
Datum: 28.05.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 99/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0528.11U99.10.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 258/07

Tenor:

1.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25.5.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen – 12 O 258/07 – wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin über die mit Urteil des Senats 3.8.2011 rechtskräftig zuerkannten Betrag von 86.721,23 € hinaus weitere 985,67 €, insgesamt also 87.706,90 €, Zug und Zug gegen fachgerechte Erneuerung des Fliesenbelages in dem Bereich, der in dem als Anlage zum Urteil des Senats vom 3.8.2011 beigefügten Plan gelb, rot und rosa eingezeichnet ist, mit mangelfreien Fliesen derselben Art und Qualität zu zahlen.

2.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

3. a) Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz und die des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 80 % und die Beklagte zu 20 %.

Die in erster Instanz und im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Streithelferin zu 2. trägt die Klägerin zu 80 %, die dort entstandenen Kosten der Streithelferin zu 1. trägt die Beklagte zu 20 %. Im Übrigen tragen die Streithelferinnen ihr

Kosten selbst.

b) Die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde trägt die Klägerin.

Die in dem Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde entstandenen außergerichtlichen Kosten der Streithelferin zu 2. trägt die Klägerin.

4.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

I.

2

Mit der Klage verlangt die Klägerin Restwerklohn für die Ausführung von Fliesen- und Estricharbeiten im Hallenbad T in einer Gesamthöhe von 111.478,44 €. Dabei handelt es sich um die von der Beklagten geprüfte Schlussrechnungssumme von 80.633,83 €, die von ihr gekürzten Schlussrechnungspositionen 01.04.0003.1, 01.04.0005.1 und 01.08.0001 in Höhe von 19.003,41 € sowie Vergütung für die Beseitigung von Leckageschäden im Keller in Höhe von 19.888,23 €. Wegen des Sachverhaltes und des erstinstanzlichen Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Das Landgericht hat die Klage mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abgewiesen, weil der Werklohnforderung mangelbedingte Gegenansprüche und Zurückbehaltungsrechte in übersteigender Höhe entgegenstünden. Auf die Berufung der Klägerin hat der Senat der Klage mit Urteil vom 3.8.2011 teilweise stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 86.721,23 € Zug und Zug gegen fachgerechte Erneuerung des Fliesenbelages in dem Bereich, der in dem als Anlage zum Urteil beigelegten Plan gelb, rot und rosa eingezeichnet ist, mit mangelfreien Fliesen derselben Art und Qualität zu zahlen. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 4.7.2013 das Urteil des Senats insoweit aufgehoben, als die Klage wegen der Positionen 01.04.0003.1, 01.04.0005.1 und 01.08.0001 aus der Schlussrechnung in Höhe von 19.003,41 € sowie wegen der Materialkosten in Höhe von 774,30 € (C) und 211,27 € (T2) gemäß dem Schriftsatz vom 1.4.2010, Seite 12, abgewiesen worden ist. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zu diesen Punkten wird auf die Urteile des Senats sowie des Bundesgerichtshofes und zu der durch den Senat gemäß Beschluss vom 20.11.2013 durchgeführten Zeugenvernehmung auf die Niederschrift der Sitzung vom 26.2.2014 verwiesen.

3

Von einer Darstellung des Sach – und Streitstandes im Übrigen wird nach §§ 540 Abs. 2, 313 a ZPO abgesehen.

4

II.

5

Die Berufung ist zu den noch zur Entscheidung stehenden Punkten nur zu einem geringen Teil begründet.

6

1.

7

Begründet ist das Rechtsmittel in Höhe von insgesamt 985,67 € in Bezug auf die Positionen C (774,40 €) und T2 (211,27 €). Diese betreffen die Erstattung des Aufwandes für die

8

Beseitigung von Leckageschäden im Keller, die der Senat - insoweit rechtskräftig - mit 7.374,29 € zuerkannt hat (Urteil des Senats vom 3.8.2011 S. 6/7 unter II. 1. c der Gründe). Die beiden im Schriftsatz der Klägerin vom 1.4.2010 aufgeführten Positionen hat der Senat bei der Ermittlung des erstattungsfähigen Aufwandes versehentlich nicht berücksichtigt. Da es sich um Material handelt, das für die Erneuerung des Fliesenbelages benötigt wurde und nicht für die von der Klägerin zu vertretende Beseitigung der Epoxidharzschicht, hat die Beklagte auch diese - in der Rechnung vom 13.7.2007 (Anl. K 38, Bl. 795 d.A.) als Materialkosten ausgewiesenen - Beträge zu erstatten. Auch insoweit wird der Anspruch von dem Zurückbehaltungsrecht der Klägerin aus § 273 BGB umfasst (Urteil des Senats vom 3.8.2011 S. 12 unter II. 3. b der Gründe).

2.

