

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 239/63

URTEIL

Verkündet am

4. November 1965

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma R[REDACTED]-Werke AG, vertreten durch ihren Vorstand,
den Kaufmann Ehrfried S[REDACTED], H[REDACTED]-B[REDACTED], Bi[REDACTED]
[REDACTED]deich [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Fritz M[REDACTED], Asphalt-Werke und Straßenbau, Inha-
ber Bauunternehmer Fritz M[REDACTED], Ma[REDACTED] bei F[REDACTED], Bezirk
K[REDACTED], Ho[REDACTED] Straße,

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 15. August 1965 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden ist.

Die Sache wird in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1954 übertrug die Gemeinde E[REDACTED] der Klägerin die Isolierungs- und Gußasphalt-Arbeiten für den Belag der Straßenbrücke über die Sieg zwischen Eitorf und Kelters.

Die Klägerin isolierte zunächst den Betonboden der Fahrbahn und der beiderseitigen Gehwege mit Oppanol-Abdichtungsbahnen. Diese Abdichtung überklebte sie auf der Fahrbahn mit bitumierter Pappe, von der beiderseits ein Streifen auf die Gehwege reichte. Die Oppanolschicht der beiden Gehwege deckte sie vorerst provisorisch mit Pappe ab. Nach einigen Wochen verlegte die Klägerin die bitumierte Pappe auch auf den Gehwegen. Dabei überlappte und verklebte sie

diese Pappe mit den von der Fahrbahn hereinragenden Streifen. Nach weiteren Wochen asphaltierte die Beklagte als Subunternehmerin der Klägerin die beiden Gehwege, indem sie den Gußasphalt auf Natriumpapier auftrug und die Randfugen der beiden Gehwege mit Vergußmasse ausfüllte.

Im Jahre 1957 bildeten sich im Asphalt der beiden Gehwege in etwa 1 m längs der Randsteine verlaufenden Linien Blasen. Der Aufforderung der Klägerin, die Schäden zu beheben, kam die Beklagte nicht nach. Die Klägerin isolierte darauf selbst nochmals die Gehwege und ließ sie von einem andern Unternehmer asphaltieren. Die ihr dadurch entstandenen Kosten sowie von ihr der Gemeinde Eitorf erstattete Anwaltskosten im Gesamtbetrag von 9.656,94 DM nebst Zinsen hat sie eingeklagt.

Die Klägerin hat der Beklagten zum Vorwurf gemacht, sie habe die Randfugen nicht ordnungsgemäß vergossen. Infolgedessen sei durch die Fugen Feuchtigkeit unter den Asphaltbelag gelangt und diese habe unter der Sonneneinwirkung die Blasenbildung verursacht.

Die Beklagte hat die Blasen auf Feuchtigkeit zurückgeführt, die sich unter der von der Klägerin verlegten Bitumenpappe festgesetzt habe, bevor diese verklebt worden sei. Da die Pappe auf der Oppanolschicht aufgeklebt gewesen sei, habe sie, die Beklagte, die Feuchtigkeit nicht erkennen können.

Dem hat die Klägerin entgegengehalten, die Beklagte hätte, wenn ihre Behauptung zutreffen sollte, vor dem Auftragen des Asphalts die Pappe auf Feuchtigkeit untersuchen müssen.



Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat angenommen, die Feuchtigkeit sei infolge mangelhaften Randfugenverschlusses unter den Asphalt gelangt.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte lediglich zur Erstattung der Kosten für das nochmalige Vergießen der Randfugen in Höhe von 503,72 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den vollen Klageanspruch.

Entscheidungsgründe:

I.

Gestützt auf die eingeholten Sachverständigengutachten führt das Berufungsgericht die Blasen im Asphalt auf Feuchtigkeit zurück, die in und unter die von der Fahrbahn auf die Gehwege reichenden Randstreifen der Bitumenpappe gedrungen war, bevor diese mit der Pappe auf den Gehwegen verbunden und nach weiteren Wochen mit Asphalt abgedeckt wurden.

