
Datum: 23.09.2015
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 11 U 65/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2015:0923.11U65.15.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 408/14

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Aachen vom 14.04.2015 – 7 O 408/14 – durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 ZPO vorliegen.

Gründe:

I.

Der Kläger beauftragte die Beklagte im Juni 2009 mit der Durchführung von Arbeiten zum Umbau des Überlaufbeckens und zum Neubau eines Retentionsfilters in C. Zu den auszuführenden Arbeiten gehörte die Herstellung insgesamt 500 qm Pflasterflächen nach den Positionen 3.10.1.100 und 3.10.1.110 des Leistungsverzeichnisses, welche die Lieferung und Verlegung von Betonsteinpflaster „auf Brechsand-Splitt-Gemisch Bettung, Körnung 0/8, Dicke 3 bis 5 cm“ vorsahen. Bei der Position 2.1.1.70 des Leistungsverzeichnisses war als Bettungsmaterial ein „Pflasterbett gemäß DIN 18318 und ZTV-P StB 2000 aus Splitt 1/3 mm oder 2/5 mm oder Brechsand-Splitt-Gemisch 0/5 mm“ vorgesehen.

Die Beklagte führte die Arbeiten durch und verwendete dabei als Bettungsmaterial ein Gemisch aus VIADUR 0/5 Bettungssand, einem Recyclingmaterial, und natürlichem Quarzsand. Die Abnahme der Arbeiten erfolgte am 27.01.2011.

Nachdem der Kläger aufgrund einer von ihm veranlassten Bodenuntersuchung Kenntnis davon erlangte, dass das eingebaute Bettungsmaterial verschiedene Schwermetalle enthielt, forderte er die Beklagte mit Schreiben vom 12.11.2013 unter Fristsetzung bis zum 18.12.2013 zum Austausch des Unterbaues der Pflasterung auf.

1

2

3

4

5

Die Beklagte lehnte einen solchen Austausch ab, woraufhin der Kläger ein Angebot der Firma L für den Austausch des Bettungsmaterials einschließlich seiner Entsorgung einholte.	6
Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von der Beklagten die Zahlung eines Vorschussbetrages für den von ihr weiterverfolgten Austausch der Bettung, dessen Höhe sie aufgrund des Angebots L mit 22.561,22 € beziffert, und ferner die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz etwaiger über den Vorschussbetrag hinausgehenden Kosten eines Austauschs des Bettungsmaterials.	7
Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.	8
II.	9
Die Berufung bietet keine Aussicht auf Erfolg.	10
1. Vorschussantrag:	11
Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der der Senat beitrifft, hat das Landgericht dem Vorschussbegehren des Klägers entsprochen (§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B).	12
a)	13
Die Werkleistungen der Beklagten waren hinsichtlich des verwendeten Bettungsmaterials mangelhaft im Sinne von § 13 Nr. 1 VOB/B in der hier anzuwendenden Fassung von 2006, weil sie nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen.	14
Mangelhaft in diesem Sinne ist eine Werkleistung, wenn sie nicht der vereinbarten Qualität und Zusammensetzung entspricht und wenn sie – unabhängig von der vereinbarten Qualität – für den vereinbarten Zweck – als Bettungsmaterial für Pflaster in einem Wohngebiet - nicht geeignet ist (BGH BauR 2014, 1291 ff.).	15
Das Landgericht hat hierzu festgestellt, dass das von der Beklagten eingebaute Bettungsmaterial nicht der getroffenen Vereinbarung entspricht. Die hiergegen vorgebrachten Einwendungen der Berufung greifen nicht durch:	16
Das Leistungsverzeichnis des zwischen den Parteien abgeschlossenen Bauvertrages sieht in den hier interessierenden Positionen 3.10.1.100 und 3.10.1.110 den Einbau eines „Brechsand-Splitt-Gemisches mit Körnung 0/8“ vor (GA 22).	17
Hierbei handelt es sich um ein Bettungsmaterial aus Naturstein, wie der Kläger zu Recht ausführt. Brechsand ist nach herkömmlichem Verständnis eine feine Gesteinskörnung, die aus der mechanischen Brechung von <u>Gesteinsmaterial</u> gewonnen wird (IBR-Online-Baulexikon Stichwort „Brechsand“; VG Leipzig, Urt. vom 20.6.2012 – 1 K 1031/10 – in: ZfB 2012, 28 ff., hier zitiert nach juris Rn. 75). Gestein wird allgemein (IBR-Online-Baulexikon Stichwort „Gestein“; https://de.wikipedia.org/wiki/Gestein) verstanden als natürlich entstandenes Gemenge aus verschiedenen Mineralen oder nur einer Mineralart. Es ist gekennzeichnet durch den Mineralbestand (Art und Menge der enthaltenen Minerale) und durch das Gefüge (Kornform, -anordnung und -bindung). Nach der Entstehung können Magmageseine, Sedimentgesteine und metamorphe Gesteine unterschieden werden. Im bautechnischen Sinn kann zwischen Festgestein (Fels) und Lockergestein (Boden) unterschieden werden. Gleiches gilt für den zum Einbau weiter bestimmten Splitt. Auch dieses Material wird – als grobe Gesteinskörnung - durch Brechen von Gesteinsmaterial	18

