
Datum: 25.05.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 117/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0525.25U117.04.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 6 O 228/04

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – das am 21. Oktober 2004 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Hagen teilweise so abgeändert:

Die Beklagte bleibt verurteilt, an die Klägerin 13.583,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.07.2004 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle über den vorgenannten Betrag hinausgehenden Kosten der Sanierungsarbeiten des Deckenputzes im Hause T-Straße, #####1 H, zu erstatten und alle im Zusammenhang mit der Sanierung etwa entstehenden Folgeschäden zu ersetzen.

Die weitergehende Zahlungsklage wird abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

(gem. § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin verlangt aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Ehemannes Schadensersatz wegen mangelhaften Deckenputzes.

Die Beklagte hatte sich mit Vertrag vom 13.03.2001 zur Errichtung einer Doppelhaushälfte für die Klägerin und ihren Ehemann verpflichtet, wobei nach der Baubeschreibung im Eingangs-, Erd- und Obergeschoß Deckenputz aufzubringen war, der bei Fertigdeckenplatten jedoch entfallen sollte, wobei dann die Untersichten tapezierfähig glatt sein sollten (Ziff. 10 b des Vertrages, Bl. 22). Die Beklagte ließ durch die Streithelferin als ihre Subunternehmerin auf den vorhandenen Fertigdeckenplatten Deckenputz aufbringen, der jedoch nicht ausreichend haftete und an einigen Stellen von der Decke fiel.

Die Klägerin und ihr Ehemann verlangen nunmehr als Schadensersatz die Kosten für die Beseitigung des aufgetragenen Putzes und die Herstellung tapezierfähiger Untersichten an der Filigrandecke auf der Grundlage eines Angebotes der Firma C (Bl. 36), ferner Kosten für die Räumung des Hauses während der Sanierungsarbeiten. Die Beklagte will demgegenüber eine Gipskartondecke unter dem Putz anbringen entsprechend einem Vorschlag des Sachverständigen Weber in dem von der Klägerin und ihrem Ehemann eingeleiteten Beweisverfahren 2 H 5/03 AG Schwelm.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil die Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 14.583,70 € nebst Zinsen verurteilt sowie eine weitere Schadensersatzpflicht festgestellt. Auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, die weiterhin Klageabweisung begehrt und das angefochtene Urteil mit Rechtsausführungen angreift sowie im Übrigen erstmals in der Berufungsinstanz die Aufrechnung mit einem Restwerklohnanspruch erklärt. Die Klägerin macht demgegenüber weitere Mängel geltend, für die sie den Restwerklohn zurückhalten will. Die Klägerin stützt ihre Klage nunmehr auch auf § 633 Abs. 3 BGB a. F..

Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung bleibt im wesentlichen ohne Erfolg.

Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass die Klägerin als Mängelbeseitigung die Entfernung des aufgetragenen Deckenputzes und die Herstellung tapezierfähiger glatter Untersichten der Filigrandecke verlangen kann und sich nicht auf eine Mängelbeseitigung in Form der Erstellung einer Gipskartondecke ohne Entfernung des schadhafte Putzes verweisen lassen muß.

Zwar ist davon auszugehen, dass die Klägerin und ihr Ehemann damit einverstanden waren, dass abweichend von Ziff. 10 b, wonach bei Fertigdecken der Deckenputz entfallen und stattdessen die Untersichten tapezierfähig glatt gestrichen werden sollten, die Ausführung in Form von Deckenputz unter der Filigrandecke erfolgte, da sie die entsprechende Leistung unter dem 15.05.2002 vorbehaltlos abgenommen haben. Unstreitig war jedoch der

