

## Oberlandesgericht Düsseldorf, I-22 U 184/08

---

**Datum:** 08.05.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 4. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-22 U 184/08

---

**Rechtskraft:** rechtskräftig

---

**Tenor:** Auf die Berufung des Beklagten zu 2 wird das am 25. September 2008 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 3.030,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.11.2003 zu zahlen.

Die Beklagte zu 1 wird ferner verurteilt, an die Klägerin weitere 5.869,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.11.2003 sowie weitere 11.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2006 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten zu 2 und die Berufung der Beklagten zu 1 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten zu 44 % als Gesamtschuldner, die übrigen Kosten trägt die Beklagte zu 1 allein.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

Gründe:	1
I.	2
	3

- Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten zu 1 als Bauunternehmerin und gegenüber dem Beklagten zu 2 als Bauleiter einen Schadenersatzanspruch wegen fehlerhafter Verfüllung der Arbeitsräume an ihrem Bauvorhaben geltend. 4
- Die Klägerin und ihr Ehemann beauftragten den Beklagten zu 2 mit schriftlichem Vertrag vom 17.01.1997 mit der Betreuung ihres Bauvorhabens. Gemäß Ziffer 2 des Vertrages sollte der Beklagte zu 2 das Projekt in wirtschaftlicher Hinsicht betreuen. Zu seinen Pflichten gehörte die Auswahl der Handwerker, die Erteilung von Aufträgen nach Weisung des Bauherrn, die "Kontrolle der Handwerker auf zügige Arbeit, Überwachen der Handwerkerleistungen auf Übereinstimmung mit den Plänen und ordentliche mangelfreie Arbeit, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit dem Architekten, nicht jedoch die technische Bauleitung, die beim Architekten verbleibt". Nach Ziffer 3 des Vertrages sollte der Beklagte zu 2 nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. 5
- In einem von der Klägerin und ihrem Ehemann beauftragten Baugrundgutachten wurde festgestellt, dass der Oberboden aus einer 0,3 bis 0,4 m starken Sandlösschicht besteht, der eine Schicht aus Lößlehm folgt. Wegen der nur geringen Wasserdurchlässigkeit der Löslehmschicht kann nach dem Gutachten in Nasszeiten Schichtenwasser in der Oberbodenschicht auftreten, das sich oberhalb der Löslehmschicht aufstaut. 6
- Der Architekt S., dem das Gutachten vorlag, erstellte am 27.07.1997 ein Leistungsverzeichnis. Hinsichtlich der auszuführenden Erdarbeiten sah es unter der Position 02.007 vor, dass 286 m<sup>3</sup> Füllkies zum Verfüllen des Arbeitsraums geliefert und nach Angabe der Bauleitung fachgerecht verfüllt und lageweise verdichtet wird. 7
- Die Beklagte zu 1 hob die Baugrube Anfang September 1997 aufgrund eines von dem Beklagten zu 2 erfragten Angebots vom 04.08.1997 und des von ihm im Namen der Klägerin erteilten Auftrages aus. Für ihre Leistung stellte die Beklagten zu 1 der Klägerin unter dem 21.10.1997 5.175,09 DM in Rechnung. Nachdem das Kellergeschoss erstellt war, wurden die Arbeitsräume wieder verfüllt, und zwar mit dem von der Beklagten zu 1 nach dem Aushub seitlich gelagerten Erdreich, soweit dieses nicht abgefahren war. Die Beklagte zu 1 erstellte hierfür unter dem 03.11.1997 eine Rechnung über 1.150,00 DM, die überschrieben ist mit "Arbeitsraumverfüllung". Als Leistungsgegenstand ist die Durchführung von Arbeiten gemäß "Ihrem gesch. Auftrag und Angaben vor Ort" angegeben. Des weiteren wird in der Rechnung ein Radlader H. Typ ... aufgeführt. Abgerechnet werden 10 Stunden "Arbeitsraum verfüllt, einschl. An- und Abfuhr" zum Einheitspreis von 100,00 DM. In ihrem ursprünglichen Angebot hatte die Beklagte zu 1 die Wiederverfüllung in der Weise angeboten, dass zu einem Preis von 10,80 DM/cbm gelagertes Erdreich der Baugrube aufgenommen, gefördert und in die Arbeitsräume lageweise eingebracht und verdichtet werden sollte, alternativ für 24,50 DM Füllkies geliefert, in die Arbeitsräume lageweise eingebracht und verdichtet werden sollte. 8
- In der Folgezeit staute sich Niederschlagswasser in den Lichtschächten des Hauses auf und drang durch das im hinteren linken Keller gelegene Fenster in die Kellerräume ein. 9
- Unter dem 20.09.2002 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auf, das Verfüllmaterial gegen versickerungsfähiges Material 10

auszutauschen. Die Beklagte zu 1 lehnte mit Schreiben vom 16.10.2002 ihre Einstandspflicht ab, weil sie für die Wahl des Verfüllmaterials nicht verantwortlich und dieses auch nicht mangelhaft gewählt sei.

Unter dem 21.10.2002 leitete die Klägerin beim Landgericht Krefeld ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagte zu 1 ein (Aktenzeichen 5 O 22/02). Der Sachverständige D. hat in seinem Gutachten vom 10.02.2003 festgestellt, die Verfüllung der Arbeitsräume mit dem lehmhaltigen Aushub sei nicht fachgerecht. Um ein weiteres Aufstauen von Niederschlagswasser zu vermeiden, müssten die vorhandenen Lichtschächte mit einer Vertikaldrainage ausgestattet werden, die ihrerseits an den bauseits vorhandenen Sickerkanal angeschlossen werden müssten. Die für die Durchführung dieser Maßnahmen erforderlichen Kosten hat der Sachverständige auf 8.900,00 € geschätzt. 11

Die Klägerin hat das Haus mit notariellem Vertrag vom 14.07.2003 an einen Dritten veräußert. 12

Sie hat behauptet, der Erwerber habe ihr in dem notariellen Kaufvertrag die Ansprüche wegen der durch den Wassereintritt entstandenen Schäden gegen die Beklagten abgetreten. Die Beklagten seien als Gesamtschuldner zum Ersatz der für eine nachträgliche Erstellung der Vertikaldrainage entstehenden Kosten in Höhe von 8.900,00 € verpflichtet. Der Beklagte zu 2 habe aus zahlreichen Gesprächen mit dem Architekten Kenntnis davon gehabt, dass die Arbeitsräume mit Füllkies hätten verfüllt werden müssen; außerdem sei ihm das Baugrundgutachten und das von dem Architekten erstellte Leistungsverzeichnis übergeben worden. Der Beklagte zu 2 sei ausdrücklich damit beauftragt worden, dafür Sorge zu tragen, dass die Beklagte zu 1 für die Verfüllung versickerungsfähiges Material verwendet. Die Beklagte zu 1 sei von dem Beklagten zu 2 mit der Verfüllung beauftragt worden. Der Beklagte zu 2 habe seine Bauaufsichtspflicht verletzt, indem er nicht verhindert habe, dass die Verfüllung mit dem Material aus dem Bodenaushub vorgenommen wurde. Die Klägerin hat weiter behauptet, die Beklagte zu 1 sei aufgrund ihres Angebots vom 04.08.1997 beauftragt worden, die Arbeitsräume mit Füllkies zu verfüllen. Selbst wenn ihr ein solcher Auftrag nicht erteilt worden wäre, wäre sie verpflichtet gewesen, darauf hinzuweisen, dass das Material aus dem Bodenaushub nicht geeignet für eine Verfüllung ist. Der Beklagten zu 1 hätten vor Beginn der Arbeiten ebenfalls das Baugrundgutachten und das Leistungsverzeichnis vorgelegen. Da sie fachkundig gewesen sei, hätte sie aber auch ohne diese Unterlagen erkennen müssen, dass das Bodenmaterial zur Verfüllung völlig ungeeignet gewesen sei. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte zu 1 müsse auch die Kosten erstatten, die durch die Bautrocknung entstehen würden und die sie auf 11.300,00 € beziffert hat. 13

Die Klägerin hat beantragt, 14

15

1. die Beklagten zu verurteilen, an sie 8.900,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.11.2003 zu zahlen,
2. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an sie weitere 11.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2006 zu zahlen.

