
Datum: 01.07.1994
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 29/94
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1994:0701.11U29.94.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 8 O 369/93
Schlagworte: Werkvertrag Organisation Verschulden
Normen: § 638 BGB

Leitsätze:

Eine Verletzung der Offenbarungspflicht des Unternehmers bei Abnahme des Werkes aufgrund mangelhafter Überwachung des Herstellungsprozesses kann einem arglistigen Verschweigen von Mängeln gleichzusetzen sein und in entsprechender Anwendung des § 638 S. 1 BGB die kurze Verjährungsfrist ausschließen. Zur Geltung kommt in diesen Fällen die 30-jährige Verjährungsfrist. Zu den Anforderungen an die betriebliche Organisation zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Kontrolle des Herstellungsprozesses.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 6. Januar 1994 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 8 O 369/93 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

1

##blob##nbsp;

2

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

3

##blob##nbsp;

4

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungs-anträge bestehen nicht, da die behaupteten Schäden jedenfalls möglich sind, ihr Umfang jedoch noch ungewiß ist (vgl. Zöller/Stephan, ZPO, 18. Aufl., § 256, Rdnr. 8 a).	5
##blob##nbsp;	6
##blob##nbsp;	7
##blob##nbsp;	8
Das Landgericht hat zu Recht einen Nachbesserungs-anspruch der Klägerin gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B und die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz der Folgeschäden gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B festge-stellt, die auf Grund der mangelhaften Verlegung des Estrichs bereits entstanden sind und im Zu-ge der erforderlichen Nachbesserungsarbeiten noch entstehen können (Ziffer 2 und 3 der Klage).	9
##blob##nbsp;	10
Eine Verjährung dieser Ansprüche ist nicht einge-treten.	11
##blob##nbsp;	12
Daß die Verlegung des Estrichs in dem Altbauteil des Geschäftslokals des Eigentümers M. durch die Beklagte mangelhaft erfolgt ist, hat der Sachver-ständige Dr. O. in seinem Gutachten vom 18. Ju-li 1991 eingehend und überzeugend dargestellt und wird auch von der Beklagten nicht ernstlich bestritten. So sind die Lagerungsbedingungen des Estrichs mangelhaft, da er teilweise unmittelbar auf dem Untergrund, teilweise auf einer, teilweise auf zwei Dämmplatten aufliegt, was wiederum eine ungleichmäßige Absenkung unter Lasten zufolge hat. Die Estrichdicke schwankt extrem und ist stellen-weise entgegen den Regelungen der DIN 18560 zu gering. Ferner wurde der Estrichmörtel in Teilbe-reichen nicht fachgerecht verdichtet. Hinzu kommen nicht ordnungsgemäß verlegte Bewehrungsmatten und hohlliegende Dämmplatten.	13
##blob##nbsp;	14
##blob##nbsp;	15
##blob##nbsp;	16
Demnach ist die Beklagte gemäß § 13 Zif-fer 5 Abs. 1 VOB/B zur Nachbesserung verpflichtet, nachdem der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag der VOB/B unterliegt.	17
##blob##nbsp;	18
Ferner ist die Beklagte zum Ersatz der Mangelfol-geschäden gemäß Ziffer 2 und 3 des Klageantrages verpflichtet, § 13 Ziffer 7 Abs. 2 VOB/B. Der Ein-tritt solcher Mangelfolgeschäden ist wahrschein-lich. Denn es handelt sich um Räumlichkeiten, die als Geschäftslokal vermietet sind, so daß sich der Mieter einerseits für die Zeit vor Durchfüh-rung der Nachbesserungsarbeiten möglicherweise auf Mietminderung berufen kann, was im übrigen, wie die vorgelegte Korrespondenz zeigt, bereits angedroht wurde. Weiter liegen für den Fall der Erneuerung des Estrichs wirtschaftliche Nachteile wegen der anfallenden Umräumarbeiten und der zeit-weisen Stilllegung des Geschäftsbetriebes auf der Hand.	19

###blob###nbsp;	20
Auch die weiteren Voraussetzungen des § 13 Ziffer 7 Abs. 2 VOB/B liegen vor.	21
###blob###nbsp;	22
Der mangelhaft verlegte Estrich, der bereits zu Rissebildungen geführt hat, stellt einen wesentlichen Mangel dar, der die Gebrauchsfähigkeit der Räumlichkeiten als Geschäftslokal erheblich beeinträchtigt. Abgesehen von den vorhandenen Rissen, deren Umfang wegen des Teppichbodens nicht vollständig festgestellt werden kann, ist nämlich im Rahmen des Geschäfts mit Transporten und dem Abstellen größerer Lasten zu rechnen, was weitere	23
###blob###nbsp;	24
Rissebildungen und Einbrüche zur Folge haben kann und somit die Gebrauchstauglichkeit erheblich beeinträchtigt. Entgegen der Meinung der Beklagten ist der jetzige, in vollem Umfang nicht bekannte Zustand dabei nicht entscheidend.	25
###blob###nbsp;	26
Daß die Mängel durch fahrlässige Ausführung verursacht wurden, wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Schließlich ist nach den Feststellungen des Sachverständigen von einem Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik auszugehen.	27
###blob###nbsp;	28
Die Beklagte kann sich gegen das Nachbesserungs- und Schadensersatzverlangen der Klägerin nicht mit Erfolg auf die von ihr behauptete Vereinbarung gemäß ihrem Schreiben vom 16. August 1990 berufen.	29
###blob###nbsp;	30
Ob tatsächlich eine solche Vereinbarung wirksam zustande gekommen ist oder ob es sich lediglich um ein Angebot der Beklagten zur Mängelbeseitigung handelt, wie es sich nach dem klägerischen Vorbringen darstellt, kann dahinstehen. Denn selbst wenn die Parteien sich in der von der Beklagten behaupteten Weise geeinigt hätten, sollte damit noch keine abschließende und weitere Nachbesserungsarbeiten ausschließende Regelung getroffen werden. Dies zeigt bereits die Formulierung, daß zum Teil "provisorisch" beigearbeitet werden sollte, und ergibt sich darüberhinaus aus dem Inhalt der Erklärung, wonach die "Gewährleistung für unsere Arbeiten" verlängert werden soll. Dadurch	31
###blob###nbsp;	32
wurden weitere Nachbesserungsarbeiten gerade nicht ausgeschlossen.	33
###blob###nbsp;	34
Auch kann die behauptete Vereinbarung nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß Nachbesserungsarbeiten an sämtlichen anderen Stellen damit ausgeschlossen sein sollten. Für eine solche weitgehende Auslegung fehlen jegliche inhaltlichen Anhaltspunkte; darüberhinaus waren zum damaligen Zeitpunkt nur drei Schadstellen bekannt und auch Gegenstand einer möglichen Vereinbarung.	35

