

Titel:

Berufung, Leistungen, Schadensersatz, Mangel, Auslegung, Vertragsschluss, Werkleistung, Technik, Vergleich, Verletzung, Ersatzvornahme, Mangelbeseitigung, Gutachten, Zahlung, Regeln der Technik, wirtschaftliche Bedeutung, vorgerichtlicher Anwaltskosten

Schlagworte:

Berufung, Leistungen, Schadensersatz, Mangel, Auslegung, Vertragsschluss, Werkleistung, Technik, Vergleich, Verletzung, Ersatzvornahme, Mangelbeseitigung, Gutachten, Zahlung, Regeln der Technik, wirtschaftliche Bedeutung, vorgerichtlicher Anwaltskosten

Vorinstanz:

LG München II, Endurteil vom 27.03.2020 – 5 O 1915/11 Bau

Rechtsmittelinstanz:

OLG München, Beschluss vom 17.09.2020 – 28 U 2372/20 Bau

Fundstelle:

BeckRS 2020, 58775

Tenor

I. Urteil des Landgerichts

Das Landgericht verurteilte die Beklagte zu 1) u. a. zur Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 65.000 Euro zur Beseitigung diverser Mängel des aufgrund des Werkvertrags vom 20.11.2002 errichteten Dachs des klägerischen Anwesens in G.

Im Hinblick auf unterschiedliche Mängel hätten der Kläger und die Beklagte zu 1) insgesamt drei außergerichtliche Vergleiche (Januar 2006, Juli 2006 und November 2009) geschlossen, in denen sich die Beklagte zu 1) zunächst zur Mangelbeseitigung (Vergleich 1) verpflichtet habe, sodann eine Ersatzvornahme auf Basis eines Schiedsgutachtens (Vergleich 2) vereinbart worden sei und zuletzt die Beklagte zu 1) erneut die Möglichkeit erhalten habe, auf Basis des zuvor erhaltenen Schiedsgutachtens die Mangelbeseitigung durchzuführen (Vergleich 3).

Das Landgericht kam sachverständig beraten zu dem Ergebnis, dass die Mangelbeseitigungsarbeiten auf Basis des letzten Vergleichs vielfach nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden seien und verurteilte die Beklagte zu 1) auf Grundlage des gerichtlichen Gutachtens u. a. zur Zahlung des erforderlichen Vorschusses. Die Klage wurde hingegen abgewiesen, soweit Vorschüsse für weitere Sanierungskosten von etwa 30.000 Euro gefordert wurden, da insoweit das Gutachten die Behauptungen des Klägers nicht bestätigt habe.

II. Die Klage in Richtung der Beklagten zu 2) wurde vollständig abgewiesen. Zwar sei die Beklagte zu 2) auf Grundlage des dritten Vergleichs mit der Kontrolle der durchgeführten Arbeiten beauftragt worden; aufgrund einer möglicherweise mangelnden Kontrolltätigkeit sei dem Kläger aber kein Schaden entstanden. Berufung des Klägers Der Kläger verfolgt seine erstinstanzlichen Ziele weiter.

Das Gericht habe die gerichtliche Sachverständige vielfach missverstanden, weshalb in deutlich höherem Umfang ein Anspruch auf Kostenvorschuss bestünde.

Die Beklagte zu 2) hafte, weil sie die Beseitigungsarbeiten nicht ausreichend begleitet habe.

III. Berufung der Beklagten zu 1)

Die Beklagte zu 1) ist der Ansicht, dass Kostenvorschüsse insgesamt nicht zum Tragen kämen, da der Kläger bereits nicht die Absicht hab, das Dach tatsächlich reparieren zu lassen. Zudem seien die Arbeiten nicht so mangelhaft, wie die Sachverständige festgestellt habe.

IV. Gegenwärtige Einschätzung des Senats

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1) einen Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB.

IV. Zwischen den Parteien wurde durch Novation in Form des (dritten) Vergleichs im November 2009 der im November 2002 geschlossene Werkvertrag umgestaltet und ersetzt.

IV. Die für die Sekundärrechte grundsätzlich erforderliche Abnahme ist entbehrlich, da zwischenzeitlich ein Abrechnungsverhältnis entstanden ist; der Senat macht sich insoweit die Ausführungen des Erstgerichts zu Eigen.

IV. Eine Absicht, die Mängel beseitigen zu lassen, ist ausweislich des eindeutigen Gesetzeswortlauts für den Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses nicht konstitutiv.

Der Senat folgt der Rüge der Beklagten zu 1) insgesamt nicht, die meint, eine solche weitere Voraussetzung sei der Grundsatzentscheidung des BGH zur Geltendmachung fiktiver Kosten zu entnehmen.

IV) Der BGH hat in der Grundsatzentscheidung zur Geltendmachung fiktiver Mängelbeseitigungskosten allein darauf abgestellt, dass der Besteller im Hinblick auf seine unterschiedlichen Sekundärrechte von einer Mängelbeseitigung Abstand nehmen kann und stattdessen Ersatz seines Schadens fordern kann, für dessen Berechnung allerdings werkvertragliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Zum Teil ergebe sich aus den schadensrechtlichen Bestimmungen ein Vorschussanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB i.V.m. den schadensrechtlichen Bestimmungen der §§ 249 BGB.

