

# OLG Schleswig

## Urteil

vom 24.05.2019

1 U 71/18

**BGB §§ 633, 634; VOB/B § 4 Abs. 3, § 13 Abs. 3, 7**

1. Der Auftragnehmer haftet auch dann für einen Mangel seiner Leistung, wenn der Mangel aus der Sphäre des Bauherrn stammt, er etwa auf dessen Anweisungen oder auf den Vorleistungen eines anderen Unternehmers beruht. Der Auftragnehmer kann sich in diesem Fall von seiner Verantwortung befreien, wenn er den Auftraggeber auf die bestehenden Bedenken hinweist.

2. Hat der Auftraggeber einen bauleitenden Architekten eingesetzt, kann der Bedenkenhinweis auch diesem erteilt werden. Das gilt jedoch nicht, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten selbst hat oder wenn sich der Architekt sich der Bedenkenanmeldung verschließt.

3. Der Bedenkenhinweis muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Dem Auftraggeber muss die Tragweite der Nichtbefolgung klar werden. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden.

4. Beauftragt der Auftraggeber den Auftragnehmer nach einer vorausgegangenen Auseinandersetzung vorbehaltlos und entgeltlich mit der Beseitigung von streitigen Mängeln, kann darin ein Verzicht auf Mängelrechte liegen. Angesichts der Tragweite eines Verzichts muss die Erklärung aber eindeutig sein.

OLG Schleswig, Urteil vom 24.05.2019 - 1 U 71/18

*vorhergehend:*

*LG Kiel, 02.11.2018 - 14 HKO 120/17*

*nachfolgend:*

*BGH, Beschluss vom 27.05.2020 - VII ZR 126/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)*

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 1. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Richter am Oberlandesgericht, den Richter am Oberlandesgericht und die Richterin am Oberlandesgericht auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 03.05.2019

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 02.11.2018 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 108.704,57 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.10.2016 sowie 1.973,00 Euro

außergerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.08.2017 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

## **Gründe**

### I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Rückzahlung von für Mangelbeseitigungsarbeiten gezahlten Beträgen.

Die Klägerin errichtete im Jahr 2013 als Generalunternehmerin zwei Mehrfamilienhäuser in R1. Sie beauftragte unter Einbeziehung der VOB/B die Beklagte unter anderem mit der Erbringung von Abdichtungsarbeiten auf den Terrassen und Balkonen. Nach der Planung (Anlage K 3, Bl. 57 d. A.) sollte auf den Sohlen der Balkone eine Dampfsperre angebracht werden, die am Hintermauerwerk hochgeführt wurde. Oberhalb der Dämmung sollte eine zweite Abdichtung verlegt, etwa 15 cm oberhalb der Oberkante des Balkonbelages am Wärmedämmverbundsystem hochgeführt und hinter dem Wärmedämmverbundsystem mit der ersten Abdichtung verbunden werden.

Vor der Anbringung der Abdichtungsbahnen stellten die Mitarbeiter der Beklagten fest, dass das Wärmedämmverbundsystem bereits angebracht war, so dass die Abdichtungsbahnen nicht wie vorgesehen angebracht werden konnten. Sie wandte sich mit E-Mail vom 15.03.2013 (Anlage B 1, Bl. 35 d. A.) an den als Bauleiter eingesetzten Mitarbeiter der Klägerin R2 und teilte mit, dass dies einen Mangel darstelle. Sie werde die Abdichtungsbahn an der Isolierung hochführen. Ebenso werde sie den Wandanschluss ohne die vorgeschriebene Ausklinkung auf der geputzten Fassade herstellen. Herr R2 teilte in einer E-Mail (Anlage B 2, Bl. 36 d. A.) mit, dass die Arbeiten so ausgeführt werden sollten.

