
Datum: 02.12.2003
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 O 63 / 99
ECLI: ECLI:DE:LGK:2003:1202.5O63.99.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits - einschließlich des
Berufungsverfahrens 22 U 244/99 - trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu
vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Sicherheitsleistung kann auch durch selbstschuldnerische
Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen
Kreditinstitutes erbracht werden.

Tatbestand:

1

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn aufgrund von
Straßenbauarbeiten. Unter dem 18.12.1992 / 06.01.1993 erhielt die Klägerin den Auftrag zur
Sanierung eines bestimmten Abschnitts der BAB A 61 durch Einbau neuer bituminöser
Decken. Grundlage des Auftrages waren unter anderem die VOB/B und zusätzliche
technische Vertragsbedingungen, insbesondere die ZTV-Stra 88. Nach Fertigstellung und
Abnahme legte die Klägerin Schlußrechnung, aus der ein nach Grund und Höhe unstreitiger
Restbetrag von 308.982,38 DM (=157.980,18 €) offen ist.

2

Mit Schreiben vom 09.02.1993 teilte die Klägerin der Beklagten das Ergebnis eines von ihr in
Auftrag gegebenen Privatgutachtens des Sachverständigen Dr. M mit, wonach das in Auftrag
gegebene Mischgut mit einem Bitumenanteil von 7,0 % „zu fett„ erscheine. Sie erklärte
weiter, wenn das Gemisch nicht geändert werde, sei bei extremem Spurverkehr „während der
Bauphase„ mit Spurrinnenbildung zu rechnen. Die Beklagte erwiderte hierauf unter dem
11.02.1993, die vorgelegten Prüfzeugnisse für das alte Gemisch entsprächen den

3

einschlägigen technischen Vorschriften. Gegebenenfalls möge die Klägerin die Eignungsprüfung überarbeiten und neu einreichen. Mit Schreiben vom gleichen Datum bat die Klägerin um abschließende Stellungnahme. Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 19.02.1993, die bisherigen Mischungen seien laut Prüfzeugnis in Ordnung; sie hätten sich auch bei früheren Baumaßnahmen bewährt. Die von Dr. M vorgeschlagene abweichende Mischung sei dagegen problematisch. Die Klägerin baute dann die ursprünglich vorgesehene Asphaltmischung - zum Teil unter Ausnutzung eines bestehenden Toleranzwertes von +/- 0,3 Vol.-% an Bindemitteln - ein. Die Arbeiten wurden am 18.11.1993 abgenommen; den Zeitpunkt des Ablaufes der Gewährleistungsfrist setzten die Parteien im Abnahmeprotokoll auf den 18.11.1997 fest.

In der Folgezeit traten in beiden Fahrtrichtungen Spurrinnen im Bereich der rechten Fahrspur auf. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 09.10.1995 eine Mängelrüge für eine Teilstrecke unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ausgesprochen hatte und die Klägerin diese am 30.10.1995 verweigert hatte, ließ die Beklagte die Deckschicht der Fahrbahn in einem Teilbereich erneuern, wofür sie insgesamt 135.078,41 DM aufzuwenden hatte. Umgerechnet betrugen die Kosten etwa 108,-- DM pro Meter erneuerter Fahrbahn. Mit Schreiben vom 03.11.1997 erfolgte eine Mängelrüge für den gesamten Baubereich mit Ausnahme des bereits erneuerten Teils. Bei einer Begehung am 14.11.1997 durch Vertreter der Klägerin und der Beklagten wurden sanierungsbedürftige Spurrinnen in genauer bezeichneten Teilbereichen von insgesamt 4.200 m Länge festgestellt. 4

Die Klägerin behauptet, die aufgetretenen Spurrinnen seien auf die von der Beklagten vorgegebene Mischgutzusammensetzung zurückzuführen. Sie ist der Ansicht, sie habe mit dem Hinweis auf die unzureichende Verformungsbeständigkeit im Schreiben vom 09.02.1993 rechtzeitig Bedenken gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B angemeldet, so daß sie gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B von der Gewährleistung frei sei. Im Hinblick auf die nach der Begehung vom 14.11.1997 von der Beklagten behaupteten Spurrinnen erhebt sie zudem die Einrede der Verjährung. 5

Die Klägerin beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an sie 157.980,18 € nebst 9,75 % Zinsen seit dem 22.02.1997 zu zahlen. 7

