

Titel:

Werkmangel, Kostenvorschuss, Mängelbeseitigung, Abrechnungsverhältnis, Verjährungshemmung, Beweiswürdigung, Beschaffenheitsvereinbarung

Schlagworte:

Werkmangel, Kostenvorschuss, Mängelbeseitigung, Abrechnungsverhältnis, Verjährungshemmung, Beweiswürdigung, Beschaffenheitsvereinbarung

Vorinstanz:

LG Coburg, Urteil vom 11.08.2023 – 22 O 189/17

Rechtsmittelinstanz:

OLG Bamberg, Beschluss vom 25.06.2024 – 12 U 115/23

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Coburg vom 11.08.2023, Az. 22 O 189/17, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 17.05.2024.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin verlangt Vorschuss zur Mängelbeseitigung für Außenarbeiten auf einem Grundstück sowie die Rückzahlung nicht wie abgerechnet erbrachter Leistungen.

2

Die Klägerin erteilte der Beklagten im Jahr 2015 den Auftrag zur Vornahme von Erd-, Wege- und Straßenbauarbeiten sowie der Bepflanzung auf dem Anwesen A. in X., wo die Klägerin ein Pflegeheim betreibt. Die Vergütung wurde durch Einheitspreise aufgrund eines gemeinsamen Aufmaßes vereinbart. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Auftragsbestätigung vom 19.03.2015 (Anlage K 1) verwiesen.

3

Die Beklagte führte die Arbeiten zwischen März und August 2015 aus. Aufgrund von zwei Abschlagsrechnungen der Beklagten leistete die Klägerin Zahlungen in Höhe von insgesamt 102.110,65 €. Am 11.06.2015 erfolgte eine Begehung der Anlage durch die Parteien zum Zweck der rechtsgeschäftlichen Abnahme. Die Vertreter der Klägerin verweigerten die Abnahme wegen Mängeln. Ein entsprechendes Protokoll unterzeichnete die Klägerin nicht (Anlage B 7). Ein gemeinsames Aufmaß wurde nicht vorgenommen. Es zeigte sich in der Folge, dass die Querneigung der hergestellten Wege ein Gefälle von stellenweise 3,83% bzw. 4,17% aufweist und somit nicht dem Grenzwert von 3% für eine behindertengerechte Ausführung entspricht.

4

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.11.2015 (Anlage K 4) rügte die Klägerin das Vorliegen von Mängeln an der Leistung der Beklagten, unter anderem die unzureichende Verdichtung der gepflasterten Flächen mit der Folge von Fugenverbreiterungen. Sie setzte der Beklagten eine Frist bis 17.12.2015 zur Nachbesserung. Eine Nachbesserung lehnte die Beklagte ab. Die Klägerin beauftragte sodann den Sachverständigen D. mit der Untersuchung der Werkleistung auf Mängel. Der Sachverständige bejahte in seinem Gutachten vom 05.08.2016 (Anlage K 9) dort näher bezeichnete Mängel und berechnete der Klägerin für seine Leistung 4.648,14 € (Anlage K 10), was diese bezahlte.

5

Die Klägerin forderte die Beklagte daraufhin mit anwaltlichem Schreiben vom 20.09.2016 (Anlage K 11) auf, die im Gutachten festgestellten Mängel anzuerkennen und setze ihr eine Frist bis 14.10.2016 zur Zahlung der Kosten des Sachverständigen D. sowie zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten. Eine Reaktion der Beklagten erfolgte nicht.

6

Die Schlussrechnung wurde durch die Beklagte am 28.02.2018 erstellt (Anlage II/2 des Anlagenunterhefts). Sie weist eine Gesamtvergütung in Höhe von 127.885,30 € brutto aus.

7

Die Klägerin begehrt mit vorliegender Klage neben einem Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung und der Rückzahlung überzahlter Vergütung die Erstattung des von ihr gezahlten Honorars des Sachverständigen D..

8

Die Klägerin hat in erster Instanz vorgetragen, die Beklagte habe die in der Schlussrechnung vom 28.02.2018 ausgewiesenen Leistungen teilweise nicht oder nicht vollständig erbracht. Dabei handele es sich um Positionen über insgesamt 10.313,70 € brutto. Wegen der Positionen im Einzelnen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (LGU Seite 3, 4).

9

Des Weiteren lägen Mängel der Werkleistung der Beklagten vor. Wegen der Mängel im Einzelnen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (LGU Seite 4, 5).

10

Die Gesamtkosten zur Beseitigung dieser Mängel sowie der unzureichenden Querneigung der gepflasterten Wege beliefen sich auf 115.140,00 € brutto.

11

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 131.902,34 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5% – Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 15.10.2016 sowie außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten auf Seiten der Klägerin in Höhe von 4.005,54 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5% – Punkten über dem Basiszinssatz seit 15.10.2016 zu bezahlen.

12

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.

13

Die Beklagte hat in erster Instanz vorgetragen:

14

Die von der Klägerin beanstandeten Ansätze in der Schlussrechnung seien wie abgerechnet erbracht worden und verweist auf Aufmaße und Lieferscheine. Hinsichtlich der Nutzungskategorie seien von der Klägerin nicht befahrbare Flächen vorgegeben worden. Bei der Aufwertung in die Nutzungskategorie 2 und der Mängelbeseitigung an der Böschung handele es sich zudem um Sowieso-Kosten. Drainagen seien dort eingebaut worden, wo dies erwünscht gewesen sei. Allgemein seien die technischen Anforderungen eingehalten. Die Beklagte habe der Klägerin eine Frist zur Abnahme gesetzt, die erfolglos abgelaufen sei.

15

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe die Werkleistung fiktiv durch Nutzung abgenommen. Hinsichtlich der Rückzahlung der Vergütung hat sie sich auf die Unsicherheitseinrede nach § 321 BGB aufgrund von der Beklagten erbrachter, aber nicht vergüteter Pflegearbeiten am Grundstück berufen. Die Sachverständigenkosten seien für die Klägerin nicht erforderlich gewesen; eine Begehung mit der Beklagten hätte genügt.

16

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Prof. F. nebst mündlicher Anhörung. Auf das schriftliche Gutachten vom 19.05.2019

(gesonderte Heftung) und die Protokolle vom 18.06.2020 und 19.07.2022 (Blatt 286 ff. und Blatt 391 ff.) wird Bezug genommen.

II.

17

Mit dem am 11.08.2023 verkündeten Endurteil hat das Landgericht folgende Entscheidung getroffen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 119.788,14 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 15.10.2016 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

18

Zur Begründung führte das Landgericht aus, die Klägerin könne von der Beklagten die Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 115.140,00 € zur Mängelbeseitigung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag gemäß §§ 633 Abs. 1, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB verlangen.

19

Mängel an der Werkleistung der Beklagten seien hinsichtlich der befestigten Wege bei der Stärke des Oberbaus, bei der Schottertragschicht, beim Gefälle und bei der Verlegung des Pflasters hinsichtlich der Böschungssicherung und der Trockenmauer zu bejahen.

20

Die nicht erfolgte Abnahme der Leistung durch die Klägerin stehe der Geltendmachung eines Vorschussanspruchs zur Mängelbeseitigung nicht entgegen. Die Klägerin habe spätestens mit Schriftsatz vom 11.10.2022 deutlich gemacht, dass sie ernsthaft und endgültig die Nacherfüllung ablehne. Damit sei zwischen den Parteien ein Abrechnungsverhältnis entstanden. Die Höhe der Mängelbeseitigungskosten belaufe sich nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. F. insgesamt auf 143.843,19 €. Der Vorschuss übersteige somit die von der Klägerin beanspruchte Forderung von 115.140,00 €.

21

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Kostenvorschuss stünden keine Einreden entgegen. Der Anspruch der Klägerin auf Vorschuss für Mängelbeseitigung sei nicht verjährt. Der Beklagten stehe auch nicht die Unsicherheitseinrede entgegen. Der Kostenaufwand für die Mängelbeseitigung sei auch nicht unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB.

22

Darüber hinaus könne die Klägerin von der Beklagten die Erstattung der Kosten für die Erstellung des Privatgutachtens des Sachverständigen D. in Höhe von 4.648,14 € verlangen, § 635 Abs. 2 BGB.

23

Im Übrigen, d.h. soweit die Klägerin die Rückzahlung vermeintlicher Überzahlungen in Höhe von 10.313,70 € und soweit die Klägerin Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangte, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

24

Wegen der Einzelheiten wird auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

III.

25

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie die Abänderung der angefochtenen Entscheidung und die Abweisung der Klage erstrebt.