Im Jahr 2015 wurde festgestellt, dass Feuchtigkeit in die Gebäude eindrang. Die Parteien führten am 07. Und 14.04.2015 Ortstermine, z. T. unter Beteiligung eines von den Eigentümern beauftragten Gutachters, durch. Die Beklagte verweigerte Nachbesserungsarbeiten ohne Bezahlung. Aufgrund des Kostenvoranschlages vom 07.04.2015 (Anlage B 8, Bl. 71 d. A.) beauftragte die Klägerin die Beklagte am 09.04.2015 mit den Sanierungsarbeiten zum Stundenlohn. Auf Rechnungen der Beklagten (Anlage K 1, Bl. 14 - 29 d. A.) zahlte sie insgesamt 108.704,57 Euro.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe die obere Abdichtungsbahn nicht 15 cm oberhalb der Oberkante des Fertigbelages geführt. Die untere Abdichtungsbahn sei auf der Sohle vor dem Wärmedämmverbundsystem abgeschnitten worden. Beides sei schadensursächlich gewesen. Wäre die Abdichtung dagegen ausgeführt worden, wie im März 2013 besprochen, wäre kein Schaden eingetreten.

Sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 07.04., 14.04. und 27.04.2015 (Anlage K 4 und K 5, Bl. 58 - 62 d. A.) zu Mangelbeseitigung aufgefordert.

Die Klägerin hat die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 108.704,57 Euro nebst Zinsen und Kosten erstrebt. Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe die Abdichtungsbahnen so angebracht wie im März 2013 besprochen. Beide Abdichtungsbahnen hätten einander überlappt. Die obere Abdichtung sei etwa 30 cm oberhalb der Oberkante der Dämmung angebracht worden. Die Klägerin habe aber einen stärkeren Balkonaufbau gewählt als geplant. Ursache des Feuchtigkeitseintritts sei unter anderem gewesen, dass die Balkontüren unzureichend abgedichtet gewesen seien. Hauptursache sei allerdings gewesen, dass die Dampfsperre auf der Dämmung angebracht worden sei.

Die Klägerin habe auf die Rückforderung der bezahlten Beträge verzichtet.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der näheren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage nach der Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch zu. Zwar scheitere ein Anspruch nicht an einem Vorbehalt der Beklagten, die Arbeiten nur auf Kosten der Klägerin vornehmen zu wollen, weil die Mängelgewährleistung nicht vertraglich ausgeschlossen worden sei. Indes sei es zu einer Haftungsbefreiung der Beklagten gekommen. Der Auftraggeber müsse Vorgaben für die Ausführung des Werks machen. Hinweise des Auftragnehmers dazu müssten an den richtigen Adressaten und in gebotener Klarheit gegeben werden. Ein Mitarbeiter des Bauunternehmens, der als Bauleiter eingesetzt werde, sei als empfangsbevollmächtigt für Bedenkenhinweise anzusehen. Er sei nach der Verkehrsanschauung in der Lage, technische Probleme zu erkennen, Entscheidungen zu treffen, Zweifelsfragen mit der Geschäftsleitung abzustimmen und in ihrem Namen Anweisungen zu geben. Für die Beklagte habe kein Anlass für einen Hinweis an den Geschäftsführer der Klägerin bestanden. Die Situation sei nicht vergleichbar mit der eines uneinsichtigen Architekten. Dort bestehe ein Vertragsverhältnis nur zum Auftraggeber, der in der Regel nicht fachkundig sei. Bei einem Bauunternehmen bestehe aber eine Organisationspflicht der Geschäftsleitung, sachkundige Mitarbeiter für die ordnungsgemäße technische Abwicklung und die Information innerhalb des Unternehmens einzusetzen. Deswegen sei der Hinweis auch inhaltlich ausreichend gewesen. Von einem Bauunternehmen werde erwartet, dass deren Mitarbeiter die erforderlichen technischen handwerklichen Kenntnisse hätten. Es könne Leistungen an Subunternehmer vergeben, müsse aber in der Lage sein, sie aufgrund eigener Fachkenntnisse zu überprüfen oder einen Sonderberater zuziehen. Hier sei kein Sonderwissen erforderlich gewesen. Es habe sich um übliche Arbeiten gehandelt, die der sorgfältigen Überwachung bedurft hätten.

Die Klägerin habe das Wärmedämmverbundsystem vor der Anbringung der Abdichtung entfernen lassen müssen. Sie habe grob gegen die Regeln der Technik verstoßen. Sie könne sich deswegen nicht auf die von ihr behauptete Ausführung berufen. Gegenüber den Bauherren sei sie ohnehin verpflichtet, die Dämmung und die Abdichtung zu entfernen. Die angeblich abweichende Ausführung trete hinter ihren groben Vertragsverstoß zurück. Sie habe keinen Nachteil daraus. Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor, der Bauleiter sei nicht empfangsberechtigt für den Bedenkenhinweis gewesen. Der Geschäftsführer sei allein vertretungsberechtigt. Der Vertrag sei allein durch ihn geschlossen worden, was der Beklagten bekannt gewesen sei.

Ein Hinweis an einen Architekten oder Bauleiter reiche nicht, wenn dieser sich verschließe. Hier sei der Hinweis nur an die private Mailadresse ihres Angestellten geschickt worden. Die Fälle seien vergleichbar. Auch der Bauleiter stehe in einem Angestelltenverhältnis als einem vertraglichen Verhältnis. Nach der Fachkunde des Auftraggebers sei nicht zu unterscheiden. Ein fachkundiger Auftraggeber könne mit einem Hinweis sogar eher etwas anfangen. Die Beklagte habe ein Vertragsverhältnis alleine zur Klägerin gehabt. Durch den Zusatzauftrag sei der Werkerfolg festgeschrieben gewesen. Das habe der Bauleiter nicht aufheben können. Die Klägerin habe der Beklagten gegenüber nicht die ordnungsgemäße technische Abwicklung

oder den Informationsfluss sicherstellen müssen. Der Hinweis sei Sache der Beklagten gewesen.

Der Hinweis sei nicht ausreichend gewesen. Die Klägerin sei kein Fachunternehmen für das Gewerk gewesen. Dem Bauleiter sei die Tragweite nicht bewusst gewesen. Der Auftraggeber habe keine Pflicht, den Auftragnehmer zu überwachen. Folgen seien in dem Hinweis nicht dargelegt worden.

Die Beklagte habe weitere Mängel verursacht, die zum Schaden geführt hätten. Eine Mitursächlichkeit reiche aus. Die Klägerin habe einen Anspruch auf Mangelbeseitigung. Dafür sei der vollständige Rückbau nötig.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Kiel vom 02.11.2018 (Aktenzeichen 14 HKO 120/17) die Beklagte zu verurteilen, an sie 108.704,57 Euro nebst Zinsen daraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.07.2016 zu zahlen; unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Kiel vom 02.11.2018 (Aktenzeichen 14 HKO 120/17) die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.973,00 Euro an außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

Der Schriftsatz der Beklagten vom 13.05.2019 hat vorgelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Das Landgericht hat den Bedenkenhinweis der Beklagten zu Unrecht als ausreichend angesehen.

1. Der Klägerin steht jedenfalls ein Schadensersatzanspruch aus § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B zu. Sie kann den zu Unrecht an die Beklagte gezahlten Betrag zurückfordern, als wenn ein drittes Unternehmen die Mangelbeseitigungsarbeiten durchgeführt hätte.

2. Die Klägerin hat nicht dadurch auf ihre Mängelrechte aus § 13 VOB/B verzichtet, dass sie die Beklagte mit der Mangelbeseitigung gegen Entgelt beauftragt hat. Zwar kann in einem vorbehaltlosen Auftrag an den Unternehmer nach einem vorausgegangenen Streit über die Mangelbeseitigungspflicht ein Verzicht auf Mängelrechte liegen (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 402). In der Annahme eines solchen Vertrages kann die Erklärung liegen, der Werklohnforderung des Unternehmers keine Rechte wegen der vorher umstrittenen Mängel entgegenzusetzen zu wollen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.12.1994 - 19 U 18/94, Rn. 18).

Der Senat hält es aber bereits für zweifelhaft, ob eine solche Annahme eines konkludenten Verzichts auf Mängelrechte nicht zu weitgehend ist. Angesichts der Tragweite eines Verzichts muss die Erklärung eindeutig sein. In der Regel würde man bei einem Streit über die Verpflichtung des Unternehmers zur Mangelbeseitigung davon ausgehen, dass trotz der Beauftragung mit den Arbeiten beide Seiten auf ihrer Rechtsauffassung beharren und eine Klärung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben. Das Beharren auf der Beauftragung ergibt dabei insofern Sinn, als sonst ggf. auch dann kein Werklohnanspruch bestände, wenn sich

später herausstellte, dass der Unternehmer keine Mängel zu vertreten hat (vgl. OLG Celle, Urteil vom 08.05.2002, 7 U 47/00). Für den Auftraggeber hat ein solches Vorgehen den Vorteil, dass ein Unternehmen die Mangelbeseitigung vornimmt, das bereits mit dem Bauwerk vertraut ist. Dem Unternehmer erwachsen keine Nachteile. Im Gegenteil vermeidet er die Entstehung höherer Kosten, die ihn im Falle der Mangelbeseitigung durch ein Drittunternehmen treffen würden.

Es kommt hinzu, dass die Streitigkeit zwischen den Parteien noch nicht abgeschlossen war, als die Beklagte die Klägerin mit der Mangelbeseitigung beauftragte. Das Angebot der Beklagten (Anlage B 8, Bl. 71 d. A.) stammte vom 07.04.2015, die Annahme vom 09.04.2015. Zu dieser Zeit waren die Parteien noch dabei, die Mangelursachen zu klären. Sie hatten am 07.04.2015 einen Ortstermin durchgeführt. Am 14.04.2015 wurde ein weiterer Ortstermin unter Beteiligung eines Sachverständigen durchgeführt. Angesichts der jedenfalls teilweise noch ungeklärten Mangelursachen konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass die Klägerin mit der Erteilung des Auftrages vollständig auf Mängelrechte verzichten wollte. Dass in dem Angebot der Beklagten auch die Bestätigung erbeten wird, dass die Arbeiten zu Lasten der Klägerin ausgeführt werden, gibt der Erklärung der Klägerin keinen anderen Inhalt als die im selben Satz erbetene Auftragserteilung.

Die erst im Termin vom 03.05.2019 vorgelegte E-Mail vom 08.04.2015 (Anlage B 9, Bl. 194 d. A.) enthält keinen Verzicht auf eine Rückforderung des für die Mängelbeseitigung gezahlten Betrages. Sie beschränkt sich auf eine Annahme des Angebots vom 07.04.2015.

3. Die Leistung der Beklagten ist unstreitig mangelhaft. Der Mangel besteht jedenfalls darin, dass die untere Abdichtungsbahn nicht wie vorgeschrieben hinter dem Wärmedämmverbundsystem am Mauerwerk hochgeführt und die notwendige Abtropfkante bei der Abdichtung nicht hergestellt worden ist. Dass die Ursache des Mangels, nämlich die vorzeitige Anbringung des Wärmedämmverbundsystems, von einem anderen Unternehmen gesetzt worden ist, ändert an der Mangelhaftigkeit der Leistung der Beklagten nichts.

Beide Mängel führten bereits für sich dazu, dass die bestehende Ausführung entfernt werden musste. Sowohl die Abdichtung als auch das Wärmedämmverbundsystem mussten entfernt werden, damit die untere Abdichtung wie vorgeschrieben hinter dem Wärmedämmverbundsystem verlegt werden konnte.

Ob die Abdichtung nicht auf dem Wärmedämmverbundsystem hochgeführt, sondern auf der Sohle davor abgeschnitten worden ist, kann offenbleiben. Beide Ausführungsarten verstoßen gegen die Vorschrift, die Bahn auf dem Hintermauerwerk hochzuführen. Ebenso kann offenbleiben, ob es die Beklagte zu vertreten hatte, dass die obere Abdichtung nicht 15 cm oberhalb der Oberkante des Balkonbelages geführt worden ist. Denn unabhängig davon ist ein Rückbau notwendig.

