Oberlandesgericht Köln, 22 U 201/01

Datum:	22.01.2002
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	22. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	22 U 201/01
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2002:0122.22U201.01.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 88 O 92/00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26. April 2001 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kölns - 88 O 92/00 - wie folgt abgeändert und neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, so-fern nicht die Beklagten vor einer Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten. Sicherheit kann auch geleistet werden durch Bürgschaft eines als Zoll- oder Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstitu-tes mit Sitz in Deutschland.

T a t b e s t a n d : 1

2

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Zahlung von Werklohn aus einem Bauvorhaben "S. - H., K.-G." in Anspruch. Die Klageforderung ist im Berufungsverfahren nach Grund und Höhe (75.508,61 DM nebst Zinsen) unstreitig.

Die Klägerin hat beantragt, 3

die Beklagten zu verurteilen, an sie 77.058,01 DM nebst 7,68 % Zinsen ab 21.08.2000 zu zahlen. 4

Die Beklagten haben 5

Klageabweisung beantragt. 6

Sie haben die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus einem Bauvorhaben "D.-M., F." erklärt. Dort habe die Klägerin - unstreitig - in der Zeit von März bis Oktober 1996 als Subunternehmerin der Beklagten Müllverbrennungsasche (MV-Asche) eingebaut, die nicht volumenbeständig sei, so daß sich seit dem Sommer 1997 die Bodenplatte des Objektes gehoben habe und zahlreiche Risse entstanden seien. Dadurch sei erforderlich geworden, ein volumenbeständiges Tragschichtmaterial mit einem Kostenaufwand von ca. 265.000,00 DM (Anlagen B2 und B3 zur Klageerwiderung) einzubauen, nachdem die Klägerin eine Sanierung abgelehnt habe. 7

Die Klägerin, die seit 1994 regelmäßig Müllverbrennungsasche als Tragschichtmaterial verwende, habe ihnen die MVA-Schlacke, richtig Hausmüllverbrennungsasche (HMV-Asche) bzw. Müllverbrennungsasche (MV-Asche) bekannt gemacht. Hinsichtlich des Bauvorhabens M.E. in F. habe die Klägerin HMV-Asche als kostengünstigere Alternative zu dem bis dahin üblichen Tragschichtmaterial vorgeschlagen und Mitte 1995 eingebaut. Im Jahre 1995 seien erste Schadensfälle bekannt geworden. Ende 1995/Anfang 1996 hätten sich in der Praxis und den einschlägigen wissenschaftlichen Veröffentlichungen Hinweise auf die Volumenunbeständigkeit der Abfallprodukte aus Hausmüllverbrennungsanlagen gemehrt. Die Klägerin habe zumindest auf Grund des Bauvorhabens der Fa. C. in B. konkrete Anhaltspunkte für die Ungeeignetheit der HMV-Asche gehabt. Nachdem im Jahre 1994 die HMV-Asche eingebaut worden sei, habe sich die Bodenplatte gehoben, so daß Risse entstanden seien, was der Klägerin bei einem Ortstermin am 31.05.1995 gezeigt worden sei. Die Klägerin habe daher als Fachunternehmen bezüglich des Bauvorhabens D. M. Bedenken gegen den Einbau der HMV-Asche unter der Bodenplatte anmelden müssen. 8

HMV-Asche erfülle nicht die Voraussetzungen des § 20 BauO NW. Im Zeitpunkt des Einbaus der HMV-Asche habe es nur das "Merkblatt über die Verwendung von industriellen Nebenprodukten im Straßenbau, Teil: Müllverbrennungsasche (MV-Asche)" (s. Anl. B 8 = Bl. 125 f. d. A.) gegeben. In diesem Merkblatt, dessen Inhalt Stand der Technik sei, werde auf eine unzureichende Volumenbeständigkeit von HMV-Asche hingewiesen (s. auch "Technische Lieferbedingungen für Hausmüllverbrennungsasche" Anl. B9 = Bl. 145 f. d. A.). 9

Im übrigen sei bei 3 Bohrungen eine Mächtigkeit der Schlacke zwischen 44 cm und 105 cm festgestellt worden, obwohl nach dem Leistungsverzeichnis die Stärke der Schlacke max. 60 cm habe betragen sollen. Dies habe die aufgetretenen Schäden wesentlich verstärkt. 10

