Oberlandesgericht Hamm, 12 U 58/14

Datum:	19.11.2014
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	12. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	12 U 58/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2014:1119.12U58.14.00

Vorinstanz:	Landgericht Arnsberg, 4 O 457/11
Schlagworte:	Mangelfolgeschaden, Sachverständigenkosten, Ersatzvornahme, Architektenhonorar
Normen:	VOB/B (2009) §§ 12 Nr. 4 Abs. 1 S. 1; 13 Nr. 7 Abs. 3; HOI (1995) § 15 Abs. 2 Nr. 8

Leitsätze:

1.

Die Kosten der notwendigen Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Ermittlung von Mangel und Mangelbeseitigungsmaßnahme sind ersatzfähiger Mangelfolgeschaden des Bestellers.

2.

Die Tätigkeit des Architekten im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme des Bestellers gehört zu den Grundleistungen der Leistungsphase 8 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI (a.F.). Es handelt sich in der Regel nicht um eine besondere und deshalb gesondert zur vergütende Leistung des Architekten.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 10.02.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg, Aktenzeichen: 4 O 457/11, teilweise abgeändert und neu gefasst.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 22.599,64 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.02.2011 zuzüglich 645,56 € vorgerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.04.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und bleibt die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 35 % und der Beklagte zu 65 %, mit Ausnahme der Kosten, die durch die Anrufung des Landgerichts Siegen entstanden sind; diese Kosten trägt die Klägerin allein.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 75 % der Klägerin und zu 25 % dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e: 1

A. 2

Mit Vertrag vom 10.02.2009 vergab die Beklagte Metallbauarbeiten, Schlosserarbeiten und Verglasungsarbeiten an der Universität T mit einem Auftragsvolumen von 54.124,77 € an die Klägerin. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. 3

Im Verlauf der Tätigkeit durch die Klägerin traten Mängel der Arbeiten zu Tage. Der Beklagte rügte bereits am 12.08.2009 zahlreiche Mängel und verweigerte wegen fortbestehender Mängel am 08.12.2009 die Abnahme. Er schaltete sodann das Sachverständigenbüro Dr. L & M GmbH ein, das gutachterliche Stellungnahmen zu den Arbeiten der Klägerin unter Hervorhebung von Mängeln erstellte. Auf Basis einer Mängelliste vom 07.04.2010 erstellte die Klägerin ein Sanierungskonzept, zu dem die Dr. L & M GmbH im Auftrag des Beklagten gutachterlich Stellung nahm. 4

Aus der Sicht des Beklagten verlief die sodann in Angriff genommene Sanierung unbefriedigend. Mit Schreiben vom 22.07.2010 setzte er eine „letzte Nachfrist“ zum 31.08.2010. Ab dem 14.09.2010 kam es zu weiteren Arbeiten der Klägerin. Bei einem Ortstermin am 23.09.2010, an dem auch der von dem Beklagten beauftrage Sachverständige teilnahm, stellte dieser erneut Mängel fest. In einem Abnahmetermin vom 05.10.2010 wurde eine Reihe „unstreitiger Mängel“ protokolliert. Nach Ablauf der im Protokoll aufgenommenen Frist zur Beseitigung der Mängel rügte der Beklagte nicht erledigte Mängel und forderte die Klägerin zur Beseitigung bis zum 25.11.2010 auf. Im Hinblick auf das Ausbleiben der Nachbesserung beauftragte der Beklagte sodann die Firma Q mit der Mängelbeseitigung, deren Rechnung der Beklagte in Höhe von 3.422,25 € anerkannte. 5

Die Klägerin erstelle unter dem 21.12.2010 eine Schlussrechnung, die unter Berücksichtigung vom Beklagten geleisteter Zahlungen einen noch offenen Restwerklohn von 34.416,70 € ausweist. Diesen Betrag macht die Klägerin mit der Klage geltend. 6

7

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Rechnung sei hinsichtlich der Positionen N1-01.01.013, N2 und N3 (teilweise) zu kürzen. Zudem hat er mit den Kosten der Ersatzvornahme durch die Firma Q in Höhe von 3.422,25 €, mit Kosten in Höhe von 10.484,15 €, die durch die Einschaltung eines Architekten bei der Überprüfung der Abrechnung sowie der Überwachung und Begleitung der Mängelbeseitigungsarbeiten entstanden sind, sowie mit Aufwendungen für das Sachverständigenbüro in einer Gesamthöhe von 6.888,86 € aufgerechnet.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die von dem Beklagten geltend gemachten Kosten seien übersetzt. Bei den Architektenkosten handele es sich um Sowieso-Kosten, da dem Architekten die Begleitung der Mängelbeseitigung ohnehin oblegen hätte. Der Beklagte habe auch keinen Sachverständigen einschalten müssen, da bei ihm als Fachbehörde Fachleute verfügbar gewesen seien. 8