Hieraus lässt sich aber nicht entnehmen, dass nunmehr der Besteller bei dem werkvertraglichen Vorschussanspruch des §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB auf Mängelbeseitigung positiv seine Reparaturabsicht belegen müsste und eher fernliegend ist. Die Beklagte zu 1) erkennt, dass der Anspruch auf Vorschuss ein vorläufiger Anspruch ist, der nach Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten auf Zahlung der tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten übergeht und über den entsprechend abzurechnen ist. Verzichtet der Besteller auf eine Mängelbeseitigung und geht dieser beispielsweise auf das weitere Sekundärrecht des Schadensersatzes über, kann der Unternehmer unproblematisch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB den Unterschied zwischen Vorschuss und Schaden zurückfordern und ist damit ausreichend gesichert.

Gegenteiliges lässt sich mit den grundsätzlichen Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers nicht in Einklang bringen: Der Besteller erhält nach § 637 Abs. 3 BGB das Recht, vor Durchführung der Maßnahmen einen Vorschuss zu fordern. Der Gesetzgeber hat insoweit bewusst das Insolvenzrisiko dem Unternehmer auferlegt, was der Billigkeit entspricht, da dieser über seine mangelhafte Werkleistung die Ursache für die Erforderlichkeit von Nachbesserungsarbeiten gesetzt hat. Es würde diese Wertungsentscheidung konterkarieren, müsste nunmehr der Besteller zunächst entsprechende Tätigkeiten entfalten, um seine Beseitigungsabsicht zu dokumentieren. Nachdem der Besteller grundsätzlich schützenswert ist, kann angesichts der in Raum stehenden Beträge eine solche Vorleistung nicht ernsthaft verlangt werden.

IV) Der Beklagten zu 1) wäre allenfalls darin zuzustimmen, dass der Anspruch auf Zahlung der Ersatzvornahmekosten untergeht, wenn feststeht, dass der Besteller keine Mängelbeseitigung mehr durchführen wird.

Das ist ersichtlich nicht der Fall und die Beklagte zu 1) kann im Hinblick auf den Umfang der zu erwartenden Kosten nicht ernsthaft behaupten, dass der Nichtdurchführung irgendein Indizwert zukommt; Gegenteiliges ergibt sich - 4 - zudem zwanglos aus der Behauptung des Klägers und der entsprechenden Anrufung des Gerichts. Vor diesem Hintergrund ist die Beklagte zu 1) auf einen späteren Abrechnungsprozess zu verweisen.

IV. Die auf den Vergleich vom November 2009 erbrachten Leistungen der Beklagten zu 1) sind mangelhaft.

Im Hinblick auf die im Berufungsverfahren streitigen Mängel gilt:

IV) Ziff. 1.1.2 des Ersturteils (Mangel 2: Fehlende Hinterlüftung der Dacheindeckung / Mangel 3: Mangelhaft verlegte Unterspannbahn und Sackbildung)

IV) Berufung der Beklagten zu 1), Beschwer: 24.750 Euro.

Die Beklagte zu 1) argumentiert, sie hätte die vom Erstgericht monierte Hinweispflicht nicht verletzt, da sie die Unterspannbahn nicht einfach auf die Außendämmung habe anbringen können.

Der Senat teilt die Einschätzung der Beklagten zu 1) nicht. Abweichend vom Erstgericht ist die Verletzung einer möglichen Informationspflicht nicht entscheidungserheblich, da die Sachverständige im Einzelnen präzise herausgearbeitet hat, dass die konkret installierte Unterspannbahn schlicht nicht den ordnungsgemäßen Regeln der Technik entspricht, was nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB der vereinbarten Beschaffenheit widerspricht.

(IV) Das Vertragsoll ergibt sich aus dem zwischen den Parteien im November 2009 geschlossenen Vergleich. In diesem hat sich die Beklagte zu 1) zuvörderst verpflichtet, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten. Die erbrachten Arbeiten entsprechen diesen Vorgaben nicht.

Soweit das Ersturteil insoweit auf eine Verletzung der Informationspflicht abstellt, ist das für die Zuordnung zum Mangelbegriff des § 633 Abs. 2 S. 1 BGB nicht entscheidungserheblich. Maßgeblich ist allein, ob die konkrete Werkleistung vertragsmäßig ist. Im Vergleich findet sich nur der allgemeine Hinweis, dass eine Unterspannbahn anzubringen ist, es wurde aber keine konkrete und zudem bewusst regelwidrige Umsetzung vereinbart. Nur in solchen Fällen käme es auf die Verletzung der Informationspflicht an.

(IV) Der Erfolg der Werkleistung beurteilt sich folglich an der vorrangigen Präambel der Vereinbarung, wonach die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zugesichert wurde.

Dass die konkrete Verlegung der Unterspannbahn dem nicht entspricht, ergibt sich nachvollziehbar aus dem Gutachten. Die individuelle Einschätzung der Sachverständigen wurde durch die Beklagte zu 1) nicht entkräftet.

(IV) Soweit hierbei gerügt wurde, dass manche Hersteller bestimmte Vorgaben zum Umgang mit der Konterlattung machen, ist das nicht entscheidungserheblich.

Entscheidend ist, dass der vorgefundene „Ist“-Zustand, d. h. die Umsetzung am konkreten Dach, aufgrund der Feuchtigkeitsproblematik nicht regelkonform ist. Dass eine Unterspannbahn insgesamt technisch nicht herstellbar ist, ist nicht ersichtlich (siehe unten, lit. bb.).

