

---

**Datum:** 06.12.2006  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 12. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 U 103/06  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2006:1206.12U103.06.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Siegen, 8 O 76/06

---

**Tenor:**

Die Berufung des Beklagten zu 1) gegen das Urteil des Einzelrichters der 8. Zivilkammer des Landgerichts Siegen vom 13. Juni 2006 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte zu 1) trägt die Kosten der Berufungsinstanz.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten zu 1) wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Kläger durch Si-cherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwen-den, falls nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:**

|    |   |
|----|---|
| I. | 1 |
|    | 2 |
|    | 3 |

Die Kläger errichteten auf ihrem Hanggrundstück Z in T ein Wohnhaus. Der Beklagte zu 1) hatte Pläne für dieses Haus erstellt und war für die Kläger auch während der Bauausführung tätig, wobei sein genauer Aufgabenbereich streitig ist. Er erstellte unter dem 22.5.2000 eine Rechnung über "Bauleitung bis zur Fertigstellung des Rohbaus" über 1.160,00 DM sowie eine weitere unter dem 6.9.2000 über "Unterstützung Ihrer eigenen Bauleitung und Beratung im Rahmen ihrer Baumaßnahme für den Zeitraum ab Erstellung des Rohbaus " über 870,00 DM. Beide Rechnungen wurden beglichen. Ob daneben weitere Zahlungen ohne Rechnung geleistet wurden, ist streitig.

Die Statik für das vorgenannte Wohnhaus sah eine Gründung des Hauses talseits in 4

2 m Tiefe vor. Diese Tiefe wurde nicht eingehalten, nachdem die mit der Bauausführung befasste Beklagte zu 2) bei den Ausschachtungen auf Fels gestoßen war. Ausweislich der Feststellungen des Sachverständigen x in dem von den Klägern eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren 2 OH 13/01 LG Siegen beträgt die Gründungstiefe lediglich 1,1 bis 1,3 Meter. Ebenfalls abweichend von der Statik wurde das Grundstück anschließend talseitig um ca. 70 cm aufgeschüttet. Durch diese Aufschüttung wird entgegen den Festlegungen der Statik eine an der talseitigen Grundstücksgrenze stehende Winkelstützmauer belastet. 5

Nach den weiteren Darlegungen des Sachverständigen werden, sobald man zur Entlastung der Winkelstützmauer die Aufschüttung entfernt, Sicherheitsmaßnahmen gegen einen Böschungsbruch entweder durch Verpresspfähle mit Oberflächenvernetzung oder durch Walzprofilträger mit Verzugsplatten erforderlich. Die preiswertere zweite Möglichkeit erfordert nach den Ausführungen des Sachverständigen einen Kostenaufwand von 24.080,00 € netto. 6

Die Kläger haben mit ihrer auf Zahlung von 27.840,00 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.9.2001 gerichteten Klage die Beklagte zu 2) als ausführende Unternehmerin und den Beklagten zu 1) als angeblichen Bauleiter in Anspruch genommen und behauptet, die tatsächliche Ausführung sei vom Beklagten zu 1) mit dem Geschäftsführer der Beklagten zu 2) abgesprochen worden. Sie selbst hätten erst nachträglich bei der Errichtung der Treppenanlage davon erfahren, dass die Fundamente nicht in der in der Baugenehmigung vorgesehenen Tiefe errichtet worden seien. 7

Der Beklagte zu 1) hat behauptet, er sei nicht Bauleiter gewesen, sondern habe den Klägern bei der Durchführung des Bauvorhabens nur gelegentlich beratend zur Seite gestanden. Der von der genehmigten Planung abweichenden Gründung habe er nicht zugestimmt. Die Gründungsarbeiten habe er nicht überwacht, weil dies nicht zu seinen Vertragspflichten gehört habe. 8

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil gegen den Beklagten zu 1) 23.597,77 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 14.10.2004 als Schadensersatz ausgereurteilt. Die weitergehende Klage hat es wegen von der Klageforderung in Abzug zu bringender Sowiesokosten abgewiesen. Die Klage gegen die Beklagte zu 2) hat es mangels Pflichtverletzung insgesamt abgewiesen. 9

Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 ZPO Abs. 1 Ziff. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen. 10

Der Beklagte zu 1) begründet seine Berufung, mit welcher er weiterhin volle Klageabweisung begehrt, wie folgt: 11

12

Das Landgericht stelle es als unstreitig dar, dass Zahlungen an ihn ohne Rechnung erfolgt seien. Tatsächlich sei dies von ihm stets bestritten worden.