1.) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei, so stellt das Berufungsgericht fest, die auf der Oppanolschicht liegende Pappe feucht gewesen. Auch habe sich unter dem Seitenrand der von der Fahrbahn hereinragenden Pappe feuchter Sand befunden. Beides sei darauf zurückzuführen, daß die Streifen entweder nicht fest verklebt gewesen seien oder sich während des mehrwöchigen Offenliegens gelöst hätten. Beim Auftragen des heißen Gußasphalts sei die vorhandene Feuchtigkeit nur zum Teil entwichen. Die zurückbleibende Feuchtigkeit habe an der Unterseite des heißen

Asphalts und in der Pappe Stauchungsfalten (Wellungen) gebildet. Diese zunächst sehr kleinen und deshalb nicht bemerkbaren Blasenkeime hätten sich infolge des bei Sonnenbestrahlung entstehenden Wasserdampfes nach und nach vergrößert. Bei jeder Abkühlung habe sich der Gußasphalt erhärtet, ohne sich wieder zu senken. Dadurch sei in den Blasen ein Unterdruck entstanden, und dieser habe weitere Feuchtigkeit angesaugt ("Dochtwirkung"). In der Wechselwirkung von Erwärmung und Abkühlung seien die Blasen allmählich gewachsen.

2.) Der Feuchtigkeit, die durch die Randfugen eindringen ist, mißt das Berufungsgericht keine Bedeutung bei. Die in den Stauchungsfalten hochgedrückte Bitumenpappe hätte mit ihrer Dochtwirkung auch ohne die Durchlässigkeit der Randfugen früher oder später Blasen verursacht, wenn Feuchtigkeit unter den Asphaltbelag gelangt wäre. Dagegen hätte beim Fehlen der Blasenkeime durch die Randfugen eindringende Feuchtigkeit keine Blasen verursachen können. Die offenen Randfugen hätten deshalb nur zufällig an der Entstehung der Blasen mitgewirkt. Ihre Mitwirkung trete hinter der der Blasenkeime soweit zurück, daß ihnen als Nebenursache für die Entstehung des Schadens keine Bedeutung zukomme (§ 254 BGB). Daß die Blasenkeime die Voraussetzung für die Entstehung der Blasen gewesen seien, zeige der Verlauf der Blasenbildung entlang den Linien, an denen die Bitumenpappe der Fahrbahn und der Gehwege zusammengeklebt worden sei.

3.) Für die durch die Blasenkeime gesetzte Schadensursache ist nach Ansicht des Berufungsgerichts die Klägerin selbst verantwortlich. Der Obergutachter, Dipl.-Ing. Schulze, habe den überzeugenden Satz aufgestellt, daß es den Regeln der Baukunst widerspreche, wenn eine Isolierung

längere Zeit ungeschützt und offen liegen bleibe. Für die Ordnungsmäßigkeit der Isolierung sei aber die Klägerin als Isolierungsfirma allein verantwortlich.

4.) Ein Mitverschulden der Beklagten, das darin erblickt werden könne, daß sie den Asphalt aufgebracht habe, ohne für die Beseitigung einer erkennbaren Feuchtigkeit im Untergrund zu sorgen, verneint das Berufungsgericht.

II.

Die Revision ist begründet.

1.) Die Klägerin verlangt von der Beklagten Ersatz ihrer Aufwendungen für die Erneuerung des Asphaltbelags auf den Gehwegen. Das Berufungsgericht verneint einen Mangel am Werk der Beklagten, weil die Klägerin allein die Blasen im Asphalt dadurch verursacht habe, daß sie in und unter die Bitumenpappe Feuchtigkeit habe dringen lassen, die später die Blasenbildung im Asphalt bewirkt habe.

a) Mit der Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Ursache der Blasenbildung nicht in dem von der Beklagten verlegten Asphalt selbst, sondern in der in und unter die Bitumenpappe gedungenen Feuchtigkeit liegt, kann, was das Berufungsgericht nicht verkennt, die Fehlerhaftigkeit des von der Beklagten verlegten Asphalts noch nicht verneint werden. Auch ein ausschließlich durch die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmens verursachter Mangel eines Werks macht dieses selbst fehlerhaft im Sinne des § 633 BGB, wenn ein Fachmann den Mangel der Vorarbeit erkennen konnte (BGH in LM Nr. 3 zu § 633 BGB). Es kommt deshalb darauf an, ob ein die Regeln der Asphaltierung beherrschender Unternehmer festzustellen vermochte, daß sich aus der Beschaffenheit der von der Klägerin ver-

legten Bitumenpappe Mängel des Asphaltbelags ergeben konnten.