IV) Berufung des Klägers, Beschwer 1.746,21 Euro:

Der Kläger fordert zur Beseitigung dieses Mangels einen höheren Kostenvorschuss, da das Erstgericht die Herstellung einer Unterspannbahn als nicht erforderlich bewertet und daher einen Vorschuss abgelehnt hat.

Der Senat folgt der Einschätzung des Klägers, wonach der Vergleich im November 2009 das vertragliche Soll definiert und entgegen der Einschätzung des Erstgerichts lässt sich der Äußerung der Sachverständigen nicht entnehmen, dass eine Unterspannbahn im Hinblick auf die vorhandene Dachkonstruktion nicht aufbringbar ist.

Die Bedenken der Sachverständigen rühren daher, dass aus ihrer Einschätzung eine Unterspannbahn schlicht nicht erforderlich ist. Das ist aber nicht entscheidungserheblich, da die Anbringung derselben im Vergleich als Leistung ausdrücklich vereinbart wurde. Mit der Übernahme bestimmter Arbeiten, insoweit stellt der Vergleich gemäß § 779 BGB eine Novation dar, rechnet die Unterspannbahn über eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung zum geschuldeten Soll, unabhängig davon, ob diese notwendig oder sinnvoll ist.

Für einen Einwand aus § 242 BGB steht bereits der Umfang von etwa 1.746,21 Euro entgegen.

IV) Ziff. 1.1.5 des Ersturteils, (Mangel 6: Anschluss Gaubenverblechung/Putz), Berufung des Klägers, Beschwer: 500 Euro

Das Erstgericht hat sachverständig beraten einen Mangel angenommen, aber keine gesonderte Vorschusspflicht für die Mangelbeseitigungskosten angenommen, da diese in den umfangreichen weiteren Arbeiten „untergehen“ würden.

Der Senat folgt der Rüge des Klägers nicht, der die Beweiswürdigung erster Instanz angreift. Der Senat hat keine Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen und die Sachverständige hat zuletzt prognostiziert, dass wahrscheinlich keine gesonderten Kosten anfallen werden. Das ist angesichts des Gesamtumfangs der Nachbesserungsarbeiten über 65.000 Euro bereits ohne

weiteres nachvollziehbar und dem Senat erschließt sich die Zielrichtung des Berufungsangriffs insoweit auch nicht. Sollten im Rahmen der Nachbesserung tatsächlich weitere und gesonderte Kosten anfallen, kann der Kläger diese verlangen. Dem Anspruch auf Kostenvorschuss - das ist das Wesen dieses Anspruchs - wohnt ein prognostisches Element inne und der Kläger kann nicht ernsthaft der Meinung sein, dass eine Prognose mit einer Genauigkeit von weniger als einem Prozent möglich sein soll.

IV) Ziff. 1.1.6 des Ersturteils (Mangel 7: Zeitlicher Anschluss der Dacheindeckung an die Gaube), Berufung des Klägers, Beschwer: Teil des Feststellungsantrags Der Kläger ist der Ansicht, dass die Arbeiten mangelhaft sind, da nach den gerichtlichen Feststellungen die Mindestüberdeckung von 12 cm von der Beklagten zu 1) nicht eingehalten worden sei, was gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoße.

Der Senat folgt der Ansicht des Klägers nicht. Das Erstgericht hat sachverständig beraten ermittelt, was die anerkannten Regeln der Technik - 7 - erfordern und ist insoweit der Einschätzung der Sachverständigen gefolgt. Die Angriffe der Berufung richten sich gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichts und die Rüge konnte insoweit keinen Verfahrensfehler aufzeigen (§ 520 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ZPO); die Rüge beschränkt sich auf eine eigene Interpretation der sachverständigen Einschätzung, was nicht geeignet ist, konkrete Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen zu wecken.

So hat die Sachverständige nachvollziehbar herausgearbeitet, dass den Richtlinien für Metallarbeiten kein Selbstzweck zukommt, sondern allein der Erfolg - die Gebrauchsdauer aufgrund zu erwartender Bewegungen und die Regensicherheit - gesichert werden soll. Da die vorliegende Konstruktion aber gerade genau diesen geschuldeten Erfolg herbeigeführt hat, liegt kein Mangel vor.

Mit dem Erstgericht hat der Senat keinen Zweifel (§ 286 ZPO), dass kein Mangel vorliegt. Die Berufung stellt fehlerhaft und isoliert allein auf die Richtlinien des Metallverbands ab und setzt sich nicht mit den tragenden Wertungen der Sachverständigen auseinander.

IV) Ziff. 1.1.10 des Ersturteils (Mangel 11, Dampfsperre), Berufung der Beklagten zu 1, Beschwer: 12.600 Euro und 5.600 Euro.

Die Beklagte zu 1) meint, dass das Erstgericht das vertragliche Soll unzutreffend ermittelt habe. Aus dem maßgeblichen Vergleich ergebe sich, dass die Parteien den Weg der Ausführung dahingehend festgelegt hätten, dass die luftdichte Ebene an das Mauerwerk anzuschließen sei.

Senat folgt der Rüge der Beklagten zu 1) nicht. Auszugehen ist von der Novation der Parteien und diese haben sich darauf verständigt, dass die „Anschlüsse ... nach den Vorschriften/allgemein anerkannten Regeln der Technik neu anzuschließen“ sind; „insbesondere im Bereich Traufe, Ortgang, Gauben, Wohnungstreppen, Wände, Treppenhaus sind diese komplett luftdicht an das Mauerwerk anzuschließen“.

