
Datum: 15.01.2008
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 43/07
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2008:0115.I23U43.07.00

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels der Klägerin das am 13.3.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Kleve teilweise geändert und wie folgt insgesamt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I. 1

Die Klägerin macht restliche Vergütungsansprüche in Höhe von 15.488,15 € für Pflasterarbeiten auf dem Grundstück B 2 in X geltend, die sie im Auftrag des Beklagten an dessen Bauvorhaben in den Jahren 2000/2001 erbracht hat. Der Beklagte bestreitet die Berechtigung einzelner Rechnungspositionen und beruft sich auf Gewährleistungsansprüche. Das Landgericht hat den Beklagten nach Vernehmung von Zeugen und Einholung von Sachverständigengutachten unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 8.402,15 € verurteilt und zur Begründung ausgeführt: 2

Die Klägerin habe den Auftrag über die Herstellung von Außenanlagen und der Pflasterung ausgeführt. Die Bauleistungen habe der Beklagte als Auftraggeber abgenommen. Allerdings sei die Ausführung der Arbeiten teilweise mangelhaft erfolgt. Zur Höhe der Vergütungsforderung und zu den Mängeln sowie den Mangelbeseitigungskosten bzw. Minderwerten folge die Kammer den Ausführungen des Sachverständigen K. Danach beliefen sich die Mangelbeseitigungskosten auf 7.086 €. Nicht zu berücksichtigen seien die Mangelbeseitigungskosten wegen der unzureichenden Tragschicht und der Mängel der Teich- bzw. Brunnenanlage, da die insoweit geltend gemachten Mängel nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auf Anweisungen des Beklagten zurückzuführen seien. Ergänzend wird auf die Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Beide Parteien greifen die Entscheidung mit Rechtsmitteln an. Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Berufung und zur Erwiderung auf die Berufung des Beklagten vor: 4

Sämtliche in Rechnung gestellten Arbeiten seien ausgeführt worden. Das gelte auch für die Verdichtungsarbeiten. Die Schottertrageschicht und der Füllkies seien gemäß den Vorgaben des Beklagten, der ihren Hinweisen auf die notwendige Stärke der Schichten und die notwendige Verdichtung nicht nachgekommen sei, eingebracht und verdichtet worden. Die vom Landgericht vorgenommenen Abzüge wegen angeblicher Mängel seien nicht berechtigt. Ansprüche des Beklagten seien schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil er die Arbeiten ohne Vorbehalt abgenommen habe. Gerügt habe er den bei der Abnahme deutlich erkennbaren Zustand der Pflasterung erstmals ein Jahr nach der Abnahme und Ingebrauchnahme der Bauleistung. Der gegenteilige Vortrag des Beklagten zu mündlichen Mängelrügen sei falsch, was sich aus seiner eigenen Darstellung ergebe. Zudem berufe sich der Beklagte auf Mängel, die auf seine eigenen Anordnungen zurückzuführen seien. Auf die Einhaltung seiner Anordnungen habe der Beklagte, der über Fachkenntnisse gerade im Straßenbau verfüge, trotz ihrer Einwende bzw. Hinweise bestanden. Das gelte sowohl für das eingebaute Material als auch für die Ausführung. Zudem habe der Beklagte es zu verantworten, dass ein Ausführungsplan fehlte und nach der Pflasterung ein Kran auf den verlegten Steinen rangierte, was zu Vertiefungen geführt habe. 5

Die Klägerin beantragt, 6

das Urteil des Landgerichts zu ändern soweit die Klage abgewiesen worden ist und den Beklagten unter Zurückweisung dessen Berufung zu verurteilen, an sie 15.488,15 € nebst 4 % Zinsen vom 16.9.2001 bis 15.10.2001, 9,75 % Zinsen für die Zeit vom 16.1.2001 bis 28.2.2003, 11,5 % Zinsen für die Zeit vom 1.3.2003 bis 11.2.2005, 11,75 % Zinsen für die Zeit vom 12.2.2005 bis zum 30.3.2005 und 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.3.2005 zu zahlen. 7

Der Beklagte beantragt, 8

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, das Urteil des Landgerichts teilweise zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 9

Der Beklagte führt zur Begründung seiner Berufung und zur Erwiderung auf die Berufung der Klägerin aus: 10

