
Datum: 09.05.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 244/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0509.22U244.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 63/99

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 7. September 1999 verkündete Urteil der 5. Zivil-kammer des Landgerichts Köln - 5 O 63/99 - aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen.

Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung restlichen Werklohns für Bauarbeiten zur Sanierung der Fahrbahnen an einem Abschnitt der Bundesautobahn A .. (Einzelheiten: Klageschrift S. 2 und 3). Die Restforderung von knapp 309.000,00 DM ist als solche nach Grund und Höhe zwischen den Parteien nicht im Streit. Gegenstand des Prozesses ist die Frage, ob der Beklagten wegen später auf mehreren Fahrbahnabschnitten aufgetretener Spurrillen Gewährleistungsansprüche zustehen.

2

Grundlage des Auftrages vom 18.12.1992/06.01.1993 (Anlage K 1, Bl. 11 ff. des Anlagenheftes) waren u. a. die VOB und zusätzliche technische Vertragsbedingungen (Einzelheiten Bl. 38 im Anlagenheft), insbesondere die ZTV-Stra 88 (Bl. 49 ff. des Anlagenheftes).

3

Die nach Abschnitt 1.2 dieser letztgenannten ZTV erforderlichen Prüfzeugnisse für das einzubauende Baustoffgemisch legte die Klägerin der Beklagten vor. Außerdem beauftragte sie ihren Privatgutachter Dr. L. mit der Überprüfung des Gemisches. Dieser legte unter dem 22. Januar 1993 ein Privatgutachten vor (Bl. 91 ff. des Anlagenheftes), in dem er u. a. ausführte, das vorgesehene Mischgut mit einem Bitumenanteil von 7,0 Vol% erscheine zu

4

fett. Daraufhin erklärte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 9. Februar 1993 (Anlage K5, Bl. 89 AH), wenn das Gemisch nicht geändert werde, sei mit Spurrillenbildung "während der Bauphase" zu rechnen. Die Beklagte erwiderte unter dem 11. Februar 1993, die vorgelegten Prüfzeugnisse für das alte Gemisch entsprächen der einschlägigen technischen Vorschrift. Gegebenenfalls möge die Klägerin die Eignungsprüfung überarbeiten und neu einreichen (Anlage K6, Bl. 94 AH). Mit Schreiben vom gleichen Datum bat die Klägerin um abschließende Stellungnahme (Anlage K7, Bl. 95 AH). Daraufhin erklärte die Beklagte unter dem 19. Februar 1993, die bisherigen Mischungen seien laut Prüfzeugnis in Ordnung; sie hätten sich auch bei früheren Baumaßnahmen bewährt. Die von Dr. L. vorgeschlagene abweichende Mischung sei dagegen problematisch (Anlage K8, Bl. 96 AH). Die Klägerin baute dann die ursprünglich vorgesehene Asphaltmischung ein - zum Teil unter Ausnutzung eines bestehenden Toleranzwertes von +/- 0,3 Vol% an Bindemitteln. Die Arbeiten wurden am 18. November 1993 abgenommen; den Zeitpunkt des Ablaufes der Gewährleistungsfrist setzten die Parteien im Abnahmeprotokoll auf den 18. November 1997 fest (Anlage B1, Bl. 97 ff. und 99 d. AH).

In der Folgezeit traten in mehreren Teilbereichen des von der Klägerin bearbeiteten Teilstückes der A .. Spurrillen auf. Die Beklagte erteilte der Klägerin unter dem 9. Oktober 1995 eine Mängelrüge mit Fristsetzung zur Nachbesserung. Nachdem die Klägerin die Nachbesserung abgelehnt hatte, ließ die Beklagte die Deckschicht der Autobahn in diesem Bereich erneuern. Dafür entstanden Kosten von 108,00 DM/m, insgesamt 135.078,41 DM. Unter dem 03.11.1997 (Anlage B5, Bl. 104 AH) erhob sie Mängelrüge für den gesamten übrigen Bereich. 5

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, für die Spurrillen habe sie nicht im Rahmen der Gewährleistung einzustehen, da sie mit ihren beiden vorerwähnten Schreiben Bedenken gegen das vorgesehene Material angemeldet habe. Hätte man das von Dr. L. vorgeschlagene Mischgut eingebaut, dann wären Spurrillen nicht entstanden. 6