Weiter stelle das Landgericht es als unstreitig dar, dass die tatsächliche Gründung zwischen den Parteien vor Ort verabredet worden sei. Auch dies sei von ihm stets bestritten worden. Er habe in einem Baustellengespräch nur darauf hingewiesen, dass der im hinteren Bereich vorgefundene klüftige Fels wohl auch im vorderen Bereich zu erwarten sei. Dies könne nicht als Empfehlung verstanden werden, die statisch erforderliche Gründungstiefe zu unterschreiten. 13

Bauleiter sei er nicht gewesen. Die Ausübung bauleitender Aufgaben sei von den gehörten Zeugen auch nicht bestätigt worden. 14

Eine Pflichtverletzung liege auch bei unterstellter Bauleitertätigkeit nicht vor. Er habe sich darauf verlassen dürfen, dass seine Planung von einem qualifizierten Bauunternehmen beachtet werden würde. 15

Fehlerhaft gehe das Landgericht davon aus, dass der entscheidende Fehler nur die nicht hinreichend tiefe Gründung der Fundamente sei. Die vom Kläger veranlasste Ausführung der Fundamente in Beton statt als verlorenes Mauerwerk begründe ein Mitverschulden. 16

Der Beklagte zu 1) beantragt, 17

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 18

Die Kläger beantragen, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Sie verteidigen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die angefochtene Entscheidung. 21

Dass der Beklagte zu 1) Bauleiter gewesen sei, ergebe sich schon aus seiner Rechnung. Für die nicht der Statik entsprechende Ausführung sei er deshalb verantwortlich. Bei dem Baustellengespräch, in dem es um den vorgefundenen Fels gegangen sei, habe der Beklagte zu 1) es zumindest versäumt, klare Anweisungen zu geben. 22

Die Verwendung von Beton bei der Herstellung der Fundamente - nur insoweit sei von ihnen auf den Vorschlag der Beklagten zu 2) eingegangen worden -, sei für die Statik nicht relevant. 23

Wegen der Einzelheiten des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. Die Akten 2 OH 131/01 Landgerichts Siegen lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 24

**II.** 25

Die zulässige Berufung des Beklagten zu 1) hat in der Sache keinen Erfolg. 26

**1.** 27

Für das Schuldverhältnis gilt das BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (Art. 229 § 5 EGBGB). 28

**2.** 29

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Der ausgeurteilte Schadensersatzanspruch ergibt sich aus § 635 BGB a. F..                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 30 |
| <b>a)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 31 |
| Aus der erstellten und bezahlten Rechnung vom 22.05.2000 ergibt sich, dass der Beklagte zu 1) bis zur Fertigstellung des Rohbaus als Bauleiter tätig war. Mit dieser Rechnung ist die "Bauleitung bis zur Fertigstellung des Rohbaus für ihren Wohnhausneubau" abgerechnet worden. Soweit der Beklagte eine nur gelegentliche Beratungstätigkeit behauptet, bezieht sich dies nach dem Wortlaut der vorliegenden Rechnungen nur auf die Folgegewerke. Erst in der Folgerechnung vom 06.09.2000 wurde die erbrachte Leistung als "Unterstützung ihrer eigenen Bauleitung und Beratung im Rahmen ihrer Baumaßnahme für den Zeitraum ab Erstellung des Rohbaus bis 31.08.2000" beschrieben und mit einem deutlich geringeren Betrag als in der Erstrechnung abgerechnet. | 32 |
| Angesichts dieser eigenen Leistungsbeschreibung hat der Senat keinen Zweifel, dass der Beklagte zu 1) während der Rohbauerstellung durch die Beklagte zu 2), also auch zum Zeitpunkt der Gründungsarbeiten, Bauleiter war. Aus den Aussagen der vom Landgericht gehörten Zeugen ergibt sich nichts anderes. Ob und in welchem Umfang der Beklagte zu 1) bei denjenigen Gewerken, mit denen die Zeugen befasst waren, noch bauüberwachend tätig geworden ist, kann angesichts der nach Gewerken differenzierenden Rechnungen dahingestellt bleiben.                                                                                                                                                                                                                    | 33 |
| <b>2.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 34 |
| Der auf die Objektüberwachung gerichtete Vertrag ist wirksam zustande gekommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 35 |
| Ob über die in Rechnung gestellten Beträge hinaus Zahlungen geleistet wurden, ist ohne Belang. Ein zur Vertragsnichtigkeit führender Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ergibt sich daraus nicht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 36 |
| <b>a)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 37 |
| Die im angefochtenen Urteil zitierte Fassung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, wonach auch die Nichterfüllung steuerlicher Pflichten den Tatbestand der Schwarzarbeit erfüllt, ist erst zum 1. August 2004, also nach dem Vertragsschluss in Kraft getreten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 38 |
| <b>b)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 39 |
| Eine Steuerhinterziehung führt zur Nichtigkeit des Vertrages nach der Rechtsprechung des BGH nur dann, wenn sie Hauptzweck des Vertrages ist (vgl. BGH Beschluss vom                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 40 |
| 4. März 1993, Az: V ZR 121/92, BGHR BGB § 138 Steuerhinterziehung 1). Dies ist hier nicht der Fall.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 41 |
| <b>3.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 42 |
| Der auf Bauüberwachung gerichtete Vertrag ist als Werkvertrag zu qualifizieren (vgl. BGH BauR 1982, 79). Soweit aus einer unzulänglichen Überwachungstätigkeit ein Mangel am Bauwerk resultiert, liegt zugleich ein Mangel des Architektenwerkes vor.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 43 |
| Ein derartiger Mangel, der vom Beklagte zu 1) gemäß § 276 BGB auch zu vertreten ist, liegt hier vor.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 44 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Unstreitig ist die Gründung nicht entsprechend den Vorgaben der Statik ausgeführt worden. Ob die Abweichung auf einer entsprechenden Anordnung des Beklagten zu 1) beruht, kann dahingestellt bleiben. Ihm ist jedenfalls vorzuwerfen, dass der Ausführungsmangel bei ordnungsgemäßer Bauaufsicht hätte verhindert werden können und müssen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 45 |
| Ein Bauleiter muss zwar nicht jeden Handwerker kontinuierlich überwachen. Arbeiten von besonderer Bedeutung oder Schwierigkeit und insbesondere auch solche, deren ordnungsgemäße Erledigung nach Baufertigstellung nicht oder nur noch mit erheblichem Aufwand festgestellt werden kann, muss er aber selbst in Augenschein nehmen. Gerade wegen der Hanglage und der Stützmauer, die nicht belastet werden durfte, war hier der Gründung besondere Aufmerksamkeit zu widmen und sicher zu stellen, dass die erforderliche Gründungstiefe eingehalten wird.                                                                                                                                                                                                                  | 46 |
| Die Notwendigkeit, die Gründungsarbeiten intensiv zu überwachen, ergab sich für den Beklagten zu 1) schon aus den Vorbemerkungen der Statik, in welchen dem Bauleiter in diesem Zusammenhang besondere Aufgaben zugewiesen werden. Dort ist niedergelegt, dass der Bauleiter vor Baubeginn die der Statik zugrunde gelegte Bodenpressung auf ihre Richtigkeit hin untersuchen muss. Weiter ist dort ausgeführt, dass wegen der Hanglage unter Umständen ein Nachweis des Grundbruchs erforderlich werden könnte, worüber der verantwortliche Bauleiter zu entscheiden habe. Eventuell müsse ein Bodengutachter eingeschaltet werden. Auch auf die Notwendigkeit, die an der Straße befindliche Stützmauer nicht zu belasten, wird dort hingewiesen (Blatt 102 f der Beiakte). | 47 |
| 4.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 48 |
| Der geltend gemachte Anspruch nach § 635 BGB a. F. setzt keine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gem. § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. voraus, da die mangelhafte Bauaufsicht nicht nachbesserungsfähig ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 49 |
| 5.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 50 |
| Die auf der Grundlage der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen X1 getroffenen landgerichtlichen Feststellungen zum Schaden, den Beseitigungskosten und den davon in Abzug zu bringenden Sowiesokosten werden mit der Berufung nicht angegriffen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 51 |
| 6.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 52 |
| Soweit der Beklagte zu 1) einen Mitverschuldensvorwurf daraus herleitet, dass der Kläger zu 2) sich auf Empfehlung des Geschäftsführers der Beklagten zu 2) gegen verlorenes Mauerwerk und für die Herstellung der Streifenfundamente aus Beton entschieden hat, ist dem nicht zu folgen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 53 |
| Dass beide Ausführungsarten unter statischen Gesichtspunkten gleichwertig sind, haben die Kläger schon mit Schriftsatz vom 21.4.2005 unter Beweisantritt vorgetragen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 54 |
| Dem ist der Beklagte zu 1) nicht entgegengetreten. Im Senatstermin hat er selbst ausgeführt, dass auch nach seiner Einschätzung aus der Ausführung in Beton statt als verlorenes Mauerwerk keine statischen Probleme resultieren.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 55 |
| 7.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 56 |
| Hinsichtlich der Zinsforderung wird auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil verwiesen. Der tenorierte Ausspruch im Tenor ist dahin auszulegen, dass Zinsen in                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 57 |

Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen sind.

|                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| III.                                                                                                                                                                                                                                 | 58 |
| Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.                                                                                                                                                                                          | 59 |
| Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.                                                                                                                                        | 60 |
| Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. | 61 |