

Handwritten mark



OBERLANDESGERICHT HAMM

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I-19 U 97/09 OLG Hamm

10 O 99/07 LG Hagen

Verkündet am 29. Januar 2010
Heckmann, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle des Oberlandesgerichts

In dem Rechtsstreit

Beklagte und Berufungsklägerin,

-Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Löber und Partner in Lüdenscheid –

g e g e n

1.

2. Herrn _____

Kläger und Berufungsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter:

hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schenkel, den Richter am Oberlandesgericht Rüter sowie die Richterin am Landgericht Müntner

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25. Juni 2009 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die Beklagte bleibt verurteilt an die Kläger 2.706,80 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.11.2007 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu 64 % den Klägern und zu 36 % der Beklagten auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Klägern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Nach § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden etwas anderes ergibt.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.

Sie rügt, das Gutachten des Sachverständigen , auf das sich das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung stütze, sei unrichtig. Entgegen der Beweisfrage habe der Sachverständige sich im Gutachten vom 12.05.2007 nicht mit der Unterkonstruktion des Daches, sondern mit den Dachlatten und der Konterlattung oberhalb der Dachsparren beschäftigt. Dies sei jedoch weder von dem Gutachtauftrag umfaßt noch Gegenstand der Klage gewesen. Darüber hinaus habe der Sachverständige das falsche Regelwerk angewendet. Die DIN 68800 sei als deutsche Sondernorm weiterhin anwendbar und die Gefährdungsklasse 0 weiterhin gültig. Dachlatten oberhalb der Sparren seien immer der Gefährdungsklasse 0 zuzurechnen, egal ob es sich um ein belüftetes oder unbelüftetes Dach handele. Die Beklagte beantragt insoweit die Einholung eines Obergutachtens nach § 412 ZPO. Weiterhin rügt die Beklagte, dass das Landgericht über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens entschieden habe, obwohl dies eine Frage der Kostenfestsetzung sei.

Die Beklagte beantragt,

auf die Berufung wird das Urteil des Landgerichts Hagen vom 25.06.2009, Aktenzeichen 10 O 99/07, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Kläger 2.706,80 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit dem 09.11.2007 zu zahlen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil, räumen aber ein, dass sie einen Kostenvorschuss für den Austausch der unterhalb der Dachsparren angebrachten Dachlatten (Unterkonstruktion) verlangt haben und auch nach dem Gutachten davon ausgegangen seien, dass diese auszutauschen seien. Sie rügen diesbezüglich den Vortrag der Beklagten als verspätet, da die Beklagte erstinstanzlich nicht gerügt habe, dass sich das Gutachten auf die oberhalb der Dachsparren angebrachten Dachlatten beziehe. Sofern das Gutachten unbrauchbar sei, beantragen sie die Einholung eines Obergutachtens, das ergeben werde, dass das verbaute Holz der Unterkonstruktion nicht entsprechend der DIN 18168 (leichte Deckenbekleidung und Unterdecken) in Verbindung mit DIN 68800 (vorbeugender chemischer Holzschutz) hergestellt sei. Sie

sind der Ansicht, dass die Dachlatten jedenfalls deshalb auszutauschen seien, weil Fehler beim Anbringen der Folie gemacht worden seien, welche im landgerichtlichen Urteil auch festgestellt seien. Dadurch sei kein Schutz vor Insekten gegeben, so dass ein chemischer Holzschutz notwendig sei. Da diese Mängel seit 4 Jahren beständen, sei es erforderlich, die Dachlatten auszutauschen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch ergänzende Anhörung des Sachverständigen
I
i. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstatteervermerk zur mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 2010 verwiesen.

Zudem wurde die Verfahrensakte 5 OH 47/06 des Landgerichts Hagen beigezogen und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

Die Kläger haben keinen Vorschussanspruch für den Austausch der Dachlatten der Unterkonstruktion in Höhe von 4.403,-- Euro gem. §§ 631, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB, da kein Sachmangel vorliegt.

Nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Die Parteien haben nach § 3 des Bauträgervertrages vom 17.12.2003 vereinbart, dass sich die Beschaffenheit des Hauses nach der Bau- und Leistungsbeschreibung richte. Unter Ziff. 10 der allgemeinen Ausführungen der Baubeschreibung (siehe Anlage A 1 im Verfahren Landgericht Hagen, Aktenzeichen 5 OH 47/06) wurde vereinbart, dass Grundlage der Ausführung die Baueingabepläne, die allgemein anerkannten Regeln der Technik, die Baubeschreibung und die gültigen Normen seien. Die Baubeschreibung enthält unter Ziff. 1.2.6 Rohbau und Ziff. 2.2. Ausbau Ausführungen zum Dach, jedoch keine Vereinbarung über die Beschaffenheit der Unterkonstruktion. Diese richtet sich demnach nach den anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme, welche am 30.03.2005 erfolgte.

Anerkannte Regeln der Technik sind diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sind und feststehen, sowie insbesondere in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrungen als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind. Sie umfassen alle überbetrieblichen technischen Normen, zu denen die

DIN-Normen, die ETB, die Richtlinien des VDI, etc. gehören (Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6 Rdn. 34).

Hinsichtlich der Frage des chemischen Holzschutzes steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen [Name] vor dem Senat fest, dass die DIN 68800 Teil 3 anwendbar ist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Der Sachverständige [Name] hat eingeräumt, bei der Erstattung seines schriftlichen Gutachtens und der mündlichen Anhörung vor dem Landgericht fehlerhaft davon ausgegangen zu sein, dass die DIN 68800 durch die DIN EN 335 Teil 1 teilweise abgeschafft und insbesondere die Gefährdungsklasse 0 nicht mehr gegeben sei. Hierzu hat er ausgeführt, dass sich dies nach erneuter Nachforschung als unrichtig herausgestellt habe. Dafür, dass die DIN 68800 noch anwendbar ist, sprechen auch das Vorwort in der vom Sachverständigen [Name] überreichten Ausgabe der DIN EN 335 Teil 1 (Bl. 200 d. A.) sowie die Ausführungen in den vorgelegten Privatgutachten der Sachverständigen [Name]. Der Senat ist auch überzeugt, dass die Vorschrift DIN 68800 noch den Stand der Technik widerspiegelt. Der Sachverständige [Name] hat dazu in seiner ergänzenden Anhörung durch den Senat angegeben, dass er persönlich die Verwendung von chemisch behandeltem Holz hierfür die Dachlatten oberhalb der Dachsparren favorisiere, er bei seinen weiteren Nachforschungen jedoch festgestellt habe, dass es namhafte Veröffentlichungen gebe, die grundsätzlich die Gefährdungsklasse 0 auch für die Dachlatten oberhalb der Dachsparren annehme. Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an, da streitgegenständlich nicht die Dach- und Konterlattung, sondern die Unterkonstruktion, d. h. die unterhalb der Dachsparren liegenden Holzlatten sind. Dies haben die Kläger sowohl mit der Berufungserwiderung als auch im Termin klargestellt. Es ergibt sich auch durch Auslegung des Klageantrags unter Heranziehung der Klagebegründung, in der nur der fehlende Holzschutz der „Holz-Unterkonstruktion“ gerügt wird. Soweit das Landgericht, gestützt auf die Ausführungen des Sachverständigen [Name], von einem Mangel an den Dachlatten (oberhalb der Sparren) ausgegangen ist, handelt es sich um einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO, der von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Hinsichtlich der Holzunterkonstruktion hat der Sachverständige in seiner ergänzenden Anhörung am 29.01.2010 ausgeführt, dass er diese nie für mangelhaft gehalten habe, insoweit seien die Dachlatten nicht auszutauschen, da sie keinen chemischen Holzschutz benötigen. Dies habe er in seinem schriftlichen Gutachten nicht klar zum Ausdruck gebracht. Der Sachverständige hat in seiner mündlichen Anhörung jedoch überzeugend ausgeführt, dass insoweit die Voraussetzungen der Gefährdungsklasse 0 nach DIN 68800 aufgrund der Konstruktion des Daches gegeben seien. Das Dach habe einen nicht belüfteten Querschnitt und es gebe auch keine Insektenzugänglichkeit zu den Latten der Unterkonstruktion, jedenfalls dann nicht, wenn die übrigen von ihm festgestellten Mängel am Dach ausgebessert seien. Die Beseitigung dieser