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens in Höhe von 20.216,66 € nebst vorgerichtlicher Anwaltskosten und Zinsen stattgegeben; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. 9

Die Klägerin könne grundsätzlich Ausgleich ihrer Schlussrechnung verlangen. Diese sei dem Grund nach fällig, da die Arbeiten der Klägerin unstreitig beendet seien. Unter Berücksichtigung der geleisteten Teilzahlungen sei rechnerisch noch eine Forderung von 34.416,70 € offen; dieser Betrag sei auf 32.910,75 € zu kürzen. Hiergegen greife die Aufrechnung des Beklagten mit den Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von 3.422,25 €, sodass eine Restforderung von 29.488,50 € verbleibe. 10

Die Beklagte könne mit Kosten in Höhe von 6.888,86 € aufrechnen, die ihm anlässlich der Beauftragung des Sachverständigenbüros entstanden seien. Diese Kosten seien als Verzugsschaden nach § 5 Nr. 4, § 6 Nr. 6 VOB/B gerechtfertigt. Die Rechnungen seien nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. P der Höhe nach angemessen und gerechtfertigt. Aus demselben rechtlichen Gerichtspunkt könne der Beklagte die Kosten für die Beauftragung des Architekten im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung verlangen. Die abgerechneten Tätigkeiten hätten indes im Wesentlichen Grundleistungen betroffen, die der Beklagte bereits aufgrund des Ausgangsvertrags mit dem Architekten zu zahlen gehabt hätte, mithin um Sowieso-Kosten. Nach dem eingeholten Gutachten beträfen nur Kosten in Höhe von 2.382,98 € brutto die Überwachung der Ersatzvornahme. 11

Zinsen könne die Klägerin erst ab dem 22.02.2011 beanspruchen, zwei Monate nach Zugang der Schlussrechnung. Die Anwaltskosten seien nur anteilig zu erstatten. 12

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Berücksichtigung der Architekten- und Sachverständigenkosten. Das Landgericht habe im Hinblick auf die Sachverständigenkosten verkannt, dass diese Kosten vor dem Hintergrund des § 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOB/B nicht abzugsfähig seien. Auch die Kosten des Architekten könnten nicht in Abzug gebracht werden. Zwar nehme ein Teil der Kommentarliteratur entgegen § 15 Nr. 8 HOAI (2002) eine Vergütung an. Die Überwachung der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel sei aber bereits im Architektenhonorar enthalten, sodass eine Doppelberechnung erfolgt sei. Der Architekt habe im Rahmen der Leistungsphase 8 gerade die Entstehung von Mängeln zu verhindern. Die Zuerkennung eines Honorars für die Überwachung der Mangelbeseitigung würde zu einer Honorierung für eigene Fehlleistung führen. 13

Die Klägerin beantragt, 14

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Arnsberg vom 10.02.2014 zum Aktenzeichen I- 4 O 457/11 die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 9.271,84 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.03.2011 sowie weitere 453,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.04.2011 zu zahlen. 15

Der Beklagte beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Im Hinblick auf die Sachverständigenkosten sei die Berufung mangels Einwendungen bereits unzulässig. 18

Die mit der Rechnung vom 12.04.2010 geltend gemachten Sachverständigenkosten beträfen nicht die Abnahme, sondern seien entstanden, nachdem die Abnahme gescheitert gewesen und die Klägerin der Aufforderung zur Mangelbeseitigung nicht nachgekommen sei. Die Tätigkeit der Sachverständigen sei aufgrund Verzuges der Klägerin mit der Mängelbeseitigung begründet. Auch die in der Rechnung vom 05.10.2010 geltend gemachten Kosten seien wegen fortbestehenden Verzuges der Klägerin erstattungsfähig. Die weiteren Feststellungen des Sachverständigen hätten ergeben, dass die zwischenzeitlich von der Klägerin erstellten Sanierungskonzepte unzureichend und ungeeignet gewesen seien 19

Die Tätigkeit des Architekten im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme nach erneut gescheiterter Abnahme stelle keine Grundleistung dar. Dies gelte schon deshalb, weil die Klägerin nach der ersten Abnahme ein vollständig neues Sanierungskonzept zu erbringen gehabt habe. Es entspreche allgemeiner Auffassung, dass die Tätigkeit des Architekten bei der Ausschreibung, Überwachung und Rechnungsprüfung der Ersatzvornahme eine besondere Leistung darstelle. 20

B.

