
Datum: 14.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 118/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0314.12U118.10.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 508/09

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 27.05.2010 verkündete Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 28.170,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 26.08.2009 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche über den Betrag von 28.170,18 € hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die dem Kläger durch und im Zusammenhang mit der Nacherfüllung der Eindeckung der nicht tragenden Metalldeckung, Winkelstehfalzdeckung aus Zinkblech, an seinem Hause I-Straße, #####1 N, entstehen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist Eigentümer des im Jahre 1999 errichteten Hauses I-Straße in N-N2, auf welchem der Beklagte seinerzeit ein Satteldach aus Zinkblech aufbrachte. Der Kläger zog im selben Jahr in das Haus ein. Nach zwei Abschlags-rechnungen vom 31.08.1999 und 30.09.1999 erteilte der Beklagte dem Kläger unter dem 31.01.2001 eine sodann vom Kläger beglichene Schlussrechnung.

Bei einem Sturm im März 2003 löste sich die Zink-Stehfalzabdeckung teilweise. Der Beklagte brachte 36 Fest- und Schiebehafte zur Schadensbeseitigung an. In seiner hierfür ausgestellten Rechnung vom 31.03.2003 deklarierte der Beklagte diese Arbeiten als „Sturmschaden“. Der Kläger bezahlte auch diese Rechnung.

Bei einem weiteren Sturm am 01.03.2008 wölbten sich größere Teile der Dacheindeckung auf. Der Kläger meldete deshalb bei seiner Versicherung einen Sturmschaden an. Die Versicherung lehnte am 12.04.2008 unter Hinweis auf ein von ihr eingeholtes Gutachten eine Entschädigung mit der Begründung ab, der Schaden sei durch eine nicht fachgerechte Herstellung der Metaldachabdeckung entstanden. Die Metalleindeckung sei größtenteils nur lose aufgelegt und die Gesamtheit werde lediglich durch die Verfalzungen der einzelnen Zinkscharen zusammengehalten.

Der Kläger beantragte daraufhin mit Schriftsatz vom 12.06.2008 die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Der Sachverständige X erstattete unter dem 06.04.2009 ein Gutachten, das den Parteien am 26. beziehungsweise 28.05.2009 zugestellt wurde. In seinem Gutachten bestätigte der Sachverständige X im Wesentlichen das Ergebnis des von der Versicherung eingeschalteten Sachver-ständigen und gab die Kosten für die Mängelbeseitigung, die nur in der Form einer Neuherstellung der Dacheindeckung durchgeführt werden könne, mit 28.170,18 € an.

Diesen Betrag hat der Kläger mit seiner am 02.12.2009 bei Gericht eingegangenen Klage gegen den Beklagten als Vorschuss geltend gemacht. Daneben hat er die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten begehrt, etwaige weitergehende Aufwendungen und Schäden im Zusammenhang mit der Nachbesserung auszugleichen.

Zur Begründung hat er vorgetragen, die Festhafter seien bis zu 190 cm voneinander entfernt, obwohl der maximale Abstand 50 cm nicht überschreiten dürfe. Es handele sich um einen groben handwerklichen Fehler, der dem Beklagten bei einer auch nur oberflächlichen Überprüfung nicht verborgen geblieben sein könne, so dass ihm ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorzuwerfen sei.

Er - der Kläger - habe von dem Mangel erst durch das Gutachten des Sachverständigen X erfahren und sei bis zur Überprüfung des Sturmereignisses im Jahr 2008 aufgrund der Erklärungen des Beklagten davon ausgegangen, dass das Lösen der Eindeckung auf Sturmereignissen beruhe, die Befestigung ansonsten aber fachgerecht durchgeführt worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

•

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

1112

1 den Beklagten zu verurteilen, an ihn 28.170,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 26.08.2009 zu zahlen;

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche über den Betrag von 28.170,18 € hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die ihm durch und im Zusammenhang mit der Nacherfüllung der Eindeckung der nichttragenden Metalldeckung, Winkelstehfalzdeckung aus Zinkblech, an seinem Hause I-Straße, #####1 N, entstehen. 13

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er hat sich auf Verjährung berufen. Er habe die Arbeiten endgültig am 21.09.1999 abgeschlossen. Der Kläger habe mit dem Einzug in das Haus im Dezember 1999 die Arbeiten abgenommen. 16