b) Eine dahingehende Prüfung ist in DIN 1966 Ziff. 14 vorgesehen. Nach dieser Bestimmung sollen Unterlagen für Asphaltbeläge vollständig rein, fest und trocken sein; der Auftragnehmer hat sie vor Ausführung seiner Arbeit zu prüfen und etwa vorgefundene Mängel dem Auftraggeber mitzuteilen. In dieser technischen Vorschrift kommt ein für die handwerksgerechte Erfüllung maßgebender Erfahrungssatz zum Ausdruck, nach dem sich die Beklagte zu richten hatte, auch ohne daß die Parteien im Vertrag diese DIN-Norm aufgeführt hatten. Die Prüfungspflicht der Beklagten ergab sich zudem aus dem Rechtsgedanken, daß ein Unternehmer, der auf fremder Vorarbeit aufbaut, sich vergewissern muß, ob sich aus der Vorarbeit möglicherweise Gefahren für sein Werk ergeben können (BGH LM Nr. 3 zu § 633 BGB; BGH in NJW 1960, 1813).

c) Diese Prüfungspflicht entfiel nicht deshalb, weil die Klägerin für die Ordnungsmäßigkeit der Isolierung verantwortlich war. Die Isolierung sollte verhindern, daß Feuchtigkeit in die Betondecke der Brücke eintrat; dagegen sollte sie, soviel ersichtlich, nicht dem von der Beklagten aufzutragenden Asphaltbelag dienen. Nach dem Vertrag war ursprünglich vorgesehen, daß der Gußasphalt unmittelbar auf der Betondecke der Brücke verlegt werden sollte. Daß die Klägerin hiervon abwich und den Asphalt auf die Bitumenpappe auftragen ließ, war zwar, wie das Berufungsgericht feststellt, für die Beklagte kein Anlaß zur Beanstandung, weil auch diese Arbeitsweise möglich ist. Die Prüfungspflicht der Beklagten erstreckte sich aber nunmehr auf die Geeignetheit der Bitumenpappe als Unterlage für den Asphaltbelag.

d) Ihrer Prüfungspflicht war die Beklagte auch nicht deshalb enthoben, weil die Klägerin ein Fachunternehmen für Isolierungsarbeiten ist. Daraus ergab sich noch nicht für die Beklagte, daß die Klägerin die Auswirkungen von in und unter der Bitumenpappe befindlicher Feuchtigkeit auf einen darauf aufgetragenen Asphaltbelag gekannt hat oder hätte kennen müssen. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, entfiel die Prüfungspflicht des Beklagten nicht.

e) Die Auffassung des Sachverständigen Dr. Rick, ein erfahrener Asphaltverleger hätte die Ungeeignetheit des Untergrundes an der Blasenbildung beim Auftragen des Asphalts erkennen müssen, lehnt das Berufungsgericht ab. Es folgt dem Sachverständigen Schulze, wonach der sich aus der Feuchtigkeit entwickelnde Dampf das zuvor auf die Bitumenpappe gelegte Natriumpapier nicht durchdringen konnte. Es meint weiter, die Leute der Beklagten hätten die mit der Oppanolfolie festverklebte Bitumenpappe, ohne sie und die Oppanolschicht zu beschädigen, nicht auf Feuchtigkeit untersuchen können.

In letzterer Hinsicht kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden. Es bleibt zu prüfen, ob die Beklagte als Fachunternehmen wissen mußte, daß in die Bitumenpappe eingedrungene Feuchtigkeit zur Blasenbildung im Asphaltbelag führen konnte. Bejahendenfalls hätte sie sich, als sie abweichend von dem Vertrag den Gußasphalt statt auf der Betondecke auf der Bitumenpappe aufzutragen hatte, vergewissern müssen, ob die Pappe als Grundlage geeignet war. Dazu gehörte zumindest, daß sie, um zu wissen, ob und in welchem Maße die Pappe Feuchtigkeit aufgenommen haben konnte, sich erkundigte, wie lange die Pappe offengelegen und welches Wetter während dieser Zeit geherrscht hatte. Falls sie die Pappe nicht auf ihren Feuchtigkeitsgehalt prüfen

