
Datum: 15.12.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 61/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:1215.11U61.00.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 9 O 405/97

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10.03.2000 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 9 O 405/97 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst: Die Beklagte wird unter Abweisung der weiter gehenden Klage verurteilt, an den Kläger 45.027,79 DM nebst 4% Zinsen aus 41.137,49 DM seit dem 14.11.1997 und aus weiteren 3.890,00 DM seit dem 25.11.1998 zu zahlen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits fallen dem Kläger zu 25% und der Beklagten zu 75% zur Last mit Ausnahme der Kosten der in erster Instanz eingeholten Gutachten; diese hat die Beklagte in vollem Umfang zu tragen Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

1

##blob##nbsp;

2

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

3

Das Landgericht hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte bejaht. Nach Auffassung des Senats ist der geltend gemachte Anspruch jedoch wegen eines mitwirkenden Verschuldens des Klägers bei der Schadensentstehung und -abwendung zu kürzen.

4

1. Der Anspruch des Klägers ergibt sich aus § 635 BGB. Das Werk der Beklagten ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen B. in eklatanter Weise

5

mangelhaft. Die Beklagte hat die Holzböden im Haus des Klägers 1979 in als laienhaft zu bezeichnender Weise hergestellt. Die fehlerhafte Ausführung machte sich in der Folge durch erhebliche Knarrgeräusche bemerkbar. Auf die Gutachten des Sachverständigen und die Ausführungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen.

2. Der Gewährleistungsanspruch ist nicht gemäß § 638 Abs. 1 BGB verjährt. Nach dieser Vorschrift verjähren Mangelgewährleistungsansprüche des Bestellers bei Bauwerken in fünf Jahren ab Abnahme des Werkes, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Die Beklagte hat die hier in Frage stehenden Mängel arglistig verschwiegen. 6

a) Im Hinblick auf die augenfälligen Fehler haben das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung und die 7. Zivilkammer des Landgerichts in dem Urteil vom 27.11.1997 (83 C 235/94 AG Aachen = 7 S 184/96 LG Aachen) die Grundsätze der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden angewendet (vgl. dazu BGHZ 117, 318 = NJW 1992, 1754 f.; ferner: Senat, BauR 1995, 107 f.; Brandenburgisches OLG, BauR 1999, 1191, 1193 f.; OLG Düsseldorf, BauR 1998, 1021 f.; OLG Hamm, BauR 1999, 767 f.; OLG München, BauR 1998, 129, 130; OLG Oldenburg, BauR 1995, 105, 106; OLG Stuttgart, BauR 1997, 317 f.; Jansen, OLGR-Kommentar 1999, K 5; Holzberger/Puhle, BauR 1999, 106 ff. mit weiteren Nachweisen). Die Erwägung, dass, wenn so augenfällige Mängel wie hier bei Beendigung der Arbeiten nicht entdeckt wurden, der Betrieb der Beklagten nicht ausreichend organisiert gewesen sein könne, liegt in der Tat nahe. 7

b) Nach Ansicht des Senats ist indes zweifelhaft, ob der Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens im Streitfall der richtige rechtliche Ansatzpunkt ist. Nach der angeführten Rechtsprechung hat der Unternehmer, der die Überwachung und Prüfung des Werkes nicht oder nicht richtig organisiert hat und den Mangel bei richtiger Organisation entdeckt hätte, den Besteller so zu stellen, als wäre ihm der Mangel bei Ablieferung des Werkes bekannt gewesen; in diesem Fall, der als Sonderfall arglistigen Verhaltens angesehen wird, verjähren die Gewährleistungsansprüche des Bestellers erst nach dreißig Jahren. Dabei hat zwar grundsätzlich der Besteller die Voraussetzungen darzulegen, die zur dreißigjährigen Verjährungsfrist führen; er genügt seiner Darlegungslast aber gegebenenfalls schon dann, wenn er Tatsachen vorträgt, wonach der Unternehmer die Überwachung des Herstellungsprozesses nicht oder nicht richtig organisiert hat, so dass der Mangel nicht erkannt worden sei, wobei die Art des Mangels ein so überzeugendes Indiz für eine fehlende oder nicht richtige Organisation sein kann, dass es weiterer Darlegung hierzu nicht bedarf. 8