##blob##nbsp;	36
Schließlich kam es unstreitig nicht zur Durchfüh-rung dieser angeblich vereinbarten Regelung, so daß bereits aus diesem Grund eine Bindungswirkung entfällt. Denn das Verhalten beider Parteien nach dem geplanten Nachbesserungstermin vom 10. Novem-ber 1990 läßt zweifelsfrei erkennen, daß nicht mehr weiter auf der Basis des Schreibens vom 16. August 1990 fortgefahren und verhandelt werden sollte. Nach Einleitung des Beweissicherungsver-fahrens durch die Klägerin mit Antragsschrift vom 19. Dezember 1990 hat nämlich auch die Beklagte - soweit erkennbar - mit keinem weiteren Schreiben mehr Bezug auf die jetzt von ihr behauptete Ver-einbarung genommen. Das Verhalten beider Parteien stellt sich danach als eine konkludente Aufhebung der im Schreiben vom 16. August 1990 enthaltenen Regelung dar, sofern eine solche je getroffen wurde.	37
##blob##nbsp;	38
##blob##nbsp;	39
##blob##nbsp;	40
Die Klägerin hat auch nicht durch treuwidriges Verhalten, indem sie bei einem Treffen am 10. No-vember 1990 die Nachbesserungsarbeiten zunächst nicht weiter gestattet hat, ihre Gewährleistungs-rechte verloren (vgl. dazu MünchKomm/Soergel, BGB, 2. Aufl., § 633 Rdnr. 137). Denn dieser Abbruch der Nachbesserungsarbeiten erfolgte nicht grund-los, sondern stand in Zusammenhang mit dem Verhal-ten der Beklagten. Die Klägerin hat dargelegt, daß die Nachbesserungsarbeiten an diesem Tag deshalb zunächst eingestellt wurden, weil der Geschäfts-führer der Beklagten überraschend die Übernahme der Gewährleistung, wie sie im Schreiben vom 16. August 1990 vorgesehen war, abgelehnt habe.	41
##blob##nbsp;	42
Dieses Vorbringen hat die Beklagte in erster Instanz nicht, in zweiter Instanz nur unsubstanti-iert bestritten. Im übrigen hat sie, obwohl sie insoweit darlegungs- und beweisbelastet ist, ihre Darstellung nicht unter Beweis gestellt, so daß die klägerische Version zum Vorfall vom 10. Novem-ber 1990 zugrunde zu legen ist.	43
##blob##nbsp;	44
Die vorläufige Untersagung der Nachbesserungsar-beiten war demnach gerechtfertigt, da das gesamte Vorgehen auf der Vereinbarung bzw. dem Vorschlag der Beklagten gemäß Schreiben vom 16. August 1990 basierte und in Zusammenhang mit der "Verlänge-rung" der Gewährleistungsfristen stand.	45
##blob##nbsp;	46
Schließlich ist auch nicht ersichtlich, daß die Klägerin damit endgültig eine Nachbesserung durch die Beklagte untersagen wollte. Dagegen spricht	47
##blob##nbsp;	48
bereits ihr Schreiben vom 30. November 1990, in dem sie wiederum Erneuerung des Estrichs verlangt.	49
##blob##nbsp;	50

Deshalb kann das Verhalten der Klägerin, der aufgrund der neuen Situation am 10. November 1990 eine Überlegungszeit einzuräumen war, nicht als treuwidrige und endgültige Untersagung der Nach-besserung durch die Beklagte mit der Folge des Verlustes aller Gewährleistungsrechte angesehen werden.	51
##blob##nbsp;	52
Die Ansprüche auf Nachbesserung und Ersatz des Mangelfolgeschadens sind nicht verjährt.	53
##blob##nbsp;	54
Zwar ist die zweijährige Verjährungsfrist gemäß § 13 Ziffer 4 VOB/B Ende 1987/Anfang 1988 abgelau-fen, da unstreitig eine Abnahme im Anschluß an die Durchführung der Arbeiten im Dezember 1985 erfolgt ist.	55
##blob##nbsp;	56
In entsprechender Anwendung des § 638 Satz 1 BGB ist hier aber eine Verletzung der Offenbarungs-pflicht des Unternehmers bei Abnahme des Werkes aufgrund mangelhafter Überwachung des Herstel-lungsprozesses zu bejahen und einem arglistigen Verschweigen von Mängeln gleichzusetzen. In diesen Fällen kommt ebenfalls die 30-jährige Verjährungs-frist zur Geltung (vgl. BGH vom 12. März 1992, NJW 1992, 1754 = BB 92, 1088, in Fortführung der Rechtsprechung aus BGHZ 62, 63 und BGHZ 66, 43 so-wie BGHZ 83, 17).	57
##blob##nbsp;	58
##blob##nbsp;	59
##blob##nbsp;	60
Die Voraussetzungen der Ausdehnung des Anwendungs-bereiches des § 638 Satz 1 BGB, die durch die zitierte Entscheidung des BGH eingeleitet wurde (siehe dazu auch Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 7. Aufl., Rdnr. 2029; Jagenburg NJW 93, 102, 110) sind, wie das Landgericht bereits zutreffend aus-geführt hat, für den vorliegenden Fall zu bejahen.	61
##blob##nbsp;	62
Die Klägerin hat die Voraussetzungen des § 638 BGB ausreichend dargelegt und nachgewiesen, indem sie das Vorliegen besonders gravierender Mängel und grob mangelhafter Bauausführung behauptet und durch die sachverständigen Feststellungen belegt hat.	63
##blob##nbsp;	64
Die Art der Mängel ist hier bereits ein so erheb-liches Indiz für eine fehlende oder mangelhafte Organisation des Herstellungsprozesses durch die Beklagte, daß es weiterer Darlegungen der Klägerin nicht bedarf, vielmehr die Beklagte ihrerseits zur Entlastung vorbringen muß, wie sie ihren Betrieb organisiert hat, um die Ausführung der Arbeiten ordnungsgemäß zu überwachen. Denn es liegt hier eine Anhäufung offensichtlicher Mängel bei der Herstellung des Estrichs vor. Als besonders deutliche Mängel fallen die teilweise zu dünne Estrichschicht, die nicht ordnungsgemäß verlegten Bewehrungsmatten, die zum Teil wegen unebenen Un-tergrunds auf Hohlräumen aufliegenden Dämmplatten und die	65

unterschiedliche Lagerung des Estrichs ins Auge. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, daß diese Mängel nicht immer gleichzeitig an jeder Öffnungs-

##blob##nbsp; 66

stelle vorgefunden wurden. Aufgrund der sachver-ständigen Ergebnisse ist jedoch eine Mehrzahl von Mängeln an verschiedenen Stellen festzustellen. Dies führt in der Gesamtschau dazu, daß eine of-fenbare Mangelhaftigkeit der Leistung vorliegt.

##blob##nbsp; 68

Bei einer sorgfältigen stichprobenartigen Überprü-fung während der Herstellungsarbeiten durch einen fachkundigen Bauleiter sind diese Mängel ohne wei-teres optisch erkennbar.

##blob##nbsp; 70

Dabei spielt es keine entscheidende Rolle, daß es sich um Mängel handelt, die nur während des Her-stellungsprozesses offenliegen und im Unterschied zu dem festgestellten Sachverhalt, der der Ent-scheidung des BGH vom 12. März 1992 zugrunde lag, bei Abnahme nicht mehr ohne weiteres erkennbar waren. Denn die zitierte Entscheidung des Bundes-gerichtshofs stellt neben der Prüfungspflicht bei Abnahme gerade auf die Überwachung während der Herstellung des Werkes ab.

##blob##nbsp; 72

Zwar mögen einzelne Mängel, wie die unzureichende Verdichtung des Mörtels, nicht vergleichbar au-genfällig sein. Diese fallen jedoch im Hinblick auf die weiteren Mängel nicht mehr entscheidend ins Gewicht. Eine Anhörung des Sachverständigen zur Frage der Augenfälligkeit der Mängel ist ent-behrlich, da sich diese bereits zwangsläufig aus seinen Feststellungen im schriftlichen Gutachten ergibt.

##blob##nbsp; 74

##blob##nbsp; 75

##blob##nbsp; 76

Die daraus folgende Vermutung eines Organisations-mangels im betrieblichen Ablauf des Unternehmers hat die Beklagte nicht entkräftet.

##blob##nbsp; 78

Ihr Vorbringen zur Überwachung durch den Bauleiter Br. als Vertreter und zugleich Erfüllungsgehilfen hinsichtlich einer eventuellen Offenbarungspflicht (vgl. BGHZ 62, 63, 67) ist auch in der Berufungs-instanz nicht ausreichend. Allein eine ordnungs-gemäße Einweisung der Arbeiter reicht noch nicht aus. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, daß der Bauleiter nicht ständig auf der Baustelle anwesend sein muß. Andererseits sind mehrfache und regelmä-ßige stichprobenartige Überprüfungen erforderlich, nachdem bei den vorliegenden Arbeiten nur eine Überwachung während der Herstellung eine effektive Kontrolle gewährleistet, während allein eine Über-prüfung vor Abnahme wegen der dann möglicherweise bereits verdeckten Mängel nicht ausreicht.

##blob##nbsp; 80

Nach dem insgesamt genaueren Vortrag der Beklagten zum Ablauf der Arbeiten in erster Instanz (vgl. Schriftsatz vom 23. Dezember 1993) ist der Estrich an zwei Tagen, und zwar am 10. und 11. Dezember 1985, verlegt worden.	81
##blob###nbsp;	82
Der weitere Vortrag der Beklagten, der Bauleiter habe bei seiner stichprobenartigen Kontrolle keine Mängel festgestellt, läßt nicht erkennen, wie oft, wann und vor allem bei welchem Arbeitsstand kontrolliert wurde. Danach ist vielmehr anzunehmen, daß allenfalls eine Kontrolle stattgefunden hat, was bei 2-tägigen Arbeiten mit drei Leuten keines-	83
##blob###nbsp;	84
falls ausreichend ist. Wesentlich zur Beurteilung der Frage, ob eine hinreichende Überprüfung vorliegt, ist ferner der Stand der Arbeiten zur Zeit der (behaupteten) Kontrolle; dazu fehlt hier jeder Vortrag.	85
##blob###nbsp;	86
Diese Anforderungen an die betriebliche Organisation zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Kontrolle des Herstellungsprozesses nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind vor dem Hintergrund zu sehen, daß damit eine Gleichbehandlung von Großbetrieben und Alleinunternehmern gewährleistet wird. Denn wie auch das Landgericht zu Recht dargelegt hat, muß in einem Großbetrieb eine fachkundige, regelmäßige Kontrolle der Arbeiten gesichert sein, was bedeutet, daß ein Bauleiter oder ein Mitarbeiter in vergleichbarer Position jederzeit im wesentlichen über den Stand der Arbeiten informiert ist, und sich die Unternehmensleitung deshalb nicht später auf Unkenntnis zurückziehen kann. Diese Möglichkeit würde eine Schlechterstellung des Alleinunternehmers gegenüber dem Großbetrieb bedeuten, nachdem dem Alleinunternehmer die Berufung auf Unkenntnis verwehrt ist und er in vergleichbaren Fällen mit dem Vorwurf des arglistigen Verschweigens von Mängeln zu rechnen hat (vgl. dazu BGHZ 62, 63; BGHZ 66, 43; OLG Frankfurt Schäfer/Finnern/Hochstein, § 638 BGB Nr. 13).	87
##blob###nbsp;	88
##blob###nbsp;	89
##blob###nbsp;	90
Wie im einzelnen der betriebliche Ablauf eines größeren Unternehmens zu organisieren ist, um eine solche Kontrolle zu erreichen und gegebenenfalls deren Nachweis auch später zu ermöglichen, ob beispielsweise durch Bautagebücher, fotografische Dokumentation oder anderes, ist Sache der Betriebsführung.	91
##blob###nbsp;	92
Hier hat die Beklagte offensichtlich keine Vorsorge für eine sorgfältige und regelmäßige Kontrolle getroffen, wie die festgestellten augenfälligen Mängel zeigen. Somit muß sie sich wegen mangelhafter Organisation die Unkenntnis ihres Bauleiters zurechnen lassen (§ 278 BGB). In entsprechender Anwendung des § 638 Satz 1 BGB wird sie so gestellt, als habe sie die Mängel bei Abnahme arglistig verschwiegen.	93
##blob###nbsp;	94

Die Klägerin kann wegen des Ausmaßes der Mängel Nachbesserung durch vollständige Erneuerung des Estrichs im Haupthaus verlangen. Der Sachverständige hat einleuchtend dargelegt, daß Ausbesserungen keine dauerhafte Abhilfe schaffen. Daß die zahlreichen Mängel die Gefahr weiterer Schäden in sich bergen, ist offensichtlich. Auch der Einwand der Beklagten, daß der Estrich nach wie vor in der ursprünglichen Form verlegt sei, spricht nicht dagegen.	95
##blob##	96
##blob##	97
##blob##	98
Die Frage der Höhe der Nachbesserungskosten kann offen bleiben, da die Beklagte es mit Durchführung der Arbeiten selber in der Hand hat, die Kosten niedrig zu halten.	99
##blob##	100
Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 BGB.	101
##blob##	102
Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Beklagten: 48.000,-- DM.	103