Eine Arglisthaftung sei nicht gegeben. Er habe die Arbeiten durch seinen Mitarbeiter Y ausführen lassen, der 20 Jahre bei ihm tätig gewesen sei und stets qualitativ hervorragende Arbeit geleistet habe. Im Übrigen habe er selbst die Baustelle regelmäßig aufgesucht. Eine etwaige Lösung der Dacheindeckung sei eventuell durch den Jahrhundertsturm Kyrill verursacht worden. Das falle nicht mehr in seinen Verantwortungsbereich. Selbst bei einer höheren Anzahl von Schiebehäften ergäben sich bei Windeinwirkung Klappergeräusche. 17

Zur Schadensbeseitigung reiche es, die Zinkscharen zu lösen und nach der Anbringung zusätzlicher Haften wieder zu verschließen. Materialschäden seien deswegen nicht zu besorgen. Alternativ komme die Verwendung von Edelstahlklemmbügeln in Betracht. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in 1. Instanz wird auf das angefochtene Urteil verwiesen, mit welchem das Landgericht die Klage wegen Verjährung etwaiger Gewährleistungsansprüche abgewiesen und zur Begründung Folgendes ausgeführt hat: 19

Die fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB a.F. habe mit der konkludenten Abnahme der Werkleistung durch Bezug des Hauses im Jahre 1999, spätestens aber mit der Begleichung der Schlussrechnung des Beklagten vom 31.01.2001 begonnen. Sie sei nicht durch Verhandlungen gemäß § 639 Abs. 3 BGB a.F. bzw. § 203 BGB n.F. gehemmt worden. Die Reparaturarbeiten im Jahre 2003 seien einverständlich als Sturmschadenbeseitigung abgerechnet und nicht als Nacherfüllungsleistung durchgeführt worden. 20

Von einem arglistigen Verschweigen der Mängel durch den Beklagten sei nicht auszugehen, da er die Arbeit einem ihm als zuverlässig bekannten Mitarbeiter übertragen habe. Da die Dacheindeckung bislang allen Stürmen standgehalten habe, sei die Abweichung von der Norm auch nicht so gravierend, dass der Schluss auf Arglist gerechtfertigt sei. 21

Seine Berufung, mit der er seinen erstinstanzlichen Antrag weiter verfolgt, begründet der Kläger wie folgt: 22

Seinen Vortrag habe das Landgericht nur unzureichend gewürdigt. 23

Wie sich aus dem Gutachten X ergebe, sei die Befestigung der Dacheindeckung so unzureichend, dass sie sich teilweise mit normalem Kraftaufwand hochheben lasse, weil eine 24

ausreichende konstruktive Verbindung zur Unterkonstruktion fehle. Die Schiebehafte, die nach den anerkannten Regeln der Technik einen Abstand von maximal 50 cm und im Eckbereich der Dachfläche von maximal 30 cm haben dürften, seien tatsächlich bis 1,9 m voneinander entfernt. Das erforderliche Maß werde nirgendwo auf der Dachfläche erreicht. Angesichts dieses groben Mangels sei von einem arglistigen Verschweigen auszugehen.

Den Beklagten treffe jedenfalls ein Organisationsverschulden, da er nicht für die erforderliche Überwachung seiner Mitarbeiter gesorgt und nicht sichergestellt habe, dass spätestens bei der Abnahme die gravierenden Fehler festgestellt werden konnten. Die Schwere der Mängel sei dabei ein Indiz für die fehlerhafte Organisation, so dass ihm – dem Kläger – Beweiserleichterungen zugute kämen, der Beklagte sich also zur Abwehr des Arglistvorwurfes und des der Arglist gleichzusetzenden Organisationsverschuldens entlasten müsse. Bereits die Einlassung des Beklagten, er habe von den zu geringen Abständen nicht gewusst, rechtfertige den Arglistvorwurf. Es komme nicht darauf an, ob der Kläger selbst oder ein Mitarbeiter die Arbeiten durchgeführt habe, da die Kenntnis des Mitarbeiters dem Kläger zuzurechnen sein. 25

