

IBRRS 2021, 2556

Entscheidung im Volltext

Bauvertrag

Asbestentsorgung ist zusätzlich zu vergüten!

Fundstellen: NJW 2021, 2369; NZBau 2021, 530

OLG Schleswig

Urteil

vom 12.03.2021

1 U 81/20

BGB §§ 133, 157, 241 Abs. 2, §§ 280, 281, 311 Abs. 2, § 642 Abs. 1

1. Welche Leistungen eines Werkunternehmers von einem Pauschalpreis umfasst sein sollen, ist durch Auslegung zu ermitteln. Bei der Auslegung sind sämtliche Vertragsunterlagen zu berücksichtigen. Es können auch die Regelungen in den VOB/C zu berücksichtigen sein.*)

2. Werden bei Abrissarbeiten Schadstoffe gefunden und ist der Abrissunternehmer nach dem Vertrag nicht verpflichtet, diese zu beseitigen, so ist der Auftraggeber i.S.d. § 642 Abs. 1 BGB verpflichtet, an der Beseitigung der Schadstoffe mitzuwirken, indem er den Abrissunternehmer oder einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung beauftragt.*)

OLG Schleswig, Urteil vom 12.03.2021 - 1 U 81/20

vorhergehend:

LG Itzehoe, 24.08.2020 - 2 O 418/18

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Itzehoe vom 24.08.2020 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen der Nichterfüllung eines Vertrages über den Abriss eines Gebäudes.

Die Klägerin wollte ein Gebäude abreißen lassen. Am 27.07.2015 besichtigten der Geschäftsführer der Beklagten und ein Mitarbeiter der Klägerin das Erdgeschoss des Gebäudes. Das Obergeschoss war verschlossen und konnte nicht betreten werden. Unter dem 29.07.2015 übersandte die Beklagte der Klägerin ein Angebot über Abbrucharbeiten. In dem Angebot war eine Alternativposition

aufgeführt, nach der das Haus durch einen Sachverständigen begutachtet und bei größeren Schadstoffunden gegebenenfalls ein Nachtragsangebot erstellt werden sollte. In der Folgezeit gab es einen telefonischen Kontakt zwischen den Parteien, bei dem der Mitarbeiter der Klägerin jedenfalls erklärte, die Alternativposition solle nicht in Auftrag gegeben werden. Unter dem 10.11.2015 beauftragte die Klägerin die Beklagte unter Beifügung ihrer Vertragsbedingungen mit den Abrissarbeiten für pauschal 17.500,00 Euro. Dieses Angebot nahm die Beklagte am 11.11.2015 an.

Die Beklagte erhielt in der ersten Novemberwoche 2015 Zugang zu dem abzureißenden Haus. Im Obergeschoss fand sie zu einem streitigen Zeitpunkt auf ca. 120 m² Bodenbelag und Kleber vor, die nach dem Prüfbericht der A. vom 13.11.2015 (Anlage B 1, AB) Asbest enthielten. Unter dem 13.11.2015 übersandte die Beklagte der Klägerin ein Nachtragsangebot wegen der Asbestbeseitigung. Die Klägerin lehnte eine Auftragserteilung ab und forderte die Beklagte zur Fortsetzung der Abbrucharbeiten auf. Mit Schreiben vom 24.11.2015 forderte die Beklagte die Klägerin auf, entweder durch einen Auftrag an sie oder an ein Drittunternehmen für eine Asbestfreiheit zu sorgen.

Die Klägerin ließ die Beklagte durch Anwaltsschreiben vom 03.12.2015 zur Wiederaufnahme der Arbeiten auffordern und drohte sonst die Entziehung des Auftrages an. Mit Schreiben vom 21.12.2015 entzog sie der Beklagten den Auftrag.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe bereits vor Vertragsschluss gewusst, dass der Boden im Obergeschoss asbestbelastet gewesen sei. Die untersuchte Probe sei bereits vor dem 10.11.2015 im Labor eingegangen.

Der im Nachtragsangebot vom 13.11.2015 verlangte Preis sei überhöht gewesen. Sachgerecht sei ein Preis von 2.000,00 Euro für die Asbestbeseitigung gewesen.

Sie habe nach der Entziehung des Auftrags einen Ersatzunternehmer beauftragt, mit dem sie einen Pauschalpreis von 21.000,00 Euro netto vereinbart habe. Diesen Werklohn habe sie gezahlt.