Eine Auslegung dieser Vorgaben nach dem Empfängerhorizont - insoweit schließt sich der Senat im Ergebnis dem Erstgericht an - ergibt, dass die Beklagte zu 1) vorrangig die Luftdichtigkeit der entsprechenden Anschlüsse versprochen hat. Das folgt bereits unmittelbar aus einer grammatikalischen Auslegung über die Wendungen insbesondere, luftdicht. Auch die historische Auslegung bestätigt das Ergebnis, da die Leistungen der Beklagten zu 1) den Anlass gegeben haben, sich über einen nennenswerten Zeitraum auseinanderzusetzen, es zu Undichtigkeiten kam und diese Auseinandersetzung mündete letztlich in drei Mängelvergleichen. Vor diesem Hintergrund ergibt sich für einen verständigen Empfänger, dass mit der Forderung der Luftdichtigkeit ein ganz konkreter Erfolg eingefordert wurde und für den Kläger das bestimmende Element war. Die Auslegung wird gestützt durch die anfängliche Wendung, dass der Anschluss sich nach den allgemeinen Regeln der Technik vollziehe.

Die Rüge der Beklagten zu 1) greift daher insgesamt nicht und es bleibt unklar, inwieweit eine Überwachung der Beklagten zu 2) das vertragliche „Soll“ modifizieren können soll; auch die von der Beklagten zu 1) angeführten Aufforderungsschreiben sind nicht entscheidungserheblich, da diesen Schreiben nicht die Qualität einer Vertragsänderung zukommt.

Dass die Leistung dem vertraglichen Soll nicht entspricht, ergibt sich unmittelbar aus der nachvollziehbaren und unmittelbaren Wertung der gerichtlichen Sachverständigen, die - wie der Schiedsgutachter - dargelegt hat, dass die Art der Ausführung nicht geeignet ist, den versprochenen Erfolg herbeizuführen.

IV) Ziff. 1.1.18 des Ersturteils (Mangel 19: Geschüsselte Bretter Dachschalung innen), Berufung Kläger, Beschwer: 2.300 Euro (200 Euro Minderung wurden berücksichtigt).

Das Erstgericht ist sachverständig beraten davon ausgegangen, dass ein Mangel gegeben ist. Das Erstgericht hat aber angenommen, dass die Beseitigung unverhältnismäßig wäre.

Aus Sicht des Senats ist die Rüge des Klägers erfolgversprechend. Dem Beseitigungsverlangen des Klägers kann nicht der Einwand der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 635 Abs. 3 BGB entgegengehalten werden kann.

Der Senat hat bereits erhebliche Zweifel, dass der Anwendungsbereich des o.g. Unverhältnismäßigkeitseinwands dogmatisch für Mängel der Nichtleistung gemäß § 633 Abs. 3 S. 3 Alt. 2 BGB eröffnet ist. Er neigt eher der Rechtsauffassung zu, dass im Fall der Nichtleistung der Anwendungsbereich teleologisch zu reduzieren ist. Die Vorschrift des § 635 Abs. 3 BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass der Beseitigungsaufwand einer Schlechtleistung - gerade weil im Werkvertragsrecht unterschiedliche Gewerke zusammenwirken - nicht schrankenlos zu gewähren ist. Erbringt der Unternehmer aber die geschuldete Leistung überhaupt nicht, greift diese Erwägungen ersichtlich nicht. Die wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit ist seit der vertraglichen Übernahme der Leistung - hier die Novation - schlicht unverändert geblieben.

Jedenfalls gilt in solchen Fallgestaltungen ein strenger Maßstab für den Einwand der Unverhältnismäßigkeit und dieser ist bei den im Raum stehenden Beträgen ersichtlich nicht erreicht.

IV) Ziff. 1.1.21 des Ersturteils (Mangel 22: Dämmung Dachfirst), Berufung der Beklagten zu 1), Beschwer: 11.650 Euro

Die Beklagte zu 1) rügt im Wesentlichen, dass das Erstgericht von einem fehlerhaften vertraglichen „Soll“ ausgegangen sei, entsprechende Arbeiten nicht versprochen worden seien und daher kein Mangel vorliege. Die Beklagte zu 1) argumentiert, der Schiedssachverständige habe Mängel der Dämmplatten orange gekennzeichnet und nur diese Mängelbeseitigung sei geschuldet.

Der Senat folgt dem nicht. Die Bestimmung des vertraglichen Solls folgt aus der Novation der Parteien. In dem Vergleich wurde betont, dass die Feststellungen im Schiedsgutachten nicht abschließend seien, die Beseitigung der dort festgestellten Mängel umfassend versprochen wurde samt weiterer Mängel, die sich bei der Beseitigung zeigten. Die Rüge der Beklagten zu 1) greift daher nicht und es bleibt unklar, inwieweit die Angaben der gerichtlichen Sachverständigen für die Bestimmung des vertraglichen Solls maßgeblich sein sollen.

Dass entsprechende und gravierende Mängel bei der Dämmung des Dachfirsts vorliegen, ergibt sich unmittelbar aus den sachverständigen Feststellungen. Diese Mängel sind Verarbeitungsmängel, die bereits der Schiedsgutachter an anderen Stellen hinsichtlich der Verlegung der Dämmplatten festgestellt hatte - unvollständige Verklebung, Wulst- und Faltenbildung, gelöste Klebestreifen u.w. - und die symptomatisch für die Arbeiten der Beklagten zu 1) waren, was sich unmittelbar aus den Angaben der gerichtlichen Sachverständigen ergibt. Das wird seitens der Beklagten zu 1) nicht weiter entkräftet.