Die Beklagte beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Sie behauptet, die aufgetretenen Spurrinnen seien auf Verarbeitungsfehler der Klägerin zurückzuführen. Die ausgeschriebene Mischgutzusammensetzung sei für das Auftreten der Rinnen dagegen nicht kausal. Im übrigen seien die Schreiben der Klägerin bereits deshalb nicht von Bedeutung, weil sie sich nur auf etwaige Schäden während der Bauphase und nicht auf die tatsächlich später in der Zeit des normalen Autobahnverkehrs eingetretenen Spurrinnen bezogen hätten. 10

Die Beklagte behauptet weiter, bei einer weiteren Begehung der von der Klägerin bearbeiteten Strecke habe sie festgestellt, daß sich die Gesamtstrecke mit Spurrinnen auf 5.250 m erhöht habe. 11

Sie erklärt die Aufrechnung gegenüber der Klageforderung mit den entstandenen Sanierungskosten in Höhe von 135.078,41 DM und einem erstrangigen Teilbetrag von 12

173.903,59 DM des Vorschußanspruches für die Beseitigung der noch vorhandenen Spurrinnen.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.	13
Die Kammer hat die Klage durch Urteil vom 7.9.1999 abgewiesen. Durch Urteil des OLG Köln vom 9.5.2000(22 U 244/99) wurde das Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die genannten Urteile verwiesen.	14
Die Akten LG Köln 15 OH 7/98 waren zu Beweis Zwecken beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	15
Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß den Beschlüssen vom 10.04.2001 und 25.07.2002. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Gutachten des Sachverständigen N vom 02.07.2002 und des Sachverständigen O vom 19.03.2003 Bezug genommen.	16
Entscheidungsgründe:	17
Die Klage ist unbegründet.	18
Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung des eingeklagten Betrages aus §§ 631 Abs. 1 BGB, 2 VOB/B, denn der unstreitige Restwerklohnanspruch ist durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung gemäß § 389 BGB erloschen. Die Beklagte kann mit einem Kostenerstattungsanspruch in Höhe von 135.078,41 DM aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B sowie einem erstrangigen Teilbetrag des weitergehenden Vorschußanspruches in Höhe des verbliebenen Werklohns aufrechnen.	19
Die Spurrinnen stellen einen Mangel der Werkleistung im Sinne von § 13 Nr. 1 VOB/B dar. Ein Mangel liegt vor, wenn die Tauglichkeit des Werkes zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten oder zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufgehoben oder nicht unerheblich gemindert ist. Es kann offen bleiben, ob die Parteien vereinbart haben, daß keine Spurrinnen auftreten dürfen. Schon der gewöhnliche Gebrauch einer erneuerten Fahrbahndecke wird durch Spurrinnen gemindert. Unter gewöhnlichen Umständen ist nicht mit dem Auftreten von Spurrinnen innerhalb einer kurzen Zeit nach der Erneuerung der Fahrbahndecke zu rechnen. Es kommt nicht darauf an, ob die Klägerin die Spurrinnen durch Verarbeitungsfehler verursacht hat, denn der Auftragnehmer schuldet als Erfolg die Ablieferung eines mangelfreien Werkes, wobei es auch auf ein Verschulden nicht ankommt.	20
Die Annahme eines Mangels entfällt auch nicht deshalb, weil das Werk bei der Abnahme noch keine Spurrinnen aufwies. Zwar kommt es nach dem Wortlaut des § 13 Nr. 1 VOB/B grundsätzlich auf diesen Zeitpunkt an, der Auftragnehmer schuldet jedoch ein dauerhaft mängelfreies Werk (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rdnr. 1454 m.w.N.). Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn er bei der Abnahme sozusagen bereits „im Keim“ vorhanden ist (Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 13 Rdnr. 110).	21
Die Klägerin ist auch nicht nach § 13 Nr. 3 VOB/B von ihrer Gewährleistungspflicht frei geworden. Dabei kann es dahinstehen, ob die Anmeldung von Bedenken gegen die vorgeschriebene Mischgutzusammensetzung inhaltlich ausreichend war und wie diese - nur für die Bauphase oder auch für den nachfolgenden Normalbetrieb - zu verstehen war.	22
Der Klägerin ist der ihr obliegende Nachweis nicht gelungen, daß der Mangel unter Beachtung des von ihr unterbreiteten Alternativvorschlages nicht aufgetreten wäre.	23