Die Klägerin berechne zu Unrecht ein Entgelt gemäß den Rechnungspositionen 6, 7 und 8 ihrer Schlussrechnung vom 5.9.2001, da sie die dort aufgeführten Arbeiten zum Teil nicht erbracht habe, zum Teil die Mengenangaben nicht zuträfen. Die in Rechnung gestellten Stundenlohnvergütungen seien unberechtigt, weil Arbeiten im Stundenlohn nicht beauftragt 11

worden seien. Die Leistungen der Klägerin seien bis heute nicht abgenommen. Ihm stünden Schadensersatzforderungen zu, die die restliche Klageforderung übersteigen würden. Die Klägerin habe das Pflaster ohne ausreichendes Gefälle eingebracht, ohne dass er diesbezügliche Weisungen erteilt hätte. Auch für die unzureichende Tragschicht, die eine Gesamtsanierung der Pflasterfläche erforderlich mache, sei die Klägerin verantwortlich. Die Mängel der Brunnen- und Bachlaufanlage seien von der Klägerin verursacht, so dass sie entgegen der Ansicht des Landgerichts hierfür Ersatz leisten müsse. Soweit das Landgericht ihm Gewährleistungsansprüche zuerkannt habe, sei die Entscheidung zutreffend. Die Behauptungen der Klägerin zu den angeblichen Vorgaben, die dahin gelaute haben sollen, sie solle eine mangelhafte Werkleistung erbringen, seien falsch.

II. 12

Die Berufung der Klägerin und die des Beklagten sind zulässig. In der Sache hat nur das Rechtsmittel des Beklagten Erfolg. 13

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis zum 31.12.2001 geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden, Art 229, § 5 EGBGB. 14

Die Klage ist unter teilweiser Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung insgesamt abzuweisen, weil der Klägerin kein Werklohnanspruch gegen den Beklagten mehr zusteht. 15

A. 16

Der restliche Vergütungsanspruch der Klägerin für die Pflasterarbeiten betrug nach Abzug der Akontozahlungen 11.791,74 € (= 23.062,64 DM), § 631 BGB 17

1. 18

Der Werkvertrag zur Pflasterung des Außengeländes des Gewerbegrundstücks B 2 in X-B ist zu den Einheitspreisen gemäß dem Angebot der Klägerin vom 13.12.1999 zustande gekommen. Die Einheitspreise des Angebots, das sich auf die zuerst zu pflasternde Fläche von ca. 420 m² nebst Bordsteinen bezog, sind unstreitig in der Folgezeit, als der Auftrag um die weiteren zu pflasternden Flächen ergänzt wurde, für die gesamten Pflasterflächen übernommen worden. Die Schlussrechnung der Klägerin vom 5.9.2001 über 108.402,57 DM brutto beanstandet der Beklagte hinsichtlich der Rechnungspositionen 6, 7 und 8 sowie hinsichtlich der Stundenlohnvergütung in Höhe von 4.547,15 DM. Die Einwände des Beklagten sind zum Teil berechtigt. Die Berechnung der Verdichtung der Kiesschicht mit netto 2.276,76 DM in der Schlussrechnung erfolgte allerdings entgegen seiner Auffassung zu Recht. Die Position 7 der Schlussrechnung – Lieferung, Einbau und Verdichten von Schotter – ist hingegen um 1.343,28 DM zu kürzen und die Vergütung für das Verlegen von Pflaster in Sand – Position 8 der Schlussrechnung – um 274,50 DM. Soweit die Klägerin eine Stundenlohnvergütung nicht nur für die Arbeiten am Bachlauf, sondern auch für sonstige Arbeiten verlangt, das sind 4.547,15 DM, ist ihre Forderung ebenfalls nicht berechtigt. Danach beträgt die Nettoforderung 87.285,56 DM, das sind brutto 101.251,25 DM. Abzüglich der Akontozahlungen des Beklagten von 41.194,93 DM und 36.993,68 DM verbleibt eine Restforderung von 23.062,64 DM. 19

a) 20

Die Klägerin ist entgegen der Auffassung des Beklagten berechtigt, für das Verdichten des Füllkieses gemäß Position 6 der Schlussrechnung 2.276,76 DM abzurechnen. Der 21

angebotene Preis von 2 DM/m² bezieht sich allein auf das Verdichten der Kiesschicht, nicht der sonstigen Bodenschichten. Unstreitig ist, dass der Füllkies von der Firma K-W S geliefert und eingebracht worden ist. Der eingebrachte Kies wurde auch verdichtet. Das Bestreiten des Beklagten bezieht sich nicht auf das Verdichten der Kiesschicht, sondern der übrigen Bodenschichten. Das Angebot der Klägerin legt für die Berechnung des Einheitspreises eine Stärke der Schicht von +/- 15 cm zugrunde. Zwar weist nach dem von dem Beklagten eingeholten Privatgutachten des Sachverständigen B vom 24.5.2002 die eingebaute Sand/Kiesschicht stellenweise eine Dicke von lediglich 11 cm auf, während der vom Landgericht beauftragte Sachverständige K in seinem Gutachten vom 15.10.2005 stellenweise geringere, stellenweise größere Schichtstärken feststellte. Diese Abweichungen in einzelnen Bereichen der Pflasterfläche rechtfertigen eine Kürzung des Einheitspreises nicht, weil der Aufwand des Verdichtens unter Berücksichtigung der festgestellten Dicke der Schicht nicht geringer ist, zumal der angebotene Preis sich an einer ungefähren Dicke von 15 cm Kiesschicht orientierte.

b) 22

Unter Position 7 ihres Angebots hat die Klägerin die Lieferung, den Einbau und die Verdichtung einer Schottertragschicht aus RC-Material zu einem Einheitspreis von 11,80 DM bei einer Dicke der Schicht von 20 cm angeboten und unter Position 7 der Schlussrechnung 1.138,38 m² abgerechnet. Der Rechnungsbetrag von 13.432,88 DM ist überhöht, die gerechtfertigte Forderung beträgt nur 12.089,59 DM. 23

Der Sachverständige K hat die Dicke der von der Klägerin gelieferten und eingebrachten Schottertragschicht im Mittel mit 18,06 cm ermittelt. Der Senat legt die Feststellungen des Sachverständigen zugrunde, gegen die die Parteien insoweit keine Einwände erhoben haben. Da der Einheitspreis eine 20 cm Schotterschicht zugrunde legte, die erbrachte Leistung davon aber um 10 % abweicht, ist der Quadratmeterpreis entsprechend um 10 % auf 10,62 DM zu kürzen. Für die Fläche von 1.138,38 m² ergibt sich daher der Rechnungsbetrag mit 12.089,59 DM. Soweit die Klägerin darauf verweist, die Stärke der Schottertragschicht sei von dem Beklagten vorgegeben bzw. angeordnet worden, rechtfertigt dies nicht die Leistung wie im Angebot vorgesehen abzurechnen. Der Vergütungsanspruch für die nach Einheitspreisen abzurechnenden Bauleistungen orientiert sich an den tatsächlich erbrachten Mengen und Massen. 24

c) 25

Die Klägerin hat die unter Position 8 der Schlussrechnung berechnete Verlegung von Pflaster in einer durchschnittlich 4 cm dicken Sandschicht vorgenommen, statt, wie angeboten und vereinbart, in einer 5 cm dicken Schicht. Ihre Rechnungsforderung ist deshalb um 274,50 DM zu kürzen. 26

Die Klägerin hat weniger Sand geliefert als zu dem vereinbarten Einheitspreis vereinbart. Sie berechnet den Preis der Tonne Sand unter Ziffer 23 der Rechnung mit 17,60 DM. Ein Kubikmeter Feinsand in der Körnung 0-2 mm sind 1,56 t. Der von der Klägerin angebotene Preis beläuft sich daher auf den Kubikmeter umgerechnet auf 27,45 DM. Bei der in Sand gepflasterten Fläche von 1.018,81 m² wären bei einer 5 cm dicken Sandschicht 50,94 m³ Sand angefallen, für die 4 cm dicke Schicht war die Lieferung von 40,75 m³ Sand erforderlich. Erspart hat die Klägerin daher rund 10 m³ Sand was einen Betrag von 274,50 DM ausmacht. Da die übrigen Arbeitleistungen, die Teil des Einheitspreises sind, unverändert blieben, ist eine weitergehende Rechnerkürzung nicht gerechtfertigt. Auch bezüglich der Berechnung dieser Vergütung ist der Einwand der Klägerin, die geringere Menge Untergrund sei von dem 27

Beklagten veranlasst, unerheblich, da die Klägerin bei dem zugrunde liegenden Einheitspreisvertrag nur die tatsächlich angefallenen Massen in Rechnung stellen darf.

d) 28

Die Klägerin ist berechtigt, die Arbeiten an der Teichanlage im Stundenlohn abzurechnen. Der Beklagte bestreitet weder die Erteilung des Stundenlohnauftrages, noch bezweifelt er die Höhe des Lohnes und hat im Schriftsatz vom 6.6.2003 die Forderung in Höhe von 12.869 DM vorbehaltlich der geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen Mängel des Bachlaufs als gerechtfertigt angesehen. 29

Die weitergehende Stundenlohnvergütung von netto 4.547,15 DM in der Schlussrechnung, die sich zusammensetzt aus dem Stundenlohn für den Anstrich der Stützen mit 257,60 DM, 479,50 DM für Styroporkleben, 308,25 DM für das Reinigen eines Pfeilers, 747,55 DM für Styroporschneiden und -anbringen sowie den Anschluss einer Rinne an einen Schacht, 497,50 DM für Verlegen von Wasserleitungen, 654 DM für Bauschutt und Müllentsorgung, 239,75 für Anbringen von Styropor, 274 DM für Verlegen und Verschrauben von Wasserleitungen und von 1.107 DM für das Freilegen eines Schaltschranks, Betoneinbau und Erstellen eines Grabens, besteht nicht. Das Angebot der Klägerin verhält sich nicht über Stundenlohnarbeiten. Der Beklagte hat bestritten, abgesehen von den Arbeiten am Bachlauf, die die Klägerin unter einer gesonderten Rechnungsposition berechnete, zusätzliche Aufträge, die gegen Zahlung eines Stundenlohns durchgeführt werden sollten, erteilt zu haben. Die Klägerin hat demgegenüber weder zur Auftragsvergabe noch zur Vereinbarung eines Stundenlohns noch zur Höhe der geltend gemachten Stundensätze und der Stundenzahl vorgetragen. Die Vereinbarung von Stundenlohnarbeiten muss der Unternehmer darlegen und beweisen. Daraus, dass der Beklagte die erste Akontoforderung der Klägerin, in der ein Stundenlohn von 257,60 DM für den Anstrich von Stützen genannt ist, bezahlte, lässt sich nicht schließen, der Beklagte räume die Berechtigung dieser Forderung ein (vgl. zur Verneinung des Anerkenntnisses bei Abschlagszahlungen BGH Urt. v. 11.1.2007 – VII ZR 165/05, BauR 2007, 700; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2. Auflage, 5. Teil Rdn. 54ff; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 30

12. Auflage, Rdn. 1224, 2041). 31

2. 32

Der Werklohnanspruch ist fällig, ohne dass es einer Prüfung des streitigen Vortrages der Parteien zu einer Abnahme bedarf. Die Abnahme als Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns ist entbehrlich, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern Schadensersatz oder Minderung verlangt (BGH Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345; BGH Urt. v. 19.9.2005 – VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159 = NJW 2005, 3574; BGH Urt. v. 16.5.2002 – VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399). Dies ist hier der Fall, da der Beklagte mit Schadensersatzansprüchen wegen nach seiner Behauptung mangelhafter Bauleistungen aufrechnet. 33

B. 34

Der restliche Vergütungsanspruch der Klägerin ist durch die Aufrechnung des Beklagten mit Gegenforderungen wegen mangelhaft erbrachter Bauleistungen erloschen, §§ 387, 389 BGB. Der Klägerin steht ein Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Pflasterarbeiten in Höhe von mehr als 11.791,74 € gemäß § 635 BGB zu. Ob dem Beklagten wegen der Teich-Bachlaufanlage weitere Ansprüche zustehen, bedarf keiner Erörterung. 35