Die Klägerin hat Mehrkosten in Höhe von 4.165,00 Euro brutto sowie Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.100,51 Euro, zusammen 5.265,51 Euro, nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Die Beklagte hat behauptet, die Probe vom Fußbodenbelag sei am 13.11.2015 genommen worden.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der näheren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Schadensersatz zu, weil ihr kein wichtiger Grund für die Kündigung des Vertrages zur Verfügung gestanden habe. Die Beklagte habe die Leistung nicht unberechtigt verweigert. Sie sei nach den Regeln des Vertrages nicht verpflichtet gewesen, den Asbest ohne zusätzliche Vergütung zu beseitigen. Der Geschäftsführer der Beklagten habe auch nicht schuldhaft gehandelt, weil er das Gebäude besichtigt habe, soweit es ihm zugänglich gemacht worden sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingereichte und begründete Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die geringfügige Belastung mit Asbest sei von dem Vertrag umfasst gewesen. Bei einem Globalpauschalvertrag würden Mehr- und Minderleistungen oder Erschwernisse nicht ausgeglichen.

Sie habe die angebotene Alternativposition nicht beauftragt. Damit sei die Beklagte verpflichtet

gewesen, das Gebäude wie es stehe abzureißen. Die Beklagte habe auf eine eingehendere Besichtigung verzichtet und damit das Risiko bewusst übernommen. Sie habe auch nach der Übergabe des Gebäudes keine Besichtigung durchgeführt, sondern sofort mit dem Abriss begonnen. Damit habe sie bestätigt, dass sie das Gebäude wie vorhanden abreißen werde. Es habe keine Zusatzleistung gegeben, da aufgrund der Bauzeit des Gebäudes mit Asbest zu rechnen gewesen sei. Es werde bestritten, dass die Beklagte von einer Schadstofffreiheit des Gebäudes ausgegangen und das Grundlage ihres Angebots gewesen sei.

Der Beklagten habe nach Treu und Glauben kein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden. Sie habe für die Asbestbeseitigung 8.018,22 Euro brutto geltend gemacht, der Ersatzunternehmer dagegen nur 2.380,00 Euro brutto. Die Entsorgungskosten hätten nur bei 160,00 Euro gelegen. Das sei noch innerhalb der Opfergrenze.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin bleibt in der Sache erfolglos.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch nach §§ **280** Abs. 1, **281** Abs. 1 BGB zu, weil sie nicht nach § **323** Abs. 1 BGB wirksam von dem Vertrag zwischen den Parteien zurückgetreten ist. Die Beklagte ist nicht mit ihren Leistungen in Verzug geraten.

Der Werkunternehmer gerät nicht in Verzug, solange der Besteller einer Mitwirkungspflicht im Sinne von § **642** Abs. 1 BGB nicht nachkommt (BGH, **NJW 1996, 1745**, 1746; MK-BGB/Busche, 8. Auflage, § 642, Rn. 19). Der Klägerin oblag eine Mitwirkungspflicht, indem sie nach Ziff. 3.3 DIN 18299 an der Festlegung von Maßnahmen mitwirken musste, um den festgestellten Asbest zu beseitigen. Solange der Fußboden im Obergeschoss asbestbelastet war, konnte die Beklagte ihre Abbruchleistungen nicht erbringen, da die Beseitigung des Asbests besondere Maßnahmen zum Schutz der Umwelt und der Arbeitnehmer erforderte. Die Klägerin hätte entweder die Beklagte oder ein anderes Unternehmen mit der Beseitigung des Asbests beauftragen müssen.

Die Klägerin ist ihrerseits in Annahmeverzug geraten. Kommt der Besteller einer Mitwirkungspflicht nicht nach, reicht es zur Auslösung des Annahmeverzuges aus, wenn der Werkunternehmer seine Leistung konkludent anbietet (BGH, Urteil vom 19.12.2002, **VII ZR 440/01**, Rn. 13). Die Beklagte hat mit Schreiben vom 24.11.2015 (Anlage B 2, AB) zu erkennen gegeben, dass sie die Arbeiten fortsetzen werde, wenn der Asbest beseitigt sei. Das reicht als wörtliches Angebot nach § **295** BGB aus.

a) Die Beklagte war nicht aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages vom 10./11.11.2015 verpflichtet, den Asbest zu beseitigen. Dies ergibt sich aus der Auslegung des Vertrages, wie das Landgericht zutreffend und mit zutreffender Begründung entschieden hat.

Die Parteien haben hinsichtlich des Abrisses des Gebäudes einen Global-Pauschalvertrag geschlossen. Das ergibt sich jedenfalls daraus, dass unter Pos. 10 des Angebots der Klägerin vom 29.07.2015, das dem Vertrag zugrunde lag, die Leistungen zum Rückbau des Wohnhauses nicht im Einzelnen beschrieben sind. Es findet sich nur eine grobe Beschreibung der Teile des Gebäudes, die abgebrochen werden sollen, sowie der Behandlung des Abbruchmaterials. Es handelt sich so um eine ohne detaillierte Baubeschreibung global beschriebene Leistung zu einem Pauschalpreis (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage, Rn. 1468).

Welche Leistungen von einer Pauschalierung umfasst sind, ist durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln (BGH, Urteil vom 30.06.2011, **VII ZR 13/10**, Rn. 12). Bei der Auslegung sind alle

Vertragsunterlagen zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.07.2011, **21 U 76/09**; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage, Rn. 1477).

Die von der Klägerin angebotene Alternativposition, nach der das Gebäude sachverständig zu begutachten und bei dem Fund größerer Schadstoffmengen ein Nachtrag zu stellen gewesen wäre, machte deutlich, dass die von der Klägerin angebotenen Leistungen die Beseitigung größerer Schadstoffmengen nicht umfasste. Das war auch für die Klägerin erkennbar. Dieses Angebot war Grundlage für den von der Klägerin erteilten Auftrag vom 10./11.11.2015 (Anlage K 2, AB), so dass es nicht darauf ankommt, dass das geänderte Angebot vom 31.07.2015 (Anlage B 5, AB) diese Alternativposition nicht mehr enthielt und ob dieses geänderte Angebot die Klägerin erreicht hat.

Zu Recht hat das Landgericht auch die Regelungen in Ziff. 0.1.14, 3.3 und 4.2.1 DIN 18299 als Teil der VOB/C herangezogen, nach denen der Bauherr die Schadstoffbelastung des abzubrechenden Gebäudes zu klären hat und die Beseitigung von Schadstoffen eine besondere, zu vergütende Leistung darstellt. Das unterstreicht, dass ohne besondere Vereinbarung der Abbruch eines Gebäudes zusätzlichen Aufwand für die Beseitigung von Schadstoffen nicht umfasst.

Ohne Bedeutung ist, dass die Klägerin die Alternativposition nicht in Auftrag gegeben hat. Daraus folgt nur, dass nach der Vereinbarung zwischen den Parteien das Gebäude nicht sachverständig begutachtet werden sollte. Daraus folgt jedoch keine Erweiterung des zu dem angebotenen Preis angebotenen Leistungsumfangs dahin, dass die Beklagte nunmehr die Beseitigung etwa doch festgestellter Schadstoffe ohne besondere Vergütung übernehmen wollte.

Ohne Bedeutung ist auch, ob die Beklagte die Belastung des Gebäudes mit Asbest hätte erkennen können und ob sie bewusst auf eine vollständige Besichtigung des Gebäudes verzichtet hat. Sie hat dadurch für die Klägerin erkennbar nicht das Risiko einer Schadstoffbelastung übernommen. Denn dem Mitarbeiter der Klägerin, der an der Besichtigung des Grundstücks beteiligt war, war bekannt, dass der Geschäftsführer der Beklagten vor der Abgabe des Angebots das Gebäude nicht vollständig besichtigen konnte. Ferner wurde durch das Angebot einer etwaigen Begutachtung durch einen Sachverständigen deutlich, dass die Beklagte nicht sicher davon ausging, dass in dem Gebäude keine Schadstoffe vorhanden seien. Aufgrund dieser Umstände konnte die Klägerin nicht davon ausgehen, dass die Beklagte das Risiko eines Schadstofffundes übernehmen wollte.