zu können glaubte, ohne daß diese an den Probestellen beschädigt wurde, so mußte sie, entsprechend dem in § 4 Ziff. 3 VOB (B) enthaltenen Rechtsgedanken, die Klägerin hierauf aufmerksam machen und deren Entscheidung einholen (vgl. NJW 1960, 1813). Daß die Beklagte die Bitumenpappe überhaupt auf ihre Eignung als Unterlage für den aufzutragenden Asphalt zu prüfen versucht hat, ist nicht festgestellt. Wohl aber hat sie die Bitumenpappe, bevor sie den Asphalt auftrug, mit Natriumpapier abgedeckt und sich damit, was sie als Fachunternehmen wissen mußte, die Möglichkeit genommen, an aufsteigenden Blasen zu erkennen, ob die Bitumenpappe Feuchtigkeit enthielt.

2.) Unter vorstehendem Gesichtspunkt wird das Berufungsgericht den Sachverhalt erneut zu prüfen haben. Ergibt sich dabei, daß ein sachkundiger Asphaltverleger mit Feuchtigkeit in der Pappe rechnen und deren mögliche Auswirkungen auf den Asphaltbelag erkennen konnte, so war das Werk der Beklagten fehlerhaft.

3.) Der von der Klägerin erhobene Schadensersatzanspruch umfaßt die Kosten des neuen Asphaltbelags, den von ihr für das nochmalige Isolieren aufgewendeten Betrag und Anwaltskosten, die sie der Gemeinde E[REDACTED] auf Grund eines von dieser gegen sie erwirkten Versäumnisurteils erstattet hat. Sofern die neue Verhandlung ergibt, daß die Blasen im Asphalt in dem oben II 1 a erörterten Sinne als Mangel des vom Beklagten erstellten Werks zu gelten haben, so kann die Klägerin die Kosten des neuen Asphaltbelags schon auf Grund des § 633 Abs. 3 BGB beanspruchen. Die Anwaltskosten kann die Klägerin ersetzt verlangen, soweit sie durch ^{eine} positive Vertragsverletzung der Beklagten verursacht sind. Ob ein Anspruch auf Erstattung des für das nochmalige Isolieren aufgewendeten Betrags aus § 635 BGB oder ebenfalls auf dem rechtlichen Gesichtspunkt einer po-

sitiven Vertragsverletzung herzuleiten ist, kann offenbleiben, denn dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß auch ein Anspruch aus § 635 BGB nicht verjährt ist (vgl. BGH LM Nr. 7 zu § 638 BGB).

Hinsichtlich der Kosten der neuen Isolierung ist noch zu prüfen, was geschehen wäre, wenn die Beklagte die Klägerin auf die Feuchtigkeit in der Bitumenpappe hingewiesen hätte. Hätte die Bitumenpappe schon dann völlig erneuert werden müssen, so hat die Klägerin insoweit keinen von der Beklagten verursachten Schaden erlitten. Anders könnte es sein, wenn die Beklagte mit dem Auftragen des Asphalts in Verzug gewesen wäre und die Pappe während dieser Zeit die Feuchtigkeit aufgenommen hätte.

Eine Herabsetzung des Anspruchs der Klägerin kann die Beklagte gegebenenfalls nach § 254 BGB mit der Begründung verlangen, daß ein Verschulden der Klägerin an der Entstehung des Mangels mitgewirkt habe. Gegenüber einem Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB ergäbe sich die gleiche Folge aus § 242 BGB (BGH in Betrieb 1961, 569 = BB 1961, 430; VII ZR 61/63 vom 3. Dezember 1964; VII ZR 100/63 vom 4. Februar 1965). Dem gegenüber kann zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt werden, daß die Beklagte, was das Berufungsgericht unterstellt hat, die Randfugen nicht ver-

tragsgerecht ausgeführt hat und daß durch sie Feuchtigkeit unter den Asphalt gelangt ist, die die Blasenbildung verstärkt hat.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke