
Datum: 18.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-5 U 142/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2013:0718.I5U142.12.00

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 17.09.2012 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15.291,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.11.2011 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die Kosten für den Ausbau und die Entsorgung des von dem Beklagten auf die Hofffläche des Objekts G..., N..., aufgebrauchten Gussasphalts, Dicke i.M. 40 mm, zu erstatten.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Kläger begehrt u.a. im Wege des Schadensersatzes die Rückzahlung bereits an den Beklagten gezahlten Werklohns. Er hatte den Beklagten beauftragt, eine Gussasphaltdecke auf den Betonboden seines Garagenhofs aufzubringen. Im Anschluss an diese Arbeiten bildeten sich Blasen auf der Gussasphaltfläche. Zur Prozessgeschichte und zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten Rechtszug wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Durch das am 17.09.2012 verkündete Urteil hat der Einzelrichter der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, ein Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns und auf Übernahme der Kosten der Beseitigung der Asphaltdecke aus § 13 Nr. 7 VOB/B sei nicht begründet. Nach den Feststellungen des Sachverständigen in dem selbständigen Beweisverfahren - AG Neuss 70 H 71/09 – stehe fest, dass die gewählte Art der Hofsanierung wie auch die konkrete Ausführung technisch einwandfrei gewesen sei. Die Asphaltdecke sei fachgerecht aufgetragen worden und sei auch grundsätzlich für die beabsichtigten Sanierungsarbeiten geeignet gewesen. Die entstandenen Blasen beruhten nicht auf einer fachwidrigen Ausführung, sondern auf kapillar aufsteigender Feuchtigkeit, die ihre Ursache in dem Untergrund unter der Betonplatte habe, auf welcher der Asphalt aufgebracht worden sei. Die nunmehr notwendigen Arbeiten zur Herstellung einer ordnungsgemäßen Hofeindeckung seien keine ergänzenden sondern zusätzliche Arbeiten zu bereits beauftragten Leistungen. Seine Prüf- und Hinweispflichten habe der Beklagte nicht verletzt. Der Beklagte sei nicht zu einer Bodengrunduntersuchung oder einer Untersuchung des Bodenaushubs verpflichtet gewesen. Es gebe sich weder aus den bisherigen Feststellungen noch aus dem Vortrag des Klägers, dass sich bei einer Sichtprüfung des streitigen Ausschachtungskanals für den Beklagten Warnzeichen dafür ergeben hätten, dass der Unterboden keine kapillarbrechende Wirkung habe. Die Anforderungen an einen mit Oberflächenarbeiten befassten Werkunternehmer wären überspannt.

Mit seiner Berufung macht der Kläger geltend, das Landgericht habe nicht die Feststellung des Sachverständigen berücksichtigt, wonach der Einbau eines Gussasphaltbelags auf der streitgegenständlichen Hofffläche wegen der vorhandenen Untergrundverhältnisse nicht geeignet gewesen sei. Die Blasenbildung schränke die Verkehrssicherheit ein. Das Öffnen der Blasen und die Nachbearbeitung des Gussasphaltbelags seien keine dauerhafte Lösung, weil immer wieder neue Blasen entstehen würden. Überdies würden 14 % der Fläche eine unzureichende Absplinterung aufweisen, was als erheblicher Mangel zu bewerten sei, der eine Minderung rechtfertige. Der Beklagte habe im Mai 2007, als der Boden für die Verlegung einer Heizungsleitung teilweise geöffnet gewesen sei, die Schichten des Untergrunds erkennen und bemerken können, dass Probleme bei der Wasserabführung zu befürchten seien. Bereits bei den Betonplatten hätte der Beklagte erkennen können, dass diese nicht kapillardicht bzw. kapillarbrechend gewesen seien. Daher hätte er den Untergrund unter den Betonplatten dahingehend prüfen müssen, ob dieser geeignet sei, Wasser in ausreichender Menge und Geschwindigkeit abzuführen. Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse hätte er eine dampfundurchlässige Gussasphaltschicht nicht anbieten dürfen, schon gar nicht ohne Enthaltungshinweis. Die VOB/B sei nicht vereinbart gewesen. Hätte er Hinweise auf das bei dem vorgefundenen Untergrund zu erwartende Ergebnis erhalten, hätte er den Auftrag überdacht. Er hätte dann entweder die notwendigen Vorarbeiten durchführen oder gar keine Arbeiten vornehmen lassen. In seinem Schreiben vom 03.08.2009 habe der Beklagte lediglich angekündigt, aus Kulanz Flächen, bei denen Blasen entstanden seien, zu erneuern. Es sei keine Rede davon gewesen, auch Splitt ordnungsgemäß aufzutragen.

Der Kläger beantragt,	6
<ul style="list-style-type: none"> • 1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 15.291,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2007 zu zahlen; • 2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm die für den Ausbau und die Entsorgung des von dem Beklagten auf die Hofffläche des Objekts G..., N..., aufgebrauchten Gussasphalts, Dicke i.M. 40 mm, zu erstatten; • 3. hilfsweise für den Klageantrag zu 2.: 	7
den Beklagten zu verurteilen, an ihn einen weiteren Betrag von 5.998,50 €	8
nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab	9
Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen.	10
Der Beklagte beantragt,	11
die Berufung zurückzuweisen.	12
Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt sein erstinstanzliches Vorbringen vertiefend vor, die VOB/B sei nicht vereinbart worden. Er habe die Blasenbildung nicht zu vertreten, weil die Ursache hierzu aus dem Bodenuntergrund komme. Gegen die Prüfungs- und Hinweispflicht habe er nicht verstoßen. Anhand der Oberfläche der Betonplatten habe er nicht erkennen können, dass diese nicht kapillarbrechend waren. Im Hinblick auf die unzureichende Absplittung der Fläche stehe dem Kläger kein Minderungsrecht zu, weil er das von ihm unterbreitete Nachbesserungsangebot abgelehnt habe (s. Schreiben d. Bekl. v. 03.08.2009). Überdies habe der Kläger sich gegen die Minderung sondern für den großen Schadensersatzanspruch entschieden.	13
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die dort zu den Akten gereichten Schriftsätze und Urkunden verwiesen. Die Akte des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Amtsgericht Neuss– 70 H 71/09 – lag vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	14
II.	15
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache im Wesentlichen Erfolg. Lediglich der Verzugszinsanspruch ist erst ab Rechtshängigkeit der Klage begründet.	16
1.	17
Der Kläger kann im Wege des Schadensersatzes gemäß §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB die Rückzahlung des geleisteten Werklohns in Höhe von 15.921,98 € verlangen. Diesen Betrag hat er nach Abzug des Skontos an den Beklagten für dessen Werkleistung gezahlt.	18
a.	19
Die Parteien mögen – wie sich aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils ergibt – die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Allerdings ist die VOB/B nicht wirksam vereinbart worden. Denn gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird die VOB/B, die den Charakter einer AGB hat, nur dann Bestandteil des Vertrags, wenn der Beklagte als Verwender dem Kläger die Möglichkeit verschafft hat, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der VOB/B Kenntnis zu	20

nehmen. Da nicht vorgetragen worden ist, dass der Kläger bauerfahren ist, hätte ihm der Inhalt der VOB/B zugänglich gemacht werden müssen. Das ist unstreitig nicht geschehen.

b.