Sie hat beantragt, 7

die Beklagte zur Zahlung von 308.982,38 DM nebst 9,75 % Zinsen zu verurteilen. 8

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 9

Sie hat behauptet, die Rillen seien auf Verarbeitungsfehler der Klägerin zurückzuführen (Klageerwiderung S. 9, Bl. 24). Die vorgesehene Rezeptur des Asphaltgemisches sei für das Auftreten der Rillen nicht kausal. Im übrigen seien die Schreiben der Klägerin nicht von Bedeutung, da sie sich nur auf etwaige Schäden während der Bauzeit bezogen hätten, nicht dagegen auf die - tatsächlich eingetretenen - Schäden nach Bauabschluß in der Zeit des normalen Autobahnverkehrs. Sie hat die Aufrechnung erklärt mit den vorerwähnten Sanierungskosten von gut 135.000,00 DM und mit einem Teilbetrag eines Vorschußanspruches von 567.000,00 DM für noch auszuführende weitere Arbeiten (Klageerwiderung S. 9 u. 10, Bl. 24 f). 10

Die Klägerin hat gegenüber einem Teilbetrag des Vorschußanspruches die Einrede der Verjährung erhoben. 11

Das Landgericht hat die Aufrechnung durchgreifen lassen und die Klage abgewiesen. In dem angefochtenen Urteil, auf das wegen aller weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat die Kammer im wesentlichen ausgeführt: 12

Die Klägerin habe im Rahmen der Gewährleistung für die aufgetretenen Spurrillen einzustehen. Ihr Schreiben vom 9. Februar 1993 ändere daran nichts, da sie dort lediglich auf die Gefahr der Spurrillenbildung während der Bauphase hingewiesen habe, also nicht auf den später tatsächlich eingetretenen Schaden. Nachdem die Klägerin die von der Beklagten geforderte Nachbesserung abgelehnt habe, stünden der Beklagten die zur Aufrechnung gestellten Zahlungsansprüche zu.	
Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt und ihr Rechtsmittel auch rechtzeitig begründet.	14
Sie macht geltend:	15
Fahrbahnbereiche seien nicht auf die Dauer formstabil, da sie dem Verschleiß unterlägen. Für die hier in Rede stehende Fahrbahnerneuerung habe die Beklagte eine Rezeptur vorgeschrieben, die eher Risse vermeide und damit eher die Verformungsgefahr heraufbeschwöre (Berufungsbegründung S. 2, Bl. 101). Dies könne während der Bauzeit geschehen oder auch danach. Dieser Umstand müsse bei einer Auslegung des Schreibens vom 9. Februar 1993 berücksichtigt werden. Danach sei dieses Schreiben so zu verstehen, das vorgeschriebene Material sei derart ungeeignet, daß es bereits während der Bauzeit zur Bildung von Spurrillen kommen könne (S. 3 f, Bl. 102 f mit Bezugnahme auf eine ergänzende Stellungnahme des Privatgutachters Dr. L.). Die von ihr angeregte anderweitige Mischung hätte die Spurrillen verhindert (S. 5, Bl. 104). Verdichtungs- oder sonstige Verarbeitungsfehler seien nicht vorgekommen. Wahrscheinlich habe der Verkehrsablauf während der Bauphase zu einer latenten Instabilität des Asphaltes geführt, was dann später aufgrund der hohen Temperaturen im Sommer des Jahres 1995 zum Auftreten der Spurrillen geführt habe (S. 6, Bl. 105).	16
Die Klägerin beantragt,	17
das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zur Zahlung von 308.982,38 DM nebst 9,75% Zinsen seit dem 22. Februar 1997 zu verurteilen.	18
Die Beklagte beantragt	19
Zurückweisung der Berufung.	20
Sie macht geltend:	21
Die Schreiben der Klägerin vom 9. und 11. Februar 1993 seien weder formal noch inhaltlich als Mitteilung von Bedenken über den Eintritt künftiger Mängel ausreichend gewesen. Nach der ZTV-Stra 88 sei es Sache der Klägerin gewesen, für die ursprünglich vorgesehene Mischung Prüfzeugnisse vorzulegen. Das habe die Klägerin auch getan (Berufungserwiderung S. 2 u. 3, Bl. 125 f). Wenn die Klägerin in der Folge eine andere Rezeptur habe bevorzugen wollen, dann hätte sie nach der vorerwähnten ZTV deren Eignung nachweisen müssen (S. 4, Bl. 127). Dem sei die Klägerin dann aber nicht nachgekommen. Der Untersuchungsbericht von Dr. L. sei inhaltlich kein derartiges Prüfungszeugnis (S. 5 ff., Bl. 128 ff.).	22
Gehe man von einer Bedenkensmitteilung aus, dann beziehe sie sich nur auf eine Gefährdung während der Bauzeit, nicht auf eine solche danach. Über eine Belastung im Dauerbetrieb habe der Privatgutachter keine Untersuchungen angestellt (S. 7 ff., Bl. 130 ff.). Ohnehin sei der Gutachter von falschen Voraussetzungen ausgegangen (S. 9 f, Bl. 132 f).	23