Unerheblich ist auch, was die genaue Ursache des Feuchtigkeitseintritts in das Gebäude war. Selbst wenn durch die mangelhafte Ausführung keine Feuchtigkeit eingetreten wäre, hätte der Mangel beseitigt werden müssen. Insofern kommt es nicht darauf an, ob die Feuchtigkeit eingedrungen ist, weil die Abdichtung nicht an der Wand hochgeführt worden ist oder ob die Feuchtigkeit vom Gebäude hätte ferngehalten werden können, wenn sie auf dem Wärmedämmverbundsystem hochgeführt worden wäre. Unerheblich ist auch, ob weitere Ursachen zum Feuchtigkeitseintritt beigetragen haben.

4. Die Beklagte bleibt für den Mangel verantwortlich. Sie hat sich nicht hinreichend durch einen Bedenkenhinweis von der Verantwortung befreit.

a) Wenn ein Mangel aus der Sphäre des Bauherrn stammt, etwa auf dessen Anweisungen oder auf den Vorleistungen eines anderen Unternehmers beruht, bleibt der Unternehmer

verantwortlich. Er kann sich in diesem Fall nach § 13 Abs. 3 VOB/B von der Verantwortung befreien, wenn er den Bauherrn nach § 4 Abs. 3 VOB/B auf die bestehenden Bedenken hinweist. Der Bedenkenhinweis ist dabei an den richtigen Adressaten zu richten. Er muss außerdem einen hinreichenden Inhalt haben.

In beidem war der Bedenkenhinweis der Beklagten vom 15.03.2013 nicht ausreichend. Die Klägerin stand dabei der Beklagten in der Rolle der Bauherrin gegenüber. Entscheidend für das Verhältnis der Parteien ist nämlich nicht, ob die Klägerin als Generalunternehmerin selbst Auftraggeber hatte, sondern dass sie die Auftraggeberin der Beklagten war.

b) Der Unternehmer hat die Bedenken grundsätzlich dem Bauherrn gegenüber anzumelden, weil diesen die Folgen des Mangels treffen. Hat der Bauherr einen bauleitenden Architekten eingesetzt, kann der Hinweis auch diesem erteilt werden.

Das gilt jedoch nicht ausnahmslos. So muss der Unternehmer den Bauherrn selbst informieren, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten selbst hat (BGH, Urteil vom 19.12.1996, VII ZR 309/95; OLG Oldenburg, Urteil vom 15.10.1997, 2 U 178/97). Dasselbe gilt, wenn der Architekt sich der Bedenkenanmeldung durch den Unternehmer verschließt (BGH, Urteil vom 19.01.1989, VII ZR 87/88; BGH, Urteil vom 19.12.1996, VII ZR 309/95; OLG Düsseldorf, Baurecht 1995, 244, 245; OLG Celle, Urteil vom 21.10.2004, 14 U 26/04; OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.02.2013, 23 U 1 U 71/18 Seite 7 185/11), also keine Anweisungen gibt, die zu einer mangelfreien Ausführung führen.

Nichts anderes gilt, wenn der Bauherr jemanden anderes als Bauleiter einsetzt (BGH NZBau 2004, 150, 152; OLG Hamm, Urteil vom 30.03.1995, 17 U 205/93; Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage, Rn. 2047). Die etwaige Fachkunde eines Bauunternehmens als Auftraggeber ist ohne Bedeutung, weil sie statt eines Angestellten auch einen externen Architekten beauftragen könnte. Die Interessenlage ist dieselbe. Der Vertrag des Werkunternehmers besteht in jedem Fall allein zum Bauherrn. Die als Bauleiter eingesetzte Person ersetzt den Bauherrn nicht, gleich ob es sich um einen externen Architekten oder einen angestellten Bauleiter handelt. Sie ist allein im Interesse des Bauherrn eingesetzt, damit sie die mangelfreie Entstehung des Werks überwacht, nicht im Interesse des Unternehmers. Ihre Fachkunde soll den Unternehmer nicht entlasten, da er keinen Anspruch auf eine Überwachung hat. Ebenso dient ihre Aufgabe, technische Fragen zu klären, allein dem Interesse des Bauherrn. Dieser hat keine Pflicht, den Informationsfluss so zu organisieren, dass dem Unternehmer die Kommunikation mit dem Bauherrn selbst, bei einer Gesellschaft mit deren Organen, erspart bleibt. Handelt der Bauleiter, auch wenn er Angestellter des Bauherrn ist, offenkundig gegen dessen Interessen, muss so der Bauherr selbst informiert werden.

