
Datum: 19.05.1993
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 2/93
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1993:0519.13U2.93.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 10 O 326/90

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 1. Dezember 1992 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 10 O 326/90 - wird zurückgewiesen. Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

1

##blob##nbsp;

2

##blob##nbsp;

3

##blob##nbsp;

4

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg, weil das angefochtene Urteil zu Recht einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung restlichen Werklohns gemäß § 631 BGB verneint hat.

5

##blob##nbsp;

6

Dabei kann offenbleiben, ob der Anspruch der Klägerin tatsächlich 66.380,04 DM beträgt, von dem sie einen Teilbetrag von 50.184,95 DM in der in der Berufungsbegründung bestimmten Reihenfolge geltendmacht. Denn auch ein Anspruch in dieser Höhe besteht nicht, weil der Beklagte einen Anspruch auf Vorschußzahlung wegen der Feuchtigkeit in der Halle hat, der mehr als 66.380,04 DM beträgt.

7

##blob##nbsp;

8

9

Nach den eindeutigen Feststellungen des Sachver-ständigen, die mit den Feststellungen des von der Klägerin beauftragten Sachverständigen über-einstimmen, ist das Ziegelmauerwerk der Halle fehlerhaft, weil es nur in 24 cm Dicke errichtet ist. Ein solches Mauerwerk kann das Eindringen von Feuchtigkeit durch Schlagregen nicht verhindern. Es hätte nach den technischen Regeln wenigstens 31 cm stark sein müssen.

##blob##nbsp; 10

Der Klägerin ist zuzugeben, daß insoweit der von dem Beklagten beauftragte Architekt das Mauerwerk falsch geplant hat. Dieser Planungsfehler entla-stet sie jedoch im Verhältnis zum Beklagten nicht. 11

##blob##nbsp; 12

Die Klägerin war gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B - dieses Regelwerk lag dem Bauvertrag zugrunde - verpflich-tet, auf ihre Bedenken gegen die Ausführung des Mauerwerks in 24 cm Dicke hinzuweisen. Daß sie einen solchen zuverlässigen Hinweis gegeben hat, trägt sie substantiiert nicht vor. Unstreitig hat sie keinen schriftlichen Hinweis erteilt. Zwar mag ein zuverlässiger mündlicher Hinweis zur Erfül-lung der dem Bauunternehmer insoweit obliegenden Pflicht ebenfalls ausreichen. Von der Erteilung eines solchen Hinweises kann indes nicht ausgegan-gen werden. 13

##blob##nbsp; 14

Ihr Geschäftsführer will Anfang Oktober 1989 auf der Baustelle den Beklagten gefragt haben, ob al-lein die Steine des Mauerwerks das Innenleben der Halle vor Kälte und Nässe schützen sollten. Darauf habe der Beklagte erwidert, das gehe schon in Ordnung. Er habe sich mit dem Steinehersteller in Verbindung gesetzt. Ein solches Mauerwerk sei aus-reichend. Dem habe der Architekt beige-pflichtet. 15

##blob##nbsp; 16

Eine solche Äußerung des Geschäftsführers der Klägerin ist nicht geeignet, die dieser obliegen-de Hinweispflicht zu erfüllen. Der Hinweis muß geeignet sein, dem Bauherren nachdrücklich die Gefahren aus der geplanten und beabsichtigten Errichtung des Mauerwerks vor Augen zu führen. Die Klägerin hätte deshalb ausdrücklich darauf hinwei-sen müssen, daß das Mauerwerk nicht vor Feuchtig-keit durch Schlagregen schützen könne. Mit der Er-widerung des Beklagten, er habe sich mit dem Stei-nehersteller in Verbindung gesetzt, durfte sich die Klägerin nicht begnügen. Sie mußte vielmehr eindringlich dem Beklagten und seinem Architekten erläutern, daß nach ihrer Erfahrung als Bauunter-nehmerin das Mauerwerk in der geplanten Stärke keinesfalls zum Schutz vor Schlagregen ausreichend sei. 17

##blob##nbsp; 18

Einen solchen ausführlichen und unmißverständli-chen Hinweis hat die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen nicht erteilt, so daß von einer Verlet-zung der Hinweispflicht ohne Beweisaufnahme auszu-gehen ist. 19

##blob##nbsp; 20

Die Verletzung der Hinweispflicht führt dazu, daß die Klägerin im Verhältnis zum Beklagten allein für den Schaden verantwortlich ist, sich insbe-sondere nicht darauf berufen kann, der Beklagte müsse sich den Planungsfehler seines Architekten 21

anspruchsmindernd anrechnen lassen. Ein Mitverschulden des Bauherren und seines Architekten als Erfüllungsgehilfen kommt nur dann in Betracht, wenn der Bauunternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflichten nur fahrlässig verletzt hat. Unterläßt er den Hinweis auf erkannte Mängel, so ist er immer allein für den Schaden verantwortlich (vgl. BGH Baurecht 1991, Seite 79 m.w.N.). So liegt es hier, denn die Klägerin trägt selbst vor, daß sie die unzureichende Mauerstärke im Hinblick auf Feuchtigkeitsschutz vor Schlagregen erkannt hat.

##blob##nbsp; 22

Haftet die Klägerin mithin für den Baumangel in vollem Umfang, kann der Beklagte mit Recht die Kosten der Sanierung im Vorschußwege verlangen. 23

##blob##nbsp; 24

Als Sanierung kommt nur in Betracht die Anbringung eines wasserabweisenden Außenputzes oder die außenseitige Anbringung einer Verblendschale. 25

##blob##nbsp; 26

Außenputz kostet netto 23.300,80 DM. Diese Kosten hätte der Beklagte auch aufbringen müssen, wenn er sich von vornherein entschieden hätte, es bei dem Mauerwerk von 24 cm Dicke zu belassen, aber zusätzlich einen Außenputz als Feuchtigkeitsschutz aufzubringen. Sie stellen daher insgesamt Sowieso-kosten dar. 27

##blob##nbsp; 28

Die nachträgliche Herstellung einer Verblendschale kostet netto 59.935,40 DM. Außerdem muß das Dach vergrößert werden, weil ein größerer Dachüberstand hergestellt werden muß. Das kostet nachträglich rund 30.000,00 DM netto. Die Sanierungskosten stellen sich daher insgesamt auf rund 104.000,00 DM brutto. 29

##blob##nbsp; 30

Als Sowiesokosten sind abzusetzen die Herstellung eines qualitativ einwandfreien einschaligen Mauerwerks mit 24.530,97 DM und für die Herstellung eines größeren Daches 2.414,32 DM. Diese beiden Nettobeträge ergeben zusammen brutto 30.717,63 DM. 31

##blob##nbsp; 32

Abzüglich dieser Sowiesokosten stellen sich die Sanierungskosten auf 73.282,37 DM, übersteigen also die von der Klägerin selbst errechnete Werklohnforderung bei weitem. 33

##blob##nbsp; 34

Der Beklagte ist auch berechtigt, die Sanierung durch nachträgliche Errichtung einer Verblendschale vornehmen zu lassen. Wäre er von Anfang an darauf hingewiesen worden, das Mauerwerk von 24 cm Dicke sei unzureichend, hätte er nach Auffassung des Senates stärkeres Mauerwerk in Auftrag gegeben. Stärkeres Mauerwerk einschließlich des größeren Dachüberstandes hätte netto 26.945,29 DM mehr gekostet (24.530,97 DM für das Mauerwerk und 2.414,32 DM für das größere Dach). Außenputz hätte demgegenüber 23.200,80 DM netto gekostet. Der Mehrbetrag für Mauerwerk von rund 3.700,00 DM gegenüber den Kosten eines Außenputzes wäre so gering gewesen, daß ohne weiteres 35

davon ausgegangen werden kann, der Beklagte hätte sich für stärkeres Mauerwerk entschieden, da er unstreitig aus optischen Gründen die Errichtung der Halle in Ziegelmauerwerk wünschte.

##blob###nbsp; 36

Ohne rechtlichen Belang ist, daß der Beklagte die Sanierung bislang noch nicht hat durchführen lassen. Das beruht ersichtlich darauf, daß er wegen der Mängel einen Rechtsstreit führt. 37

##blob###nbsp; 38

Ob das Werk der Klägerin darüber hinaus noch andere Mängel aufweist, bedarf keiner Entscheidung. 39

##blob###nbsp; 40

Ein hilfsweiser Anspruch wegen der Halle 2 oder auf Bildung eines neuen Preises nach § 2 Nr. 3 VOB/B für die errichtete Halle nebst Wohnhaus steht der Klägerin nicht zu. 41

##blob###nbsp; 42

Sie hatte zunächst auch ein Angebot für die Lagerhalle 2 abgegeben, wie aus ihrem Leistungsverzeichnis folgt. Mit Schreiben seines Architekten vom 17.07.1989 hat der Beklagte den Auftrag jedoch ausdrücklich nur für Wohnhaus mit Doppelgarage und eine Halle erteilt. Erst mit Schreiben vom 15.11.1989 ist der Auftrag für Fundamente für Halle 2 erteilt worden. 43

##blob###nbsp; 44

Rechtlich ist das als neues Angebot zum Vertragschluß zu werten. Denn das im Leistungsverzeichnis liegende Angebot der Klägerin für Halle 2 ist durch das Schreiben des Beklagten vom 17.07.1989 nicht angenommen worden. Das neue Angebot vom 15.11.1989 wurde zu den Modalitäten des Auftragschreibens vom 17.07.1989 erteilt. Auf dieses Angebot hat die Klägerin am 23.11.1989 erwidert, Berechnungsgrundlage für die Halle 2 seien ihre Einheitspreise ohne Abzug, also ohne Nachlaß von 10,4 %. 45

##blob###nbsp; 46

Rechtlich ist dieses Schreiben als Ablehnung des Angebotes verbunden mit einem neuen Antrag zu werten, § 150 Abs. 2 BGB. Diesen neuen Antrag der Klägerin auf Vertragsschluß in abgeänderter Form hat der Beklagte unstreitig nicht angenommen, denn die Halle 2 ist nicht errichtet worden. Ein Bauvertrag bezüglich der Halle 2 ist damit nicht geschlossen worden. Von einer Auftragskündigung durch den Beklagten kann nicht ausgegangen werden, so daß auch ein Anspruch nach § 649 BGB oder § 8 Nr. 1 VOB/B nicht besteht. 47

##blob###nbsp; 48

Ein Anspruch der Klägerin hinsichtlich des erteilten Bauauftrags auf neue Preisbildung nach § 2 Nr. 3 VOB/B besteht ebenfalls nicht. 49

##blob###nbsp; 50

Das ursprüngliche Angebot der Klägerin belief sich auf 485.388,62 DM. Die Klägerin hat es später auf 456.000,00 DM brutto reduziert.	51
##blob##nbsp;	52
In dem ursprünglichen Angebot war die Halle 2 mit 143.351,12 DM Baukosten enthalten. Damit betrug der ursprüngliche Preis für die Halle 2 etwa 29,53 % des gesamten Angebotes. Das anschließend im Preis reduzierte Angebot belief sich also ohne die Halle 2 (abzüglich 29,53 %) auf 321.343,20 DM.	53
##blob##nbsp;	54
Die Klägerin hat nunmehr einen ungekürzten Werk-lohnanspruch von 323.972,90 DM errechnet. Danach kann von einer Mengenabweichung im Hinblick auf den der Klägerin erteilten Auftrag nicht ausgegangen werden, so daß auch ein Anspruch auf neue Preisbildung nicht besteht.	55
##blob##nbsp;	56
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.	57
##blob##nbsp;	58
Streitwert der Berufung und Wert der Beschwer der Klägerin: 50.184,95 DM.	59