Im Streitfall ist zu erwägen, dass die Mängel im Wesentlichen nicht infolge unzureichender organisatorischer Vorsorge der Beklagten innerhalb eines arbeitsteiligen Prozesses unentdeckt geblieben sind, sondern deshalb, weil die Beklagte mangels Sach- und Fachkunde völlig außer Stande war, die versprochene Leistung fehlerfrei zu erbringen und die Fehlerhaftigkeit der erbrachten Leistung zu erkennen. Noch in dem Vorprozess und auch noch im vorliegenden Rechtsstreit hat sie behauptet, ihre Leistungen ordnungsgemäß erbracht zu haben, obwohl diese nach den Ausführungen des Sachverständigen in extremer Weise fehlerhaft waren und die Beklagte dies mit Schriftsatz vom 28.10.1999 (Bl. 333 d.A.) auch schließlich einräumen musste.. 9

c) Verneint man deswegen die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Organisationsverschulden, so ist Verjährung gleichwohl nicht eingetreten. Denn die Beklagte muss sich in diesem Fall ein arglistiges Verhalten im eigentlichen Sinne entgegenhalten lassen. Wenn der Bauunternehmer bzw. der in seinem Bereich Verantwortliche einen bestimmten Umstand nicht offenbart, obwohl er sich bewusst ist, dass 10

dieser Umstand für die EntschlieÙung seines Vertragsgegners von Erheblichkeit ist, und er daher nach Treu und Glauben zur Mitteilung dieses Umstands verpflichtet ist, liegt arglistiges Verschweigen vor (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Auflage, § 13 VOB/B Rn. 262 mit weiteren Nachweisen). In diesem Sinne arglistig handelt auch, wer entgegen der eindeutig erkennbaren Erwartung des Bestellers nicht die für die ordnungsgemäÙe Erbringung der in Auftrag gegebenen Leistung nötige Kenntnis hat und dies verschweigt (Ingenstau/Korbion a.a.O. Rn. 261; vgl. auch BGH NJW 1980, 2460 f.).

Da die Beklagte den Auftrag übernahm, ohne die geringste Sachkunde zu haben und ohne den Kläger auf diesen für die Auftragserteilung wesentlichen Gesichtspunkt hinzuweisen, hat sie den Kläger schon bei Übernahme des Auftrags über ihre Fähigkeit zur fehlerfreien Erbringung der versprochenen Leistung getäuscht. Auch darin, dass sie die Leistung sozusagen ins Blaue hinein als ordnungsgemäÙ übergab, liegt ein als arglistig zu bewertendes Verhalten. Dabei kann unterstellt werden, dass die Beklagte davon ausging, die Arbeiten trotz ihrer fehlenden Fachkunde ordentlich ausführen zu können bzw. ausgeführt zu haben. Arglist erfordert nicht, dass der Unternehmer die Folgen des Handelns bewusst in Kauf nimmt oder mit Schädigungsabsicht handelt (Ingenstau/Korbion a.a.O. mit weiteren Nachweisen). Es genügt, dass er - wie hier - seine Leistung ohne Aufklärung des Bestellers auf gut Glück verspricht und erbringt, ohne auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit von einer fachgerechten Leistung ausgehen zu können. 11

d) Die Beklagte kann dem nicht mit Erfolg entgegen halten, sie habe den Zeugen U. als Bauleiter eingesetzt. Es handelt sich offenbar um ihren Beschäftigten. Weder zu seiner Ausbildung, noch zu seiner Befähigung noch zu den gebotenen Kontrollmaßnahmen ist ausreichend vorgetragen (zu diesen Erfordernissen zusammenfassend Jansen a.a.O. S. 2). Angesichts der gravierenden Fehler hätte - wovon auch die Beklagte in der Berufungsbegründung ausgeht - schon die flüchtige Kontrolle eines Sachkundigen zu ihrer Entdeckung ausgereicht. Dies legt die dringende Vermutung nahe, dass der Zeuge über die notwendige Sach- und Fachkunde nicht verfügte. Diese Vermutung hätte die Beklagte nur durch konkreten Vortrag zur Befähigung des Zeugen widerlegen können. 12

e) Auch auf Vorgaben des Architekten bzw. dessen Abnahme des Werks kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen. Angesichts der dann jedenfalls zu gravierenden Baumängeln führenden Vorgaben hätte die Beklagte den Auftrag ablehnen oder an den Kläger herantreten und auf die Fehlvorgaben hinweisen müssen (vgl. BGH BauR 1973, 190 f.; 1991, 79 f.); wenn sie überhaupt nicht in der Lage war, die Richtigkeit der Vorgaben zu prüfen, so war ein Hinweis darauf an den Bauherrn angezeigt. Ein Bauaufsichtsverschulden des Architekten kann dem Kläger ohnehin nicht entgegen gehalten werden, da der Architekt insoweit nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist (BGH BauR 1973, 190, 191; Ingenstau/Korbion, 13. Aufl., VOB/B § 13 Rn. 34 mit weiteren Nachweisen). 13