IV) Ziff. 1.1.26 des Ersturteils (Mangel Windsogsicherung), Berufung des Klägers, Beschwer: 2.000 Euro

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass bei der Sanierung die veränderten Regeln der Technik nach heutigem Stand zu beachten seien.

Hinsichtlich der Windsogsicherung werden daher zusätzliche Arbeiten erforderlich, die - hätte die Beklagte zu 1) ordnungsgemäß gearbeitet - niemals notwendig geworden wären.

Der Senat folgt der Rüge des Klägers nicht. Das Erstgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass kein Anspruch im Hinblick auf die geänderten Regeln der Technik betreffend der Windsogsicherung bestehen.

Die Parteien haben sich im Vergleich im November 2009 darauf verständigt, die Mängel des Dachs auf Grundlage des Schiedsgutachtens aus dem Jahr 2008 und den anerkannten Regeln der Technik zu beheben. Maßgeblich für die Bestimmung des vertraglichen Solls ist der Vertragsschluss, mithin November 2009 und zu diesem Zeitpunkt rechneten entsprechende Arbeiten nicht zu den anerkannten Regeln der Technik.

IV) In der Rechtsprechung spielen häufig Fallgestaltungen eine Rolle, in denen sich die Regeln der Technik während der Errichtungsphase ändern und welche Auswirkungen eine solche Änderung auf die Beurteilung des vertraglichen „Solls“ hat.

Abhängig vom konkret zu beurteilenden Gewerk greift die Rechtsprechung meist zur Rechtsfigur der „Sowieso Kosten“. Danach schuldet der Unternehmer die Errichtung nach den neueren Vorschriften, allerdings muss der Besteller die erhöhten finanziellen Aufwendungen tragen.

IV) Der hier zu beurteilende Fall ist ein anderer.

Die Arbeiten waren insgesamt - unabhängig davon ob ordnungsgemäß oder nicht - zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, in denen sich die Regeln der Technik zur Windsogsicherung noch nicht verändert hatten. Aufgrund behaupteter gravierender Mängel forderte der Kläger Kostenvorschuss und hiermit wandelte sich der Werkvertrag in ein Abrechnungsverhältnis und genau zu diesem Zeitpunkt entstand der Anspruch (§ 194 BGB) auf Ersatzvornahme samt Kostenvorschuss.

Spätere Änderungen der Regeln der Technik sind methodisch nicht geeignet, einem entstandenen Anspruch einen neuen Inhalt zuzuweisen. Auch befremdet die Argumentation, da der Besteller in der Grenzen der Verjährung die Mangelbeseitigung zeitlich steuern könnte und bei im Raum stehenden Änderungen der einzuhaltenden Regeln der Technik dann abwarten könnte.

IV) Der Kläger verkennt die dogmatischen Unterschiede eines entstandenen und fälligen Anspruchs gem. § 194 BGB einerseits und den primären Erfüllungsanspruch des § 631 Abs. 1 BGB andererseits.

Für die Erfüllung des werkvertraglichen Primäranspruchs ist entscheidend, ob zum Zeitpunkt der Abnahme, also ein Zeitpunkt deutlich nach Vertragsschluss, der Erfolg erreicht wurde und für diese Beurteilung ist über § 633 Abs. 2 S. 2 BGB maßgeblich, ob die zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden Regeln der Technik eingehalten wurden. Genau aus diesem Grund - das vertragliche „Soll“ erfährt im Vergleich zum Vertragsschluss eine Änderung, womit in die Preiskalkulation des Unternehmers eingegriffen wird - greift die Rechtsprechung zur Rechtsfigur der „Sowieso-Kosten“, um unbillige Ergebnisse zu verhindern.

IV) Auch irritiert die Rechtsansicht des Klägers, da dieser jedenfalls im Hinblick auf die o.g. Rechtsfigur keinen entsprechenden Anspruch hätte.

IV) Soweit der Kläger meint, seinem Anspruch liege ein „Schadensersatzanspruch“ zu Grunde, wird verkannt, dass der Kläger im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung zum fiktiven Schaden sein Begehren auf § 637 Abs. 3 BGB stützt.

IV) Ziff. 1.2 des Ersturteils (Mangel 25: Garagensicherheit / Mangel 26: statisch fehlerhaftes Auflagen der Garagenfirstpfette), Berufung des Klägers. Beschwer: Feststellungsantrag.

Das Erstgericht hat den Antrag als verjährt abgewiesen. Der Kläger meint, dass der Mangel bereits im Schriftsatz vom 11.12.2013 eingeführt worden sei und auch in der Folge auf diesen Mangel Bezug genommen worden sei.

Der Senat folgt der Rüge des Klägers nicht. Die verjährungshemmende Wirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs knüpft an die Zustellung des Schriftsatzes ein, der den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entspricht. Hieran mangelt es:

IV) Nach dieser Bestimmung ist erforderlich, dass ein bestimmter Antrag geltend gemacht wird und der zur Rechtfertigung des Petitums erforderliche Lebenssachverhalt vorgetragen wird.

(IV) Ein ausdrücklicher Antrag ist in den Schriftsätzen, auf die sich der Kläger beruft, unproblematisch zunächst nicht enthalten.

(IV) Soweit der Kläger meint, ein Antrag ergebe sich aus einer Auslegung der Schriftsätze, folgt der Senat dem nicht.