Die Berufung ist zulässig. Die Berufungsbegründung entspricht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO. Dies gilt - entgegen der Auffassung des Beklagten - auch, soweit sich die Klägerin gegen die Berücksichtigung der Sachverständigenkosten von mehr als 2.482,88 € richtet. 21

C.

Die Berufung ist teilweise begründet. Der Klägerin steht über die im angefochtenen Urteil bereits festgestellten Ansprüche ein weitergehender Zahlungsanspruch in Höhe von 2.382,98 € nebst Zinsen zu. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. 22

I. 23

Nach dem insoweit nicht angefochtenen Urteil des Landgerichts Arnsberg stand der Klägerin ursprünglich ein Werklohnanspruch gemäß § 631 Abs. 1 BGB von 32.910,75 € zu, der durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit den Kosten der Ersatzvornahme von 3.422,25 € gemäß § 389 BGB erloschen ist. 24

1. 25

Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht Arnsberg in dem angefochtenen Urteil davon ausgegangen, dass zudem die seitens des Beklagten erklärte Aufrechnung mit Sach 26

verständigenkosten von 6.888,86 € zu einem Erlöschen der Werklohnforderung in dieser Höhe geführt hat, § 389 BGB. 27

Dem Beklagten stand aus § 13 Nr. 7 Abs. 3 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, Ausgabe 2009 (VOB/B 2009) ein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten zu. 28

Gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B 2009 sind diejenigen Kosten erstattungsfähig, die aufgrund einer notwendigen Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Ermittlung eines Mangels und der Beseitigungsmaßnahmen entstehen. Es handelt sich hierbei um Mangelfolgeschäden, so dass eine diesbezügliche Fristsetzung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 2009 nicht erforderlich ist. (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 18.12.2012, Az.: 10 U 134/12; zitiert nach juris.de) Hiervon sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, bei denen nur vorbeugend die Vollständigkeit und Mangelfreiheit der Bauleistungen überwacht werden soll. Nichts anderes gilt, wenn ein Gutachter einzig zu dem Zweck tätig wird, den Auftraggeber ganz allgemein über die Qualität der Bauleistungen in Kenntnis zu setzen und/oder ihm die notwendigen Erkenntnisgrundlagen für seine Entscheidung zu einem gerichtlichen Vorgehen zu liefern. 29

Die Hinzuziehung der Sachverständigen durch den Beklagten diente der Ermittlung von Mängeln und Begleitung der Beseitigungsarbeiten. Der Beklagte hatte bereits mit Schreiben vom 12.08.2009 Mängel am Werk der Klägerin gerügt. Aus der ersten gutachterlichen Stellungnahme der Ingenieurbüro Dr. L & M GmbH vom 17.12.2009, für die im vorliegenden Rechtsstreit keine Kosten geltend gemacht werden, ergibt sich dementsprechend, dass „das Glasdach aufgrund der vorhandenen Regenundichtigkeiten hinsichtlich möglicher konstruktiver Mängel beurteilt werden soll“. Aus den zur Akte gereichten Rechnungen vom 12.04.2010 und 05.10.2010 folgt, dass die gutachterliche Beauftragung der „Feststellung von Mängeln an der Glasdachkonstruktion“ bzw. der „Sanierung des Glasdaches“ gedient haben. Vor diesem Hintergrund handelt es sich nicht um eine Hinzuziehung des Sachverständigen zur Abnahme im Sinne des § 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOB/B 2009. 30

Die Beauftragung der Sachverständigen war notwendig. Nach den nachvollziehbaren Feststellungen des erstinstanzlich beauftragten Sachverständigen P stellte sich die Mangelfrage als so spezifisch dar, dass die Hinzuziehung eines Sachverständigen gerechtfertigt war. Auch die Klägerin als Fachunternehmen hatte den Gegenstand ihrer Beauftragung offensichtlich nicht im Griff. Vor diesem Hintergrund kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte oder der für ihn tätige Architekt das notwendige Fachwissen für die zu treffenden Beurteilungen hatten. 31