Bei dem Asbestfund handelte es sich schließlich auch um einen größeren Schadstofffund im Sinne des Angebots der Beklagten. Die Größe wird dabei nicht nur durch die Menge des kontaminierten Materials bestimmt, sondern auch durch die Größe der betroffenen Fläche. Denn für diese Fläche muss ein Schutz der Umwelt und der Mitarbeiter bei der Entfernung der Schadstoffe vorgesehen werden, etwa durch eine luftdichte Abschirmung. Nach der Aussage des Zeugen B. (Protokoll vom 27.07.2020, S. 2, Bl. 154 d. A.) wurden etwa zwei Tonnen Asbest entsorgt, was bereits eine erhebliche Menge darstellt. Ferner befand sich die Kontamination auf einer Fläche von 120 qm, was eine erhebliche zu schützende Fläche darstellt.

b) Aus Ziff. 1. der Vertragsbedingungen der Klägerin folgt nicht, dass die Beklagte zur Schadstoffbeseitigung verpflichtet gewesen wäre. Die Regelung enthält nur für einen Global-Pauschalvertrag Selbstverständliches. Es ist selbstverständlich, dass der vereinbarte Pauschalpreis für die gesamte Bauzeit gilt. Ebenso ist selbstverständlich, dass er sämtliche zur Herstellung des Vertragsgegenstandes erforderlichen Leistungen und Nebenleistungen enthält. Abgesehen davon, ob der Begriff "Herstellung eines Vertragsgegenstandes" auf eine Abbruchleistung angewendet werden kann, ist damit jedenfalls noch nicht festgelegt, was Vertragsgegenstand ist. Das folgt, wie dargelegt, aus der Auslegung der Vertragsunterlagen. Durch die Bezugnahme auf das Leistungsverzeichnis, das für Art und Umfang der Leistung maßgebend sein soll, wird eben dies verdeutlicht.

Im Übrigen hat das Landgericht zutreffend entschieden, dass die Klausel nach dem Verständnis, dass die Klägerin ihr beimisst, nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam wäre. Sie würde dann zum Ausschluss jeglicher Forderungen trotz Änderung der vereinbarten Leistung führen. Ein solcher Ausschluss von Nachforderungen stellt eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar (BGH, Urteil vom 05.06.1997, VII ZR 54/96; OLG Hamburg, ZfBR 1998, 35, 36 f.).

c) Die Beklagte war nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB daran gehindert, sich darauf zu berufen, dass die Klägerin durch Erteilung eines Auftrags an der Beseitigung des Asbests mitwirken musste. Es kommt dabei nicht darauf an, ob das Angebot der Beklagten überhöht war. Denn die Klägerin war keineswegs gezwungen, dieses Angebot anzunehmen. Sie hätte vielmehr auch ein anderes Unternehmen mit der Asbestbeseitigung beauftragen und danach das Gebäude asbestfrei an die Beklagte übergeben können. Genau das hat die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 24.11.2015 (Anlage B 2, AB) vorgeschlagen.

Im Übrigen folgt aus dem Vergleich mit dem von dem Zeugen S. geforderten Preis nicht, dass das Angebot der Beklagten überhöht war. Die Beklagte hat im Angebot vom 13.11.2015 (Anlage K 3, AB) im einzelnen aufgeführt, welche Leistungen zur Sicherung der Baustellen und zur Entfernung des Asbests notwendig seien. Welche Leistungen der Zeuge B. im einzelnen erbracht hat, ist unklar, weil er in seinem Angebot die Leistung nur pauschal beschrieben hat (Anlage K 7, AB). Soweit die Leistungen vergleichbar waren, erscheint das Angebot der Beklagten nicht überteuert. So hat der Zeuge B. bekundet, dass für die Deponierung des kontaminierten Schutts 80,00 Euro je Tonne, insgesamt 160,00 Euro angefallen seien. Die Beklagte hat unter Pos. 7 des Angebots vom 13.11.2015 einen Preis von 400,00 Euro netto angeboten, wobei aber zusätzlich der Transport des Materials umfasst war.

2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung einer Nebenpflicht zu. Das Landgericht hat zu Recht entschieden, dass die Beklagte die Asbestbelastung des Gebäudes nicht fahrlässig verkannt hat. Das gilt auch unter Berücksichtigung der Ziff 3. der Vertragsbedingungen der Klägerin.

Ziff. 3. der Vertragsbedingungen verpflichtet den Auftragnehmer, sich vor Abgabe des Angebots und Vertragsschluss von den Verhältnissen auf der Baustelle und allen Umständen, die auf die Preisbildung Einfluss haben können, zu unterrichten. Das hat der Geschäftsführer der Beklagten getan, indem er das Grundstück und das Gebäude besichtigt hat, soweit ihm das möglich war. Der Zutritt zu den Räumen, in denen später die Asbestbelastung festgestellt wurde, ist ihm unstreitig von der Klägerin nicht ermöglicht worden. Das war dem Mitarbeiter der Klägerin bekannt.