3. Die verlangten Kosten sind als Schaden gemäß § 635 BGB grundsätzlich ersatzfähig. Fristsetzung und Ablehnungsandrohung (§ 634 BGB) waren entbehrlich. Die Beklagte hat noch im vorliegenden Rechtsstreit jahrelang auf dem Standpunkt gestanden, ordnungsgemäÙ gearbeitet zu haben und zu einer Erneuerung des Bodens nicht verpflichtet zu sein. Darin lag eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung. Angesichts der katastrophalen Mängel bzw. des arglistigen Verhaltens der Beklagten und ihrer fehlenden Sachkunde war der Kläger darüber hinaus ohnehin nicht verpflichtet, sich auf eine Nachbesserung durch die Beklagte einzulassen. 14

4. Zum Schadensumfang gilt Folgendes: 15

- a) Hinsichtlich des Sanierungsaufwandes folgt der Senat den Ausführungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil. Die Ausführungen des Sachverständigen und die vorgelegten Rechnungen sind eine ausreichend sichere Grundlage, um den Schaden in Höhe der ausgeteilten Beträge zu schätzen (§ 287 Abs. 1 ZPO). Die mit der Berufung gegen die Ausführungen des Landgerichts vorgebrachten Einwände hält der Senat nicht für durchschlagend.
- aa) Der Betrag von 31.246,34 DM betreffend die Sanierung im Anbau beruht auf den Rechnungen der Firmen S., R., A. und J. sowie dem Kostenvoranschlag der Firma A. (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 28.04.1999, Bl. 258 f. d.A.), mit denen sich die Berufung nicht auseinandersetzt. Das Landgericht hat den Gesamtbetrag im Hinblick auf die Kostenvoranschläge der Firma Sch. (Bl. 42f., 201 f. d.A.) und der Ausführungen des Sachverständigen dazu (Gutachten vom 25.09.1998, S. 16 ff. = Bl. 151 ff.), zu Recht als angemessen angesehen. Einer ergänzenden Beweiserhebung bedarf es daher nicht. 17
- bb) Auch den Einwendungen gegen den für die Sanierung der Wohnung im zweiten Obergeschoss zuerkannten Betrag von 5.871,45 DM muss nicht weiter nachgegangen werden. Der Sachverständige hat zwar ausgeführt, dass er die den Betrag von 5.608,10 DM (S. 7 der Klageschrift = Bl. 7 d.A.) ausweisenden Rechnungen der Firma Ch. (Bl. 37 f. d.A.) nicht "relativieren" könne; zugleich hat er aber ausgeführt, die Rechnung mache nicht den Eindruck, als sei sie übersetzt (Gutachten vom 25.09.1998, S. 19 = Bl. 154 d.A.). Letzterem ist zu folgen. Bei einem Vergleich der in der Rechnung der Beklagten vom 30.03.1979 (Bl. 14 f. d.A.) angegebenen Massen mit den Massen der Wohnungen im Anbau (vgl. Angebot Sch. Bl. 42 f. d.A.) und dem für die Sanierung der Wohnung im Dachgeschoss des Vorderhauses erforderlichen Aufwand (vgl. Beiakte 83 C 235/94 AG Aachen) sowie unter Berücksichtigung der vom Sachverständigen als angemessenen bezeichneten Einsatzpreise des Angebotes Sch. kann kein Zweifel daran bestehen, dass die von der Firma Ch. berechneten Preise zur Schadensbeseitigung erforderlich waren. 18
- cc) Dahin stehen kann, ob die Beklagte, wie sie vorträgt, beauftragt war, billigste Materialien zu verwenden. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre eine Vorteilsausgleichung nicht gerechtfertigt, weil auch die vom Kläger berechneten Sanierungsarbeiten nach den Ausführungen des Sachverständigen als äußerst kostengünstig anzusehen sind. Auf den Preisunterschied zwischen den von der Beklagten verlegten Spanplatten der Stärke 19 mm und den jetzt eingebauten Spanplatten kommt es deshalb nicht an. Dass eine Vorteilsausgleichung hinsichtlich der Spanplatten auch deshalb nicht gerechtfertigt ist, weil solche Platten praktisch nicht verschleißen, hat bereits das Landgericht zutreffend unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Sachverständigen ausgeführt. 19
- b) Der Mietausfallschaden für die Zeit der Sanierung des Anbaus in Höhe von 3.890,00 DM ist unstreitig. 20
- c) Nicht in vollem Umfang folgen kann der Senat den Ausführungen des Landgerichts zur Höhe des Mietausfallschadens betreffend das Dachgeschoss und 2. Obergeschoss des Vorderhauses. 21
- aa) Allerdings geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass insoweit eine Schätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO möglich ist, wobei auch der Gedanke des § 252 BGB heran zu ziehen ist. Ob der Ansicht des Landgerichts gefolgt werden könnte, die Schätzung sei in der Weise vorzunehmen, dass der Mietausfallschaden auf der Basis einer durchgehenden Mietminderung von 10% wegen der Geräuscentwicklung der Böden berechnet werde, kann dahin stehen. Diese Berechnungsweise kommt nach Ansicht des Senats jedenfalls deshalb 22