Nicht beachtet habe das Landgericht, dass für den Beklagten auch bei den Reparaturarbeiten im Jahre 2003 der Mangel offensichtlich geworden sei, da genau der Schaden eingetreten sei, der wegen der völlig unzureichenden Befestigung zu erwarten gewesen sei. Er habe mithin in unverjährter Zeit den Mangel entweder erkannt, aber nicht offenbart, oder bewusst die Augen vor der Erkenntnis der Mangelhaftigkeit verschlossen. All dies begründe erneut den Arglisteinwand. 26

Der Beklagte, der die Zurückweisung der Berufung beantragt, erwidert wie folgt: 27

Ein so gravierender Fehler, dass sich die Mangelhaftigkeit habe aufdrängen müssen, liege schon deshalb nicht vor, weil die Eindeckung bislang nicht versagt habe. Dass sich das Dach 10 Jahre nach Durchführung der Arbeiten an einigen Stellen mit der bloßen Hand habe hochheben lassen, sei angesichts der erheblichen Anzahl von Stürmen, die teilweise Befestigungen herausgerissen haben dürften, kein Indiz für einen groben Mangel. Eine gewisse Flexibilität des Daches sei gewünscht, damit dieses sich im Sommer bei erheblicher Sonneneinstrahlung ausdehnen könne. 28

Eine Arglisthaftung bestehe auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Organisationsverschuldens, da ihm nicht vorgeworfen werden könne, dass er mit seiner Organisation die Arglisthaftung habe vermeiden wollen. Soweit der Kläger behaupte, er – der Beklagte – habe im Zuge der Reparaturarbeiten im Jahre 2003 von dem Mangel erfahren, handele es sich um unzulässiges neues zweitinstanzliches Vorbringen, welches bestritten werde. 29

Der Kläger habe auch bereits seit langem Kenntnis von dem Mangel. Nach eigenem Vortrag wisse er seit Jahren, dass die Konstruktion klappere. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt und die Anlagen der gewechselten Schriftsätze verwiesen. 31

Der Senat hat den Beklagten persönlich angehört. Der Sachverständige X hat sein Gutachten mündlich erläutert. Wegen des Ergebnisses wird auf die Berichterstattevermerke zu den Senatsterminen vom 18.05.2011 und 14.03.2012 verwiesen. 32

II. 33

Die Berufung des Klägers ist zulässig und auch in der Sache erfolgreich.	34
1.	35
Für das Schuldverhältnis gilt das BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (Art. 229 § 5 EGBGB), da der den Streit zugrundeliegende Werkvertrag bereits im Jahre 1999 zustande gekommen ist.	36
2.	37
Der geltend gemachte Vorschussanspruch ergibt sich aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. Dass unter den dort genannten Voraussetzungen wegen der erforderlichen Aufwendungen zur Mängelbeseitigung ein Vorschussanspruch besteht, ist allgemein anerkannt.	38
a)	39
Der Abschluss eines Werkvertrages und die Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werks sind unstreitig. Die Feststellungen des Sachverständigen X zum nicht eingehaltenen Abstand von Schiebehäuten stellt auch der Beklagte nicht mehr infrage. Den erstinstanzlichen Einwand, die Feststellungen des Sachverständigen seien nicht repräsentativ, hat er mit der Berufung nicht wiederholt. Er ist auch nicht gerechtfertigt. Der Sachverständige hat die Eindeckung an unterschiedlichen Stellen links, in der Mitte und rechts über jeweils mehrere Meter geöffnet und überall denselben Befund festgestellt. Das war hier ausreichend. Auf weitere Öffnungen wurde ausweislich des Gutachtens nach Rücksprache mit den Parteien verzichtet.	40
b)	41
Der Vorschussanspruch ist entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht verjährt.	42
Für Altverträge gilt gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB für zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährte Ansprüche ab dem 01.01.2002 neues Recht. Es gilt mithin § 634 a BGB, gemäß Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 dieser Bestimmung grundsätzlich also die fünfjährige Verjährung ab der Abnahme. Bei arglistigem Verschweigen gilt gemäß Abs. 3 die Regelverjährung, wobei hier der Fristbeginn gemäß § 199 Abs. 1 BGB neben der Entstehung auch Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anspruchs voraussetzt.	43
aa)	44
Dass die fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB abgelaufen ist, hat das Landgericht zwar zutreffend ausgeführt. Eine Abnahme ist spätestens in der vorbehaltlosen Zahlung der Rechnung des Beklagten zu sehen. Ausreichende Hemmungstatbestände hat das Landgericht mit zutreffenden Erwägungen verneint. Die Reparaturarbeiten im Jahre 2003 stellen sich nicht als Verhandlungen über einen Gewährleistungsanspruch dar. Der Beklagte hat seine Arbeiten als Maßnahmen zur Beseitigung eines Sturmschadens abgerechnet, der Kläger hat sie als solche bezahlt. Darüber, ob es sich nicht um einen Sturmschaden, sondern um einen Gewährleistungsfall handelt, wurde seinerzeit nicht diskutiert.	45
bb)	46
Auszugehen ist hier aber von der Arglisthaftung gemäß § 634a Abs. 3 BGB.	47
(1)	48