(Kiese und Hartgesteine) aus der Natur gewonnen (IBR-Online-Baulexikon Stichwort „Splitt“; VG Leipzig, a.a.O.). Dies ergibt sich im Übrigen aus der von der Beklagten selbst überreichten Kopie eines Ausdrucks aus der Definition von Splitt in der Online-Enzyklopädie Wikipedia (<https://de.wikipedia.org/wiki/Splitt> – GA 110), wonach es sich bei Splitt um Bruchstein natürlicher Herkunft und um künstlich gebrochene Mineralstoffe in Korngrößen von jeweils 2-32 mm ergibt. Mineralstoffe in diesem Sinne sind aber ausschließlich Natursteine, nicht aber industrielle Erzeugnisse oder Abfallprodukte.

Dieser Bewertung kann die Beklagte nicht entgegensetzen, die Ausschreibung habe keinen Hinweis auf eine weitere Qualitätsbezeichnung, wie etwa „Basaltgemisch“ oder „Gemisch aus Naturstein“ enthalten, so dass auch industriell hergestellte Erzeugnisse unter die Vereinbarung fallen würden. Denn eines Hinweises auf die Verwendung von Naturprodukten bedurfte es angesichts der feststehenden, anerkannten Begrifflichkeit von Brechsand und Splitt als natürlich gewonnenen Erzeugnissen nicht. 19

Die Ausschreibung des Klägers hat hierzu keine Unklarheit oder Unsicherheit gebracht, wie der Geschäftsführer der Beklagten in dem der Vergabe vorangegangenen Bietergespräch bestätigt hat (Anlage K 3 – GA 14). Dem Landgericht ist in diesem Zusammenhang weiter darin zuzustimmen, dass die Vereinbarung der Anwendbarkeit der TL Pflaster-StB, die bezüglich der Anforderungen an Gesteinskörnungen für das Pflasterbettungs- und Fugenmaterial auf Abschnitt 2.4 der TL Gestein-StB 2007 verweist, angesichts der feststehenden Begrifflichkeit des zu verwendenden Materials nachrangig sei und sich nur auf die Frage beziehe, welchen Anforderungen die vereinbarte Ausführungsart inhaltlich gerecht werden müsse. 20

Da industrielle Recycling-Erzeugnisse gewöhnlich Belastungen mit Schwermetallen und/oder anderen umweltgefährdenden Stoffen enthalten, geht mit deren Verwendung als Bettungsmaterial im Verhältnis zum Einsatz eines Naturprodukts regelmäßig eine gewisse Gefährlichkeit für die Umwelt einher, die es angezeigt erscheinen lässt, auf die Verwendbarkeit solcher potentiell gefährlicher Stoffe durch Verwendung entsprechender Termini im Rahmen einer Ausschreibung hinzuweisen. Dies wird auch bestätigt durch den von der Beklagten erwähnten Abschnitt 2.4 der TL Gestein-StB 2007, in dem ausgeführt wird, dass bei industriell hergestellten Gesteinskörnungen für das Bettungs- und Fugenmaterial bestimmte umweltrelevante Merkmale eingehalten werden müssen. Das Unterbleiben solcher Hinweise lässt aber nur den Schluss zu, dass die Ausschreibung eine Zulassung industrieller Erzeugnisse gerade nicht umfasst. 21

Diesen Ausführungen, denen der Senat beitrifft, setzt die Berufung nichts Erhebliches entgegen. 22

Da die Beklagte nicht das vertraglich geforderte Naturstein-Material, sondern Recycling-Material (CUG-Schlackenmaterial) und Quarzsand, eingebaut hat, ist bereits darin ein Mangel der Werkleistung zu sehen. 23