16

- Die Beklagten haben beantragt, 17
- die Klage abzuweisen. 18
- Die Beklagte zu 1 hat eingewandt, der ihr erteilte Auftrag sei beschränkt gewesen auf den Aushub der Baugrube gemäß Position 1 bis 3 ihres Angebots vom 04.08.1997. Diesen Auftrag habe der Beklagte zu 2 im Namen der Klägerin erteilt. Mit der Verfüllung der Arbeitsräume sei sie nicht beauftragt worden, da der Klägerin die angebotenen Leistungen zu teuer gewesen seien. Sie habe der Klägerin lediglich den Radlader H. nebst Fahrer mietweise zur Verfügung gestellt. Die Verfüllung sei sodann von der Klägerin in Eigenregie vorgenommen worden. Sie selbst habe sich die Lage vor Ort vor der Verfüllung nicht angesehen, lediglich ihr Baggerfahrer sei dort auf Weisung der Klägerin oder des Beklagten zu 2 tätig gewesen. Die Beklagte zu 1 hat gemeint, unter diesen Umständen habe sie keine Bedenkenhinweispflicht gegenüber der Klägerin getroffen. Sie hat darüber hinaus die mangelnde Eignung des auf dem Grundstück gelagerten Bodenaushubmaterials bestritten. Das Baugrundgutachten habe sie ebenso wenig wie das Leistungsverzeichnis erhalten. Sie habe auch nicht wissen können, ob bei den Rohbauarbeiten Drainagevorrichtungen installiert worden seien. 19
- Der Beklagte zu 2 hat ebenfalls die mangelnde Eignung des Bodenaushubmaterials für die Verfüllung bestritten, jedenfalls habe er sie nicht gekannt. Ihm sei lediglich das Leistungsverzeichnis des Architekten übergeben worden, aus dem sich für ihn nicht zwingend ergeben habe, dass die Verfüllung mit Füllkies erfolgen müsse. Mit der Verfüllung habe er auch nichts zu tun gehabt, da die Klägerin diese in Eigenregie mit dem ihr überlassenen Bagger nebst Fahrer erledigt habe. 20
- Beide Beklagten haben die Höhe des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs bestritten. Sie haben darüber hinaus die Ansicht vertreten, dass die Klägerin im Hinblick auf die Sowiesokosten lediglich die Freilegung der Lichtschächte verlangen könne. Schließlich haben beide Beklagte sich auf die Einrede der Verjährung berufen. 21
- Das Landgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stehe gemäß § 635 BGB a.F. gegenüber der Beklagten zu 1 ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 8.900,00 € zu. Zwischen den Parteien sei ein Werkvertrag über die Verfüllung der Baugrube zustande gekommen. Dies ergebe sich bereits aus der Rechnung der Beklagten zu 1 vom 03.11.1997, wonach die abgerechnete Leistung der Beklagten zu 1 in der Arbeitsraumverfüllung bestanden habe. Für diese Leistung habe sie in ihrer Rechnung zehn Arbeitsstunden zu einem Einzelpreis von je 100,00 DM angesetzt. Mithin habe die Beklagte zu 1 nach ihrem eigenen Verständnis einen Leistungserfolg geschuldet. Abgerechnet worden seien die "Arbeiten vom 20.10.2997" und "durchgeführte Arbeiten vor Ort", nicht etwa nur die Überlassung von Arbeitsgerät. Die Verpflichtung der Beklagten zu 1 sei danach nicht auf die Überlassung des Radladers nebst Fahrers beschränkt gewesen. Die Leistung der Beklagten zu 1 sei mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB a.F. gewesen. Der Sachverständige D. habe festgestellt, dass die Lichtschächte nicht mit Bodenaushubmaterial hätten verfüllt werden dürfen, da es sich dabei um lehmhaltiges, nicht versickerungsfähiges Material gehandelt habe, was dazu geführt habe, dass das Niederschlagswasser bei starken Regenfällen nicht versickert, sondern sich aufgestaut und zu der Folge durch die 22

Fenster in den Lichtschächten in den Keller eingedrungen sei. Der Bodenaushub sei jedenfalls dann fehlerhaft, wenn – wie hier – eine Drainage in den Lichtschächten nicht verlegt worden sei. Selbst wenn der Beklagte zu 2 die Beklagte zu 1 angewiesen hätte, die Verfüllung mit dem Bodenaushubmaterial vorzunehmen, hätte die Beklagte zu 1 vorher auf Bedenken hinweisen müssen. Ein solcher Hinweis sei aufgrund ihrer Sachkunde auch zu erwarten gewesen; die Beklagte zu 1 firmiere unter der Bezeichnung "Baggerei M." und gebe auf ihrem Briefpapier als Geschäftsfeld u.a. die Durchführung von Erdarbeiten sowie den Einbau von Klär- und Sickeranlagen an. Danach hätte ihr klar sein müssen, dass der Einbau von nicht versickerungsfähigem Material zu Schäden, wie sie im Bereich der Lichtschächte aufgetreten seien, führen könne. Dies habe der Geschäftsführer der Beklagten zu 1 selbst eingeräumt; er habe im Termin vom 22.11.2007 selbst erklärt, dass er die Verfüllung mit lehmhaltigem Boden ohne Drainageeinbau in den Lichtschächten als mangelhaft eingestuft hätte, wenn er sich den Zustand vor Ort vor der Verfüllung angesehen hätte. Ihrer Einstandspflicht könne sich die Beklagte zu 1 aber nicht dadurch entziehen, dass sie sich keine Kenntnisse vor Ort verschafft habe. Es könne offen bleiben, ob der Beklagten zu 1 das Baugrundgutachten bekannt gewesen sei. Da sie die Baugrube wenige Wochen zuvor ausgehoben habe, seien ihr die Bodenverhältnisse aufgrund eigener Anschauung bekannt gewesen. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei entbehrlich gewesen, da die Beklagte zu 1 Gewährleistungsansprüche mit Schreiben vom 16.10.2002 ernsthaft und endgültig abgelehnt habe. Die Klägerin müsse sich entgegen der von der Beklagten zu 1 vertretenen Ansicht auch kein Verschulden ihres Architekten oder ihres Bauleiters anrechnen lassen. Die Planungen des Architekten seien fehlerfrei, er habe die Verfüllung mit Füllkies in seinem Leistungsverzeichnis vorgesehen. Eine mangelnde Beaufsichtigung des Beklagten zu 2 sei der Klägerin nicht zuzurechnen, da sie der Beklagten zu 1 eine Beaufsichtigung der ausgeführten Arbeiten nicht geschuldet habe. Der Schadenersatzanspruch sei schließlich auch nicht verjährt, die fünfjährige Gewährleistungsfrist sei bei Klageerhebung noch nicht abgelaufen gewesen, da der Fristablauf durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens unterbrochen worden sei. Die Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten stehe dem Schadenersatzanspruch nicht entgegen. Dem Gläubiger solle die Dispositionsfreiheit erhalten bleiben und er solle gegen verzögerte Ersatzleistungen des Schuldners geschützt werden. Die Klägerin könne auch der Höhe nach den geltend gemachten Betrag beanspruchen. Zur Mängelbeseitigung reiche es aus, den angeschütteten Bodenaushub in den Lichtschächten und den umliegenden Bereichen auszukoffern und nach Einbringung einer Vertikaldrainage gegen versickerungsfähiges Material auszutauschen. Dabei müsse die Freilegung per Handschachtung erfolgen. Die Kosten hierfür habe der Sachverständige D. mit 5.250,00 €, die Material- und Gerätekosten mit 1.300,00 € angegeben. Darüber hinaus sei eine Preissteigerung für die Zeit seit Juni 2002 in Höhe von 220,00 € zu berücksichtigen. Insgesamt errechne sich hieraus ein Betrag in Höhe von 6.770,00 €. Darin seien Sowiesokosten in Höhe von 60,00 € enthalten. Wegen zwischenzeitlich eingetretener weiterer Preissteigerungen sei ein Zuschlag von 15% auf den vorgenannten, um 60,00 € reduzierten Betrag vorzunehmen. Insgesamt ergäben sich Bruttokosten in Höhe von 9.182,64 €, aus denen die Klägerin 8.900,00 € geltend mache. Ihr stehe auch ein Anspruch auf die Kosten der Trocknung des Kellers und Ersatz der abgeschlagenen Fliesen an den geschädigten Wänden zu. Insoweit handele es sich um einen nahen Mangelfolgeschaden, der von der Regelung des § 635 BGB a.F. erfasst sei. Unstreitig beliefen sich diese Kosten auf 11.300,00 €. Der Betrag stehe der Klägerin als Schadenersatz unabhängig davon zu, ob sie die vorhandenen Schäden tatsächlich beseitigen lassen wolle.

