspunkten von der Beklagten selbst zu verantworten ist. Ansonsten wäre diese unangemessen begünstigt.	89
Bei unterstellter Mängelfreiheit wäre die erbrachte Teilleistung auch unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Abschlagszahlungen von 21.000,00 DM den mit der Klage verlangten Betrag von 32.123,10 DM wert. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen im Senatsurteil vom 03.11.1999 verwiesen.	90
Bei Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge hinsichtlich der Mangelhaftigkeit fällt das der Beklagten zuzurechnende Planungsverschulden des Architekten derart ins Gewicht, daß demgegenüber eine Mitverantwortung des Klägers vollständig zurücktritt.	91
Daß dieser sich nach dem auf der Baustelle unter Beteiligung des Ehemannes der Beklagten geführten Gespräch, hinsichtlich dessen Inhalts der Senat von der Richtigkeit der Darstellung des Klägers ausgeht, und der ausdrücklichen Anweisung des Architekten nicht noch einmal selbst bei der Beklagten rückversichert hat, begründet keinen nennenswerten Mitverschuldensvorwurf.	92
Davon, daß die Darstellungen des Klägers hinsichtlich des Inhalts der Baustellenbesprechung richtig ist, geht der Senat trotz der gegenteiligen Aussage des Zeugen L3 aus.	93
Dass entgegen der Darstellung dieses Zeugen erörtert wurde, daß eine Hebeanlage nach Möglichkeit vermeiden werden sollte, haben bei ihrer erstinstanzlichen Vernehmung die Zeugen I und C übereinstimmend bekundet.	94

Der Zeuge L3 selbst hat eingeräumt, dass entsprechend der Darstellung des Zeugen I die Tiefe eines auf dem Grundstück vorgefundenen Kanalschachtes ausgemessen wurde, wobei er selbst zu seinem Wohnhaus herüberging, um von dort einen Zollstock zu holen.	95
Dies diene ersichtlich der Klärung der Frage, ob und auf welcher Höhe an diesem Kanal ein Anschluß vorgenommen werden konnte. Ein anderer Grund für dieses Verhalten ist nicht erkennbar. Eine nachvollziehbare Erklärung dafür hat der Zeuge L3 auch bei seiner Vernehmung durch den Senat nicht bieten können.	96
Der unstreitige Umstand, daß der Widerbeklagte zu 2) zeitnah nach dem Baustellengespräch beim zuständigen Bauamt vorgesprochen und sich nach der Genehmigungsfähigkeit einer Höhergründung erkundigt hat, spricht entscheidend für die Richtigkeit der Darstellung der Zeugen I und C. Daß ein Architekt ohne jegliche Rücksprache, also völlig eigenmächtig anders als vereinbart bauen läßt, erscheint lebensfremd.	97
Die Planänderung als nunmehr maßgebliche Grundlage für sein Gewerk in Zweifel zu ziehen, bestand angesichts des Inhalts der Baustellenbesprechung für den Kläger so wenig Anlaß, daß sein Verschulden gegenüber dem der Beklagten zuzurechnenden Planungsverschulden vollständig zurücktritt.	98
Im Ergebnis ist daher der mit der Klage geltend gemachte Werklohn wegen der Mangelhaftigkeit seiner Werkleistung nicht zu mindern.	99
Unter dem Gesichtspunkt des der Beklagten zuzurechnenden Planungsverschuldens ist auch die Widerklage gegen den Kläger nicht begründet.	100
Soweit die Widerklage auf Schadensersatz gerichtet ist, gilt § 254 BGB unmittelbar. Soweit der Anspruch hilfsweise auf ein Minderungsrecht gestützt und äußerst hilfsweise als Vorschußanspruch geltend gemacht wird, hat ein der Regelung des § 254 BGB wirkungsgleicher Ausgleich über § 242 BGB zu erfolgen. Auf vorstehende Ausführungen hierzu wird verwiesen.	101
Im Ergebnis scheidet wegen des bei der Abwägung der beiderseitigen Verschuldensanteile unbedeutenden Beitrages des Klägers zur Mangelentstehung ein Anspruch der Beklagten aus.	102
III.	103
<u>Zinsen</u>	104
Hinsichtlich der zugesprochenen Zinsen auf die Klageforderung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen unter I. 8 des Senatsurteils vom 3. November 1999 verwiesen.	105
Hinsichtlich der gegen den Widerbeklagten zu 2) zuzusprechenden Widerklageforderung ergibt sich ein Anspruch auf die verlangten Rechtshängigkeitszinsen dem Grunde nach aus §§ 288, 291 BGB. Rechtshängigkeit hinsichtlich der zugesprochenen Forderung ist am 23. Juli 1998 eingetreten.	106
Der Höhe nach sind die Zinsen bestritten und nicht belegt worden, so daß nur Zinsen in damaliger gesetzlicher Höhe von 4 % auszuurteilen sind. Lediglich hinsichtlich der bereits erstinstanzlich ausgeurteilten 1.894,48 DM verbleibt es bei den zweitinstanzlich nicht mehr streitgegenständlichen 12 %.	107

Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 10.02.2003 Kontounterlagen nachgereicht hat, reichen diese zum Beleg des behaupteten Zinsschadens nicht aus. Die den Baukredit betreffenden Schreiben der Provinzial lassen weder die Höhe des in Anspruch genommenen Kredits noch den Zinssatz erkennen. Die vorgelegten Girokontounterlagen daraufhin zu sichten, ob, gegebenenfalls in welcher Höhe, mit welchem Zinssatz und in welchem Zeitraum das Konto überzogen war, ist mangels eines substantiierten Parteivortrages nicht Aufgabe des Gerichtes.	108
IV.	109
Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92, 97, 101, 708 Nr. 10 und 711 ZPO.	110
Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder eine Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes erfordert (§ 543 ZPO).	111