- In seinem sorgfältig ausgearbeiteten und überzeugend begründeten Gutachten ist der Sachverständige O zunächst zu dem Ergebnis gekommen, daß die Vorgaben der Beklagten bezüglich der Mischgutzusammensetzung, insbesondere der Vorgabe eines Mindestanteils des Binders (Bitumen B 65) von 7 %, ursächlich waren für die Entstehung der Spurrinnen. Er hat eigene Versuche unternommen und dabei festgestellt, daß Mischungen mit einem Bindemittelgehalt von mehr als 6,8 % ausgesprochen kritisch seien. 24
- Dies allein entlastet die Klägerin im Rahmen des § 13 Nr. 3 VOB/B indessen nicht. Wie der Sachverständige O ebenfalls überzeugend und im übrigen von der Klägerin unbeanstandet festgestellt hat, lag auch ihr Vorschlag, den Bindemittelgehalt auf 6,8 % herabzusetzen (zuzüglich der unstreitigen Toleranzbreite von +/- 0,3 %, also von 6,5 bis 7,1 %) ebenfalls zumindest im latent gefährlichen bzw. zum Teil im ausgeprägt kritischen Bereich. 25
- Zwar ist der Auftraggeber nach dem Wortlaut des § 13 Nr. 3 VOB/B, der auf § 4 Nr. 3 VOB/B verweist, grundsätzlich nur verpflichtet, auf Bedenken hinzuweisen. Dagegen muß er keine Alternativvorschläge unterbreiten (vgl. Ingenstau/Korbion, aaO, B § 4 Nr. 3 Rdnr. 244). Weist der Auftraggeber daraufhin den Auftragnehmer an, die Arbeiten entsprechend dem bisherigen Vertragsinhalt durchzuführen, so ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Leistung in der angeordneten Art und Weise auszuführen, ist von einer Haftung für spätere Schäden allerdings befreit (Ingenstau/Korbion aaO, Rdnr. 259 m.w.N.). 26
- Diese Haftungsfreistellung kann jedoch nur dann eingreifen, wenn unterstellt wird, die Arbeit des Auftragnehmers wäre ohne die entsprechende Weisung des Auftraggebers vertragsgerecht ausgeführt worden. Wäre - wie es vorliegend anzunehmen ist - der gleiche Mangel auch bei der vom Auftragnehmer alternativ vorgeschlagenen Ausführung aufgetreten, muß ihm die Berufung auf § 4 Nr. 3 VOB/B verwehrt bleiben. Dabei kommt es nicht darauf an, daß keine Verpflichtung zu Alternativvorschlägen besteht. Selbst wenn dies als rechtlich unverbindlich angesehen wird, ist jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, daß der Auftragnehmer ohne die Weisung entsprechend seinem Vorschlag gearbeitet hätte. 27
- Die Beklagte hat die Klägerin am 09.10.1995 unter Fristsetzung zur Beseitigung der Spurrinnen, die in einem Teilbereich der erneuerten Fahrbahndecke aufgetreten waren, aufgefordert. Es kann dahinstehen, ob die von der Beklagten gesetzte Frist ausreichend bemessen war. Die Klägerin hat die Mängelbeseitigung nämlich am 30.10.1995 endgültig abgelehnt. Die Aufforderung erfolgte nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B auch innerhalb der Verjährungsfrist, die unstreitig am 18.11.1997 ablief. 28
- Die Beklagte kann neben den unstreitig bereits entstandenen Sanierungskosten mit einem erstrangigen Teilbetrag eines Kostenvorschußanspruchs in Höhe von 173.903,59 DM aufrechnen. Der Auftraggeber ist berechtigt, vor Beseitigung der Mängel im Wege der Ersatzvornahme die dazu erforderlichen Kosten vom Auftragnehmer als Vorschuß zu verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B vorliegen (Werner/Pastor, aaO, Rdnr. 1587; Ingenstau/Korbion, aaO, B § 13, Rdnr. 551). Die Beklagte forderte die Klägerin am 03.11.1997 nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B zur Mängelbeseitigung im gesamten Baubereich mit Ausnahme des Teils auf, in dem Spurrinnen bereits im Wege der Ersatzvornahme beseitigt worden waren. Die Aufforderung erfolgte vor Ablauf der Verjährungsfrist, und die Klägerin lehnte die Beseitigung ab. Bei der Begehung am 14.11.1997 wurden unstreitig Spurrinnen auf einer Gesamtstreckenlänge von 4.200 m festgestellt. Ob danach noch weitere Spurrinnen aufgetreten sind und ob diesbezügliche Gewährleistungsansprüche verjährt sind, ist nicht entscheidungserheblich. Unter Zugrundelegung von Kosten in Höhe von umgerechnet 108,-- DM pro Meter erneuerter Fahrbahn, die denjenigen der durchgeführten Ersatzvornahme entsprechen, ergibt sich 29

bereits ein Vorschußanspruch für die 4.200 m in Höhe von 453.600,-- DM.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 709 ZPO.

30

Streitwert: 157.980,18 €

31