26

Auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung vom 18.12.2023 (Blatt 572 ff. d.A.) wird Bezug genommen.

27

Die Beklagte stellt im Berufungsverfahren folgenden Antrag:

Es wird beantragt, das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage insoweit abzuweisen, als die Beklagte dazu verurteilt worden ist, an die Kläger einen Betrag in Höhe von 119.788,14 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5% – Punkten über dem Basiszinssatz seit 15.10.2016 zu zahlen.

28

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

29

Auf die Ausführungen in der Berufungserwiderung vom 04.03.2024 wird Bezug genommen.

IV.

30

Die Berufung ist zulässig (§§ 511 ff. ZPO).

31

In der Sache ist die Berufung nicht begründet.

32

Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung, denen der Senat beitrifft, wird Bezug genommen.

33

Ergänzend ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen auszuführen:

1. Fehlende Anspruchsgrundlage

34

Soweit die Berufung vorträgt, für einen Anspruch auf Kostenvorschuss fehle es an einer Anspruchsgrundlage, weil zum Zeitpunkt der Klageeinreichung weder eine Abnahme noch eine Erklärung der Klägerseite vorgelegen habe, nicht mehr mit der Beklagten zusammenarbeiten zu wollen, kann dem nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass nach den Urteilsfeststellungen die Klägerin spätestens mit Schriftsatz vom 11.10.2022 (Seite 2) und damit erst nach Klageerhebung im April 2017 deutlich gemacht hat, dass sie ernsthaft und endgültig die Nacherfüllung durch die Beklagte ablehne (LGU Seite 14). Entscheidend für die Frage, ob die materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB vorliegen, ist jedoch nicht der Zeitpunkt der Klageeinreichung, sondern der Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der dem entsprechende Zeitpunkt im schriftlichen Verfahren, d.h. hier der 04.08.2023 (vgl. Beschluss Landgericht Coburg vom 24.07.2023, Blatt 420 d.A.). Zu diesem Zeitpunkt lagen die Anspruchsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Kostenvorschuss, insbesondere die Voraussetzungen für den Übergang in ein Abrechnungsverhältnis jedenfalls vor. Der Übergang in ein Abrechnungsverhältnis ist nach den Urteilsfeststellungen nach Klageerhebung erfolgt. Entscheidend ist, dass jedenfalls zu dem maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB vorlagen. In Bezug auf die Verjährung weist das Landgericht zu Recht darauf hin, dass die vorliegende Klage auf Mängelvorschuss ihre verjährungshemmende Wirkung auch dann entfaltet, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorlagen (LGU Seite 18; BGH, Urteil vom 08.01.2014 – XII ZR 12/13 NJW 2014, 920, 921 Rdnr. 21).

35

Hinsichtlich der Verjährung wendet sich die Berufung nicht gegen die Ausführungen des Landgerichts, dass der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Mängelbeseitigungskostenvorschuss bzw. Schadensersatz noch nicht verjährt sei (LGU Seite 17, 18). Die Berufung vertritt vielmehr die Auffassung, dass ein Anspruch auf Mängelbeseitigungskostenvorschuss nach §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 bzw. ein Schadensersatzanspruch nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB nicht mehr geltend gemacht werden könne, weil der Erfüllungsanspruch der Klägerin bereits verjährt sei und die Verjährung diesbezüglich durch die Klageschrift vom 07.04.2017 nicht gehemmt worden sei. Ein Abrechnungsverhältnis habe zwischen den Parteien nicht entstehen können wegen einer Verjährung des bestehenden Erfüllungsanspruchs der Klägerin.

36

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Auffassung der Berufung steht mit der Vorschrift des § 213 BGB und der dazu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht im Einklang. Nach § 213 BGB erstreckt sich die Hemmung der Verjährung eines Anspruchs auf alle Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Nach allgemeiner Auffassung trifft dies für alle in § 634 BGB geregelten werkvertraglichen Nacherfüllungs- und Mängelrechte zu, die auf demselben Mangel beruhen. Im Werkvertragsrecht fällt hierunter auch der Vorschussanspruch gemäß § 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB. Dieser steht dem Besteller aufgrund eines Werkmangels etwa wahlweise zu einem Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB zu (BGH, Urteil vom 19.11.2020 – VII ZR 193/19 – Leitsatz 1. und Rdnr. 34). Die Hemmung der Verjährung durch die Klageerhebung auf Kostenvorschuss bzw. Schadensersatz (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) führt nach der zitierten BGH-Rechtsprechung mithin auch zur Hemmung der Verjährung des Erfüllungsanspruchs.