Nach den Feststellungen des Landgerichts Arnsberg waren die Kosten für die Beauftragung der Ingenieurbüro Dr. L & M GmbH angemessen und gerechtfertigt. An diese von der Klägerin nicht angegriffen Feststellungen ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellung nicht ersichtlich sind. 32

2. 33

34

Dagegen greift die Aufrechnungserklärung des Beklagten im Hinblick auf die Architektenkosten nicht durch. Ein Anspruch des Beklagten auf Erstattung des vom Landgericht zuerkannten Betrages scheidet aus, da dem vom Beklagten beauftragten Architekten im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme keine gesonderte Vergütung zustand.

Soweit der Beklagte zur Begründung seiner Auffassung, dass die Tätigkeit des Architekten im Zusammenhang mit einer Ersatzvornahme eine besondere Leistung darstellt, die nicht gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 8 der Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure - HOAI) in der Fassung vom 21.09.1995 (a. F.) zu erbringen ist, auf Kommentarliteratur Bezug nimmt, vermag dies den Senat nicht zu überzeugen. Zwar vertreten Weyer (in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 4. Auflage, VOB/B § 13 Rn. 302) und Jochem (HOAI, 4. Auflage, § 15 Rn. 76) die Auffassung, dass Ausschreibung, Vergabe und Beaufsichtigung der Ersatzvornahme nicht zu den Aufgaben des Architekten im Rahmen der Leistungsphasen 8 und 9 gehören, allerdings ohne dies näher zu begründen. 35

Das „Überwachen der Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit … den allgemein anerkannten Regeln der Technik“ und die „Überwachung der Beseitigung der bei der Abnahme der Bauleistung festgestellten Mängel“ gehören gemäß § 15 Abs. 2 HOAI zu den Grundleistungen der Leistungsphase 8, die dem beauftragten Architektenbüro nach dem Architektenvertrag vom 12./14.08.2008 oblag. 36

§ 15 Abs. 2 Nr. 8 HOAI a. F. unterscheidet nicht zwischen der Mängelbeseitigung durch den ursprünglich beauftragten Unternehmer und der Mängelbeseitigung im Wege der Ersatzvornahme. Auch ansonsten kommt es bei den Leistungsphasen nicht darauf an, mit welcher Intensität die Grundleistungen zu erbringen sind. So stehen dem Architek 37

ten bei besonders intensiver Überwachungstätigkeit über das normale Maß hinaus für die Grundleistung Objektüberwachung keine weiteren Ansprüche zu, und zwar selbst dann nicht, wenn ein am Bau Beteiligter besonders mangelhaft arbeitet oder die Mängelbeseitigung erheblich verzögert (vgl. Locher/Koeble/Frick, HOAI, 8. Auflage, § 15 Rn. 205). 38

Eine besondere Vergütung des Architekten wäre daher allenfalls dann gerechtfertigt, wenn dieser im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme bereits erbrachte (Teil-)Leistungen erneut vorzunehmen hätte, die über die „normale“ Überwachung einer Mängelbeseitigung hinausgehen, wie zum Beispiel eine erneute Ausschreibung und Vergabe. Dies lässt sich jedoch weder dem Vortrag des Beklagten noch der vorgelegten Rechnung des beauftragten Architekt, der lediglich ein Zeithonorar berechnet, entnehmen. Auch der Sachverständige Dipl.-Ing. P geht in seinem Gutachten vom 26.08.2013 nicht von einer Doppeltätigkeit des Architekten aus, sondern sieht in der Beauftragung der Ersatzvornahme eine vorzunehmende zeitliche Zäsur. 39

II. 40

Der Klägerin steht ein weiterer Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, als vom Landgericht zuerkannt, nicht zu. Es kann nicht festgestellt werden, dass sich der Beklagte zum Zeitpunkt, als die Klägerin ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten beauftragt hat, in Zahlungsverzug befunden hat. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Klägerin der Beklagten eine angemessene Nachfrist zur Zahlung im Sinne des § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B 2009 gesetzt hat oder die besonderen Voraussetzungen für einen Zahlungsverzug ohne Nachfristsetzung vorgelegen haben. 41

III. 42

Den vom Landgericht zuerkannten Zinsanspruch greifen die Parteien nicht an. 43

C. 44

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 281 Abs. 3 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO. 45

D. 46

Die Revision war nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 47

48

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE