Oberlandesgericht Dresden

Zivilsenat

Aktenzeichen: **4 U 44/15**
Landgericht Chemnitz, 1 HK O 1601/13

Verkündet am: 23.06.2015

_____
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

-
In dem Rechtsstreit

O. mbH,
vertreten durch den Geschäftsführer D.S.
- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

XX GmbH & Co.
vertreten durch die Komplementärin XX Verwaltungs GmbH
diese vertreten durch den Geschäftsführer F.E.
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

XX,
vertreten durch den Geschäftsführer
- Streithelferin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

wegen Werklohnforderung
-

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. L.,
Richterin am Oberlandesgericht P. und
Richterin am Oberlandesgericht Z.

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.06.2015

für Recht erkannt:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Chemnitz vom 05.12.2014, Az. 1 HKO 1601/13, wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention. Diese trägt die Streithelferin selbst.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung i.H.v. 120 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 309.799,65 EUR festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung von Restwerklohn aus mehreren einzelnen Bauverträgen betreffend Rohbauarbeiten am Bauvorhaben „Umbau und Neubau Staatsarchiv C“. Das Gesamtgewerk wurde zu einem Pauschalfestpreis i.H.v. rund 1,938 Mio. EUR beauftragt, wobei eine gesonderte Abrechnung von Betonstahl vereinbart wurde,

soweit dieser 700 t überschreitet.

Im Verlaufe der ersten Instanz haben die Parteien in erster Linie um die Berechtigung der Klägerin zur Abrechnung einer die ursprüngliche vorläufige Kalkulation erheblich überschreitenden Stahlmenge gestritten, ferner um die Berechtigung der Beklagten zum Abzug von Skonti und schließlich um die Frage der Fälligkeit der Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Die Beklagte hat im Laufe des landgerichtlichen Verfahrens der Fa. XXX, welche von der Beklagten mit Planungs- und Überwachungsleistungen beauftragt worden war, den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte antragsgemäß und führte u.a. zur Vergütungspflicht hinsichtlich der Stahlmehrmengen aus, die Beklagte hätte angesichts der klägerseits vorgelegten Unterlagen ihr Bestreiten bezüglich der tatsächlich eingebauten Stahlmengen weitergehend substantiieren müssen. Eine Verletzung von Hinweispflichten auf Klägerseite sah das Landgericht nicht.

Im Übrigen wird auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Die Beklagte greift mit ihrer Berufung nicht mehr ihre Verurteilung zur Auszahlung einbehaltener Skonti und des Gewährleistungseinbehaltes an, sondern nur noch ihre Verurteilung zur Zahlung der Mehrvergütung im Hinblick auf die Stahlmengen, die sie mit Nichtwissen bestreitet. Hier vertritt sie die Auffassung, die von der Streithelferin vorgelegten Ausführungspläne könnten nur belegen, wieviel Stahl geplant worden sei, nicht aber, welche Stahlmengen die Klägerin im Bauverlauf tatsächlich eingebaut habe. Zu Unrecht habe das Landgericht aus den klägerseits vorgelegten Anlagen, insbesondere den Anlagen K 87 ff. den Rückschluss auf die tatsächlich verbaute Menge gezogen.

Die Klägerin habe obendrein ihren Mehrvergütungsanspruch durch Verletzung der vertraglich vereinbarten Hinweispflichten verwirkt. Schließlich habe sie sich schadensersatzpflichtig gemacht durch Verletzung von Fürsorgepflichten, gerichtet darauf, dass sie die Beklagte auf

eine ausweislich zweier Privatgutachten bestehende Möglichkeit einer weitaus kostengünstigeren Alternativplanung hätte hinweisen müssen.

Die Klägerin beantragt,

I. Das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 05.12.2014 zum Aktenzeichen 1 HK O 1601/13 wird insoweit abgeändert, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als EUR 39.350,54 zuzüglich Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus EUR 23.181,27 seit dem 05.07.2012 sowie aus EUR 14.344,77 seit dem 01.08.2013 zu bezahlen. Die Klage wird auch insoweit abgewiesen.