37

Der Auffassung der Berufung, dass ein Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien nicht entstehen konnte wegen einer Verjährung des bestehenden Vertragserfüllungsanspruchs der Klägerin, kann daher nicht gefolgt werden. Die Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) erstreckte sich gemäß § 213 BGB auf den Erfüllungsanspruch, auf den Kostenvorschussanspruch und auf den Schadensersatzanspruch.

38

Weder der Erfüllungsanspruch noch die Mängelansprüche aus dem Bauvertrag der Parteien waren zum Zeitpunkt der Klageerhebung im April 2017 verjährt. Bezüglich der Mängelansprüche wird auf die zutreffenden Ausführungen auf Seite 17, 18 der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

39

Auch der Erfüllungsanspruch war zum Zeitpunkt der Klageerhebung im April 2017 noch nicht verjährt. Der BGH hat die Verjährung von Mängelansprüchen vor der Abnahme unter Geltung des SchRModG ausdrücklich offengelassen. Die obergerichtliche Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich (hierzu im Einzelnen Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Aufl., Kapitel 12 Rdnr. 2831 mwN). Zutreffend dürfte sein, dass Ansprüche wegen Mängeln vor einer Abnahme oder endgültigen Abnahmeverweigerung der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB unterfallen. Allerdings bedarf es eines Korrektivs insoweit, als die Verjährung nicht vor dem Zeitpunkt beginnen kann, vor dem der Auftragnehmer nach den vertraglichen Vereinbarungen sein Werk hätte mangelfrei abliefern müssen. Vor diesem Zeitpunkt nämlich ist ein Anspruch auf „Verschaffung“ des Werks frei von Sach- und Rechtsmängeln im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB nicht fällig (Werner/Pastor, der Bauprozess, 18. Aufl., 12. Kapitel Rdnr. 2831).

40

Die Berufungserwiderung weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der Erfüllungsanspruch der Klägerin im Hinblick auf die Beseitigung der Mängel und Erbringung der Restleistungen frühestens im August 2015 fällig war (BE Seite 14). Dies hat zur Folge, dass die 3-jährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB am 01.01.2016 zu laufen begonnen und mit Ablauf des 31.12.2018 geendet hat. Vor Eintritt der Verjährung wurde diese durch Klageerhebung mit Schriftsatz vom 07.04.2017 gehemmt.

2. Fehlerhafte Sachverhaltsermittlung

a) Befahrbarkeit der Wege

41

Das Landgericht ging auf Seite 7 und 8 der Urteilsbegründung davon aus, dass eine Befahrbarkeit der Wege vertraglich vereinbart worden sei. Demgegenüber ist die Berufung der Auffassung, dass das Leistungssoll sich anhand der Auftragsbestätigung bemesse. Unter der Position 3.3 der Auftragsbestätigung sei vertraglich vereinbart, dass eine Schottertragschicht mit Körnung 0/32 und einer Schichtdicke von 35 cm zu erbringen sei. Dies stelle das Leistungssoll dar.

42

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat im Termin vom 19.07.2022 den Zeugen J. vernommen. Der Zeuge J. hat unter anderem angegeben, dass mit der Beklagten über die voraussichtliche Nutzung des Gartengrundstücks gesprochen worden sei. Es sei Grundvoraussetzung, dass das Gartengrundstück mit Kraftfahrzeugen, d.h. mit PKWs und einem Traktor befahrbar sein mußte. Auf das

Protokoll vom 19.07.2022, Seite 6 (= Blatt 396 d.A.) wird Bezug genommen. Der Zeuge J. hat zwar bekundet, dass die Fahrzeuge die Wege nur queren sollten. Das ändert aber nichts daran, dass eine Befahrbarkeit der Wege mit Fahrzeugen vertraglich vereinbart war. Aufgrund dessen kam das Landgericht in seiner Beweiswürdigung zu Recht zu dem Ergebnis, dass eine Befahrbarkeit der Wege mit Kraftfahrzeugen vertraglich vereinbart worden ist.