Ein weiterer Mangel der Werkleistung ist vom Landgericht zu Recht darin gesehen worden, dass das verwendete Material eine Körnung von 0/8 anstelle der vereinbart gewesenen Körnung 0/5 aufweist. Hiergegen wendet die Berufung ebenfalls nichts Erhebliches ein. Insbesondere kommt es angesichts der getroffenen Vereinbarung über die Korngröße der einzubauenden Bettung nicht darauf an, ob – auch - die größere Körnung den anerkannten Regeln der Technik entsprochen haben würde. 24

Schließlich ist das von der Beklagten eingebaute Material – ein Gemisch aus der kupferhaltigen Hochofenschlacke Viadur 0/5 und natürlichem Quarzsand - als für den vorgesehenen Verwendungszweck ungeeignet anzusehen. Denn die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für den Einbau solchen Materials nach dem sog. Verwertererlass sind nicht gegeben. Zu Recht weist das Landgericht darauf hin, dass die Verwendung dieses Materials schon deshalb nicht zulässig war, weil der Einbau des Materials erfolgte, ohne dass Nachweise über dessen Eignung oder Unbedenklichkeit vorliegen. Nach Ziffer 5 der Verwertererlasses ist eine Dokumentation über die Art und Herkunft des mineralischen Stoffes, ein Gütenachweis einschließlich der Analysenergebnisse, die eingebaute Menge und den Ort des Einbaus und die Einbauweise erforderlich. Eine solche Dokumentation hätte – woran es vorliegend fehlt – dem Kläger von der Beklagten zur Verfügung gestellt werden müssen. Der von der Beklagten im Rechtsstreit vorgelegte Lieferschein und der Prüfbericht Nr. 171/09 der P GmbH vom 05.11.2009 (Anlage B 3 – GA 81 ff.) stellt keine solche, auf das hier eingebaute Bettungsmaterial abgestellte Dokumentation dar.

b) 26

Zu Recht hat das Landgericht auch die weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B für gegeben gehalten. 27

Durch den Kläger erfolgte eine zweimalige Nachfristsetzung zur Mängelbeseitigung, die erfolglos blieb. 28

c) 29

Der Vorschussanspruch des Klägers ist auch der Höhe nach gerechtfertigt. 30

Die Höhe der für den Austausch des vertragswidrig eingebauten Bettungsmaterials aufzuwendenden Kosten hat der Kläger durch Vorlage des Angebotes der Firma L vom 09.09.2014 (Anlage K 18 - GA 49-53) nachvollziehbar dargetan. 31

Eine Unverhältnismäßigkeit solchen Austauschs kann nicht angenommen werden. Für die Beurteilung ist maßgeblich, ob das Interesse des Auftraggebers an der Nachbesserung objektiv als gering anzusehen ist und dem ein ganz erheblicher Aufwand des Unternehmers gegenübersteht. Von Bedeutung ist auch, ob und in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat und ggfls. ob eine spürbare Beeinträchtigung der Funktionalität des Werkes vorliegt (BGH BauR 2006, 377; BGH BauR 2008, 1140; OLG Köln BeckRS 2015, 14568). 32

Bei der hiernach anzustellenden Gesamtabwägung ergibt sich keine Unverhältnismäßigkeit des vom Kläger erstrebten Bodenaustauschs. Der Einbau des von der Ausschreibung abweichenden Bettungsmaterials muss der Beklagten ebenso bewusst gewesen sein wie der Umstand, dass für den Einbau von Recycling- bzw. Schlackenmaterial eine konkrete Dokumentation einer Umweltverträglichkeitsanalyse erforderlich war; die Notwendigkeit bestätigte sich hier schon daraus, dass das eingebaute Bettungsmaterial nach einer Probeentnahme als gefährlicher Abfall wegen erhöhter Antimon-Belastung (Kurzgutachten BGU vom 24.07.2014 – Anlage K 19 - GA 54) einzustufen war. 33

2. Feststellungsantrag: 34

Der Feststellungsantrag ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Das rechtliche Ergebnisse ergibt sich daraus, dass der aus dem Einbau des vertragswidrig eingebauten 35

Bettungsmaterials sich ergebende Schaden des Klägers derzeit noch nicht abschließend feststellbar ist.

Der Feststellungsantrag ist auch begründet, weil – wie das Landgericht ebenfalls zutreffend dargelegt hat - eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach besteht und die Entstehung weiterer Schäden wahrscheinlich ist. 36

III. 37

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen seit Zugang dieses Beschlusses. Die Frist kann nach § 224 Abs. 2 ZPO nur verlängert werden, wenn der Gegner zustimmt oder erhebliche Gründe glaubhaft gemacht werden. Auf die Möglichkeit einer kostengünstigeren Zurücknahme des Rechtsmittels wird hingewiesen (Nr. 1222 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG). 38