1.	36
Die Klägerin hat die in Auftrag gegebenen Pflasterarbeiten mangelhaft ausgeführt,	37
§ 633 BGB.	38
Eine Werkleistung ist mangelhaft, wenn sie mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Da der Bauunternehmer ein mängelfreies und funktionstaugliches Werk schuldet, muss er die anerkannten Regeln der Technik einhalten. Den Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Pflasterung zu stellen sind, wird die Arbeit der Klägerin nicht gerecht, vielmehr sind Pflastersteine und Randsteine mangelhaft verlegt. Der Sachverständige K hat in seinem, im Auftrag des Landgerichts erstellten, Gutachten vom 15.10.2005 ausgeführt, dass die Fugen zwischen den Bordsteinen, in einigen Bereichen die Fugen zwischen den Pflastersteinen, Fugen zwischen Pflaster- und Bordsteinen und Fugen zwischen Verbundpflaster und Einfassungssteinen von dem nach der DIN 18318 zulässigen Werten abweichen. Die Pflastersteine sind zum Teil nicht an die Radien angepasst. Zudem hat die Klägerin das Pflaster zum Teil nicht in Verbund sowie mit unzulässigen Kreuzfugen verlegt. Ferner hat sie stellenweise beschädigte Steine eingebaut. Im Bereich sämtlicher 32 Außensäulen ist die Umpflasterung unsauber gearbeitet. In vielen Bereichen ist nach den Feststellungen des Sachverständigen der Überstand des Verbundpflasters zur Randeinfassung zu hoch, im rückwärtigen Teil des Gebäudes sind Bordsteine nicht fluchtgerecht verlegt. Schließlich ist das notwendige Gefälle nicht eingehalten, die Pflasterung weist unzulässige Mulden auf, was darauf zurückzuführen ist, dass die Schottertrageschicht und Füllkies/Sand nicht ausreichend stark bzw. nicht ausreichend verdichtet waren. Diese Mängel sind durch die vorgelegten Fotografien und die Berechnungen des Sachverständigen dokumentiert. Der Senat hat keine Bedenken, den Feststellungen des Sachverständigen zu folgen. Die Feststellungen des Gutachters stimmen überein mit den Ausführungen des Sachverständigen S. Dieser hatte in seinem für das Landgericht erstellten Gutachten vom 19.11.2002 festgestellt, dass Fugen zum Teil zu breit, zum Teil zu schmal angelegt sind, dass Steine dem Radius nicht angepasst worden sind, vermeidbare Keulfugen vorliegen, dass Verbundpflaster nicht ordnungsgemäß verlegt ist, der Überstand des Verbundpflasters zur Randsteinfassung teilweise zu hoch ist, im Bereich der Säulen nicht ordnungsgemäß gepflastert wurde, Bordsteine nicht fluchtgerecht verlegt sind und Teilflächen nicht das erforderliche Gefälle aufweisen. Soweit der Sachverständige S die Auffassung vertrat, einige der Mängel seien hinzunehmen, ist dies eine Wertung, die nicht dem Gutachter, sondern dem Gericht obliegt. Die Argumentation des Sachverständigen S, dass bei der Bearbeitung von Pflastersteinen durch Schneiden oder Knacken Ausrisse entstehen können, entlastet die Klägerin nicht von ihrer Verpflichtung, die nach dem Stand der Technik erforderlichen Fugenbreiten einzuhalten. Soweit der Sachverständige S die zu breiten Fugen im Bereich zwischen Pflaster und Randstein als materialbedingt darstellte, trifft dies nicht zu. Vielmehr konnte auch in diesem Bereich die Fugenbreiten gemäß den Regeln der Technik eingehalten werden, wie der Sachverständige K überzeugend ausgeführt hat. Die Ausführungen des Sachverständigen K werden zudem im Wesentlichen bestätigt durch die Privatgutachten der Sachverständigen B, K und R, die sich mit den Auffassungen des Sachverständigen S ebenfalls detailliert auseinandergesetzt haben.	39
2.	40
Die Mängelhaftung des Unternehmers wird grundsätzlich nicht davon berührt, worin die Mangelursache liegt. Eine Bauleistung ist auch dann mangelhaft, wenn der Mangel durch Anweisung des Auftraggebers entstanden ist oder auf mangelhafte Vorarbeiten eines	41