aufgebrachte Deckenputz mangelhaft, weil entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen kein ausreichender Haftverbund mit der Betondecke hergestellt worden ist, so dass die Klägerin zunächst jedenfalls die vollständige Entfernung des schadhafte Putzes verlangen kann. An sich könnte sie danach zwar die Neuerstellung des Deckenputzes verlangen, was aber nach den Feststellungen des Sachverständigen (Beiakte Bl. 55) vielfach erhöhte Renovierungskosten zur Folge hätte, da bei einer Putzerneuerung ein sehr hoher Wasseranteil den Räumlichkeiten zugeführt werden und dies zu erheblich längeren Renovierungszeiten führen würde. Von daher ist es nicht zu beanstanden und entspricht letztlich auch dem Interesse der Beklagten, wenn die Klägerin nunmehr auf die ursprünglich in § 10 b vorgesehene Ausführungsart, nämlich tapezierfähiger Glatzstrich der Untersichten der Filigrandecken nach vorheriger Entfernung des schadhafte Putzes zurückgreift. Auf keinen Fall muß sie sich auf die Erstellung einer Gipskartondecke unter dem schadhafte Deckenputz als Form der Mängelbeseitigung einlassen, auch wenn dies von dem Sachverständigen Weber als mögliche Sanierung vorgeschlagen worden ist. Auch wenn der Unternehmer grundsätzlich die Art der Mängelbeseitigung bestimmen kann, ändert dies nichts daran, dass das Ergebnis der Mängelbeseitigung der geschuldeten Werkleistung entsprechen muß, was hier nach Ziff. 10 b und c des Werkvertrages vom 13.03.2001 gerade nicht der Fall ist; danach waren Gipskartonplatten nur in den Dachschrägen des Obergeschosses, nicht aber in den Bereichen der Eingangs-, Erd- und Obergeschosse vorgesehen. Die den vertraglichen Vereinbarungen entsprechende Art der Mängelbeseitigung ist auch im Vergleich zur vom Sachverständigen vorgeschlagenen Mängelbeseitigung durch Anbringung von Gipskartondecken nicht unverhältnismäßig. Nach ständiger Rechtsprechung (u. a. BGH Baurecht 2002, 613) ist dafür Voraussetzung, dass auf Seiten des Auftraggebers kein oder nur ein ganz geringfügiges Interesse an der vertragsgemäßen Ausführung besteht, während dies auf der anderen Seite für den Unternehmer einen im Vergleich unangemessenen Aufwand bedeuten würde. Davon kann vorliegend keine Rede sein. Eine abgehangene Gipskartondecke ist für die Klägerin schon deshalb nachteilig, weil sie zur Verringerung der lichten Höhe der Räume führt und auch zu gewissen Erschwernissen bei der Anbringung von Deckenlampen und sonstigen Gegenständen, was der Sachverständige auch zutreffend mit einem gewissen Minderwert berücksichtigt hat. Auf der anderen Seite kann von einer Unverhältnismäßigkeit schon deshalb nicht gesprochen werden, weil, wie vom Landgericht zutreffend festgestellt, die Kosten der von der Beklagten angebotenen Mängelbeseitigung nicht einmal so erheblich geringer wären. Den von der Klägerin veranschlagten Mängelbeseitigungskosten von 11.046,00 € nach dem Angebot C sowie den Kosten für Transport und Lagerung der Möbel von netto 3.537,70 € nach dem Angebot Klein sowie den noch nicht feststehenden Kosten für die Unterbringung stehen die vom Sachverständigen veranschlagten Kosten für die Anbringung der Gipskartondecke einschließlich tapezieren und anstreichen von 9.366,82 € gegenüber, während die Kosten für Transport und Lagerung in der Kalkulation des Sachverständigen nicht enthalten sind; zu berücksichtigen in der Gegenüberstellung ist dann noch der vom Sachverständigen angesetzte Minderwert von 440,42 € - im Übrigen kann auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen werden, denen sich der Senat anschließt -.

III.