9

Hinsichtlich der Vergütung für die Aufbringung der Abdichtung gemäß den Positionen 01.04.0003.1, 01.04.0005.1 und 01.08.0001 aus der Schlussrechnung in Höhe von 19.003,41 € ist die Berufung dagegen unbegründet. Einen Anspruch auf Erstattung dieser Positionen hätte die Klägerin nur dann, wenn die Beklagte das Auftragen der Dichtschlämme zweimal zu vergüten hätte. Das wiederum wäre jedoch nur dann zu bejahen, wenn der Erstauftrag der Dichtschlämme zunächst mangelfrei gewesen und der zweite Auftrag allein durch Mängel des von den Vorunternehmern aufgetragenen Putzes erforderlich geworden wäre. Dies ist nach der Beweisaufnahme nicht der Fall. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin auf etwaige Mängel des Putzes hingewiesen hat; denn ihre Werkleistung war unabhängig davon mangelhaft. Unstreitig hat die Klägerin nicht das von der Beklagten ausgeschriebene Material der Firma Q, sondern Material der Firma C (Ardalon 1 K) verwendet. Dieses hat sie zudem ohne die ebenfalls ausgeschriebene Grundierung (Leistungsverzeichnis vom 23.6.2006, S. 26) aufgebracht. Damit entsprach die Ausführung nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, dass die Beklagte die Verwendung des Materials der Firma C nicht beanstandet, sondern wissentlich gebilligt habe. Eine Abänderung der Beschaffenheitsvereinbarung dahin, dass die Aufbringung eines Produktes der Firma C auch ohne Grundierung vertragsgemäß sei, hat die hierfür darlegungs- und - beweispflichtige Klägerin (BGH BauR 2003, 1382; Senat BauR 2013, 244) nicht bewiesen. Der Zeuge X, der für die Beklagte als bauleitender Architekt tätig war, hat glaubhaft berichtet: Er habe die Verwendung des Materials zunächst beanstandet. Zu diesem Zeitpunkt seien aber weite Teile der abzudichtenden Fläche bereits mit Produkten der Firma C ausgeführt gewesen und es hätten große Mengen dieser Produkte auf der Baustelle gelagert. Es habe Diskussionen darüber gegeben. Da aber nicht festgestellt werden können, dass das Produkt der Firma C ungeeignet gewesen sei, habe er der weiteren Verwendung dieses Produktes nicht widersprochen. Er habe letztlich keinen Anlass gehabt, der Verwendung dieses Produktes zu widersprechen. Dass auch – entgegen der vertraglichen Vereinbarung - kein Haftgrund aufgetragen worden sei, sei ihm allerdings erst bewusst geworden, als die Dichtungsbahnen an der (in der Skizze Bl. 1533 d. A.) „grünen“ Wand entfernt worden seien. Danach mag zwar angenommen werden, dass die Beklagte mit der Verwendung des Materials der Firma C einverstanden war. Keineswegs hat sie jedoch auf die gesondert ausgeschriebene Aufbringung einer Grundierung verzichtet. Dies hätte unabhängig davon, ob für das Material der Firma Q anders als für das verwendete Material der Firma C das Aufbringen einer Grundierung unabdingbar gewesen wäre oder nicht, einer eindeutigen Erklärung bedurft. Die Klägerin durfte das Verhalten der Beklagten unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der gegenseitigen Interessenlage (§§ 157, 242 BGB) nicht in dem Sinne verstehen, dass auch eine Grundierung nicht zu erbringen sei. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes schuldet der Unternehmer ein dauerhaft mangelfreies und zweckgerechtes Werk (BGHZ 174, 110 = NJW 2008, 511 = BauR

10

2008, 344 Tz. 15; NZBau 2011, 415 Tz. 11; NJW 2012, 3780 = NZBau 2011, 746 Tz. 11; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 633 Rdn. 6; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 1964 jew. m.w.N). Für die Annahme eines Werkmangels reicht es schon aus, dass eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs besteht (Senat NJW-RR 2005, 1042 = BauR 2005, 389; OLG Stuttgart NJW 2012, 3792, 3793; Werner/Pastor a.a.O. Rdn. 1974; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil Rdn. 23). Vor diesem Hintergrund ist kein Grund dafür ersichtlich, dass die Beklagte auf die Ausführung der ausgeschriebenen und vom vereinbarten Einheitspreis umfassten Grundierung hätte verzichten sollen. Diese war der sicherste Weg. Das hat auch Zeugen E bestätigt. Er hat bekundet, Haftgrund werde benutzt, wenn der Putz abgesandet sei, sonst reiche es, dass der Putz vorgehästet werde. Es sei nicht immer so, dass man auf „Nummer Sicher“ gehe. Die Mitarbeiter der Klägerin unterschieden nach dem verwendeten Putz. Wenn ein hochwertiger Zement verwendet werde, wie es im Schwimmbadbau regelmäßig der Fall sei, dann bedürfe es eines Haftungsgrundes in der Regel nicht. Auch nach dieser Aussage ist das Aufbringen des Haftungsgrundes jedenfalls der sichere Weg. Dem entspricht es, dass - wie der Zeuge X glaubhaft und unwidersprochen ausgesagt hat – nach einer Reihe von Versuchen und dem Durchspielen aller Möglichkeiten („Q mit Haftbrücke, Q mit Vornässen, C mit Haftbrücke, C mit Vornässen“) schließlich das verwendete Produkt der Firma C mit einer Haftbrücke aufgetragen worden ist. Übereinstimmend haben die Zeugen X, E und P angegeben, dass danach keine Probleme mehr aufgetreten seien. Selbst wenn nach dem Produktmerkblatt der Firma C das Aufbringen einer Grundierung grundsätzlich nicht vorgesehen war, durfte die Klägerin das „Einverständnis“ der Beklagten mit der Verwendung dieses Materials nicht – wie sie in ihrer Stellungnahme vom 10.4.2014 meint - dahin verstehen, dass diese damit der Klägerin ein etwaiges Restrisiko abnehme und auch auf eine Grundierung verzichte. Da das erste Auftragen der Dichtschlämme schon aus diesen Gründen mangelhaft war, steht der Klägerin die geltend gemachte Vergütung nicht zu. Ob der von den Vorunternehmern aufgebrauchte Putz ebenfalls mangelhaft war, ist dafür unerheblich.

III.

11

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 101 ZPO. Der Erfolg der Klägerin im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde ist nur verhältnismäßig geringfügig, so dass es angemessen ist, ihr die gesamten Kosten dieses Verfahrensabschnittes aufzuerlegen.

12

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

13

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht vorliegen.

14