Der Klägerin stehe gegenüber dem Beklagten zu 2 gemäß § 635 BGB a.F. ein Anspruch auf Ersatz des Schadens in Höhe von 8.900 € zu. Der Beklagte habe seine Pflichten aus dem mit der Klägerin abgeschlossenen Baubetreuungsvertrag verletzt. Nach diesem Vertrag habe ihm obliegen, für eine plangerechte und mängelfreie Errichtung des Bauwerks zu sorgen. Dieser Erfolg sei nicht eingetreten. In Abweichung von dem Leistungsverzeichnis des Architekten S. sei der Arbeitsraum nicht mit Kies, sondern mit lehmhaltigem Bauaushub gefüllt worden, weswegen Wasser in den Keller des Hauses eindringen könne. Dieser Mangel sei durch eine unzureichende Bauaufsicht des Beklagten zu 2 verursacht worden. Er hätte im Rahmen der Objektüberwachung zu prüfen gehabt, ob die von der Beklagten zu 1 eingesetzten Baustoffe die notwendige Qualität für eine ordnungsgemäße Erfüllung der entsprechenden Bauleistung aufwiesen. Der Beklagte bestreite selbst nicht, das Leistungsverzeichnis des Architekten S. erhalten zu haben, in welchem unter der Position 02.007 vorgesehene sei, dass 286 m<sup>3</sup> Füllkies zum Verfüllen des Arbeitsraumes verwandt werden sollten. Er hätte kontrollieren müssen, ob das richtige Verfüllmaterial gewählt wurde, zumal ihm bewusst gewesen sein müsste, dass dieser Bauabschnitt für die Klägerin von besonderer Bedeutung gewesen sei. Dies ergebe sich bereits aus den von ihr getätigten Aufwendungen für die Einholung des Baugrundgutachtens, von dessen Existenz der Beklagte zu 2 gewusst habe. Die Zeugen L. und S. hätten bestätigt, dass es zahlreiche Gespräche mit dem Beklagten zu 2 gegeben habe, in denen es um den Schutz des Kellers vor Nässe gegangen sei. Der Zeuge S. habe zudem bestätigt, dass der Beklagte zu 2 Kenntnis von der vorgesehenen Verfüllung des Arbeitsraums mit Kies gehabt habe. Unabhängig von der Frage, ob der Beklagte zu 2 das Baugrundachten selbst besessen habe, hätte er erkennen müssen, dass das von der Beklagten zu 1 verwandte Bodenaushubmaterial für die Verfüllung ungeeignet gewesen sei, zumal ihm aufgrund seiner Baustellenbegehungen nicht habe verborgen bleiben können, dass der Bodenaushub lehmhaltig gewesen sei. Der Zeuge L. habe hierzu bekundet, dass Niederschlagswasser in großen Pfützen an den Stellen, an denen Bodenaushubmaterial gelagert gewesen sei, stehen geblieben sei. Der Beklagte zu 2 könne sich auch nicht darauf berufen, die Klägerin habe selbst den Auftrag zur Verfüllung des Arbeitsraums erteilt, und zwar in der Weise, wie sie tatsächlich ausgeführt worden sei. In diesem Fall hätte es dem Beklagten zu 2 obliegen, die Klägerin auf Bedenken hinzuweisen. Die Kammer gehe jedoch von einem anderen Geschehensablauf aus. Die Klägerin sei vollständig sachunkundig gewesen und habe deshalb den Beklagten zu 2 mit der Bauaufsicht beauftragt; auch die Beklagte zu 1) habe dargelegt, dass sie die Verfüllung entsprechend den Weisungen des Beklagten zu 2 vorgenommen habe. Dieser habe auch nicht hinreichend substantiiert dargelegt, wann und unter welchen Umständen die Klägerin die Überwachung der Verfüllung aus seinem Pflichtenkatalog wieder herausgenommen haben soll. Eine Frist mit Ablehnungsandrohung habe die Klägerin nicht setzen müssen, da der Mangel sich bereits in dem Werk niedergeschlagen hätte und eine Mängelbeseitigung von vorneherein nicht möglich gewesen sei. Der Beklagte zu 2 habe grob fahrlässig gehandelt. Er habe die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerwiegendem Maße verletzt. Er habe gewusst, dass es der Klägerin auf die Dichtigkeit des Kellers angekommen sei, sie sogar ein Baugrundachten zur Zweckerreichung eingeholt habe. Er sei in zahlreichen Gesprächen darüber unterrichtet worden, dass die Verfüllung mit Kies erfolgen solle, der Bodenaushub sei gerade nicht dafür in Frage gekommen. Dies hätte ihm persönlich einleuchten müssen, da der Aushub so lehmhaltig gewesen sei, dass Niederschlagswasser offenkundig darauf stehen geblieben sei. Er habe sich in einem außergewöhnlichem Maße vertragswidrig verhalten, wenn er entweder entgegen dem Wunsch der Klägerin die Beklagte zu 1 zur Verfüllung mit dem

Bodenaushub anwies oder die Verfüllung in Ermangelung seiner Anwesenheit nicht darauf kontrollierte, ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Der Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 sei auch nicht verjährt. Die Verjährungsfrist habe mit der Abnahme des Werks Mitte des Jahres 1998 zu laufen begonnen und sei durch die Einreichung des Prozesskostenhilfesgesuchs der Klägerin vom 20.05.2003, das bei Gericht am 23.05.2003 eingegangen sei, gehemmt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 24

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Beklagte mit ihrer Berufung. Die Beklagte zu 1 wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen zum Fehlen eines Werkvertrages über die Verfüllung der Arbeitsräume; das Vorbringen der Klägerin sei widersprüchlich und ins Blaue hinein. Das Landgericht habe zur Bestimmung des Vertragsinhalts die Rechnung vom 03.11.1997 ausgelegt, die Auslegung sei offensichtlich fehlsam. Der Hinweis der Rechnung auf die "Arbeitsraumverfüllung" sei lediglich informatorischer Art, um dem Rechnungsempfänger eine Zuordnung der abgerechneten Leistung zu ermöglichen. Anders als bei der Rechnung über den Bodenaushub sei in der Rechnung vom 03.11.1997 nicht auf Positionen aus einem Angebot unter Beifügung der tatsächlichen Mengen und Massen Bezug genommen, was dafür spreche, dass bei der Beklagten zu 1 eine gänzlich andere Vorstellung geherrscht haben müsse als bei der früheren Rechnung. Wäre ihr ein dem ersten Auftrag entsprechender Auftrag erteilt worden, wären Aufbau und Inhalt der zweiten Rechnung nicht verständlich, da der Endbetrag hinter dem Vereinbarten zurückbleiben würde. Nachvollziehbar sei die zweite Rechnung nur auf dem Hintergrund des Vorbringens, wonach ihre Leistung sich erschöpft habe in der zur Verfügungstellung eines Arbeitsgeräts nebst eines Fahrers, der nach bauseitigen Anweisungen die Arbeiten vor Ort habe durchführen sollen. Wollte man mit dem Landgericht das Zustandekommen eines Werkvertrages bejahen, hätten sich die Pflichten der Beklagten zu 1 gegenüber dem von ihr der Klägerin ursprünglich unterbreiteten Angebot in keinem Punkt unterschieden, sie hätte jedoch eine deutlich geringere Gegenleistung beanspruchen können. Zwischen ihr und der Klägerin sei daher ein Vertrag sui generis abgeschlossen worden, der im wesentlichen mietvertragliche Elemente aufgewiesen habe. Aus diesem Vertrag habe sich für sie, die Beklagte zu 1, auch keine Nebenpflicht zur Erteilung eines Hinweises hinsichtlich der fehlenden Eignung des Füllmaterials ergeben. Ihre Verpflichtung habe sich darin erschöpft, Mietgerät und Bedienpersonal an Ort und Stelle anzuliefern. Selbst wenn ihr eine Hinweispflicht abverlangt würde, stehe der Klägerin der geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht zu. Das Bodenaushubmaterial sei nicht grundsätzlich ungeeignet zur Verfüllung gewesen, die Mangelhaftigkeit ergebe sich lediglich im Zusammenhang mit einer fehlenden gesonderten Drainage im Bereich der Lichtschächte. Ihr, der Beklagten zu 1, sei das konkrete "Bauprogramm" jedoch unbekannt gewesen. Eine eventuelle Hinweispflicht habe sich daher nicht darauf erstreckt, welche zusätzlichen Arbeiten erforderlich seien, um eine potentielle Schadensgeneigtheit oder Gefahr zu vermeiden. Im Übrigen müsse sich die Klägerin ein Verschulden ihres Bauleiters, des Beklagten zu 2, bei der Überwachung zurechnen lassen. Die Beklagte zu 1 wendet sich weiterhin gegen die ihr vom Landgericht in dem angefochtenen Urteil auferlegten Kosten für die Trocknung des Kellers unter Einschluss der abzuschlagenden Fliesen. 25

Der Beklagte zu 2 ist der Ansicht, bei dem mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrag handele es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter, 26

da ihm lediglich die organisatorische und wirtschaftliche Betreuung des Objekts, nicht aber die planerische oder technische Leitung übertragen worden sei. Die technische Bauleitung habe beim Architekten bleiben sollen. Darüber hinaus hält er den geltend gemachten Anspruch für verjährt. In der gegen ihn gerichteten Klageerweiterung vom 20.05.2003 habe die Klägerin ausdrücklich erklärt, die Klage nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe gegen ihn erweitern zu wollen. Bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des PKH-Gesuchs sei Verjährung eingetreten. Er habe seine Leistungen unter dem 15.05.1998 und 13.08.1997 abgerechnet. Mit der Schlussrechnung vom 15.05.1998 sei sein Honorar ausgeglichen gewesen. Eine weitere Tätigkeit habe er nicht entfaltet, es habe auch keine weiteren Rechnungen gegeben. Bei der Einreichung des klageerweiternden Schriftsatzes sei daher Verjährung bereits eingetreten. Der Beklagte zu 2 macht weiterhin geltend, er habe der Beklagten zu 1 nur den Auftrag zum Bodenaushub, nicht den Auftrag zur Verfüllung erteilt. Bei der Verfüllung sei er nicht anwesend gewesen, sonst hätte er dafür gesorgt, dass der vor Ort lagernde Bodenaushub nicht als Füllmaterial verwendet wird. Die Klägerin habe ohne Absprache mit ihm den Radlader nebst Fahrer angemietet und mit diesem in Eigenregie die Verfüllung vorgenommen. Von dem Baugrundgutachten habe er erst im Laufe des Verfahrens Kenntnis erlangt. Grobe Fahrlässigkeit könne ihm nicht vorgeworfen werden. Bei der Berechnung der Schadenshöhe müsste die Kosten in Abzug gebracht werden, die für die Entsorgung des Bodenaushubs und die Bestellung des Füllkies angefallen wären. Der vom Landgericht dafür angesetzte Betrag von 60,00 € sei unzutreffend. Schließlich erklärt der Beklagte zu 2 hilfsweise die Aufrechnung mit einem Honoraranspruch aus seiner Rechnung vom 15.05.1998 in Höhe von 11.500,00 DM, die die Klägerin nicht beglichen habe.

Die Beklagten beantragen, 27

das Urteil des Landgerichts Krefeld abzuändern die Klage abzuweisen. 28

Die Klägerin beantragt, 29

die Berufung beider Beklagten zurückzuweisen. 30

Sie hält die Ausführungen des Landgerichts für zutreffend. Gegenüber den 31

Einwendungen der Beklagten zu 1 macht sie geltend, sie sei zu keinem Zeitpunkt auf der Baustelle gewesen, habe daher auch etwaigem Bedienpersonal keine Weisungen erteilen können, zumal sie über keinerlei Fachkenntnisse für derartige Anweisungen verfüge. Sie meint, in diesem Fall hätte die Beklagte zu 1 sie auf die möglichen nachteiligen Folgen aufmerksam machen müssen, die sich aus der Befolgung ihrer Anweisungen ergeben hätten. Zu einem Hinweis wäre die Beklagte auch deshalb verpflichtet gewesen, weil sie die Bodenbeschaffenheit aufgrund der Aushubtätigkeit gekannt habe. Entgegen der Berufung des Beklagten zu 2 ist die Klägerin der Ansicht, mit dem Beklagten zu 2 einen Werkvertrag abgeschlossen zu haben. Sie meint, der Beklagte zu 2 sei verpflichtet gewesen, bei der Verfüllung der Arbeitsräume zugegen zu sein oder zumindest zu prüfen, ob die Arbeiten entsprechend den Vorgaben des Architekten ausgeführt worden waren, da es sich um einen eminent wichtigen Bauabschnitt gehandelt habe. Selbst wenn der Beklagte zu 2 das Bodengutachten nicht gekannt hätte, habe er aus mehreren Gesprächen Kenntnis davon gehabt, welche besondere Bedeutung für sie, die Klägerin, die Trockenheit des Kellers gehabt habe. Sie hält das Handeln des Beklagten für grob fahrlässig. Die von ihm erklärte Hilfsaufrechnung ist ihrer Ansicht nach nicht zu berücksichtigen, da sie bereits in



erster Instanz hätte erklärt werden können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die 32  
Berufungsbegründung der Beklagten zu 1 vom 07.01.2009 (Bl. 706 ff. GA), die  
Berufungsbegründung des Beklagten zu 2 vom 05.01.2009 (Bl. 688 ff. GA) und seine  
Schriftsätze vom 28.01.2009 (Bl. 729 GA) und 17.02.2009 (Bl. 742 GA) sowie die  
Berufungserwiderung der Klägerin vom 03.02.2009 (Bl. 734 ff. GA) und ihren  
Schriftsatz vom 05.02.2009 (Bl. 739 f. GA) Bezug genommen.

II. 33

A. Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1 bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der 34  
Klägerin steht der geltend gemachte Schadenersatzanspruch gegenüber der  
Beklagten zu 1 in dem vom Landgericht zuerkannten Umfang zu.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien ist das bis zum 31.12.2001 geltend Schuldrecht 35  
anzuwenden ( Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB ).