Zwar ist nicht positiv festzustellen, dass der Beklagte selbst den nicht offenbaren Mangel erkannt hat. Der Arglist ist es aber gleichzustellen, wenn ein Unternehmer die Arbeitsabläufe so organisiert, dass er überhaupt nicht in der Lage ist, die Mangelfreiheit sachgerecht zu beurteilen und seiner Offenbarungspflicht zu genügen. Dem Besteller dürfen nämlich im Hinblick auf die Zurechnung der Arglist keine unangemessenen Nachteile daraus erwachsen, dass der Auftragnehmer die Arbeiten nicht persönlich, sondern im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation durch Dritte oder eigene Hilfskräfte erledigen lässt. Organisiert der Unternehmer die Arbeitsabläufe so, dass er selbst die Arbeiten nicht durchführt, so muss er die zur Beurteilung der Qualität des Werks erforderlichen Kontrollen entweder selbst durchführen oder die Durchführung dieser Kontrollen durch Dritte organisieren.	49
An beidem fehlt es hier. Der Beklagte hat ersichtlich eine eigene Überprüfung der Arbeit seines Mitarbeiters nicht oder jedenfalls nicht annähernd so vorgenommen, dass ihm eine sachgerechte eigene Beurteilung der Mangelfreiheit des Werks möglich war. Die vom Sachverständigen festgestellten Abstände zwischen den einzelnen Schiebetafeln von 58 cm, 64 cm, 88 cm, 98 cm, 109 cm, 111 cm, 117 cm, 124 cm, 137 cm, 140 cm, 145 cm und 190 cm weichen soweit von dem in keinem Fall erreichten Normabstand von 50 cm ab, dass dieser Schluss zwingend erscheint. Die Mangelhaftigkeit hätte bei einer auch nur oberflächlichen Überprüfung ansonsten nicht verborgen bleiben können. Letztlich ergibt sich auch aus dem wiederholten Hinweis des Beklagten auf die Qualifikation seines langjährigen Mitarbeiters, dass er diesem die Arbeit ohne ausreichende Überwachung im Vertrauen auf dessen Leistungsfähigkeit eigenverantwortlich überlassen hat. Dann muss er sich entweder dessen Wissen zurechnen oder aber den Vorwurf mangelnder Organisation gefallen lassen.	50
Zwar ist auf die Kenntnis derjenigen Mitarbeiter, deren sich der Unternehmer lediglich bei der Herstellung bedient, regelmäßig nicht abzustellen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn solche Mitarbeiter auch mit der Prüfung des Werkes auf Mangelfreiheit betraut sind und allein ihr Wissen und ihre Mitteilung den Unternehmer in den Stand setzen, seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller zu erfüllen (vgl. BGH NJW 2007, 366 m.w.N.). Dass dem Unternehmer die Kenntnis eines arglistigen Subunternehmers oder Kolonnenführers jedenfalls dann zugerechnet werden kann, wenn deren Leistungen nicht überwacht worden sind, hat der BGH wiederholt entschieden (BGH a.a.O.; BGHZ 62, 68; BGHZ 66, 43, 45). Hier war mangels hinreichender Überwachung nur der mit den Arbeiten betraute Mitarbeiter Y des Beklagten in der Lage, die Qualität des Werks verlässlich zu beurteilen. Da es sich bei diesem nach dem Vorbringen des Beklagten um einen seit 20 Jahren bei ihm Beschäftigten handelte, der bis dahin stets qualitativ hervorragende Arbeit geleistet hatte, kann davon ausgegangen werden, dass diesem Mitarbeiter die einschlägigen Fachregeln bekannt waren. Bei einem so groben Regelverstoß, wie er hier festzustellen ist, ist von einer vorsätzlichen Missachtung dieser Regeln auszugehen. Die konsequente Missachtung der Mindestabstände auf dem gesamten Dach bei teilweise gravierenden Abweichungen vom Sollwert lässt sich mit einem nur fahrlässigen Einmalversagen nicht erklären.	51
Wollte man nicht auf die Kenntnis des Mitarbeiters Y abstellen, so wäre dem Beklagten ein Organisationsverschulden wegen der dann vollständig fehlenden Überwachung anzulasten. Auch beim Einsatz einer qualifizierten Kraft, die bis dahin beanstandungsfrei gearbeitet hat, ist zumindest stichprobenartig zu kontrollieren, ob die erforderliche Qualität auch vorliegend eingehalten wurde (vgl. OLG Düsseldorf IBR 2011, 635) .	52
(2)	53
Die sich angesichts der Arglisthaftung ergebende Verjährungsfrist ist noch nicht abgelaufen.	54