Mängel ist vorrangig. Diese begründen auch nicht etwa eine Notwendigkeit, die Latten der Unterkonstruktion mit chemischem Holzschutz zu behandeln, da ein solcher nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht geschuldet ist. Geschuldet ist nur ein nicht belüftetes Dach. Soweit der Sachverständige in seiner Anhörung vor dem Landgericht angegeben hat, es handele sich um ein belüftetes Dach, hat er nun klargestellt, dass sich dies auf die äußeren Dachlatten bezogen habe.

Die Ausführungen des Sachverständigen in seiner ergänzenden Anhörung sind auch glaubhaft. Der Sachverständige hat eingeräumt, bei der ursprünglichen Erstattung seines Gutachtens einen Fehler gemacht zu haben. Er konnte seine nun geänderte Meinung, die mit den Ausführungen von drei Privatgutachtern übereinstimmt, auch nachvollziehbar begründen. Darüber hinaus hat er überzeugend dargelegt, dass sich seine Ausführungen in der mündlichen Anhörung vor dem Landgericht wie auch im schriftlichen Gutachten auf die außen liegenden Dachlatten bezogen, da insoweit ein Mißverständnis im Hinblick auf den Beweisbeschluss aufgetreten war.

Es war auch kein Obergutachten gem. § 412 ZPO einzuholen. Ein solches kommt nur dann in Betracht, wenn das erste Gutachten nach mündlicher Erläuterung mangelhaft (unvollständig, widersprüchlich, nicht überzeugend) ist oder von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht oder der Sachverständige erkennbar oder erklärtermaßen nicht die notwendige Sachkunde hat, sich die Anschlussstatsachen ändern oder ein anderer Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel oder Erfahrung verfügt (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 412 Rdn. 1). Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht mehr vor, da nach der Anhörung des Sachverständigen die Widersprüche des Gutachtens aufgeklärt und die Ausführungen überzeugend sind, sowie die tatsächlichen Voraussetzungen, insbesondere im Hinblick darauf, auf welche Dachlatten (oberhalb oder unterhalb der Dachsparren) sich seine Ausführungen und der Klageantrag bezogen, klargestellt wurden. Auch verfügt der Sachverständige als Bauingenieur und öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden über die notwendige Sachkunde.

Soweit die Kläger sich in der mündlichen Verhandlung darauf berufen haben, dass die Dachlatten deswegen auszutauschen seien, weil die übrigen Mängel am Dach 4 Jahre bestanden hätten und in dieser Zeit keine Abgeschlossenheit gegen Insektenbefall bestanden habe, handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand und damit um eine Klageänderung, die nach § 533 ZPO unzulässig ist. Geltend gemacht wird danach nicht mehr die Mangelhaftigkeit der Unterkonstruktion wegen eines fehlenden chemischen Holzschutzes, sondern die mangelhafte Anbringung der luftdichten Folie mit der Folge, dass ein Schaden an den Latten der Unterkonstruktion

entstanden sein soll. Eine solche Klageänderung ist weder sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO) noch kann sie auf Tatsachen gestützt werden, welche der Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen sind. Bei der Behauptung, die Latten an der Unterkonstruktion seien schadhaft geworden sind, handelt es sich um neues Vorbringen, ohne dass die Voraussetzungen für eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 ZPO bestehen würden. Darüber hinaus haben die Kläger auch nicht substantiiert dargelegt, dass die Dachlatten durch das mangelhafte Anbringen der Dachfolie von Insekten oder Schimmel befallen wären, was einen Austausch rechtfertigen würde. Im Gegenteil haben sie eingeräumt, dass sie einen solchen Befall bisher nicht haben feststellen können, da die Latten verkleidet seien.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Schenkel

Rüter

Müntner