36

1. Zwischen den Parteien ist Werkvertrag im Sinne von § 631 Abs. 1 BGB a.F. bzw.  
ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter abgeschlossen  
worden. In Ermangelung eines schriftlichen Auftrags und in Anbetracht des sich  
widersprechenden Vorbringens der Parteien zum Inhalt und Umfang des  
zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrages hat das Landgericht zu Recht auf  
die Leistungsbeschreibung in der Rechnung der Beklagten zu 1 vom 03.11.1997  
abgestellt (**Bl. 6 GA**). Diese Rechnung bietet hinreichende Anhaltspunkte für die  
Feststellung, dass die Beklagte zu 1 im Auftrag der Klägerin die Verfüllung des  
Arbeitsraumes übernommen hat und zur Erfüllung ihres Auftrages zehn  
Arbeitsstunden benötigte, welche zu einem Einzelpreis von je 100,00 DM  
abgerechnet wurden. Gegenstand der Rechnung ist die Arbeitsraumverfüllung,  
sie betrifft durchgeführte Arbeiten, nicht etwa die Anlieferung des Radlagers oder  
Zurverfügungstellung des Fahrers. Die darlegungs- und beweispflichtige  
Klägerin hat damit ihre Behauptung, dass mit der Beklagten zu 1 ein  
Werkvertrag abgeschlossen wurde, belegt. Die diesem Vorbringen gegenüber  
erhobenen Einwendungen der Beklagten zu 1 greifen nicht durch. Aus der  
Rechnung sind keine Anhaltspunkte erkennbar, wonach sie lediglich den  
Radlader nebst Fahrer an die Klägerin vermietet habe. In der Rechnung ist keine  
Rede von einer Anmietung, und zwar weder bezüglich des Radlagers noch eines  
Fahrers. Dass der Hinweis auf die Arbeitsraumverfüllung lediglich der Zuordnung  
der Rechnung für den Rechnungsempfänger dient, erscheint nicht  
nachvollziehbar; diesem Zweck wird durch die Angabe des Bauvorhabens  
hinreichend genüge getan. Auch Aufbau und Inhalt der Rechnung lassen nicht  
zwingend den Schluss darauf zu, dass die Beklagte lediglich ein Arbeitsgerät  
nebst einem Bedienpersonal vermietet hat. Die Rechnung vom 03.11.1997 ist  
ebenso aufgebaut wie die Rechnung vom 21.10.1997 bezüglich der  
Bodenaushubarbeiten (Bl. 28 GA), der unstreitig ein entsprechender, von dem  
Beklagten zu 2 namens der Klägerin erteilter Auftrag zugrunde liegt. Zunächst  
wird das Bauvorhaben genannt, sodann folgt die Bezeichnung der Leistung  
(Erdarbeiten bzw. Arbeitsraumverfüllung) jeweils unter Bezugnahme auf  
"Durchgeführte Arbeiten gemäß Ihrem gesch. Auftrag und Angaben vor Ort",  
wobei in der Rechnung vom 21.10.1997 zusätzlich auf das zugrunde liegende

Angebot vom 04.08.1997 verwiesen wird. In der vorgenannten Rechnung werden danach die Arbeiten entsprechend den Positionen des Angebots aufgelistet, in der Rechnung vom 03.11.1997 ist jedoch auch nicht lediglich das Arbeitsgerät aufgelistet, vielmehr eine Tätigkeit abgerechnet, nämlich "Arbeitsraum verfüllt, einschl. An- und Abfuhr". Es sind keinerlei Hinweise darauf gegeben, dass die Beklagte zu 1 für den Erfolg der Leistung, nämlich die Verfüllung, nicht selbst eintreten wollte, weil ihr Fahrer des Radlagers vereinbarungsgemäß allein den Weisungen der Klägerin unterworfen sein sollte. Dies erscheint im übrigen auch angesichts der unstreitig fehlenden Sachkenntnis der Klägerin lebensfremd. Es bleibt dabei allerdings offen, aus welchem Grunde zwischen den Parteien anders als beim Bodenaushub kein Vertrag auf der Grundlage des Angebots der Beklagten zu 1 vom 04.08.1997 zustande gekommen ist und die Beklagte zu 1 sich mit einer geringeren Vergütung zufriedengab. Eine fehlende Antwort auf diese Frage führt jedoch nicht dazu, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als einen Vertrag sui generis mit mietvertraglichen Elementen anzusehen. Vielmehr enthält die Rechnung der Beklagten zu 1 – wie ausgeführt – ausreichende Anhaltspunkte für die Feststellung, dass sie einen Leistungserfolg, nämlich die Verfüllung des Arbeitsraums, zu erbringen hatte und auch erbringen wollte. Soweit die Beklagte zu 1 einwendet, die Klägerin habe nach ihrem eigenen Vorbringen den Auftrag nicht selbst, sondern durch den Beklagten zu 2 erteilt, welcher aber die Erteilung eines Auftrages bestreite, weswegen völlig offen sei, wie der Vertrag zustande gekommen sein solle, gelten diese Einwendungen gleichermaßen für ihr eigenes Vorbringen über das Zustandekommen eines Miet- und Dienstverschaffungsvertrages. Nach ihrem, der Beklagten zu 1, Vorbringen ist – soweit sie auf den von der Klägerin vorgetragene fehlenden unmittelbaren Kontakt zu ihr abstellt – ebenso unklar, wer den Miet- und Dienstverschaffungsauftrag erteilt haben soll. Dass aber ein Auftrag erteilt wurde, steht aufgrund der Rechnung vom 03.11.1997 fest. Schließlich folgt auch aus der von der Beklagten zu 1 zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 02.08.2006 (Aktenzeichen 10 AZR 756/05) keine andere Bewertung. Das BAG hat sich in der vorgenannten Entscheidung mit der Frage auseinandergesetzt, wann eine "Vermietung von Baumaschinen mit Bedienpersonal" im Sinne tarifvertraglicher Vorschriften gegeben ist; dabei kam es auf die Frage an, ob – bezogen auf die betriebliche Gesamtarbeitszeit – überwiegend bauliche Leistungen im Sinne des § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 39 VTV erbracht wurden und welche tarifvertraglichen Anforderungen an den Begriff des Vermietens zu stellen sind. In diesem Zusammenhang hat es ausgeführt, dass durch die Überlassung von Personal für den Einsatz von zur Verfügung gestellter Maschinen allein kein Werkvertrag oder reiner Dienstvertrag zustande kommt. Darum geht es vorliegend jedoch nicht. Die Parteien streiten nicht darum, wie ein Vertrag über die Überlassung einer Baumaschine nebst Bedienpersonal rechtlich zu qualifizieren ist. Streitig ist zwischen ihnen vielmehr die Frage, ob die Beklagte zu 1 mit der Arbeitsraumverfüllung beauftragt worden ist.

2. Die Leistung der Beklagten zu 1 war mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB a.F., weil aufgrund des lehmhaltigen Bodens, der zur Verfüllung verwandt worden war, Wasser in den Keller eindringen konnte. Die Beklagte zu 1 kann sich insoweit nicht darauf berufen, ihr sei das "konkrete Bauprogramm" nicht bekannt gewesen, sie habe nicht wissen können, ob eine gesonderte Drainage vorgesehen gewesen sei. Selbst wenn dies so war, hätte sie sich diesbezüglich bei dem Beklagten zu 2 oder der Klägerin erkundigen müssen. Als Fachunternehmen hatte sie die Eignung des von ihr gewählten Materials zu

prüfen, wozu auch die Prüfung des Baugrundes gehört (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rn. 1520). Angesichts der für die Beklagte zu 1 als Fachunternehmen für Erdarbeiten offenkundig fehlenden Versickerungsfähigkeit des Bodenaushubmaterials durfte sie dieses nicht zur Verfüllung verwenden, ohne zuvor zu überprüfen, ob eine Drainage vorgesehen und auch tatsächlich eingebaut war. Diese Prüfung war für sie zumutbar und ohne weiteren Aufwand auch durchführbar, da hierfür eine Inaugenscheinnahme des Bauvorhabens genügt hätte. Nur in Verbindung mit einer Drainage war aber das Bodenaushubmaterial für die Verfüllung geeignet. Im Übrigen hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht darauf hingewiesen, dass der Geschäftsführer der Beklagten zu 1 im Termin vom 22.11.2007 vor der Kammer selbst eingeräumt hat, dass er, wenn er vor Ort gewesen wäre, die fehlende Ausführung einer Vertikaldrainage im Bereich der Lichtschächte erkannt hätte (Bl. 544 GA).