(IV) Die Klageerhebung hat im Zivilprozess für den Gegner weitreichende Wirkungen und Konsequenzen (materielle Rechtskraftwirkung, Verteidigungsobliegenheit mit dem Risiko einer Säumnisentscheidung, Zinsen, Verjährung, etc.), d. h. für den Beklagten muss hinreichend sicher feststehen, was Gegenstand des Prozesses ist. Genau aus diesem Grund betont der Gesetzgeber ausdrücklich das Erfordernis, ein Petition bestimmt zu formulieren.

(IV) Der Kläger hat zunächst u. a. einen Feststellungsantrag auf Zahlung auch der Kosten erhoben, die durch die Mangelbeseitigung des Daches anfallen und die durch den bezifferten Kostenantrag nicht umfasst waren.

Gegenstand des Feststellungsbegehrens waren daher die künftig anfallenden Kosten für die Beseitigung der in der Klage genannten Mängel. Damit war der Gegenstand des Feststellungsbegehrens - gerade auch für die Beklagten - eindeutig definiert.

(IV) Die Monierung weiterer Mängel im Schriftsatz vom 11.12.2013 hat den Klageumfang nicht - 13 - erweitert.

Der Beklagte erhielt diesen Schriftsatz, in dem weitere Mängel behauptet und deren Beseitigung unter Fristsetzung gefordert wurden.

Für einen verständigen Empfänger liegt - es handelt sich allein um prozessfremde Vorgänge - eine materiellrechtliche Mangelbeseitigungsaufforderung gemäß § 637 BGB vor, die über das Gericht als Boten versandt wurde. Ferner wurde angekündigt, dass eine Erhöhung der Klageforderung in Betracht kommt.

Eine Änderung des Streitgegenstands lag hierin offensichtlich nicht, da die Aufforderung, Mängel beseitigen zu lassen noch nicht den Anwendungsbereich monetärer Ansprüche eröffnet, die Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sind. Zudem wurde ausdrücklich eine prozessuale Konsequenz erst in Aussicht gestellt.

(IV) Auch soweit sich der Kläger in späteren Schriftsätzen auf den weiteren Mangel bezogen und insoweit eine Beweiserhebung beantragt hatte, liegt hierin keine Klageänderung.

Der Kläger verkennt an dieser Stelle zunächst, dass aus Gründen der Rechtssicherheit für die Beklagten feststehen muss, dass sie prozessual in Haftung genommen werden soll. Daher kann einem in der Vergangenheit bereits klar bestimmten Feststellungsantrag nicht schleichend ein neuer Inhalt gegeben werden, zumal zuvor lediglich die Erhöhung der Klageforderung - also eine Änderung des bezifferten Anspruchs - in Aussicht gestellt wurde. Letztlich werden auch die werkvertraglichen Besonderheiten verkannt, in denen der Besteller in § 634 BGB ein Bündel an Sekundärrechten erhält und hierunter wählen darf.

Nun sollen also die Beklagten aus dem Prozessverhalten des Klägers schließen, dass ein weiteres Zuwarten nicht gewollt war, dass der Kläger seine Wahl im Sinne des § 634 BGB getroffen hat, dass eine Bezifferung der Mangelbeseitigungskosten wider Erwarten nicht einmal in Ansätzen möglich sein soll, dass der ursprüngliche Feststellungsantrag damit sich auf weitere Behauptungen erstreckt u.s.w.

Das steht im Widerspruch zur erforderlichen prozessualen Klarheit; immerhin agiert für den Kläger ein Anwalt, der die gerichtlichen Gepflogenheiten kennt und weiß, dass eine Klageerweiterung in Form einer nachträglichen Klageerhöhung exponiert geltend zu machen ist, da der entsprechende Schriftsatz die förmliche Zustellpflicht nach § 270 ZPO auslöst, der Gebührenstreitwert anzugeben wäre, da der Kläger auch für die Erweiterung der Klage vorschusspflichtig ist. Nichts hiervon findet sich.

(IV) Letztlich hat auch der Kläger erkannt, dass er insoweit prozessual nachlässig agiert hat und eine ausdrückliche Antragstellung erforderlich ist, die allerdings 2017 verspätet vorgenommen wurde.

IV. Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten (§ 241 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. dem Vergleich November 2009): Ziff. 1.6 des Ersturteils, Berufung des Klägers, Beschwer: 3.473,61 Euro.

Der Senat folgt der Rüge des Klägers nicht, das Erstgericht habe den Vergleich November 2009 falsch ausgelegt.

Der Kläger argumentiert, die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten sei in den ersten beiden Vergleichen vereinbart worden und diese Vereinbarung gelte fort. Der Senat folgt dem nicht und legt den maßgeblichen Vergleich wie das Erstgericht aus:

IV) Bereits eine grammatikalische Auslegung ergibt, dass die geforderten Anwaltskosten nicht Bestandteil der Einigung waren.

Der Vergleich hat im Wege der Novation umfassend das Rechtsverhältnis von Kläger/ Beklagter zu 1) ersetzt. So nimmt der Vergleich Bezug auf Schriftwechsel und das Schiedsgutachten, formuliert eine Zahlungspflicht für eine Aufwandsentschädigung sowie einer Minderung und zählt präzise die zu leistenden Arbeiten auf. Insoweit ist kein Raum dafür, dass bestimmte Passagen eines zuvor geschlossenen Vergleichs, in dem die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten geregelt wurde, gelten sollen. Ferner zeigt

sich mit der Wendung „Aufwandsentschädigung“, dass die Vertragsparteien ohne weitere Differenzierung eine Pauschale vereinbart haben. Dass daneben Aufwendungen für Anwaltskosten zu erstatten sind, läuft dieser Pauschalierung entgegen.