   Hilfsweise:
   Das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 05.12.2014 zum Aktenzeichen 1 HK O 1601/13 wird insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als EUR 39.350,54 zuzüglich Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus EUR 23.181,27 seit dem 05.07.2012 sowie aus EUR 14.344,77 seit dem 01.08.2013 zu bezahlen. Die Sache wird insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Chemnitz zurückverwiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV. Vorsorglich wird für den Fall des Unterliegens beantragt, die Revision zuzulassen.

sowie (nachdem die erstinstanzlich ausgeurteilte Summe zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt worden ist)

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte EUR 365.052,06 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 23.12.2014 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

sämtliche Anträge der Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt und vertieft im Übrigen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 23.06.2015 verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Vergütung der von ihr berechneten Stahlmengen.

1. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht der zugesprochenen Forderung die klägerseits vorgetragene Stahlmenge zugrunde gelegt, ohne diesbezüglich dem klägerischen Beweisangebot nachgegangen zu sein, weil es das Bestreiten der Beklagten für unsubstantiiert ansah.
   Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass eine Bestätigung der klägerseits verbauten Stahlmengen sich nicht allein aus der Zusammenschau der Anlagen K 88 und K 89 ff. ergibt (=eigene Mengenaufstellung der Klägerin in Übereinstimmung mit den Bewehrungsplänen der Streithelferin. Sie ergibt sich aber, wie auch von der Beklagten in ihrer Berufungsbegründungrichtig gemutmaßt, aus den Prüfvermerken und den Freigabeerklärungen gemäß Anlage K 87. Dort hat die Streitverkündete jeweils nach Baufortschritt wörtlich bestätigt: „Die Bewehrung ist ordnungsgemäß eingebaut... Freigabe zum Betonieren“. Eine ordnungsgemäße Bewehrung heißt aber nichts anderes, als dass die Streitverkündete bestätigt hat, die Bewehrung sei den Plänen entsprechend, also auch in der dort vorgesehenen, detailliert vorgegebenen Menge eingebracht. Zwar ist damit kein Anerkenntnis im Rechtssinne zu Lasten der Beklagten verbunden, denn wenngleich die Streitverkündete als Bauüberwacherin berechtigt ist, für die Beklagte tatsächliche Erklärungen abzugeben, so binden ihre Aufmaß- oder Stundenlohnabzeichnungen vor Ort regelmäßig nicht die Auftraggeberin i.S. einer verbindlich festgelegten Vergütungsverpflichtung. In tatsächlicher Hinsicht kommt aber einer solchen Prüfbestätigung eine Beweiswirkung dergestalt zu, dass der Auftraggeber vorzutragen und zu beweisen hat, welche Massen zutreffend sind oder dass die vom Unternehmer angesetzten Massen unzutreffend sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn aufgrund nachfolgender Arbeiten eine Überprüfung der Massen nicht

mehr möglich ist. (BGH, Urteil vom 24.07.2003, VII ZR 79/02; Urteil vom 27.07.2006, VII ZR 202/04). So liegt der Fall hier: Der Bewehrungsstahl ist zubetoniert. Eine genaue Ermittlung des eingebauten Bewehrungsstahls ist mit technisch zumutbarem Aufwand nicht mehr realisierbar. Damit hat das Landgericht zu Recht der Beklagten die Substantiierungslast dahingehend auferlegt, vorzutragen, weshalb und in welchem Umfang die tatsächlich verbaute Menge von der „ordnungsgemäßen“, d.h. den Planvorgaben entsprechenden Menge abgewichen haben soll. Hierauf hat das Landgericht nochmals im angefochtenen Urteil hingewiesen, ohne dass die Beklagte in der Berufungsbegründung und im weiteren Verlauf insoweit vorgetragen hätte. Mangels hinreichenden substantiierten Bestreitens oder Gegenvortrages konnte das Landgericht damit von einer Beweisaufnahme über die eingebrachten Stahlmengen absehen. Die angesetzten Mengen wurden zu Recht zuerkannt.

2. Das Landgericht ist im Ergebnis auch zutreffend davon ausgegangen, dass kein zum Verlust des Vergütungsanspruches führender Verstoß gegen das vertraglich vereinbarte Gebot eines a) frühzeitigen und b) schriftlichen Hinweises auf Mengenmehrung vorliegt.

Dass die im Auftragsschreiben der Beklagten enthaltene Hinweisklausel, bei welcher es sich nach unwidersprochenem Klägervortrag um AGB der Beklagten handelt, einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht standhalten würde, muss letztlich nicht entschieden werden, wenngleich insoweit vieles für eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin durch diese Klausel spricht. Zum einen nämlich muss die Beklagte sich das Wissen der Streithelferin bezüglich der geplanten und tatsächlich verbauten Stahlmengen zurechnen lassen. Die Streithelferin ist als von der Beklagten beauftragte Planerin deren Erfüllungsgehilfin (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 6. Teil Rz. 70). Da sie damit einhergehend eigenverantwortlich Aufgaben der Beklagten übernommen hat, kann sie insoweit auch als „Wissensvertreter“ der Beklagten angesehen werden.
Ein Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen bzw. weiterzugeben, wobei eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht gerade nicht erforderlich ist, ebensowenig wie eine bewusste Bestellung zum Wissensvertreter (Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 166 Rz. 6 m.w.N.). Auf den Wissensvertreter findet § 166 BGB analoge Anwendung (Palandt, aaO.).

Da sich unstreitig aus der Planung die einzubauende Stahlmenge genau ergab, war unter dem Gesichtspunkt der Wissenszurechnung ein Hinweis entbehrlich.

Unabhängig davon hat aber die Klägerin tatsächlich ihrer Hinweispflicht jedenfalls in einer Weise genügt, dass eine Verwirkung des Vergütungsanspruches nach der streitgegenständlichen Vertragsklausel, derzufolge eine Verletzung der Hinweispflicht zum Verlust des Vergütungsanspruches führen „kann“, nicht in Betracht kommt. Unstreitig hat die Klägerin bereits in der Bauberatung vom 28.9.2011 auf die Mengenmehrung hingewiesen. Dies erfolgte entgegen der Behauptung der Beklagten auch frühzeitig, nämlich nach Erhalt der Pläne für das erste Geschoss und nur einige Tage nach Erhalt der Pläne für das zweite Geschoss. Die Beklagte hätte ohne Weiteres, wenn sie denn meint, dass bessere Planungen möglich gewesen wären, für die übrigen Geschosse eine Umplanung versuchen können. Sofern - was zu vermuten ist - eine Umplanung überhaupt nicht mehr möglich war, auch wenn die Pläne für die weiteren Geschosse noch nicht vorlagen, dann wäre es treuwidrig, einen diesbezüglichen Hinweis zu verlangen, wenn der Hinweis wirkungslos wäre, weil der Beklagten als Auftraggeberin aufgrund der nicht mehr änderbaren Planung ohnehin die Hände gebunden wären und sie aus dem Hinweis keine Folgen hätte ableiten können. Was die Schriftlichkeit betrifft, so ist der Hinweis unbestritten der Beklagten auch per E-Mail zugegangen. Würde man in dem Verhalten der Klägerin einen Formverstoß bezüglich der Schriftlichkeit sehen, so wäre dieser Verstoß jedenfalls so geringfügig, dass eine Verwirkung des Werklohnanspruches nicht gerechtfertigt wäre.