Zudem kommt es entscheidend auf die Vollmacht an, für den Bauherrn vertragsändernde Vereinbarungen zu schließen. Leistet der Bauleiter dem Bedenkenhinweis Folge und veranlasst, dass die Leistung den Regeln der Technik entsprechend erbracht wird, ist dem Zweck des Bedenkenhinweises Genüge getan. Gibt er dagegen Anweisungen, die zu einer regelwidrigen Leistungsausführung führen, oder verschließt er sich dem Hinweis des Unternehmers, wie die Leistung richtig auszuführen ist, so liegt in seiner Anordnung eine Vertragsänderung. Denn Bauherr und Unternehmer vereinbaren als Mindestbeschaffenheit des Werks im Regelfall, dass es den jeweiligen Regeln der Technik entspricht. Wollen sie davon abweichen, ist eine abändernde Vereinbarung notwendig. Eine solche abändernde Vereinbarung kann nur jemand treffen, der mit Vollmacht des Bauherrn handelt.

Eine solche Vollmacht hatte der Bauleiter Herr R2 unstreitig nicht. Sie folgt nicht daraus, dass die im Übrigen beweisbelastete Beklagte jetzt bestreitet, dass nur der Geschäftsführer der Klägerin vertretungsberechtigt war. Die Beklagte hätte sich danach an den Geschäftsführer

der Klägerin wenden müssen, weil nur dieser zu einer Vertragsänderung berechtigt war. Wenn später, im Jahr 2015, der Mitarbeiter der Klägerin Herr R3 befugt war, die Mangelbeseitigungsarbeiten in Auftrag zu geben, lässt das den Schluss auf eine Vollmacht von Herrn R2 nicht zu.

c) Der Bedenkenhinweis muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Dem Bauherrn muss die Tragweite der Nichtbefolgung klar werden (BGH, Urteil vom 10.04.1975, VII ZR 183/74). Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden (OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.02.2013, 23 U 185/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2015, 21 U 62/14). Diesen Anforderungen wird der Bedenkenhinweis der Beklagten nicht gerecht. In der E-Mail vom 15.03.2013 heißt es nur, die beabsichtigte Ausführung stelle einen Mangel dar. Aus welchen Gründen die Ausführung mangelhaft ist, wird nicht dargelegt. Insbesondere werden die Folgen der mangelhaften Ausführung nicht dargelegt. Für den Bauleiter der Klägerin wurde nicht deutlich, dass die Gefahr des Feuchtigkeitseintritts in das Gebäude bestand. Es bestand zum Beispiel die Möglichkeit eines bloß optischen Mangels, wenn die Abdichtung auf dem Wärmedämmverbundsystem hochgeführt wird.

Die Beklagte kann sich wiederum nicht auf eine vermutete Fachkunde des Bauleiters berufen. Sie durfte ohne nähere Anhaltspunkte nicht davon ausgehen, dass dieser hinreichende Kenntnisse über Abdichtungsarbeiten hatte.