anderen Unternehmers zurückzuführen ist (BGH Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 286/82, BGHZ 90, 354 = BauR 1984, 401; Kuffer/Wirth/Drossart, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, Kapitel 2, B Rdn. 41). Der Unternehmer wird jedoch von seiner Haftung frei, wenn der Mangel auf Anweisungen des Auftraggebers, auf die von Auftraggeber zur Verfügung gestellten Baustoffe oder Bauteile oder die Vorarbeiten anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seinen Prüfungs- und Hinweispflichten ausreichend nachgekommen ist. Diese Haftungsbefreiung hat in § 4 Nr. 3 VOB/B Ausdruck gefunden, gilt aber auch für den BGB-Bauvertrag (BGH Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05; BGH Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR 267/85, BauR 1987, 86; OLG Düsseldorf Urt. v. 10.6.1997 – 21 U 88/96, NJW-RR 1997, 1450, 1451). Die Prüfungs- und Hinweispflicht verlangt von dem Unternehmer, dass er Anweisungen des Auftraggebers und/oder gestellte Baustoffe auf ihre Tauglichkeit für den werkvertraglich geschuldeten Erfolg überprüft. Der Unternehmer muss seine Bedenken und die Tragweite möglicher Mängel deutlich machen. Seine Hinweise müssen klar, vollständig und eindeutig sein. Die Pflichten der Klägerin zur Erteilung klarer Hinweise und Bedenken entfällt nicht im Hinblick auf die Tätigkeit des Beklagten als Architekt. Die eigene Fachkunde des Architekten macht die Prüfung erteilter Vorgabe nicht schlechthin überflüssig, zumal nicht ohne weiteres vorauszusetzen ist, dass ein Architekt die genauen Vorgaben der einzelnen Gewerke eines Bauvorhabens überhaupt kennt. Nur dann, wenn der Auftraggeber bewusst, d.h. in Kenntnis einer hierdurch möglicherweise mangelhaft werdenden Bauleistung bestimmte Bauausführungen anordnet, entfällt die Prüfungs- und Hinweispflicht. Dies aber setzt voraus, dass der Auftraggeber alle gefahrträchtigen Umstände kennt und das Risiko in vollem Umfang überblicken kann (OLG Düsseldorf – Urt. v. 13.3.2003 – 5 U 71/01, BauR 2004, 99). Die Klägerin ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht von ihrer Mängelhaftung frei geworden, weil sie nicht den Nachweis geführt hat, den Beklagten umfassend und ausreichend über die zu erwartenden Mängel der Arbeiten aufgeklärt zu haben. Zu den Mängeln gilt im Einzelnen:

a) Mangelhafte Fugen

42

Die Auffassung der Klägerin die Nichteinhaltung der nach DIN vorgesehenen Fugenbreiten sei schon kein Mangel trifft nicht zu. Es kommt nicht darauf an, ob der Sachverständige S die unzureichenden Fugenbreiten als Mangel bewertet. Die Klägerin übersieht, dass das Gericht und nicht ein Sachverständiger entscheidet, was ein Mangel ist und die persönliche Ansicht des Sachverständigen S unerheblich ist. Soweit die Klägerin darauf hinweist, der Beklagte habe nicht gewollt, dass die Steine ordnungsgemäß geschnitten werden, so dass er selbst die unterschiedlichen Fugen zu verantworten habe, trifft dies nicht zu. Es ergibt sich schon nicht, dass bei dem angeblich verlangten Knacken der Steine eine ordnungsgemäße Verlegung der Pflastersteine mit Fugen nicht möglich gewesen wäre. Zudem trägt die Klägerin nicht vor, dass der Beklagte hingewiesen worden wäre, bei der Vorgehensweise des Knackens würden zwangsläufig nicht ordnungsgemäße, den Regeln der Technik nicht entsprechende Fugen erstellt. Nur wenn die Klägerin den Beklagten hierüber unterrichtet und er dann auf dem Knacken der Pflastersteine bestanden hätte, hätte dies die Klägerin entlastet.

43

b) Radiensteine

44

Es sind entgegen der Regeln der Technik keine Radiensteine in Kurvenbereichen verlegt worden, was zu keilförmigen Fugen führte. Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, dass der Beklagte diese Art der Verlegung in Kenntnis der sich daraus ergebenden Mangelhaftigkeit der Werkleistung ausdrücklich gewollt habe. Der Zeuge S hat zwar berichtet, die Verwendung von Radiensteinen sei mit dem Beklagten erörtert worden. Das hat dieser aber verneint. Es

45

fehlen ausreichende Anhaltspunkte dafür, der Zeugenaussage einen Vorrang vor der Schilderung des Beklagten einzuräumen. Zwar können Kostengesichtspunkte einen Bauherrn veranlassen, optische Mängel hinzunehmen. Der Beklagte hat aber ausdrücklich verneint, in dieser Hinsicht mit dem Zeugen S gesprochen zu haben und darauf verwiesen, er habe vertraut, dass das Angebot der Klägerin den ihr überlassenen Gestaltungsplan fachgerecht umsetzte. Soweit der Zeuge B berichtet hat, er habe dem Beklagten erklärt, es sei seine Angewohnheit Randsteine auf Gehrung zu schneiden, ergibt sich schon nicht, dass er den Beklagten vor der Ausführung der Arbeiten darüber unterrichtet hätte, er setzte keine Radiensteine. Die Angabe des Zeugen B, der Beklagte habe "verschiedentlich" auf das Verlegen von Radiensteinen verzichtet, ist zu unbestimmt, um dem eine Haftungsfreistellung der Klägerin zu entnehmen, zumal nicht ersichtlich ist, dass der Beklagte über die ordnungsgemäße Verwendung von Radiensteinen unterrichtet war. Soweit zudem Radiensteine gemäß dem Angebot der Klägerin verwandt wurden und dennoch zu breite Fugen verblieben, liegt ein Ausführungsfehler und damit ein Mangel vor.