Eine Annahme der Gefahr von Spurrillen während der Bauphase bringe nicht zugleich auch die Gefahr von Spurrillen im Normalbetrieb mit sich (S. 10, Bl. 133). Die Rezeptur des eingebauten Materials sei nicht ursächlich für das Auftreten der Spurrillen gewesen (S. 13 ff., Bl. 136 ff.). Ein Grundsatz, daß später aufgetretene Spurrillen Schädigungen während der Bauphase zur Ursache haben müßten, bestehe nicht (S. 11, Bl. 136).	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.	24
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	25
Die zulässige Berufung der Klägerin hat auch in der Sache - vorläufig - Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht auf einem Verfahrensfehler.	26
I.	27
Das Landgericht ist der richterlichen Hinweispflicht (§§ 139, 278 Abs. 3 ZPO) nicht nachgekommen.	28
1.	29
Die Beklagte setzt dem als solchen unstreitigen Werklohnanspruch der Klägerin Gewährleistungsansprüche aus § 13 Nr. 5 VOB/B entgegen.	30
Daß das Auftreten von Spurrillen in der Fahrbahn einer Bundesautobahn ab einem Zeitpunkt von zwei Jahren nach Ende der Bauarbeiten einen Mangel im Sinne dieser Vorschrift darstellt, ist nicht zweifelhaft. Dies stellt auch die Klägerin nicht in Abrede. Für diesen Mangel haftet die Klägerin nicht, soweit die Voraussetzungen des § 13 Nr. 3 VOB/B vorliegen. Dies aber ist bislang ungeklärt.	31
a.	32
Allerdings beruht der Mangel, sofern seine Ursache in der Zusammensetzung des Baustoffgemisches, insbesondere seines Bindemittelgehaltes liegen sollte, auf einer Anordnung des Auftraggebers. Die ursprüngliche Mischung mit einem Bindemittelgehalt von 7 Gewichtsprozent ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis (dort Position 0.3.033, vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 22. März 2000, Bl. 143 GA). Darauf hat die Klägerin auch in ihrem Schreiben vom 11. Februar 1993 (Bl. 95 Anlagenheft) hingewiesen. Darauf hat die Beklagte dann aber mit Schreiben vom 19. Februar 1992 geantwortet und dort ausgeführt, entgegen den Vorschlägen der Klägerin solle es bei der ursprünglichen Mischung bleiben. Darin hat eine Anordnung des Auftraggebers gelegen.	33
b.	34
In diesem Fall entfällt eine Mängelhaftung des Auftragnehmers, außer er hat die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen.	35
Eine solche Mitteilung liegt aber entgegen der Auffassung der Kammer in den Schreiben der Klägerin vom 9. und 11. Februar 1993. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, daß in den beiden Schreiben von Schäden "während der Bauphase" die Rede ist, während tatsächlich Schäden erst zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten sind.	36
a.a.	37