21

Die Werkleistung des Beklagten war mangelhaft. Der Gussasphalt wirft Blasen, was nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen R... in seinem schriftlichen Gutachten vom 18.12.2010 in dem selbständigen Beweisverfahren vor dem Amtsgericht Neuss – 70 H 71/09 - die Verkehrssicherheit der asphaltierten Fläche gefährdet. Dies beruht unstreitig darauf, dass Feuchtigkeit entweder von unten hochsteigt oder seitlich über Ränder und Anschlüsse unter den Gussasphalt gelangt. Da der Gussasphalt feuchtigkeitsundurchlässig ist, verdampft die unter ihm befindliche Feuchtigkeit bei Sonneneinstrahlung. Dieser Dampf entwickelt so viel Druck, dass Dampfblasen entstehen. Die alten Betonplatten waren keine geeignete Unterlage für einen dichten Asphalt. Denn das Bodengemisch unter den Betonplatten war so verdichtet, dass es nicht als kapillarbrechende Schicht geeignet war. Daher konnte Feuchtigkeit aus dem Untergrund oder aus Rand- und Arbeitsfugen nicht abgeführt werden. Diese war unter der dampfdichten Gussasphalt-Deckschicht eingeschlossen. Eine Schottertragschicht unter den Betonplatten hätte wegen ihres Hohlraumvolumens den entstandenen Wasserdruck aufnehmen und ableiten können. Gemäß § 493 Abs. 1 ZPO steht die selbständige Beweiserhebung einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich. Die Feststellungen des Sachverständigen R... sind vollständig und schlüssig. Sie sind von den Parteien nicht angegriffen worden.

22

Grundsätzlich mag Gussasphalt zum Ausgleich einer solchen Betonfläche wie der Hoffläche des Klägers geeignet sein. Vorliegend ließ aber der Untergrund der Betonfläche einen solchen Asphaltbelag nicht zu, was die Verlegearbeiten insgesamt mangelhaft i.S.v. § 633 Abs. 2 BGB macht. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Daher entspricht ein Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist (BGH BauR 2008, 344 ff). Der Belag ist nicht funktionstüchtig, weil durch die sich unter ihm stauende Feuchtigkeit immer wieder Blasen entstehen, die die Verkehrssicherheit beeinträchtigen. Soweit diese Blasen beigearbeitet werden, entsteht ein optischer Flickenteppich. An anderen Stellen können wieder neue Blasen auftreten. Überdies war die Hoffläche nicht fachgerecht mit Split eingestreut. Dies bewertet der Sachverständige als handwerklichen Fehler, der aber die Nutzbarkeit der Fläche nicht beeinträchtigt, den optisch Gesamteindruck jedoch negativ beeinflusst.

23

c.

24

Der Beklagte ist – entgegen der Ansicht des Landgerichts – auch nicht von seiner Haftung für die Entstehung der Blasen befreit worden, obwohl die Mangelursache aus dem Bereich des Klägers stammte. Denn er hat seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nicht genügt. Anders als in § 13 Abs. 3 VOB/B enthält das BGB-Werkvertragsrecht keine ausdrückliche Regelung über die Befreiung des Auftragnehmers von seiner Haftung. Über § 242 BGB werden jedoch Ausnahmen von der Mängelhaftung angenommen, wenn z.B. der Mangel auf der Vorleistung eines anderen Unternehmers, auf der fehlerhaften Beschaffenheit des von dem Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffs oder auf Anweisungen des Auftraggebers zurückzuführen ist. Entscheidend für die Freistellung des Unternehmers auch in diesen Fällen ist, dass er seiner Prüfungspflicht hinsichtlich der Vorarbeit des Vorunternehmers bzw. hinsichtlich des vom Besteller gelieferten mangelhaften Stoffes nachgekommen ist (vgl. BGH BauR 2005, 1314). Der Unternehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung

25

Es kann dahinstehen, ob der Beklagte bei seiner ersten Ortsbesichtigung aufgrund der Aufgrabung für die Heizungsleitung hätte erkennen können, dass der Untergrund unter dem Beton nicht hinreichend feuchtigkeitsabführend und zu sehr verdichtet war. Es ist fraglich, ob der vorgefundene Zustand ihm aussagekräftige Erkenntnisse über die Beschaffenheit des Untergrunds unter der Hofffläche insgesamt verschafft hätte. Ferner ist zweifelhaft, ob die Prüfungspflicht des Unternehmers, der eine Betonfläche mit Gussasphalt überdecken soll, so weit reicht, dass er eigenständig und auf seine Kosten Bodenproben über die Unterlage der Betondecke veranlassen muss. 26