d) beschädigte Steine 46

Die Klägerin hat, dies stellt sie in der Berufungsinstanz nicht in Abrede, zum Teil beschädigte Steiner verarbeitet. Hierfür ist sie gewährleistungspflichtig, eine Haftungsbefreiung ergibt sich unter keinem Gesichtspunkt. 47

e) Pflaster nicht im Verbund 48

Die Klägerin hat Pflaster stellenweise nicht im Verbund verlegt. Insoweit kommt es nicht darauf an, wer das Pflaster anlieferte. Fertigungsbedingte Maßabweichungen sind nicht ersichtlich. Zudem hätte die Klägerin in einem solchen Fall den Beklagten hierauf hinweisen müssen, was nicht geschehen ist. 49

f) Überstand des Verbundpflasters 50

Der Überstand der Verbundpflasters ist durch die vorgelegten Fotografien dokumentiert. Die Beweisaufnahme hat nicht ergeben, dass der Beklagte diese Art der Verlegung gewollt hätte. Die in erster Instanz durchgeführte Beweisaufnahme hat entgegen der Ansicht der Klägerin eine diesbezügliche Anordnung des Beklagten nicht ergeben. 51

h) Pflasterung im Bereich der Säulen 52

Die von dem Beklagten vorgelegten und von den Sachverständigen gefertigten Fotografien zeigen eine mangelhafte Arbeit im Bereich der Anschlüsse des Pflasters an die Säulen. Dies hat der Sachverständige K im Einzelnen erläutert. Auch insoweit hat sich die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe diese Art der Verlegung gewollt, nicht bestätigt. Weder die in erster Instanz durchgeführte Zeugenvernehmung, noch die Beweisaufnahme vor dem Senat hat den Nachweis erbracht, dass der Beklagte die Art und Weise der durchgeführten Arbeiten in Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit ausdrücklich gewünscht hat. Der Beklagte hat der Schilderung des Zeugen S in seiner informatorischen Anhörung ausdrücklich widersprochen und es fehlen Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Aussage des Zeugen S ein Vorrang einzuräumen wäre. 53

i) Kontergefälle bzw. mangelhaftes Gefälle in Teilbereichen 54

Es steht aufgrund der eingeholten Gutachten und des unstreitigen Parteivortrages fest, dass die Pflasterung in Teilbereichen ein Gefälle zum Hause hin aufweist, was den allgemeinen 55

Regeln der Technik widerspricht. Der Vortrag der Klägerin, dass dies auf Wunsch des Beklagten so hergestellt worden sei, ist widersprüchlich. Denn sie hat in der ersten Instanz auch vorgetragen, dass das Gefälle bei Abnahme mangelfrei gewesen sei. Dann kann aber kein mangelhaftes Gefälle auf Wunsch des Beklagten erstellt worden sein. Soweit der Zeuge S angebliche Vorgaben des Beklagten zum Gefälle im Bereich der Hauswand bestätigt hat, hat der Beklagte dem in seiner Anhörung widersprochen. Die gesamten Umstände lassen nicht den Schluss zu, dass den Angaben des Zeugen S einem Vorrang gebühren. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass wegen unzureichendem Gefälle in anderen Bereichen der Vortrag der Klägerin, dies sei durch den nachträglichen Einsatz zu schwerer Baumaschinen entgegen ihrer Anweisung geschehen, sich nicht bestätigt hat. Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist vielmehr der unzureichend vorbereitete Untergrund für die Muldenbildung ursächlich.

j) Tragschicht

56

Die Tragschicht unterhalb des Pflasters ist unzureichend verdichtet. Die Klägerin, in deren Verantwortungsbereich die ordnungsgemäße Durchführung der Pflasterarbeiten fällt, hat nicht bewiesen, dass sie insoweit von einer eigenen Haftung freigeworden ist. Die Beweisaufnahme hat nicht ergeben, dass der Beklagte von den unzureichenden Vorarbeiten wusste und die Pflasterarbeiten trotz Belehrung über etwaige Mängelfolgen auf den ungenügend vorbereiteten Untergrund ausgeführt haben wollte. Auch hier steht der Aussage des Zeugen S über das "Vier-Augen-Gespräch" mit dem Beklagten dessen Schilderung im Rahmen seiner informatorischen Anhörung gegenüber, ohne dass sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Zeugenaussage ein Vorrang einzuräumen wäre.