3. Entgegen der von der Beklagten zu 1 vertretenen Ansicht kommt ein Mitverschulden der Klägerin nicht in Betracht. Ein der Klägerin zuzurechnendes Verschulden ihres Architekten scheidet schon deshalb aus, weil dessen Planungen nicht fehlerhaft waren; sie sahen im Leistungsverzeichnis die Verfüllung mit Kies vor. Eine Verletzung der Bauaufsichtspflicht durch den Beklagten zu 2 wirkt sich im Verhältnis zur Beklagten nicht aus, da die Klägerin der Beklagten zu 1 gegenüber nicht zu einer Beaufsichtigung ihrer Leistungen verpflichtet war. Der Beklagte zu 2 war nicht als Erfüllungsgehilfe der Klägerin tätig, dessen Verschulden sie sich gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsste. Er war von der Klägerin nicht zur Erfüllung der ihr gegenüber der Beklagten obliegenden Pflichten aus dem Vertrag über die Arbeitsraumverfüllung eingesetzt. Ein dem Bauherrn anzurechnendes Verschulden gegenüber dem Bauunternehmer ist nur dann gegeben, wenn ein Dritter, der vom Bauherrn mit der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben betraut worden ist, solche Pflichten verletzt, die dem Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer obliegen (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 2456 f.). Dazu gehören die Verpflichtung, dem Unternehmer einwandfreie Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen sowie Entscheidungen zutreffen (vgl. wie vor). Der Unternehmer kann daher dem Bauherrn nicht den Einwand mangelnder Bauaufsicht durch den Architekten entgegenhalten (vgl. wie vor, Rn. 2458; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil, Rn. 56; BGH NZBau 2002, 514). Dies gilt auch bei einem Baubetreuer, der wie ein bauleitender Architekt im Verhältnis zum Bauherrn die Überwachung des Bauobjekts vornimmt. Die Beklagte zu 1 behauptet auch nicht etwa, dass der Beklagte zu 2 namens der Klägerin ihr, der Beklagten zu 1, gegenüber die Entscheidung darüber getroffen hat, wie und mit welchem Material die Verfüllung durchgeführt werden soll. Im Gegenteil, sie hat im Schriftsatz vom 01.06.2005 selbst ausgeführt, ihr seien von dem Beklagten zu 2 keine konkreten Vorgaben hinsichtlich der Verfüllung gemacht worden (Bl. 342 GA).
4. Gegen die Berechnung der Schadenshöhe hat die Beklagte zu 1 in ihrer Berufungsbegründung keine Einwendungen erhoben. Das Landgericht hat die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten im Übrigen auch zutreffend ermittelt.
5. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht umfasst der Schadenersatzanspruch der Klägerin auch diejenigen Kosten, die zur Trockenlegung des Kellers und zum Abschlagen der Fliesen auf den geschädigten Wänden erforderlich sind. Auch diese Aufwendungen, die unstreitig mit 11.300,00 € ermittelt worden sind, sind gemäß § 635 BGB a.F. als

nahe Mangelfolgeschäden zu ersetzen. Der Schadenersatzanspruch der Klägerin ist nicht durch die zwischenzeitliche Veräußerung des Hausgrundstücks erloschen. Der Auftraggeber eines Werkvertrags, dem wegen eines Werkmangels gegen den Unternehmer ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a. F. zusteht, kann das mangelhafte Werk ohne Beeinträchtigung des auf die Mängelbeseitigungskosten gerichteten Schadensersatzanspruchs veräußern (vgl. BGH Urteil vom 10.07.2008, Aktenzeichen VII ZR 16/07, zitiert nach juris, dort Rn. 15; Senat, Urteil vom 07.07.2006, Aktenzeichen 22 U 89/04, zitiert nach juris, dort Rn. 75; Senat, Urteil vom 29.01.1999, Aktenzeichen 22 U 168/98, zitiert nach juris, dort Rn. 11; BGH Urteil vom 06.11.1986, Aktenzeichen VII ZR 97/85, zitiert nach juris, Rn. 6 ff., 11). Der beim Auftraggeber eingetretene Schaden besteht in der Verursachung des Mangels durch den mit ihm vertraglich verbundenen Auftragnehmer ( vgl. BGH wie vor, Rn. 14). Dieser Schaden wird durch die Zahlung der für eine Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten abgegolten, wobei außer Betracht bleibt, ob der Auftraggeber den Mangel tatsächlich beseitigen lässt oder er den Betrag anderweitig verwendet ( vgl. BGH wie vor, Rn., 14, 15 ). Dies gilt auch für Mangelfolgeschäden (vgl. BGH Urteil vom 10.04.2003, Aktenzeichen VII ZR 251/02, zitiert nach juris, dort Rn. 17 zur Verpflichtung des Werkunternehmers auf Zahlung fiktiver Hotelkosten während der Dauer einer Mängelbeseitigung). Dem Auftraggeber wird insoweit eine Dispositionsfreiheit eingeräumt, worauf bereits das Landgericht in dem angefochtenen Urteil hingewiesen hat. Etwaige Vereinbarungen zwischen der Klägerin und den Erwerbern wirken sich mithin auf den hier streitgegenständlichen Schadenersatzanspruch aus § 635 BGB a.F. nicht aus (vgl. dazu auch Senat 22 U 89/04, Rn. 76; 22 U 168/98, Rn. 11; BGH VII ZR 16/07 Rn. 15). Es kann danach offen bleiben, ob sich die Regelung in § 4 des notariellen Kaufvertrages zwischen der Klägerin und den Erwerbern vom 14.07.2003 auf die hier streitigen Mängel bezieht.

37

B. Die Berufung des Beklagten zu 2 hat insoweit Erfolg, als der Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz durch die von dem Beklagten zu 2 erklärte Hilfsaufrechnung mit seinem Honoraranspruch in Höhe von 5.879,86 € teilweise erloschen ist.

38

1. Der zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 abgeschlossene Vertrag ist nach den Regeln des Werkvertragsrechts zu beurteilen (§§ 631 ff. BGB a.F.). Das Vertragswerk (**Bl. 50 GA**) ist überwiegend geprägt von werkvertraglichen Elementen. Dies ergibt sich aus den in dem Vertrag beschriebenen Verpflichtungen des Beklagten zu 2. Grundsätzlich oblag ihm danach die wirtschaftliche Betreuung des Bauvorhabens. Über die finanzielle Beratung und Unterstützung hinaus verpflichtete sich der Beklagte zu 2 gemäß Ziffer 2 e des Vertrages, die für die Durchführung des Objekts erforderlichen Handwerker auszusuchen, und zwar nicht nur unter finanziellen Gesichtspunkten, sondern auch unter Beachtung der Qualität ihrer Leistungen, ihrer terminlichen Zuverlässigkeit, einer zügigen Abwicklung und zeitlichen Verfügbarkeit. Gemäß Ziffer 2 f sollte er die Aufträge an die Handwerker nach Weisung des Bauherrn vergeben. Ziffer 2 g sieht die Verpflichtung des Beklagten zu 2 zur Kontrolle der Handwerker auf zügige Arbeit, die Überwachung ihrer Leistungen auf Übereinstimmung mit Plänen und ordentliche mangelfreie Arbeit vor, wobei die