Entgegen der Ansicht des Klägers wird diese Auslegung durch die weitere Regelung gestützt, dass im Fall der Nichteinhaltung der vertraglichen Frist zusätzliche Kosten zu erstatten sind. Bei Nichteinhaltung der Frist sollte das Recht der Ersatzvornahme zum Tragen kommen und der Kläger hat deutlich gemacht, dass dies - für die Beklagte zu 1) wirtschaftlich ungünstig - mit weiteren Kosten verbunden ist, auch um seinem Interesse Ausdruck zu verleihen, die Mangelbeseitigung fristgerecht zu erhalten. Diese „weiteren“ Kosten sind die im Vergleich genannten „zusätzlichen“ Kosten. Die Auffassung, dass die Wendung „zusätzlich“ eine Bezugnahme auf die bisherigen Vergleiche darstelle, wird sprachlich nicht gestützt und steht im Widerspruch dazu, dass diese Vergleichspassage nur die Rechtsfolgen regelt, falls die Beklagte zu 1) nicht fristgerecht leisten sollte.

IV) Auch eine historische Auslegung unterstützt die grammatikalische Auslegung.

In den zuvor geschlossenen Vergleichen finden sich Regeln über die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Da darauf verzichtet wurde, bestimmte in Vorvergleichen ausdrückliche enthaltene Kostenpositionen erneut aufzunehmen, kann das nur bedeuten, dass diese Kosten Bestandteil des „gegenseitigen Nachgebens“ im Sinn des § 779 BGB waren und in der Kostenpauschale aufgegangen sind. IV) Der Kläger irrt auch, wenn er bei der Auslegung die eigenen Interessen betont.

Die Formulierung des Vergleichs stammt vom Kläger und die Auslegung erfolgt nach dem Empfängerhorizont eines verständigen Empfängers, hier in der Position des Beklagten. Ein objektiver Empfänger der Erklärung versteht das Angebot als „letzte Chance“ der eigenen Mangelbeseitigung, da nunmehr ein dritter Vergleich geschlossen werden sollte, der den bisherigen zweiten Vergleich über einer Ersatzvornahme ersetzen sollte. Diese letzte Chance wurde nun an eine monetäre Bedingung geknüpft, nämlich u. a. die Zahlung einer Aufwandsentschädigung. Mit dieser Zahlung sollte sich der Beklagte die erneute Möglichkeit der Reparatur erkaufen, womit die Ersatzvornahme des zweiten Vergleichs insgesamt in Wegfall geraten sollte. Für einen verständigen Empfänger hat das dritte Vergleichsangebot vollständig die bisherigen Vergleiche ersetzt.

IV. Ziff. 1.5 des Ersturteils (Hilfsantrag vom 4.2.2020), Berufung des Klägers, Beschwer: 14.070,70 Euro.

Der Senat folgt der Rüge des Klägers nicht, dass das Erstgericht die Bedingung unter welcher der Hilfsantrag vom 4.2.2020 gestellt wurde, fehlerhaft ausgelegt habe.

Der Hilfsantrag wurde unter der Bedingung gestellt, dass „das Gericht den merkantilen Minderwert nach Antrag 1. für obsolet hält, da die gesamte Dachfläche zu sanieren sei“. In der weiteren Begründung in dem maßgeblichen Schriftsatz heißt es erläuternd, dass der Hilfsantrag nur gelten solle, wenn „das Gericht der oben dargestellten Rechtsauffassung folgt und deshalb auch den merkantilen Minderwert wegen der erforderlichen Komplettisanierung für obsolet hält.“

Die Bedingung ist nicht eingetreten. Das Gericht hat nicht auf eine Komplettisanierung mit der denklogischen Konsequenz des Wegfalls eines merkantilen Minderwerts erkannt. Stattdessen wurde der Vorschuss für eine Teilsanierung zugesprochen nebst einem merkantilen Minderwert.

Soweit der Kläger eine falsche Auslegung aufgrund prozesstaktischer Erwägungen anführt, ist das nicht von Relevanz, da der Antrag grammatikalisch eindeutig ist. Der Senat folgt der Rüge des Klägers nicht, wonach - im Kern - die Beklagte zu 2) mit einer Bauüberwachung beauftragt worden sei.

Mit dem Erstgericht geht der Senat davon aus, dass allein eine Kontrolle durchgeführter Arbeiten geschuldet war und es für die eingetretenen Schäden an der haftungsbegründenden Kausalität mangelt.

IV) Gegenstand der - regelmäßig kostenintensiven - Bauüberwachung ist die Begleitung der jeweiligen Baumaßnahme, mit dem Ziel, vertragswidrige Arbeiten im Entstehungsprozess aufzudecken und zu unterbinden, und mit der weiteren Zielsetzung, dass endgültige Baumängel nicht entstehen können.

Die maßgebliche Pflicht bei der Bauüberwachung ist die Verhinderung von Baumängeln. Folglich entspricht die auf Schadensersatz gerichtete Haftung - einem Unterlassen - aus §§ 634 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB den

Mangelbeseitigungskosten. Das pflichtgemäße Verhalten hinzugedacht, § 249 BGB wäre ein Baumangel nicht entstanden.