57

3.

58

Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches des Beklagten wegen dieser Mängel liegen angesichts der Weigerung der Klägerin zur Durchführung von Mangelbeseitigungsarbeiten vor. Die Klägerin ist nicht dadurch von ihrem Verschulden entlastet, dass die Arbeiten eilig waren und die Zeit der Durchführung eng bemessen war. Ob die Mängel bei der von der Klägerin behaupteten Abnahme erkennbar waren und von dem Beklagten erkannt wurden, kann dahin stehen, da dies die geltend gemachten Schadensersatzansprüche nach § 640 Abs. 2 BGB nicht berührt.

59

4.

60

Der zu ersetzende Schaden übersteigt den restlichen Werklohn von 11.791,74 €.

61

Bei einer Sanierung der Pflasterung ohne eine komplette Erneuerung einschließlich Neuverdichtung des gesamten Untergrundes entstehen Kosten von 15.481,48 €.

62

Zutreffend hat das Landgericht ausgehend von den Feststellungen des Sachverständigen K die Mangelbeseitigungskosten – ohne die Kosten der Erneuerung der Tragschicht – mit 7.086 € ermittelt. Sogenannte "Sowiesokosten" sind insoweit nicht zu berücksichtigen. Inwieweit das bei einer Mangelbeseitigung anzusetzende Schneiden der Steine teurer ist als das ausgeführte Knacken der Pflaster kann dahin stehen. Da das Schneiden der Steine auch nach dem Vorbringen der Klägerin die ordnungsgemäße Herstellungsart darstellt und bei Auftragsvergabe über die Ausführung unstrittig noch nicht gesprochen worden ist, schuldet die Klägerin zu dem angebotenen Einheitspreis das Schneiden der Steine, d.h. der Beklagte hätte keinesfalls mehr zahlen müssen, als den vereinbarten Einheitspreis. Der Beklagte erspart durch die Mangelbeseitigung daher keine Kosten, die er der Klägerin für eine

63

ordnungsgemäße Ausführung zusätzlich hätte entrichten müssen. Auch im Hinblick auf die weiteren Mangelbeseitigungsarbeiten lassen sich konkrete Kosten, die der Beklagte bei ordnungsgemäßer Erstherstellung durch die Klägerin zusätzlich zu den berechneten Preisen hätte aufwenden müssen, nicht feststellen. Dies gilt auch bezüglich der Radiensteine, denn die Klägerin, die insoweit darlegungs- und beweisbelastet ist, legt insoweit keine ausreichende Grundlage für eine Kostenermittlung dar.

Wegen des mangelhaften Gefälles, das, wie gezeigt, auch von der Klägerin zu verantworten ist, sind zusätzliche Entwässerungsarbeiten notwendig. Die von dem Sachverständigen hierfür kalkulierten Kosten von netto 9.437,80 € sind um die Sowiesokosten zu reduzieren. Diese betragen gemäß der Berechnung des Sachverständigen, die von den Parteien nicht angegriffen wird, 2.200 € netto. Danach verbleiben zu berücksichtigende Kosten von netto 7.237,80 €, das sind brutto 8.395,48 €.

Da die Kosten dieser Sanierung die Vergütungsforderung übersteigen, kann dahin stehen, ob der Beklagte wegen der Mängel der Tragschicht nicht statt der vorstehende Sanierung einer vollständige Erneuerung der Pflasterung einschließlich des Untergrundes verlangen kann, was höhere Kosten verursachen würde.

III. 66

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 808 Nr. 10, 713 ZPO. 67

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 68

Streitwert der Berufungsinstanz: 23.890,30 € (Berufung Klägerin: 7.086 €; Berufung Beklagter im Hinblick auf die Hilfsaufrechnung 16.804,30 €) 69