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die vorerwähnte Frage im Streitfall nicht bedeutungslos, da es - so die Beklagte - Sache der Klägerin gewesen wäre, für die neu vorgeschlagene Mischung eine Prüfbescheinigung vorzulegen.	38
Allerdings ist im Grundsatz richtig, daß ein Auftragnehmer solche Prüfbescheinigungen zu besorgen und vorzulegen hat. Dies ergibt sich aus Nr. 1.2 der ZTV-Stra 88 (Bl. 49 des Anlagenhefters). Dementsprechend hat die Beklagte die Klägerin in ihrer Antwort auf das Schreiben vom 9. Februar 1993 auch auf diese Möglichkeit verwiesen (Bl. 94 Anlagenheft). Aber dabei ist es in der Folge nicht geblieben. Die Klägerin hat widersprochen. Dann hat die Beklagte endgültig ihren Vorschlag vom 9. Februar 1993 als ungeeignet abgelehnt (Bl. 96 Anlagenheft), da die anderweitige Mischung problematisch sei, während sich die im Vertrag vorgesehene Mischung bei früheren Bauarbeiten bewährt habe. Damit hat die Möglichkeit der Beibringung eines neuen Prüfzeugnisses von diesem Zeitpunkt an nicht mehr im Raume gestanden.	39
b.b.	40
Das Landgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, die Klägerin habe nur auf Bedenken wegen etwaiger Schäden während der Bauphase, nicht auf mögliche Schäden zu späteren Zeiten hingewiesen. Die tatsächlich später aufgetretenen Schäden seien etwas ganz anderes als Schäden in der Bauphase.	41
Dem vermag der Senat nicht beizutreten.	42
Wenn Asphaltgemisch so schlecht ist, daß es schon während der Bauphase zu Schäden kommen kann, dann beinhaltet ein Hinweis hierauf auch, daß der Asphalt in einem solchen Falle während der Bauphase vorgeschädigt werden kann und dann in der Folgezeit die - bis zur Abnahme noch nicht erkennbaren - Schäden (hier Spurrillen) zu Tage treten. So muß nach Auffassung des Senates ein Fachmann jedenfalls einen derartigen Hinweis verstehen.	43
Ersichtlich hat die Beklagte das Schreiben der Klägerin vom 9. Februar 1993 auch als einen solchen allgemeinen Hinweis verstanden, der nicht nur auf Schäden während der Bauphase bezogen gewesen ist. Das ergibt sich aus ihrem Antwortschreiben vom 19. Februar 1993 (Bl. 96 Anlagenheft). Denn dort beanstandet die Beklagte das von der Klägerin und ihrem Privatgutachter L. vorgesehene anderweitige Baustoffgemisch als ungeeignet, ohne auf eine besondere Situation gerade während der Bauphase abzuheben.	44
Damit hat die Klägerin für den Mangel dann nicht einzustehen, wenn er auf der Zusammensetzung des Baustoffgemisches beruhen sollte. Das aber ist ungeklärt und bedarf weiterer Aufklärung in tatsächlicher Hinsicht.	45
2.	46
Auf der Grundlage seiner - nach Auffassung des Senates unrichtigen - Auslegung des vorerwähnten Schreibens der Klägerin hätte das Landgericht den Parteien einen Hinweis erteilen und der Klägerin Gelegenheit zur weiteren Stellungnahme geben müssen. Ein solcher Hinweis ist - jedenfalls nach dem Inhalt der Akte, insbesondere ausweislich des Verhandlungsprotokolls und des Tatbestandes des angefochtenen Urteils - nicht erfolgt. Deshalb leidet das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 539 ZPO (vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 539 ZPO, Rnr. 5; Zöller-Gummer, § 539 ZPO, Rnr. 11, beide m. N.).	47
	48

II.

Das angefochtene Urteil beruht auch auf dem vorerwähnten Verfahrensfehler. Hätte die Kammer darauf hingewiesen, welche Auslegung sie den vorerwähnten Schreiben der Klägerin, insbesondere in dem Schreiben vom 9. Februar 1993 und den beigefügten Gutachten des Herrn L. beimessen werde, dann hätte die Klägerin Gelegenheit gehabt, der Auffassung der Kammer im einzelnen und weitergehend als geschehen entgegenzutreten, dies insbesondere unter Hinweis auf das Schreiben der Beklagten vom 19. Februar 1993, das - wie bereits erwähnt - eine Einschränkung auf Probleme - lediglich - in der Bauphase nicht enthält. Einer solchen Argumentation hätte sich die Kammer letztlich nicht verschließen können. 49

Auf dieser Grundlage wäre die Kammer dann zu der - gebotenen - Aufklärung der zwischen den Parteien streitigen Frage gekommen, auf welche Ursachen die spätere Entstehung der Spurrillen zurückzuführen ist. Dies muß im weiteren Verfahren nachgeholt werden, sofern sich nicht aus dem - zur Zeit der Verhandlung vor dem Senat noch nicht abgeschlossenen - Beweisverfahren 15 OH 7/98 LG Köln bereits hinreichende Erkenntnisse ergeben werden. 50

III. 51

Der Senat hält es nicht für zweckmäßig, die erforderliche Sachaufklärung selbst vorzunehmen (§ 540 ZPO). Der Prozeß befindet sich, da - vom unbekannten Ausgang des Beweisverfahrens abgesehen - noch keinerlei Sachaufklärung geleistet worden ist, der Sache nach noch im Anfangsstadium. In dieser Situation gehört er vor das Gericht des ersten Rechtszuges, das auch über die Kosten des Berufungsverfahrens zu befinden haben wird. 52

Das inzwischen in Kopie vorliegende Gutachten des Sachverständigen D. vom 28.03.2000 gibt keinen Anlaß zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Aus den Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 11.04.2000 (Bl. 159 ff. GA) ergibt sich, daß weiterer Aufklärungsbedarf besteht. 53

Streitwert des Berufungsverfahrens: 308.982,38 DM. 54

Die Beschwer beider Parteien liegt oberhalb der Revisionssumme. 55