IV) Demgegenüber ist die - weniger kostenintensive - Baukontrolle nur die Feststellung, ob durchgeführte Baumaßnahmen vertragsmäßig vorgenommen wurden.

Diese Baukontrolle ist im Werkvertragsrecht eine Leistung, die Besteller regelmäßig in Anspruch nehmen, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, dass das Werk abgenommen werden kann, da ihnen der hierfür erforderliche Sachverstand fehlt.

Eine Pflichtverletzung der Kontrollpflichten führt zwar ebenfalls zur Haftung nach §§ 634 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB, hat aber einen anderen Inhalt. Nimmt der Besteller z.B. das Werk ab, obwohl die Leistungen nicht vertragsmäßig sind, verliert er seine Primäransprüche und ist auf entsprechende Sekundärrechte beschränkt. Oder: Der Besteller, der aufgrund der Kontrolle darauf vertraut, dass die Leistung ordnungsgemäß ist, gibt die Leistung als Grundlage für Folgegewerke frei.

Der Schaden, der dem Besteller entsteht, ist mithin auf Kompensation der Schäden gerichtet, die bei einer ordnungsgemäßen Kontrolle nicht eingetreten wären. D.h. eventuell die wirtschaftlichen Nachteile der Sekundärrechte oder die „Weiterfresser-Problematik“ von Grundmängeln bei Folgegewerken. Der Schaden entspricht aber nicht dem ursprünglichen Baumangel.

IV) Das Erstgericht hat den Vertrag zutreffend ausgelegt.

Das entsprechende Angebot des Klägers ist nach dem Empfängerhorizont auszulegen:

Zunächst wird sprachlich klargestellt, dass die Tätigkeit der Beklagten zu 2) eine Kontrolltätigkeit nach Durchführung der Arbeiten darstellt. Andernfalls ergäbe der temporäre Hinweis „nach dem Aufdecken und die [Anmerkung: wohl gemeint: den] erforderlichen Nacharbeiten“ keinen Sinn. Diese zeitliche Vorgabe des geschuldeten Tätigwerdens wird fortgesetzt, indem festgehalten wird, dass die Kontrolle zu erfolgen hat „bevor die Arbeitsflächen“ überdeckt werden.

Nach den vertraglichen Vorgaben sollte die Beklagte zu 2) folglich nach Erbringung der Werkleistung tätig werden. Dieses Verständnis zeigt sich auch bei der Beschreibung der Maßnahmen in Richtung der Anschlüsse. Auch hier sollte die Beklagte zu 2) nach Anbringung der Unterdeckbahn die hergestellten Anschlüsse prüfen. Auch ein Prüfen knüpft nun sprachlich allein an eine fertige Leistung an.

Dass die Beklagte zu 2) ihre Pflichten als reine Kontrollpflichten verstanden hat, spiegelt sich auch in der Abrechnung von allein 22,5 Stunden wider, die sich mit einer Baubegleitung nicht in Einklang bringen lassen.

Ob nun die Beklagte zu 2) ihre Kontrolle pflichtgemäß durchgeführt hat, welche Fehler bei Abschluss der Arbeiten erkennbar gewesen wären, kann offen bleiben. Der Kläger hat allein seine Schäden aus den Baumängeln abgeleitet, die nicht von einer möglichen Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2) umfasst sind.

V. Weiteres Vorgehen.

Aus Sicht des Senats ist eine Fortführung des Rechtsstreits nicht prozessökonomisch, zumal die Vorgänge aus dem 2002 bzw. 2009 herrühren.

V. Nach obigen Ausführungen liegen hinsichtlich der Berufung der Beklagten zu 1) die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO vor.

V. Berücksichtigt man weiter, dass die Berufung des Klägers überwiegend (bis auf 4.046,21 Euro) erfolglos ist, drängt sich eine abschließende - gerichtliche - vergleichsweise Regelung auf, gerade auch um den - aus Sicht des Senats eher sicher scheinenden - Abrechnungsprozess als weiteren Folgestreit zu verhindern.

Aus Sicht des Senats erscheint daher

- eine Ausgleichszahlung (und damit Abgeltung des Feststellungsanspruchs, Ziff. 3 des Ersturteils) in Höhe von insgesamt, d.h. einschließlich aller Nebenforderungen, 85.000 Euro angemessen, um die wechselseitigen Prozessrisiken abzugelten.

- Die Kostenentscheidung erster Instanz könnte aufrechterhalten bleiben

- und die Kosten zweiter Instanz könnten gegeneinander aufgehoben werden, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2), die der Kläger tragen müsste.

V. Alternativ böte sich eine Zahlung der o.g. 4.046,21 Euro nebst Zinsen durch die Beklagte zu 1) an, wodurch die Berufung des Klägers insoweit erfolglos werden würde und ebenfalls eine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO ergehen könnte.

Die Parteien erhalten Gelegenheit, zu diesem Hinweis bis zum 22.07.2020 Stellung zu nehmen.

2. Verfügung vom 10.06.2020 hinausgeben an:

Prozessbevollmächtigter des Berufungsklägers ... zustellen Prozessbevollmächtigte der Berufungsbeklagten zu zustellen ... Prozessbevollmächtigte der Berufungsbeklagten zu zustellen 2 ...

3. Anforderung Bl. 738: genehmigt, Akte kurzfristig an LG M II

3a. Fehlblatt

Wiedervorlage mit Eingang / 30.07.2020

Entscheidungsgründe