
Datum: 05.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 57/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0505.26U57.08.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 18 O 20/05

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 27. Februar 2009 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufungsinstanz einschließlich der Kosten der Streithelferin werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Voll-streckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin hat mit der Klage die Zahlung von insgesamt 19.776,03 € nebst Zinsen als Restwerklohn für die Einbringung und Reparatur eines Gussasphaltestrichbelages verlangt, den sie aufgrund eines Auftrags der Beklagten vom 23.05.2002 und auf der Basis der

1

2

3

Planung der Streithelferin im Foyer des Neubaus des Gymnasiums X erstellt hat.

Die Beklagte hat widerklagend die Zahlung von 239.543,16 € nebst Zinsen als Vorschuss auf die Kosten der Mängelbeseitigung des Gussasphaltestrichs begehrt. 4

Die Parteien haben im Wesentlichen darüber gestritten, inwieweit umfangreiche Risse, die nach der Einbringung des Estrichs im Oktober 2002 unstreitig aufgetreten sind, von der Klägerin - durch unzureichende Randfugen oder Fehlen von Bewegungsfugen in der Fläche - oder von der Beklagten - durch unzureichende Beheizung der Fläche nach dem Einbringen des Asphalts oder fehlerhafte Planung durch die Streithelferin - zu verantworten sind. 5

Zwischen den Parteien hat ein selbständiges Beweisverfahren LG Bielefeld 5 OH 22/03 stattgefunden, in dessen Verlauf der Sachverständige Dr. M ein Gutachten vom 29.03.2004 erstattet hat. Nach Versterben dieses Sachverständigen hat das Landgericht Beweis erhoben durch Einholung schriftlicher Gutachten der Sachverständigen Dr. M2 und Dipl.Ing. T sowie deren mündlicher Anhörung und uneidliche Vernehmung der Zeugen L und Y. 6

Sodann hat das Landgericht die Klage auf Werklohn abgewiesen und der Widerklage auf Vorschuss zur Neuerstellung des Estriches in Höhe von 185.566,88 € nebst Zinsen stattgegeben. 7

Die Klägerin sei auf der Basis der Feststellungen der Sachverständigen wegen mangelhafter Estricheinbringung zur Gewährleistung verpflichtet. Der Beklagten stehe insoweit ein Kostenvorschussanspruch zu, der im Wege der Aufrechnung die Klageforderung zum Erlöschen gebracht und im Übrigen zur teilweisen Zuerkennung der Widerklage geführt habe. Die Klägerin sei dabei zur Erstattung der Kosten der vollständigen Sanierung verpflichtet; diese seien lediglich im erkannten Umfang wegen erforderlicher Berechnungskorrekturen zu kürzen. 8

Wegen der weiteren Einzelheiten - insbesondere wegen des genauen Wortlauts der gestellten Anträge - wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen. 9

Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihr erstinstanzliche Begehren weiter. 10

Sie verlangt klageweise weiterhin die Zuerkennung des der Höhe nach rechnerisch unstreitigen Restwerklohns i.H.v 18.209,08 €. Ebenfalls begehrt weiterhin sie die Zahlung eines weiteren Betrages von 1.262,95 € brutto für die erfolgte Beseitigung von Rissen zwischen dem 16.10.02 und 22.10.02. Es handele sich insoweit nicht um Gewährleistungsarbeiten, für die sie einzustehen habe, denn die Arbeiten seien mangelfrei erbracht worden. Deshalb bestehe auch die Widerklageforderung nicht: 11

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Beklagte die Beweislast für die angebliche Mangelhaftigkeit der Leistungen trage, weil der Beweis des ersten Anscheins für eine von der Beklagten zu vertretende zu starke Abkühlung als Ursache der Rissbildung spreche. Die Messungen der Oberflächentemperatur vom 14.10.2002 nach dem Ausfall des Heizkörpers - 5,5 und 6 Grad - belegten einen Tatbestand, der typischerweise zur Rissbildung führe. 12

Jedenfalls sei ein der Klägerin eventuell obliegender Beweis durch sie auf der Basis des Gutachtens Dr. M aus dem selbständigen Beweisverfahren erbracht. Den abweichenden Gutachten der weiteren vom Landgericht hinzugezogenen Sachverständigen sei dagegen nicht zu folgen: 13

Der Sachverständige Dr. M2 sei als Sachverständiger für anorganische Werkstoffe für die Begutachtung des organischen Werkstoffes Bitumen nicht qualifiziert, ebenso wenig durch seine Tätigkeit als Materialprüfer. Er habe fehlerhaft die Materialproben nicht aus dem Bereich der Risse entnommen und deshalb auch keine Gefügestörung feststellen können. Der Sachverständige T sei ebenfalls in Ermangelung der erforderlichen Spezialkenntnisse nicht hinreichend qualifiziert.

Die Anknüpfungstatsachen der Sachverständigen seien auch falsch. Die Lichtbilder belegten, dass eine Rissbildung vorhanden sei, die für eine zu starke Abkühlung spreche. Die Ausführungen zu den angeblichen Raumtemperaturen beruhten auf Vermutungen. Die sachverständigerseits geforderten breiteren Randfugen hätten keinen Sinn gemacht. Das Scheitern der Nachbesserungsversuche spreche nicht für die Ursachenfeststellungen der Sachverständigen, sondern beruhe wie vom Sachverständigen M zutreffend festgestellt auf unzureichender Tiefenerwärmung bei der Nachbesserung. Die Annahme, dass es sich um Spannungsrisse handle, sei falsch, weil solche während der Abkühlungsphase hätten eintreten und von den Mitarbeitern schon ab dem 11.10.2002 hätten bemerkt werden müssen. 15

Für den Fall der Verantwortlichkeit der Klägerin sei eine Teilsanierung möglich und zumutbar sei. Sie sei ebenso wie eine jedoch nicht geschuldete Vollsanierung zu geringeren Kosten möglich. 16

Die Klägerin beantragt, 17

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 18

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 19.463,18 € nebst Zinsen i. H. v. 5%-Punkten¹⁹ über dem Basiszinssatz aus 23.463,18 € für die Zeit vom 30.04.2003 bis 29.04.2004 und aus 19.463,18 € seit dem 30.04.2004 zu zahlen;

2. die Widerklage abzuweisen. 20

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen, 21

die Berufung zurückzuweisen. 22

Sie verteidigen das landgerichtliche Urteil. 23

Die Beweislast für Mangelfreiheit liege bei der Klägerin. Die Grundsätze des Anscheinsbeweises seien mangels typischen Geschehensablaufes nicht anwendbar. Der Beweis der Mangelfreiheit sei der Klägerin nicht gelungen. Die Begutachtung durch den Sachverständigen M sei unzureichend, diejenige durch die für die Bewertung auch qualifizierten Sachverständigen Dr. M2 und T umfassend und inhaltlich zutreffend. Insoweit stützen sich die Beklagte und die Streithelferin im Wesentlichen auf die angefochtene Entscheidung. 24

Zutreffend habe das Landgericht der Berechnung des Vorschussanspruchs auch die Kosten der einer Vollsanierung zuerkannt. Eine Teilsanierung sei angesichts der damit verbundenen Unabwägbarkeiten unzumutbar. 25

Ein Mitverschulden der Klägerin liege mangels Planungsfehlers der Streithelferin nicht vor. 26

Der Senat hat ergänzenden Beweis erhoben durch Einholung mündlicher Gutachten der Sachverständigen Dr. M2 und Dipl.-Ing. T. Wegen des Ergebnisses wird auf den 27

Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 27.03.2009 Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags wird auf die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 28

II. 29

Die Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage im erkannten Umfang stattgegeben. 30

1. 31

Die Klage ist unbegründet. 32

Der Klägerin hat gem. § 631 BGB i.V.m. § 16 VOB/B zunächst ein unstreitiger Restwerklohnanspruch i. H. v. 18.209,08 € zugestanden. Es handelt sich dabei um die Restwerklohnforderung i. H. v. 8.185,33 € sowie die Kosten der Fa. Y1 i. H. v. 10.023,75 €. 33

Der weitergehend geltend gemachte Anspruch i. H. v. 1.088,75 € netto = 1.262,95 € brutto für die Beseitigung von Rissen zwischen dem 16.10.02 und 22.10.02 im Umfang von 25 Std. je 43,55 € netto steht der Klägerin dagegen nicht zu. Hinsichtlich der zugrunde liegenden Arbeiten lässt sich nicht feststellen, dass ein Werkvertrag geschlossen worden ist. Ausweislich des Schreibens vom 08.11.2002 ist die Klägerin selbst von Nachbesserung, also Mängelbeseitigung, ausgegangen. Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus sonstigen Rechtsgründen, denn aus den unter 2. erörterten Gründen handelte es sich im Gewährleistungsarbeiten, zu denen die Klägerin wegen mangelhafter eigener Leistung verpflichtet gewesen ist. 34

Die danach allein zu berücksichtigende Restwerklohnforderung i. H. v. 18.209,08 € ist durch Aufrechnung mit dem nachfolgend ausgeführten Vorschussanspruch erloschen. 35

2. 36

Die Widerklage ist wie vom Landgericht zuerkannt begründet. 37

Der Beklagten hat gegen die Klägerin gem. den §§ 8 Nr.3 Abs.2 S.1, 4 Nr.7 VOB/B ein Vorschussanspruch hinsichtlich der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 203.775,96 € zugestanden. Nach Aufrechnung gegen die Klageforderung verbleibt davon ein Restbetrag i. H. v 185.566,88 €, der im Wege der Widerklage zuzusprechen war. 38

Die Parteien haben lt. der unter dem 21.05.2002 datierenden Anlage zum Vertrag vom 23.05.2002 u.a. die Geltung der VOB/B wirksam vereinbart. Bei den Kosten der Ersatzvornahme der Beseitigung von vor der Abnahme aufgetretenen Mängeln handelt es sich um Kosten der Fertigstellung i.S.d. § 8 Nr.3 Abs.2 S.1 VOB/B, der insoweit die abschließende Regelung darstellt (vgl. etwa BGH BauR 1997, S.1027). Der Anspruch kann auch wie vorliegend geschehen als Vorschussanspruch geltend gemacht werden (vgl. Kapellmann-Lederer, VOB, § 8, Rdn.92; Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Auflage, § 8 Nr.8 Rdn.42). 39

a. 40

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senates fest, dass die Leistung der Klägerin mangelhaft ist. Der Senat folgt dabei den Ausführungen der 41

Sachverständigen Dipl.-Ing. T und Dr. M2. Er geht dabei davon aus, dass beide Sachverständigen für die Bewertung des streitentscheidenden Verhaltens des Gussasphalts qualifiziert sind. Der Gutachter Dr. T ist ausgewiesener Fachmann für derartige Fußböden. Der Sachverständige Dr. M2 hat bei seinen Anhörungen vor dem Landgericht und dem Senat dargelegt, dass er als langjähriger Leiter der Prüfanstalt in X1 - Zellerfeld auch mit organischen Baustoffen, zu denen Gussasphalt gehört, befasst war. Das im Gutachtenkopf aufgeführte Fachgebiet "anorganische" Baustoffe steht dem nicht entgegen; der Sachverständige hat das Zustandekommen plausibel erklärt. Beide Sachverständigen haben ihre Feststellungen auch überzeugend begründet. Zweifel an ihrer Qualifikation oder Richtigkeit ihrer maßgeblichen Ausführungen bestehen nicht.

aa. 42

43
Danach ist festzustellen, dass die Hauptursache für die unstreitige Rissbildung die unzureichende Ausbildung der Fugen ist. Die Ausbildung der Randfugen mit nur 5 mm, die nach den Ausführungen des Sachverständigen T zu einem faktischen Randabstand von etwa 3-4 mm geführt haben, war zu gering. Aufgrund der Größe des Asphaltfeldes musste es physikalisch bedingt nach dem Aufbringen zu Längenänderungen führen, die auf der Basis der Berechnungen des Sachverständigen Dr. M2 bei einer Feldlänge von 50 Metern mehr als 5,5 cm betragen. An den Punkten, an denen die Bewegung des Asphalts durch Einbauten - Säulen oder hineinragende Mauervorsprünge - behindert wurde, kam es zu sog. Knirsch-Zuständen, also einem Anstoßen des Asphalts an das Hindernis mit nachfolgender Rissbildung bei weiterer Materialbewegung. Das wird bestätigt durch die Lage der von dem Sachverständigen T im Einzelnen festgestellten Rissbildungen und den von ihm gemessenen und in der Anlage zum schriftlichen Gutachten festgehaltenen Breiten der Randfugen, die gerade an den neuralgischen Punkten 0 mm betragen und Ausgangspunkt von Rissen sind. Soweit die Klägerin dem entgegen hält, dass Knirschstellen im Aufzugsbereich auf vorgelegten Fotos nicht sichtbar seien, greift dieser Einwand nicht durch. Der Sachverständige hat die Fotos hinsichtlich der Fugenbreite zutreffend nicht für aussagekräftig gehalten; ihnen stehen insbesondere die festgehaltenen Messergebnisse entgegen.

bb. 44

45
Es kann dahingestellt bleiben, ob die Rissbildung überwiegend nach dem Aufbringen des Materials im Rahmen des Erkalts eingetreten ist oder überwiegend im Rahmen der späteren Beheizungs Vorgänge entstanden ist. Es handelt es sich um kumulative Ursachen, die nach den Erläuterungen beider Sachverständiger gewirkt haben. Eine weitergehende Differenzierung ist nicht erforderlich, denn bei beiden Vorgängen handelt es sich um Umstände, die von der Klägerin als Fachunternehmen bei der Herstellung zu berücksichtigen waren.

cc. 46

47
Die Klägerin hätte deshalb nach den überzeugenden Feststellungen der Sachverständigen entweder Dehnungsfugen in der Fläche anlegen oder breitere Randfugen erstellen müssen. Insoweit kann sie auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass nach der DIN 18560-2 unter 5.2 im 3. Absatz ein Randstreifen von mindestens 5 mm gefordert ist. Bei dieser Angabe handelt es sich ausdrücklich um einen Mindestwert. Er schließt größere notwendige Fugenbreiten nicht aus und ist deshalb nicht geeignet, die Anforderungen der Sachverständigen in Frage zu stellen, die die konkret erforderlichen Mindestmaße anhand der erheblichen Flächengröße ermittelt haben.

dd.	
Auch das Fehlschlagen der Nachbesserung durch die Klägerin stellt die Feststellungen der Sachverständigen nicht in Frage. Nach den plausiblen Erläuterungen des Sachverständigen T waren die Nachbesserungsversuche, bei denen die Risse lediglich verschlossen wurden, ohne Anlage der erforderlichen Fugen zum Scheitern verurteilt, weil sie zu weiteren Rissbildungen im Rahmen des Heizbetriebs geführt haben.	49
ee.	50
Eine Verursachung der Rissbildung durch den während der Herstellung des Bodens eingetretenen Auswirkung des Heizungsausfalls lässt sich nicht feststellen.	51
Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die Klägerin im Rahmen des § 8 Nr.3 VOB/B beweisbelastet dafür ist, dass die behaupteten Mängel und ein Grund für die durch Schreiben v. 03.06.2005 erklärte Kündigung nicht vorgelegen haben (vgl. Ingenstau / Korbion a.a.O., § 8 Nr.3, Rdn.33). Auch ein Beweis des ersten Anscheins greift nicht. Der Beweis des ersten Anscheins erfordert einen von der Klägerin zu beweisenden typischen Geschehensablauf, der nach der Lebenserfahrung den Schluss auf eine bestimmte Ursache zulässt (vgl. etwa Zöller-Greger, ZPO, 27. Auflage; vor § 284, Rdn.29 m.w.N.). Ein typischer Ablauf steht aber nicht fest, wenn neben einer tiefen Raumtemperatur gerade auch ein Bewegungsprozess als Ursache für Rissbildungen in Betracht kommt.	52
Zur Überzeugung des Senates steht dagegen auf der Basis der sachverständigen Feststellungen fest, dass tiefe Temperaturen bei der Abkühlphase keine relevanten Auswirkung auf die Rissbildung gehabt haben:	53
(1)	54
Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. M2 wären bei Unterkühlung kleine Gefügestörungen durch die Trennung des Bindemittels vom Zuschlag erfolgt, was jedoch nicht geschehen ist. Dass die Probe nur aus einem Teilbereich der Fläche stammt, beeinträchtigt das Untersuchungsergebnis nicht. Entscheidend ist, dass die Probe - was unstreitig ist - eine für diesen Boden repräsentative Zusammensetzung hat und deshalb zu Aussage für die gesamte Fläche geeignet ist.	55
Überdies spricht auch die Rissbildung auf der gesamten Fläche gegen eine Kälteauswirkung, die zu einer Konzentration der Rissbildung in dem betroffenen Teilbereich hätte führen müssen.	56
(2)	57
Bei Unterkühlung wären in beliebige Richtungen verlaufende Risse zu erwarten gewesen. Solche hat der SV T aber auch bei Einsicht in die Fotos nicht feststellen können. Diese bestätigen tatsächlich den Ursprung aus Zwangspunkten – aufstrebenden Bauteilen etwa wie Pfeilern oder Podesten.	58
(3)	59
Dass der Sachverständige Dr.-Ing. M stattdessen von kältebedingten Rissen ausgegangen ist, überzeugt demgegenüber nicht:	60
	61

Die alleinige Begründung mit der gemessenen Biegezugfestigkeit reicht gegenüber den Feststellungen der vom Senat vernommenen Sachverständigen nicht aus. Auch hat sich dieser Sachverständige mit den anderen Möglichkeiten – Dehnung und Schrumpfung durch Erwärmung oder Schrumpfung nach der Herstellung - gar nicht auseinandergesetzt.

Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Leistung der Klägerin mangelhaft gewesen ist. 62

2. 63

Die Beklagte hat deshalb einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der als Vorschussklage geltend gemacht werden kann. 64

a. 65

Die Forderung umfasst die Kosten der vollständigen Sanierung. 66

Die Teilsanierung wäre nach den Ausführungen des Sachverständigen T mit Unwägbarkeiten belastet. Zum einen ist eine Beschädigung oder Notwendigkeit der Verlegung von Heizungsrohren mit Folgekosten nicht auszuschließen. Zum anderen ist zu erwarten, dass Drittunternehmer für ihre Mängelbeseitigungsversuche keine Haftung übernehmen, sondern nur unter Gewährleistungsausschluss arbeiten werden. Darüber hinaus würde eine Teilsanierung nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. M2 deshalb keinen Erfolg haben, weil erneute Rissbildungen im Rahmen zukünftiger Beheizungs Vorgänge zu erwarten wären. 67

Die Teilsanierung führt danach nicht zu dem geschuldeten Zustand wie nach vertragsgerechter Erfüllung; sie ist für die Beklagten nicht zumutbar. Von daher ist der Vollsanie rung auch nicht der Einwand der Unverhältnismäßigkeit entgegen zu halten. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass das Interesse der Bekl. an der Vollsanie rung objektiv geringfügig ist und das Verlangen nach Vollsanie rung ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. 68

b. 69

Der Kostenvorschuss ist von dem Landgericht auch der Höhe nach zutreffend ermittelt worden. 70

Der Sachverständige T hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 23.07.2007 für eine Vollsanie rung zunächst Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 209.496,00 € ermittelt. Im Rahmen seiner Anhörung vor dem Landgericht hat er seine Angaben teilweise korrigiert. Das Landgericht hat sodann in seinem Urteil auf der Basis dieser Angaben und der tatsächlichen Flächenangaben in der Schlussrechnung einen Betrag von 203.775,96 € errechnet. Bei seiner Anhörung vor dem Senat hat der Sachverständige T diese Berechnung als zutreffend angesehen. Insbesondere hat er plausibel dargelegt, dass die geltend gemachte zwischenzeitliche Kostensenkung bei den Schleif- / Entsorgungsarbeiten nicht eingetreten ist. Auch der Senat hat deshalb keine Zweifel daran, dass der Vorschussanspruch entsprechend zu bemessen ist. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführung in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Diese Feststellungen reichen für die Zuerkennung eines nach Mängelbeseitigung abzurechnenden Vorschussanspruches aus. 71

c. 72

Die Beklagte muss sich auch kein Mitverschulden gem. § 254 BGB zurechnen lassen. 73

Ob der Ausfall der Heizung und das Absinken der Temperaturen der Beklagten anzulasten sind, kann dahingestellt bleiben, weil eine Ursächlichkeit der Temperaturen für die Mangelhaftigkeit des Bodenbelages nicht feststellbar ist.	74
Ein Mitverschulden ist ebenfalls nicht wegen fehlerhafter Planung oder Bauaufsicht durch die Streithelferin gegeben.	75
Nach den übereinstimmenden Feststellungen der Sachverständigen T und Dr. M2 hat die Streithelferin zunächst eine fachgerechte Ausschreibung mit Feldfugen erstellt. Dass diese auf Vorschlag der Klägerin in die tatsächliche Ausführungsart abgeändert und fehlerhaft ausgeführt worden ist, ist allein der Klägerin anzulasten. Die Streithelferin durfte sich nach den Erläuterungen der Sachverständigen auf die größere Fachkunde der Klägerin verlassen.	76
Zu Recht hat demnach das Landgericht die Klägerin im erkannten Umfang zur Vorschusszahlung verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung hat keinen Erfolg.	77
Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 288, 291 BGB.	78
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 Abs.1, 101 Abs.1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711, 543 ZPO.	79
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.	80