Indes trifft den Beklagten eine umfassende Pflicht, den nicht fachkundigen Kläger über Eignung und die Risiken des von ihm begehrten Gussasphaltbelags aufzuklären. Insbesondere hätte er darauf hinweisen müssen, dass bei einer Gussasphaltschicht ein drainagefähiger Unterbau notwendig ist, er den Untergrund unter der Betonoberfläche nicht kennt und deshalb die Feuchtigkeitsproblematik nicht abschließend beurteilen könne. Er hätte dem Kläger seine Bedenken mitteilen müssen, dass vom Untergrund unterhalb der Betonflächen aufsteigende Feuchtigkeit von dem Gussasphalt umschlossen werden und unter Sonneneinfluss zu einer Blasenbildung des Asphalts führen kann. Aufgrund dieser Hinweise hätte der Kläger die Wahl gehabt, den Untergrund auf seine Eignung untersuchen zu lassen, eine andere Belegung des Hofes auszuwählen oder unter Verzicht auf eingehende Untersuchungen das Risiko von Blasen einzugehen. 27

Nach den Ausführungen des Sachverständigen wird zwar üblicherweise nur eine Sichtprüfung durchgeführt. Gleichwohl hätte der Beklagte den Kläger darauf hinweisen müssen, dass die Belegung mit Gussasphalt auf einer unstreitig nicht wasserdichten Betonoberfläche nur funktionieren kann, wenn die unter dem Beton befindliche Tragschicht wasserabführend ist. Dem Beklagten war nach eigenem Vorbringen von dem Kläger mitgeteilt worden, dass die Betonplatte nach dem 2. Weltkrieg durch den Vater des Klägers hergestellt worden war und in der damaligen Zeit die Baumaterialien knapp waren. Gerade aufgrund dieser Mitteilung musste der Beklagte Zweifel daran haben, ob damals die Tragschicht unterhalb des Betons fachgerecht erstellt worden ist. Er hätte nicht selbständig Bodenuntersuchungen vornehmen müssen, dem Kläger aber deutlich machen müssen, dass eine Gussasphaltschicht eines wasserabführenden Untergrunds bedarf und er die Qualität des vorhandenen Untergrunds nicht einschätzen könne. Dies ist nicht geschehen. 28

Als Inhaber eines Meisterbetriebs für Asphaltbau musste der Beklagte um die Gefahren einer nicht feuchtigkeitsableitenden Untergrundschiicht wissen. Der Sachverständige hat insoweit ausgeführt, dass der Beklagte das Risiko der möglichen Blasenbildung offensichtlich falsch eingeschätzt habe. Dies impliziert, dass der Beklagte das Risiko hätte einschätzen können, ihm dabei aber ein Fehler unterlaufen ist. Ein Beleg seiner hinreichenden Fachkunde ist auch darin zu sehen, dass er vor der sachverständigen Beurteilung aufgrund eigener Einschätzung die Ursache der Blasenbildung erkannt hat. Bereits in seinem Antwortschreiben vom 03.08.2009 auf die ihm gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung führte er nämlich aus, dass die Blasen durch kapillaraufsteigende Feuchtigkeit entstanden seien. Die Gefahren kapillaraufsteigender Feuchtigkeit waren ihm daher bewusst. 29

Die Verletzung der Hinweispflicht des Beklagten ist auch für den Mangel ursächlich geworden. Denn der Kläger hat vorgetragen, er hätte den Auftrag überdacht und dann entweder die notwendigen Vorarbeiten durchführen oder die Arbeiten des Beklagten nicht ausführen lassen. In der mündlichen Verhandlung hat er überdies dargelegt, in Kenntnis der Problematik hätte er auf einen Gussasphaltbelag verzichtet und die vorhandenen 30

Betonplatten ausgetauscht.