39

technische Bauleitung beim Architekten verbleiben sollte. Schließlich war der Beklagte zu 2 auch zur Vertretung der Bauherren bei der Abnahme und zur Entgegennahme und Prüfung von Rechnungen verpflichtet. Der Pflichtenkatalog des Beklagten zu 2 entsprach den typischerweise einem Bauleiter obliegenden Leistungspflichten, der für den Erfolg des Bauvorhabens im Verhältnis zu seinem Auftraggeber verantwortlich ist. Der Beklagte zu 2 sollte Sorge dafür tragen, dass die Leistungen der Handwerker mit den Plänen übereinstimmten und ihre Arbeit mangelfrei war; zu diesem Zweck sollte er sie überwachen. Diese Tätigkeit stellt sich nicht lediglich als Dienstleistung dar; vielmehr sollte mit Hilfe der Leistung des Beklagten die Errichtung eines plangerechten und mangelfreien Hauses erreicht werden ( anders als in dem vom OLG Saarbrücken entschiedenen Fall, in dem es ausschließlich um eine finanzielle Betereuung eines Bauvorhabens ging, Urteil vom 03.08.2004, Aktenzeichen 4 U 470/03 – 83, zitiert nach juris). Dass die technische Bauleitung bei dem Architekten der Klägerin verbleiben sollte, steht dieser Wertung nicht entgegen. Diese Einschränkung in dem Vertrag der Parteien ist dahin zu verstehen, dass dem Beklagten zu 2 nicht die Überprüfung der für die Bauausführung erforderlichen bautechnischen Vorgaben oblag; diese sollte zum Aufgabenbereich des Architekten gehören, der etwa durch die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses Angaben zur Art und Weise der Ausführung machen sollte. Die Überwachung darauf, dass die technischen Vorgaben eingehalten werden, oblag sodann dem Beklagten zu 2. Für ein solches Verständnis spricht auch der Umstand, dass der Architekt dem Beklagten zu 2 vor Beginn der Bauausführung das Leistungsverzeichnis übergeben hatte.

2. Der Beklagte zu 2 hat seine Überwachungspflicht verletzt, indem er – wie er selbst ausführt – die Verfüllung der Arbeitsräume durch die Beklagte zu 1 nicht kontrollierte. Dass die Klägerin bei der Beklagten zu 1 selbst einen Radlader nebst Fahrer anmietete und die Verfüllung sodann selbst organisierte, ist nicht bewiesen; der Zeuge L. hat dies bei seiner Vernehmung vom 22.11.2007 in Abrede gestellt (Bl. 539 GA). Selbst wenn die Klägerin in dieser Weise gehandelt hätte, hätte der Beklagte zu 2 die Leistung in dem Zeitpunkt kontrollieren müssen, in welchem er Kenntnis von der Verfüllung erhielt. Aufgrund des ihm übergebenen Leistungsverzeichnisses war ihm bekannt bzw. hätte ihm bekannt sein müssen, wie die Verfüllung zu erfolgen hatte. Dass er – wie er im Schriftsatz vom 18.05.2004 dargelegt hat (Bl. 198 GA) - das Leistungsverzeichnis an zahlreiche Unternehmen, die von ihm mit der Bauausführung beauftragt wurden, weitergeleitet hatte und selbst kein Exemplar mehr besaß, entlastet ihn nicht. Eine ordnungsgemäße Erfüllung der ihm übertragenen Überwachung der Bauleistungen war vielmehr nur mit Hilfe des Leistungsverzeichnisses möglich. Sollte er keine Kenntnis davon gehabt haben, dass entsprechend seiner Behauptung die Klägerin die Verfüllung in Eigenregie vorgenommen hatte, musste er davon ausgehen, dass ein Dritter die Leistung erbracht hatte. Er wäre dann verpflichtet gewesen, die Leistung im Nachhinein zu kontrollieren und die Klägerin auf den Fehler hinzuweisen, zumal er nach seinem eigenen Vorbringen Kenntnis davon hatte, dass die Klägerin in Bausachen völlig sachunkundig war. Seine Verantwortung für die plangerechte und mangelfreie Errichtung des Bauwerks schloss die Verpflichtung zur Überprüfung der Leistungen auf ihre Übereinstimmung mit den technischen Vorgaben im Leistungsverzeichnis ein. Dieser Verantwortung konnte sich der Beklagte zu 2 nicht dadurch entziehen, dass ihm unbekannt blieb, wer die Verfüllung in welcher Art vorgenommen hatte. Dies gilt um so mehr, als nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aufgrund der

40

Aussagen der Zeugen L. und S. vor der Kammer des Landgerichts im Termin vom 22.11.2007 feststeht, dass der Beklagte zu 2 aufgrund einer Vielzahl von Gesprächen mit der Klägerin, ihrem Ehemann und dem Architekten S. Kenntnis von dem besonderen Bestreben der Klägerin hatte, den Keller gegen Nässeintritt zu schützen. Dies hat das Landgericht in seinem Urteil überzeugend begründet; der Beweiswürdigung ist der Beklagte zu 2 in seiner Berufungsbegründung nicht entgegengetreten. Dass er möglicherweise keine Kenntnis vom Inhalt des Bodengrundgutachtens hatte, ändert nichts an der grundsätzlichen Überwachungspflicht des Beklagten zu 2, denn er hätte bereits aufgrund der Kenntnis vom Inhalt des Leistungsverzeichnisses überprüfen können, ob die Verfüllung fachgerecht erfolgt war.

3. Dem Schadenersatzanspruch der Klägerin steht nicht entgegen, dass sie dem Beklagten zu 2 keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hatte. Der Mangel der ordnungsgemäßen Bauaufsicht hatte sich in dem Werk bereits niedergeschlagen und war einer Mängelbeseitigung nicht mehr zugänglich. 41

4. Der Beklagte zu 2 kann sich nicht mit Erfolg auf die in dem Vertrag mit der Klägerin enthaltene Haftungsbeschränkung berufen. Wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, handelte er grob fahrlässig, indem er die Verfüllarbeiten weder bei noch nach ihrer Ausführung daraufhin überprüfte, ob sie den Planvorgaben, so wie sie im Leistungsverzeichnis enthalten waren, entsprachen und sich insoweit als mangelfreie Leistungen darstellten. Nach seinem eigenen Vorbringen hat der Beklagte zu 2 keinerlei Anstrengungen unternommen, um die Frage der Verfüllung zu klären; er hat sich weder darüber informiert, wer noch wann noch mit welchem Material die Arbeitsräume verfüllt wurden, obwohl diese Maßnahme für die Dichtigkeit des Kellers von entscheidender Bedeutung war und genau diese Frage mit ihm in mehreren Gesprächen ausführlich erörtert worden ist. 42

5. Auch die Einwendungen des Beklagten zu 2 gegen die Berechnung der Schadenshöhe durch das Landgericht greifen nicht durch. Sie fußen auf den Ausführungen des Sachverständigen, der zur Mängelbeseitigung nicht eine Verfüllung der gesamten seinerzeit verbliebenen Baugrube mit Kies vorgeschlagen hat, sondern die Einbringung einer Vertikaldrainage sowie einen partiellen Austausch des angeschütteten Aushubs gegen versickerungsfähiges Material. Der Sachverständige hat die für diese Art der Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten in seinem Gutachten vom 10.02.2003 ermittelt und insbesondere hinsichtlich der Soviesokosten in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 12.01.2006 (Bl. 400 ff. GA) auf die Einwendungen der Beklagten zu 1 im Schriftsatz vom 20.02.2005 erläutert. Der Beklagte zu 2 hat gegen die Ausführungen des Sachverständigen lediglich im Schriftsatz vom 04.05.2005 (Bl. 330 GA) Einwendungen erhoben, indem er sich die Ausführungen der Beklagten zu 1 zu eigen gemacht hat. Gegenüber der daraufhin vorgelegten ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen und seinen Ausführungen bei der Anhörung vor der Kammer im Termin vom 28.08.2008 (Bl. 588 ff. GA) hat der Beklagte zu 2 keine Einwendungen erhoben. Soweit er erstmals in der Berufungsbegründung geltend macht, die Klägerin müsse sich die Kosten anrechnen lassen, die bei einer Verfüllung mit Kies entstanden wären, mithin die Kosten für die Entsorgung des vorhandenen Bodenaushubs und den Kauf von Füllkies, handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen im Sinne von § 531 43