14

Einen Teilerfolg hat die Berufung allerdings insoweit, als das Landgericht die Mängelbeseitigungskosten zu Unrecht als Schadensersatz gem. § 635 BGB a F. zugesprochen hat. Die Klägerin kann die geltend gemachten Kosten für die Beseitigung des aufgebrachten Putzes und die Herstellung der tapezierfähig glatten Untersichten vielmehr nur als Kostenvorschuß nach § 633 Abs. 3 BGB verlangen. Zunächst ist darauf hinzuweisen,

15

dass ihr Schreiben vom 14.05.2004 (Bl. 33, 34) keine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 BGB a. F. enthält, sondern nur die Androhung einer Ersatzvornahme. Entgegen der Auffassung des Landgerichts war die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung hier auch nicht entbehrlich. Zutreffend ist zwar, dass die Ablehnung der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer die formellen Voraussetzungen des § 634 BGB a. F. grundsätzlich entbehrlich macht. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Mängelbeseitigung nicht schlechthin verweigert hat, sondern sich nur zu Unrecht auf eine bestimmte Art der Mängelbeseitigung festgelegt hat, wobei sie sich immerhin auf einen Sanierungsvorschlag des auf Anregung der Klägerin selbst beauftragten Sachverständigen gestützt hat. Dass die Klägerin diese Art der Mängelbeseitigung nicht hinnehmen muß, ist der Beklagten letztlich erst durch das angefochtene Urteil deutlich gemacht worden. Dieser Fall ist demjenigen einer grundsätzlichen Verweigerung der Mängelbeseitigung nicht gleichzustellen.

Zum anderen ist aber auch das von der Klägerin vorgelegte Angebot der Firma C zu unbestimmt, um eine geeignete Grundlage für einen Schadensersatz sein zu können, da es sich bei der Angabe von "ca. 300 Lohnstunden" offenkundig nur um eine grobe Schätzung der anfallenden Stunden handelt. Bei dem Angebot handelt es sich mithin um eine geeignete Grundlage für einen abrechenbaren Kostenvorschuß, nicht aber für einen Schadensersatzanspruch. 16

Die Klägerin hat dem auf entsprechenden Hinweis des Senats dadurch Rechnung getragen, dass sie ihren Anspruch nunmehr auch auf § 633 Abs. 3 BGB gestützt hat, wobei die darin enthaltene Klageänderung jedenfalls als sachdienlich zuzulassen war. Da allerdings das Angebot der Firma C einen zweimaligen Deckenanstrich enthält, der nicht Gegenstand der von der Beklagten geschuldeten Bauleistung war und es sich insoweit mithin um Sowieso-Kosten handelt, hat der Senat gem. § 287 ZPO den ihm angemessen erscheinenden Betrag von 1.000,00 € von dem geltend gemachten Kostenvorschuß abgezogen. 17

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Klägerin unstreitig bereits einen Deckenanstrich aufgebracht hat, der sich auf Grund des fehlerhaften Deckenputzes als nutzlose Aufwendung erweist. Diese Position ist im Rahmen der späteren Gesamtabrechnung zu Gunsten der Klägerin mitzuberechnen und fließt dementsprechend in den Feststellungsausspruch mit ein. 18

IV. 19

Soweit die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz mit einer offenen Restwerklohnforderung in Höhe von 8.613,27 € aufrechnen will, war dies nach § 533 Abs. 1 S. ZPO nicht zu berücksichtigen, da die Klägerin dem widersprochen hat und die Berücksichtigung auch nicht sachdienlich wäre. Denn die Klägerin hat gegenüber der Restwerklohnforderung ein Zurückbehaltungsrecht wegen behaupteter weiterer Mängel, nämlich unzureichender Wärmeisolierung, geltend gemacht. Die Berücksichtigung der Aufrechnung würde daher die Einführung eines völlig neuen umfangreichen Streitstoffes erstmals in der Berufungsinstanz zur Folge haben. 20

V. 21

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92 Abs. 2, 708, 713 ZPO. Bei der Anwendung des § 92 Abs. 2 S. 1 ZPO n. F. hat der Senat berücksichtigt, dass sich die Kürzung des Zahlungsanspruchs um einen Betrag von 1.000,00 € letztlich nicht nennenswert zum Nachteil der Klägerin auswirkt, da auf der anderen Seite, wie oben 22

unter III. ausgeführt, die vergeblichen Aufwendungen für die klägerseits bereits erfolgte Aufbringung des Deckenputzes in dem Feststellungsausspruch mit enthalten sind.

23