Der Klägerin war daher bekannt, dass das Angebot der Klägerin vom 29.07.2015 nur auf der beschränkten Besichtigung des Gebäudes beruhte. Das galt auch noch zur Zeit des Vertragsschlusses, da der Beklagten auch bis dahin eine Besichtigung des gesamten Gebäudes nicht ermöglicht worden war. Soweit ihr bereits vor Abschluss der Preisvereinbarung Zutritt zu dem Gebäude ermöglicht worden ist, damit sie ihre Arbeiten beginnen konnte, ändert das nichts. Denn zu diesem Zeitpunkt war zwischen den Parteien klar, dass die Beklagte die Abbruchleistungen erbringen sollte. Nach dem unstreitigen Vortrag der Klägerin wurde nur noch über die Höhe eines Pauschalpreises verhandelt.

Soweit die Klägerin meint, der Geschäftsführer der Beklagten habe treuwidrig gehandelt, weil er auf eine Gesamtbesichtigung bestehen müssen, ist das widersprüchlich. Die Klägerin kann sich nur soweit auf eine Besichtigungspflicht berufen, wie sie die Besichtigung ermöglicht.

Eine Fahrlässigkeit des Geschäftsführers der Beklagten folgt auch nicht daraus, dass aufgrund des

Baujahres des Gebäudes möglicherweise erkennbar gewesen wäre, dass eine Asbestbelastung vorliegen könnte. Ohne die Besichtigung des gesamten Gebäudes konnten dazu keine gesicherten Annahmen getroffen werden. Denn es war nicht ausgeschlossen, dass trotz der Bauzeit entweder keine asbesthaltigen Materialien verwendet worden oder diese im Zuge späterer Renovierungsarbeiten entfernt worden waren. Gerade für einen Fußbodenbelag wäre dies etwa 50 Jahre nach der Bauzeit nicht ungewöhnlich gewesen.

Hinzukommt, dass der Klägerin aufgrund des Angebots der Beklagten bekannt war, dass diese keine Annahmen zu einer Schadstoffbelastung oder dem Fehlen einer Schadstoffbelastung getroffen hatte. Denn sie empfahl gerade die Einholung eines Sachverständigengutachtens darüber.

3. Eine Haftung der Beklagten folgt auch nicht aus §§ **280** Abs. 1, **311** Abs. 2 Nr. 1, **241** Abs. 2 BGB. Die Beklagte hat nicht gegen eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verstoßen, indem sie die Klägerin nicht auf eine Asbestbelastung des abzureißenden Gebäudes und dadurch entstehende Mehrkosten hingewiesen hat. Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass der Beklagten die Asbestbelastung vor Abschluss des Vertrages am 10./11.11.2015 bekannt war.

Die Klägerin hatte bereits erstinstanzlich einen Mitarbeiter des Labors als Zeugen für ihre Behauptung benannt, die Probe sei vor dem 10.11.2015 eingegangen. Diesem Beweisantritt hätte das Landgericht nachgehen müssen. Der Senat hat dazu einen Zeugen vernommen, der von der Klägerin neu benannt worden ist. Dieser neue Beweisantritt war nach § **531** Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen, weil sich erst nach der Ladung des zunächst benannten Zeugen herausstellte, dass dieser zu dem Thema nichts sagen konnte.

Der von der Klägerin benannte Zeuge C. hat bekundet (Prot. v. 19.02.2021, S. 2 f., Bl. 317 f. d. A.), nach den ihm vorliegenden Unterlagen sei die Probe am 13.11.2015 im Labor eingegangen. Die Untersuchung dauere je Teilprobe fünf bis fünfzehn Minuten. Das Labor habe sich bemüht, in eilbedürftigen Fällen die Proben schnell zu bearbeiten.

Ohnehin hätte die Klägerin nur dann ein Schaden erlitten, wenn sie bei frühzeitiger Kenntnis der Asbestbelastung und der von der Beklagten verlangten zusätzlichen Vergütung den Abbruch zu einem geringeren Betrag als den mit dem Zeugen S. vereinbarten 21.000,00 Euro netto hätte vergeben können.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § **97** Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ **708** Nr. 10, **713** ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht angezeigt, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ **543** Abs. 2 ZPO). Es handelt sich um eine Entscheidung im Einzelfall. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind geklärt.