Abs. 2 ZPO, das in der Berufungsinstanz nicht zuzulassen ist. Im Übrigen übersieht der Beklagte zu 2, der für die Sowiesokosten darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. Senat Urteil vom 12.05.2000, Aktenzeichen 22 U 191/99, zitiert nach juris, dort Rn. 45; Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 2477), dass bei der von dem Sachverständigen vorgeschlagenen Bauausführung lediglich der Teil des Bodenaushubs hätte entsorgt werden müssen, der im Bereich der Lichtschächte und den umliegenden Bereichen durch versickerungsfähiges Material ersetzt worden wäre. Weitere Kosten für die Entsorgung, den Einkauf und die Verfüllung mit Kies wären nicht angefallen. Eine Anrechnung für die Entsorgung des gesamten Bodenaushubs scheidet danach ebenso aus wie eine Anrechnung der Kosten für den Ankauf des zur Verfüllung der gesamten Baugrube erforderlichen Füllkies.

6. Schließlich ist der geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht verjährt. Da die Leistung des Beklagten zu 2 ein Bauwerk betraf, gilt die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. Die Verjährung begann mit der Abnahme der Leistung des Beklagten zu 2, die, wie erstinstanzlich unstreitig geblieben ist, Mitte des Jahres 1998 erfolgte. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte zu 2 seine Leistungen bereits unter dem 15.05.1998 schlussgerechnet hat. Bei der Abnahme nimmt der Auftraggeber die Leistung des Auftragnehmers entgegen verbunden mit der Billigung des Werks als im wesentlichen vertragsgerecht (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1339). Die Abnahme kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden, etwa durch die vorbehaltlose Begleichung der Rechnung des Auftragnehmers (vgl. wie vor, Rn. 1354). Dass dies vor dem vom Landgericht festgestellten Zeitpunkt in der Mitte des Jahres 1998 erfolgte, hat der Beklagte zu 2 nicht vorgetragen. Das Prozesskostenhilfegesuch der Klägerin vom 20.05.2003 mit der beabsichtigten Klageerweiterung ist dem Beklagten zu 2 auf Veranlassung des Landgerichts im Juni 2003 bekannt gemacht worden (vgl. Bl. 37 R GA), er hat bereits mit Schriftsatz vom 18.06.2003 die Abweisung der Klage beantragt und die Klageabweisung auch in der Sache begründet. Aufgrund dieser Bekanntmachung wurde die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB, der gemäß Art. 229 EG, § 6 Abs. 1 Satz 1 Anwendung findet, gehemmt (vgl. BGH Urteil vom 24.01.2008, Aktenzeichen IX ZR 195/06, zitiert nach juris, dort Rn. 7). Die Hemmung endete sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung über das Prozesskostenhilfegesuch der Klägerin, § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der Senat hat über das Gesuch am 30.10.2003 entschieden, die Klägerin hat das Verfahren gegen den Beklagten zu 2 durch ihren Schriftsatz vom 07.01.2004, mithin rechtzeitig innerhalb der Hemmungsfrist, weiterbetrieben.

44

45

7. Der der Klägerin vom Landgericht gegenüber dem Beklagten zu 2 zuerkannte Schadenersatzanspruch in Höhe von 8.900,00 € ist jedoch aufgrund der von dem Beklagten zu 2 erklärten Hilfsaufrechnung in Höhe von 11.500,00 DM, mithin 5.879,86 €, teilweise erloschen. Soweit der Beklagte zu 2 in seiner Berufungsbegründung die Aufrechnung "von Seiten des Beklagten zu 1" erklärt (Bl. 693 GA), handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler. Die Aufrechnung sollte nicht für die Beklagte zu 1, sondern zu seinen Gunsten erklärt werden und den gegen ihn bestehenden Schadenersatzanspruch der Klägerin zu Fall bringen. Die Hilfsaufrechnung ist, obgleich sie erstmals in der Berufungsbegründung erklärt worden ist, nicht verspätet im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, da die der Aufrechnung zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig sind (vgl. BGH Urteil vom 18.11.2004, Aktenzeichen IX ZR 229/03, zitiert nach

juris, dort Rn. 14 ff.). Die Klägerin hat die Schlussrechnung des Beklagten zu 2 weder der Höhe noch ihrem Inhalt nach bestritten noch etwa geltend gemacht, sie bereits beglichen zu haben. Soweit sie einwendet, der Beklagte zu 2 habe die Aufrechnung bereits erstinstanzlich erklären können, ist dieser Einwand im Rahmen der Kostenentscheidung gemäß § 97 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen sein. Der Klägerin steht danach gegenüber dem Beklagten zu 2 lediglich noch ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 3.030,14 € zu.

46

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1 und 2, 100 Abs. 1 ZPO. Der Beklagte zu 2 hat die Kosten des Rechtsmittels auch insoweit zu tragen, als er aufgrund der von ihm erklärten Hilfsaufrechnung obsiegt. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde er die Aufrechnung nicht bereits in dem erstinstanzlichen Verfahren hätte erklären können. Es mag sein, dass sich seine Unterlagen über die Buchführung bei der Stadt V. befinden. Dieser Umstand stand der Erklärung der Aufrechnung mit dem Honoraranspruch in zweiter Instanz jedoch nicht entgegen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, wenn der Beklagte zu 2 im Schriftsatz vom 10.03.2009 vorträgt, "von daher" sei er an der Erklärung der Hilfsaufrechnung in der ersten Instanz gehindert gewesen.

47

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

48

Streitwert für das Berufungsverfahren: 20.200,00 €.

49

Eine Zulassung des Rechtsstreits zur Revision kommt nicht in Betracht, da die hierfür gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ZPO erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

50

R. S.-L. F.

51

52

I-22 U 184/08 5 O 104/03 LG Krefeld

---

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

53

Beschluss

54

In dem Rechtsstreit

55

pp.

56

hat der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht R., der Richterin am Oberlandesgericht S.-L. und des Richters am Oberlandesgericht F. am 24.06.2009

57

beschlossen:

58



Der Tenor des am 08. Mai 2009 verkündeten Urteils des Senats wird dahin berichtigt, dass der dritte Absatz wie folgt lautet:	59
"Die Beklagte zu 1 wird ferner verurteilt, an die Klägerin weitere 11.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2006 zu zahlen."	60
Gründe:	61
Der Tenor des Urteils war gemäß § 319 ZPO wegen einer offenbaren Unrichtigkeit in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang abzuändern. Der Senat hat in den Gründen der Entscheidung festgestellt, dass der der Klägerin vom Landgericht zuerkannte Schadenersatzanspruch in Höhe von 8.900,00 € aufgrund der von dem Beklagten zu 2 erklärten Hilfsaufrechnung in Höhe von 11.500,00 DM, mithin 5.879,86 € teilweise erloschen ist. Im Urteilstenor ist dies versehentlich nicht berücksichtigt worden und war deshalb entsprechend zu berichtigen.	62
Eine Fortführung des Verfahrens gemäß § 321 a ZPO ist nicht veranlasst.	63
R. S.-L. F.	64

---