nicht zum Tragen, weil sie auf eine längere Mietausfallzeit angelegt ist. Für einen längeren Zeitraum kann der Kläger aber Mietzinsausfall nicht verlangen.

bb) Der Kläger muss es sich als Mitverschulden anrechnen lassen, dass er bis zur Erhebung der ersten Klage ca. 11 Jahre und bis zur Erhebung der vorliegenden Klage ca. 14 Jahre gewartet hat, bevor er etwas unternommen hat (§ 254 Abs. 1 und 2 BGB). 23

Will ein Bauherr wegen eines mangelbedingten Nutzungsausfalls Schadensersatz verlangen, so muss er sich grundsätzlich um eine baldmögliche Behebung der Baumängel bemühen (BGH BauR 1974, 205, 206; NJW-RR 1995, 1169, 1170). Dies hat der Kläger nicht getan. Bereits 1982 trat er an die Beklagte heran, weil er von den Mietern auf Geräusche in den von der Beklagten verlegten Böden aufmerksam gemacht worden war. Ein Zusammenhang mit den von der Beklagten durchgeführten Arbeiten lag erkennbar nahe. Die Geräusche traten gerade in den Bereichen auf, in denen die Beklagte gearbeitet hatte. Dass es derartige Geräuschentwicklungen in dem Altbau bereits vorher gegeben hatte, ist nicht vorgetragen. Es bestand also aller Anlass der Ursache nachzugehen. Da sich die Beklagte nach dem Vortrag des Klägers weigerte, ihre Verantwortung für die Geräuscherscheinungen anzuerkennen, hätte die Ursache spätestens im Jahre 1983 im Wege eines Beweissicherungsverfahrens festgestellt werden müssen. Da sich die Verantwortung der Beklagten auf Grund eines in einem solchen Verfahren eingeholten Gutachtens zweifelsfrei ergeben hätte, hätten sodann alsbald Schadensbeseitigungsmaßnahmen durchgeführt werden können, durch die der geltend gemachte Mietausfallschaden hätte verhindert werden können. 24

cc) Es hätte sich dann folgende Situation ergeben: 25

(1) Der Mieter der Dachgeschosswohnung des Vorderhauses zahlte bis zu seinem Auszug im Oktober 1983 die vom Kläger geforderte Miete ohne Abzug. Bis zu diesem Zeitpunkt hätte die Ursache der Geräuscherscheinungen durch Beweissicherung geklärt und eine Sanierung vorbereitet werden können. Eine Neuvermietung hätte sodann zu dem ursprünglichen Mietzins von 840,00 DM erfolgen können. Der Senat schätzt - auch im Blick auf den durch die Sanierung des Anbaus entstandenen Mietzinsausfall laut Schriftsatz des Klägers vom 28.04.1999, S. 2 = Bl. 259 d.A. -, dass sich in diesem Fall wegen der erforderlichen Sanierungsarbeiten und dadurch bedingter Verzögerungen bei der Neuvermietung ein Mietausfall von drei Monatsmieten (2.520,00 DM) ergeben hätte. 26

(2) Für die Wohnung im zweiten Obergeschoss des Hauses zahlte der Mieter G. 1983 den vom Kläger geforderten Mietzins (105 qm 5,86 DM = 615,30 DM). Eine Minderung des Mietzinses nahm er nicht vor. Nach dem Vortrag des Klägers wurde lediglich wegen der Mangelercheinungen bis Januar 1990 auf die mögliche Erhöhung des Mietzinses verzichtet. Dies hätte verhindert werden können, wenn die Mangelursache wie beschrieben festgestellt und die Wohnung alsbald saniert worden wäre. In diesem Fall hätte der Mieter vorübergehend außer Haus untergebracht und ihm für diese Zeit (unter Anrechnung auf die Unterbringungskosten) die Miete erlassen werden müssen. Der Senat schätzt die Kosten, die dadurch angefallen wären, und die, die dem Mieter für Räumungsarbeiten zu ersetzen gewesen wären, auf 1.500,00 DM. 27

dd) Die Anrechnung eines Mitverschuldens ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte arglistig gehandelt hat. Der den Kläger treffende Mitverschuldensvorwurf bezieht sich darauf, dass er, nachdem er auf Grund der Geräuschentwicklung eine Mangelhaftigkeit der Böden ernsthaft in Betracht ziehen und mit Mietzinsausfällen wegen der Beeinträchtigungen der Mieter rechnen musste, nicht alsbald die zur Klärung des 28

Sachverhalts und zur Verhinderung des Mietausfalls erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat. Dies ist auch gegenüber dem als Arglist zu bewertenden Aufklärungsverschulden der Beklagten zu berücksichtigen, das sich bereits dahin auswirkt, dass der Kläger Gewährleistungsansprüche trotz Ablaufs der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 638 BGB überhaupt noch geltend machen kann.

ee) Der Senat spricht dem Kläger die oben unter cc) (1) und (2) genannten Beträge zu. 29
Das Landgericht hat einen Schaden des Klägers auf Grund von Mietmindereinnahmen mindestens in Höhe der insoweit antragsgemäß zugesprochenen 19.768,52 DM bejaht. Ob dem in vollem Umfang gefolgt werden könnte, kann dahin stehen. Jedenfalls kann in Anbetracht der vorgetragenen Umstände kein Zweifel daran bestehen, dass dem Kläger über die Jahre Mietausfälle mindestens in Höhe von 4.020,00 DM entstanden sind. Wird dem Kläger der tatsächlich entstandene Mietausfall im Hinblick auf das ihm zuzurechnende Mitverschulden versagt, so darf dies nicht zu einer Verneinung jeglichen Anspruchs führen. Vielmehr ist zu fragen, welcher Schaden bei pflichtgemäßem Handeln gleichwohl entstanden wäre. In diesem Umfang, hier also in Höhe der unter cc) (1) und (2) genannten Beträge, ist der Anspruch des Geschädigten begründet. Ob Mietausfälle durch Sanierungsmaßnahmen im Rahmen der tatsächlichen Entwicklung später entstanden sind, ist unerheblich. Es kommt dem gemäß nicht darauf an, dass der Kläger nicht vorträgt, in welchem Umfang er solche Ausfälle durch die Sanierung im 2. Obergeschoss des Vorderhauses (Rechnungen Ch. aus dem Jahre 1994) und im Dachgeschoss des Vorderhauses (Rechnungen Ch. und Re. aus dem Jahre 1993, vgl. Urteil des Landgerichts Aachen vom 27.11.1996, S. 5 f.) gehabt hat.

d) Damit ergibt sich der auszuurteilende Betrag wie folgt: 30

- Sanierung 2. OG Vorderhaus 5.871,45 DM 31

- Sanierung Anbau 31.246,34 DM 32

- Mietausfall Anbau 3.890,00 DM 33

- Mietausfall DG Vorderhaus 2.520,00 DM 34

- Mietausfall 2. OG Vorderhaus 1.500,00 DM 35

insgesamt 45.027,79 DM. 36

Die weiter gehende Klage ist abzuweisen. 37

e) Die Höhe der nach § 291 zuzusprechenden Prozesszinsen ergibt sich aus § 288 Abs. 1BGB a.F.. Die auf eine Verzinsung nach § 288 BGB n.F. gerichtete Anschlussberufung hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen. 38

5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Kosten der in erster Instanz eingeholten Gutachten hat die Beklagte in vollem Umfang zu tragen, weil sie die streitige Frage der Mangelhaftigkeit der Leistung der Beklagten und des insoweit erforderlichen Sanierungsaufwands betreffen und die Beklagte insoweit in vollem Umfang unterlegen ist (§ 96 ZPO). 39

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 40

Die Beschwer keiner Partei übersteigt 60.000,00 DM. 41

Berufungsstreitwert: 60.776,31 DM (die zurückgenommene Anschlussberufung hat keinen Mehrwert, da sie lediglich die Höhe der Prozesszinsen betrifft, § 4 ZPO).

42