3. Die Verletzung einer - sei es auf § 4 Abs. 3 VOB/B, sei es auf einer allgemeinen vertraglichen Fürsorgepflicht fußenden - Bedenkenhinweispflicht hinsichtlich der Möglichkeit des Vorliegens einer kostengünstigeren Alternativplanung kann ebenfalls nicht angenommen werden. Eine Bedenkenhinweispflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B ist selbst bei unterstelltem Vorliegen einer günstigeren Alternativplanung zweifelhaft, denn unstreitig ist das Werk der Klägerin technisch mangelfrei errichtet.
Die Bedenkenhinweispflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B hat den Sinn, den Auftragnehmer von der Haftung für ein mangelhaftes Werk freizustellen, wenn er zuvor den Auftraggeber darauf hinweist. Was ein „mangelhaftes“ Werk ist, richtet sich vorrangig nach der vertraglich vereinbarten und geschuldeten Beschaffenheit des Werkes (Kniffka/Koeble, aaO., 6. Teil, Rz. 36). Nach den Verträgen schuldete die Klägerin aber nicht die Erstellung eines Werkes unter Abweichung gegen die ihr vorgelegte Planung, und zwar auch nicht unter Kostenersparnisgründen. Der Einwand der

Beklagten auf die grundsätzliche Pflicht zur kostensparenden Ausführung geht fehl, wenn der Klägerin vertraglich nicht zugleich das Recht und die Pflicht auferlegt wurden, hierzu ggf. von Plänen abzuweichen. Im Übrigen richtet sich die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit eines Werkes dann nach den anerkannten Regeln der Technik, welche im Falle fehlender näherer Beschreibung die geschuldete Beschaffenheit definieren (Kniffka/Koeble, aaO., Rz. 36). Technisch gesehen war die Planung der Streitverkündeten einwandfrei. Zu einer Planabweichung war die Klägerin vertraglich nicht befugt, so dass sich selbst im Falle unterstellter Existenz von Planungsalternativen hieraus keine Bedenkenhinweispflicht nach § 4 Ziffer 3 VOB/B ableiten lässt. Eine Schadensersatzpflicht begründende Hinweispflicht lässt sich schließlich nicht aus einer allgemeinen Fürsorgepflicht der Klägerin heraus ableiten, die Beklagte vor Vermögensnachteilen generell zu schützen. Bereits dem Grunde nach begegnet die Annahme einer solch weitgehenden Fürsorgepflicht Bedenken und liefe im vorliegenden Fall darauf hinaus, dass die Klägerin der Beklagten gegenüber bereits in einem frühen Stadium die sukzessive Überwachung und Tauglichkeit der Planung unter Kostengesichtspunkten geschuldet hätte. Dieser Auffassung kann der Senat sich nicht anschließen. Es kommt hinzu, dass die Beklagte die Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruches nicht dargelegt hat. So fehlt es u.a. am Vortrag zu einem kausalen Schaden. Denn wie oben ausgeführt, ist bereits nicht ersichtlich, dass nach Vorlage der ersten Pläne, die erstmalig eine Erkennbarkeit für die Klägerin begründeten, eine Umplanung überhaupt noch möglich gewesen wäre, welche dann zu einer Kostenersparnis geführt hätte.

Schlussendlich würde aber selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Haftungsanspruches die Klägerin nicht einstandspflichtig sein, denn wenn der beklagtenseits behauptete finanzielle Planungsmangel zum einen tatsächlich vorhanden gewesen wäre und zum andern derart offensichtlich, dass er der Klägerin bereits in einer frühen Phase der Bauausführung und obendrein ohne vertiefte Prüfung hätte auffallen müssen, dann wäre jedenfalls das der Beklagten zuzurechnende Mitverschulden der Streithelferin als ihrer Erfüllungsgehilfen derart weit überwiegend, dass eine Mithaftung der Klägerin ausgeschlossen wäre.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 und 101 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision sieht der Senat nicht.

Dr. L. P. Z.