Die bei arglistigem Verschweigen eines Mangels nach altem Recht dreißigjährige Verjährungsfrist ist länger als die Verjährungsfrist nach neuem Recht, so dass gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB die kürzere Frist am 01.01.02 begann, dies allerdings nur dann, wenn zu diesem Zeitpunkt auch die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach neuem Recht - Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Anspruchsvoraussetzungen - vorlagen (vgl. BGH NJW 07, 1584). Von Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Klägers ist vor 2008 nicht auszugehen. Die vom Kläger selbst vorgetragene Kenntnis von Klappergeräuschen kann mit der Kenntnis eines Mangels nicht gleichgestellt werden. Auch drängt sich wegen solcher Geräusche ein gewährleistungspflichtiger Mangel nicht derart auf, dass von grob fahrlässiger Unkenntnis ausgegangen werden kann. Der Beklagte selbst führt aus, dass sich bei entsprechender Windeinwirkung Klappergeräusche selbst dann ergeben können, wenn ausreichend Schiebehafte angebracht sind.	55
c)	56
Im Hinblick auf die auszurteilenden Mängelbeseitigungskosten ist auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen X davon auszugehen, dass eine komplette Erneuerung des Daches geboten ist, die einen voraussichtlichen Kostenaufwand von 28.170,18 € verursachen wird. Dies sind die erforderlichen Nachbesserungsaufwendungen.	57
Die Verwendung von Edelstahlklemmbügeln, die außen auf dem Dach anzubringen wären, kommt schon aus optischen Gründen als Alternative nicht in Betracht.	58
Dass auch das vom Beklagten für ausreichend erachtete Setzen weiterer Hafte bei der gebotenen sehr sorgfältigen Vorgehensweise nicht kostengünstiger und wegen des dann notwendigen Vor- und Zurückbiegens der Zinkbleche und der damit verbundenen Bruchgefahr keine ernsthaft in Erwägung zu ziehende Alternative darstellt, hat der Sachverständige X im Senatstermin nachvollziehbar und überzeugend erläutert.	59
Ein Abzug neu für alt kommt nicht in Betracht. Nach Treu und Glauben darf es dem Unternehmer im Falle der Arglisthaftung nicht zum Vorteil gereichen, dass ein pflichtwidrig nicht offenkundiger Mangel während eines langen Zeitraumes unerkannt und deshalb auch unrepariert geblieben ist.	60
3.	61
Ein Anspruch auf die verlangten Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ergibt sich angesichts der ernsthaften und endgültigen Zurückweisung des Vorschussverlangens mit Schreiben vom 26.08.09 (Anlage K 7) aus §§ 286 Abs. 2 Nr. 3, 288 Abs.1 BGB.	62
4.	63
Die Feststellungsklage ist angesichts der noch nicht endgültig zu beziffernden Mängelbeseitigungskosten zulässig und begründet.	64
III.	65
Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	66
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.	67