Etwas anderes folgt nicht aus der Stellung von Herrn R2 als Bauleiter. Zwar war es für die Klägerin sinnvoll, eine Person als Bauleiter einzusetzen, die Verstöße gegen die Regeln der Technik erkannte und so dafür sorgte, dass die Gebäude mangelfrei errichtet wurden. Indes ist der Bauleiter, wie dargelegt, allein im Interesse des Bauherrn, nicht im Interesse des Werkunternehmers tätig. Der Werkunternehmer kann deswegen aus der Stellung als Bauleiter keine Folgerungen für die ihm obliegende Hinweispflicht ziehen. Er kann aufgrund der Stellung einer Person als Bauleiter keine vertieften Kenntnisse seines eigenen Fachgebiets voraussetzen. Die Frage ist verwandt mit der Frage, ob durch eine eigene Fachkunde des Bauherrn die Bedenkenhinweispflicht ausgeschlossen sein kann. Grundsätzlich entfällt die Pflicht nicht, weil auch der fachkundige Bauherr vor Fehlern geschützt werden soll. Allenfalls wenn der Auftragnehmer die absolute Gewissheit hat, dass der Auftraggeber die maßgeblichen Umstände kennt, kann ein Entfall der Hinweispflicht erwogen werden (Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Auflage, § 4 Abs. 3 VOB/B, Rn. 18). Entsprechend kann der Umfang der Hinweispflicht nur eingeschränkt sein, wenn der Unternehmer die Gewissheit hat, dass der Bauherr über alle notwendigen Fachkenntnisse verfügt. Sonst wäre der Sinn der Hinweispflicht, Fehler zu vermeiden, nicht zu erreichen.

5. Es kann offenbleiben, ob die Mangelbeseitigungsaufforderungen der Klägerin die Beklagte erreicht haben. Eine Fristsetzung war jedenfalls entbehrlich. Das Verlangen nach Schadensersatz in Höhe der Mangelbeseitigungskosten setzt eine Fristsetzung wie nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B voraus, es sei denn, es konnte auf sie verzichtet werden (Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl., § 13 Abs. 7 VOB/B, Rn. 151). Auf eine Fristsetzung kann verzichtet werden, wenn feststeht, dass der Unternehmer ihr keine Folge leisten wird, weil er die Mangelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert (a. a. O., § 13 Abs. 5 VOB/B, Rn. 174).

Die Klägerin durfte davon ausgehen, dass die Beklagte auch nach einer Fristsetzung keine Mangelbeseitigungsarbeiten durchführen werde. Die Beklagte berief sich von Anfang an darauf, dass sie wegen ihres Hinweises für den Mangel nicht verantwortlich sei, und verlangte eine Bezahlung für die Arbeiten. Das stand einer Verweigerung der kostenlosen Nachbesserung gleich. Da die Beklagte sich aus Rechtsgründen weigerte, die Nachbesserung

durchzuführen, musste die Klägerin nicht davon ausgehen, dass die Beklagte sich von einer schriftlichen Anmeldung der bekannten Mängel mit Fristsetzung würde umstimmen lassen.

6. Die Höhe des Schadens ist unstrittig. Es steht fest, dass die Klägerin an die Beklagte für die Sanierung der Abdichtung insgesamt 108.704,57 Euro gezahlt hat. Die Zahlungen umfassten Stundenlohn- und Materialkosten.

Die Klägerin kann nach § 288 Abs. 1 BGB Zinsen ab dem 08.10.2016 verlangen. Die Beklagte ist mit der Zahlung nach § 286 Abs. 1 BGB dadurch in Verzug geraten, dass die mit Schreiben vom 22.09.2016 (Anlage K 2, Bl. 26 bis 27 d. A.) auf den 07.10.2016 gesetzte Frist abgelaufen ist.

Dagegen steht die erstmals mit der Berufungsbegründung geltend gemachte Verzinsung ab dem 08.07.2016 der Klägerin nicht zu.

Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten kann die Klägerin nach § 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen. Die Kosten sind richtig berechnet. Die einfache Gebühr nach einem Streitwert bis zu 110.000,00 Euro beträgt 1.503,00 Euro. 1,3 Gebühren sind 1.953,90 Euro. Hinzu kommt die Auslagenpauschale. Auf den Betrag können Prozesszinsen nach § 291 BGB verlangt werden. Rechtshängigkeit ist erst durch Zustellung der Klage am 02.08.2017 (Bl. 30 d. A.) eingetreten. Nach dem Widerspruch gegen den Mahnbescheid ist das Verfahren nicht demnächst i. S. d. § 696 Abs. 3 ZPO an das Streitgericht abgegeben worden.

7. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht angezeigt, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Es handelt sich um eine Entscheidung im Einzelfall. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind geklärt.