- d. 31
- Den Beklagten trifft auch ein Verschulden. Denn er hat fahrlässig den Gussasphaltbelag aufgebracht, ohne auf das Risiko der Blasenbildung hingewiesen zu haben, falls die Bodenschicht unter dem Betonuntergrund nicht geeignet sein sollte, etwaige Feuchtigkeit abzuleiten. Er hat keine Umstände dargetan, die ihn i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten könnten. 32
- e. 33
- Mit dem anwaltlichen Schreiben vom 13.07.2009 hat der Kläger dem Beklagten erfolglos eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 31.07.2009 gesetzt. Innerhalb dieser Frist hat der Beklagte keine Mängelbeseitigungsmaßnahmen begonnen. Zwar hat er in seinem Schreiben vom 03.08.2009 – nach Fristablauf - die Entfernung der Blasen angekündigt. Diese Maßnahme hat jedoch nur kosmetische Wirkung. Sie beseitigt die Ursache der Blasenbildung nicht. Überdies führt die teilweise Neubearbeitung des Asphalts zu dem optischen Eindruck eines Flickenteppichs, mit dem sich der Kläger nicht begnügen muss. Denn er hat eine einheitliche Fläche in Auftrag gegeben. 34
- f. 35
- Durch die Pflichtverletzung des Beklagten ist dem Kläger ein Schaden entstanden, weil er die Vergütung für den Beklagten aufgewandt hat, obwohl das Werk mangelhaft ist. Der Kläger hat sich für den großen Schadensersatz entschieden. Er kann die Bauleistung insgesamt zurückweisen und den Gesamtschaden liquidieren. Der Vertrag ist also quasi rückabzuwickeln. Daher kann er die Vergütung zurückverlangen. Die Werkleistung kann er selbst nicht zurückgeben. Denn diese ist fest mit seinem Grund und Boden verbunden. Wertersatz hat er nicht zu leisten, weil die Arbeiten des Beklagten für ihn keinen Wert haben. Die Blasen beeinträchtigen die Verkehrssicherheit des Platzes und können an allen möglichen Stellen auftreten. Der Beklagte ist vielmehr verpflichtet, die Kosten zur Beseitigung der Gussasphaltschicht zu tragen. Da der Vertrag insgesamt rückabgewickelt wird, ist es unerheblich, ob die Werkleistung auch deshalb mangelhaft ist, weil die Hoffläche nicht hinreichend abgestreut worden ist und sich sog. Glatzen gebildet haben. 36
2. 37
- Der Antrag des Klägers festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm die Kosten für den Ausbau und die Entsorgung des von dem Beklagten auf die Hoffläche aufgetragenen Gussasphalts, Dicke i.M. 40 mm, zu erstatten, ist zulässig und begründet. Der Sachverständige Rhode hat deutlich gemacht, dass er die ermittelten Preise nur als Durchschnittspreise darstellen könne und Schwankungen möglich seien. Auch die tatsächlichen Massen und Erschwernisse bei der Entfernung des Asphalts sind nicht abschließend zu übersehen. Daher hat der Kläger aufgrund dieser Unsicherheit ein Interesse daran, die Einstandspflicht des Beklagten insgesamt feststellen zu lassen. 38
3. 39
- Ein Verzugszinsanspruch ist erst ab Rechtshängigkeit (03.11.2011) gemäß §§ 286, 288 BGB begründet. Der Kläger hat nicht dargetan, den Beklagten vor diesem Zeitpunkt in Verzug mit der geforderten Schadensersatzleistung gesetzt zu haben. 40

4.	41
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO. Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO, die es gebieten, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.	42
Streitwert für das Berufungsverfahren: 22.291,98 € (Zahlungsantrag: 15.291,98 €; Feststellungsantrag: 7.000 €)	43

44