43

Das Landgericht führt auf Seite 8 der Urteilsgründe unter (2) zu Recht aus, dass sich an dieser Beschaffenheitsvereinbarung nichts durch den Umstand ändert, dass die Parteien im Leistungsverzeichnis vom 19.03.2015 unter Position 3.3 eine Schichtdicke von 35 cm vereinbart haben. Zur Beschaffenheitsvereinbarung gehört nicht nur eine bestimmte vereinbarte Ausführungsart. Sie wird auch durch die nach dem Willen der Parteien zu erfüllende Funktion des Werks bestimmt, so dass selbst bei Einhaltung der vereinbarten Ausführungsart ein Mangel vorliegt, wenn die vereinbarte Funktionstauglichkeit nicht gegeben ist (BGH, Urteil vom 08.05.2014 – VII ZR 203/11 – MDR 2014, 891). Die vereinbarte Befahrbarkeit der Wege mit Kraftfahrzeugen war nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. F. nicht gegeben.

b) Böschungssicherung

44

Die Berufung wendet sich gegen die Ausführungen des Landgerichts auf Seite 10 und 11 der Urteilsgründe, wonach auch die Böschungssicherung mit Felsbrocken im Norden des Grundstücks mangelhaft hergestellt worden sei. Auch insoweit habe das Gericht einen falschen Sachverhalt in Bezug auf das Leistungssoll der Beklagten zugrunde gelegt. Beauftragt worden sei gerade kein Mauerwerk im Sinne eines Mauerverbandes. Aus der Leistungsposition 3.2 ergebe sich gerade nicht, dass die Beklagte für die Stabilität der ganzen Böschung zu sorgen hatte.

45

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat sich in den Urteilsgründen auf Seite 11, 2. und 3. Absatz explizit mit der Argumentation der Beklagten auseinandergesetzt. Das Landgericht kommt hierbei zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die Auslegung des Vertrages ergibt, dass sich die Beklagte nicht auf das bloße Setzen der Steine beschränken durfte, sondern für die Stabilität der gesamten Böschung zu sorgen hatte. Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Auftragsbestätigung, wonach Gegenstand von Position 3.2 nicht nur der Verbau der Dolomitbruchsteine, sondern die Modellierung der Böschung sei. Daraus sei zu schließen, dass auch die Böschung selbst funktionsgerecht gestaltet werden sollte. Die Rechtsansicht der Beklagten greife zudem zu kurz. Denn die Errichtung und der Aufbau der Bruchsteine sei bereits für sich gesehen mangelhaft ausgeführt, da die Steine sich untereinander nicht ausreichend abstützten. Dass die darüber liegende Böschung ein maßgeblicher Grund für die Instabilität der Konstruktion sei, sei ohne Belang. Es liege auf der Hand, dass die Steinschüttung so beschaffen sein sollte, dass sie ihre Umgebung nicht in Mitleidenschaft ziehe. Das sei aber der Fall, da der angrenzende Zaun weggedrückt werde und die Pflasterwege oberhalb absacken. Schließlich habe der Sachverständige darauf hingewiesen, dass die Dolomitbruchsteine entbehrlich gewesen wären, wenn es nicht um die Stabilisierung der Böschung gegangen wäre. Der Senat schließt sich den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in vollem Umfang an.

c) Trockenmauer

46

Die Berufung ist der Auffassung, auch in Bezug auf die Trockenmauer gehe das Gericht von einem falschen Leistungssoll aus. Eine Trockenmauer zeichne sich gerade dadurch aus, dass die einzelnen Steine nicht miteinander fest verbunden seien. Alleine daraus ergebe sich schon der Umstand, dass die oberen Steine lediglich lose auf das Mauerwerk aufgelegt würden. Die Besonderheiten einer Trockenmauer als Mangel darzulegen, gehe an der Sache vorbei.

47

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat seiner Entscheidung auf Seite 11, 12 der Urteilsgründe zu Recht die Ausführungen des Sachverständigen Prof. F. zugrunde gelegt. Danach wurde die Trockenmauer nicht fachgerecht hergestellt. Einzelne Steine ließen sich leicht verschieben, da sie keinen ausreichenden Halt zu den Nachbarsteinen hätten. Die oberen Steine lägen zum Teil lose auf und könnten

aus der Mauer fallen. Dadurch komme es zu Verdrehungen und Kippen von Steinen, so dass die Standsicherheit der Mauer in Teilen gefährdet sei. Dem ist das Landgericht gefolgt.

48

Dem folgt auch der Senat. Auch eine Trockenmauer, die aus lose aufeinander gelegten Steinen besteht, muss standsicher sein. Dass eine nicht gegebene Standsicherheit nicht fachgerecht ist, leuchtet ohne weiteres ein.

d) unzureichende Querneigung der gepflasterten Gehwege

49

Die Berufung rügt, auch in Bezug auf die Querneigung der gepflasterten Gehwege liege eine falsche Sachverhaltsermittlung vor. Das Gericht gehe davon aus, dass barrierefreie Wege beauftragt worden seien. Dies ergebe sich aber gerade nicht aus dem Leistungsverzeichnis.

50

Geschuldet seien Wege mit einer üblichen Querneigung. Zu keinem Zeitpunkt sei eine Querneigung von unter 3% vereinbart worden.

51

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat auch hinsichtlich der Querneigung der gepflasterten Wege zu Recht einen Mangel der Werkleistung der Beklagten bejaht. Auch wenn im Leistungsverzeichnis nicht ausdrücklich erwähnt ist, dass die Wege den Anforderungen an barrierefreies Bauen entsprechen müssen, war vorliegend die Einhaltung dieser Anforderungen geschuldet. Der Beklagten war bekannt, dass der Garten für ein Pflegeheim genutzt wird. Der Zeuge J. hat ausgesagt, dass vorliegend mit der Beklagten über die voraussichtliche Nutzung des Gartens gesprochen worden sei. Das Gartengrundstück sollte durch die Bewohner mit ihren Rollstühlen genutzt werden (Protokoll vom 19.07.2022, Seite 6). Auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Leistungsverzeichnis war hier eine barrierefreie Ausführung der Wege mit den sich daraus ergebenden Anforderungen geschuldet.

e) Verlegungsweise des Pflasters

52

Die Berufung rügt, auch hinsichtlich der Verlegungsweise des Pflasters habe das Landgericht fehlerhaft einen Mangel angenommen. Aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen sei nach Vorgabe der ZTV Pflaster eine möglichst einfügige Verlegung, was eine Fugenbreite von 1,5 mm zulasse, vorgegeben worden. Dies stelle jedoch kein verbindliches Leistungssoll dar, sondern sei lediglich eine Empfehlung und keine verpflichtende Vorgabe. Soweit die Arbeiten der Beklagten von dieser Empfehlung abweichen, könne nicht von einem Mangel gesprochen werden.

53

Dem kann nicht gefolgt werden. Im Gutachten des Sachverständigen Prof. F. wird zwar von „Empfehlungen“ des DNV hinsichtlich der Fugenbreiten von Segmentbogenpflaster gesprochen. In den „Empfehlungen“ des DNV befindet sich jedoch unter den angegebenen Fugenbreiten die Anmerkung: „Größere Fugen sind als Ausführungsmangel anzusehen“ (Gutachten Prof. F. Seite 40). Die als „Empfehlung“ bezeichneten Regeln sind richtig als Regeln der Technik zu verstehen, bei deren Nichteinhaltung ein Mangel vorliegt. Der Sachverständige Prof. Dr. F. kam in seinem schriftlichen Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Pflasterfläche in Teilabschnitten einen ungleichmäßigen Verband zeigt und dass die Regelfugenbreite von 3 mm bis 5 mm teilweise nicht eingehalten ist. Es seien sowohl Pressfugen als auch überbreite Fugen bis ca. 10 mm vorhanden (Gutachten Prof. F., Seite 19 bis 22). Das Landgericht hat die überbreiten Fugen des Pflasters zu Recht als Mangel im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB angesehen. Insbesondere beeinträchtigt die festgestellte Verlegung den vertragsgemäßen Gebrauch. Der Zeuge J. hat angegeben, dass ein Belag mit derartig breiten Fugen für die Benutzung mit Rollstühlen schlecht geeignet sei (Gutachten Prof. F., Seite 15).

V.

54

Aus diesen Gründen beabsichtigt der Senat, die aussichtslose Berufung einstimmig als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen.

55

Auf die im Falle einer Rücknahme der Berufung in Betracht kommende Ermäßigung der Gerichtsgebühren (KV-Nr. 1220, 122) weist der Senat ausdrücklich hin.

56

Den Streitwert des Berufungsverfahrens beabsichtigt der Senat, gemäß §§ 47 Abs. 1 GKG 3 ZPO auf 119.788,14 € festzusetzen.