Die Klägerin hat erwidert: 11

Nach dem Leistungsverzeichnis Erdarbeiten bezüglich des Bauvorhabens D. M. (s. Anl. K 9 = Bl. 46 f. d. A.) sei die Erstellung eines Feinplanums mit Hilfe von Müllverbrennungsasche 12

(MVA-Schlacke) vorgegeben gewesen. Sie habe sich an das Leistungsverzeichnis gehalten, so dass sie von einer Gewährleistung frei sei. Sie habe bei mehreren Bauvorhaben als Subunternehmerin der Beklagten nach deren Vorgaben MVA-Schlacke als Tragschichtmaterial eingebaut. Der Einbau von MVA-Schlacke sei im Zeitpunkt der Auftragsausführung "gang und gebe" gewesen. Erkenntnisse über eine Raumunbeständigkeit von MVA-Schlacke hätten erst im Jahre 1997 vorgelegen. Deshalb habe sie die Beklagten auch nicht auf Bedenken gegen eine Eignung von MVA-Schlacke hinweisen müssen. Sie habe die MVA-Schlacke von der Fa. S. bezogen, die deren Eignung durch einen Prüfbericht (s. Anl. K 13 = 161 f. d. A.) nachgewiesen habe. Die Beklagten hätten den Prüfbericht als Teil der Antragsunterlagen für die erforderliche wasserrechtliche Erlaubnis bei der zuständigen Unteren Wasser- und Abfallwirtschaftsbehörde eingereicht.

Hinsichtlich des Bauvorhabens M. und der anderen Bauvorhaben, bei denen sie HMV-Asche eingebaut habe, seien keine Probleme aufgetreten. Bezüglich des Bauvorhabens C. sei lange Zeit vermutet worden, dass Ursache für die aufgetretenen Schäden, die Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens gewesen seien, welches erst durch das eingeholte Sachverständigengutachten vom 18.09.1997 abgeschlossen worden sei, Setzungen der Fundamente gewesen seien. Ihr sei erstmals mit Schreiben der Auftraggeber vom 03.03.1997 vorgeworfen worden, raumunbeständiges Material eingebaut zu haben. 13

Die Schwankung der Mächtigkeit der HMV-Schlacke sei mit dem Niveaunterschied des abfallenden Geländes zu erklären. Zudem sei den Beklagte bekannt gewesen, dass die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mächtigkeiten unzutreffend gewesen seien. In ihrem Angebot (s. Anl. K 10 = Bl. 55 f. d. A.), das ebenfalls dem Auftrag zu Grunde gelegen habe, seien andere Massen enthalten, welche auf einer exakten Massenermittlung (s. Anl. K 12 = Bl. 102 f. d. A.) beruhen würden. 14

Außerdem hat die Klägerin die von dem Beklagten behaupteten Schäden und Mängelbeseitigungskosten bestritten. 15

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klageforderung auf den jetzt unstreitig gewordenen Betrag von 75.503,61 DM gekürzt und die Beklagten zur Zahlung diesen Betrages - teilweise gegen Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft - verurteilt. Zur Begründung dieser Entscheidung hat die Kammer im wesentlichen ausgeführt: 16

Die von den Beklagten erklärte Aufrechnung greife nicht durch; Gegenforderungen stünden ihnen schon dem Grunde nach nicht zu. Die von der Klägerin in F. eingebaute MV-Asche sei zwar nicht volumenbeständig. Eine Gewährleistungshaftung der Klägerin scheide aber nach § 13 Nr. 3 VOB/B aus, da die Beklagten ihr im Leistungsverzeichnis des damaligen Auftrages den Einbau dieser Asche vorgegeben hätten (Bl. 191). Die Klägerin habe bis zur Ausführung im Jahre 1996 weder Anlaß zur Prüfung der MV-Asche gehabt, noch hätte sie diesbezügliche Bedenken haben müssen. Das Vorbringen der Beklagten, der Klägerin habe aufgrund bereits 1995 aufgetretener Schadensfälle die Volumenunbeständigkeit der Asche bekannt sein müssen, sei nicht hinreichend substantiiert. Konkret vorgetragen sei nur zu einem Schadensfall beim Bauprojekt "C.", bei dem nachträglich Risse aufgetreten seien. Beim Auftreten dieser Risse im Jahre 1995 hätten der Klägerin noch nicht Bedenken wegen des Einbaus der MV-Asche kommen müssen. Der Einbau dieser Asche sei damals unstreitig gang und gebe gewesen. Ebenso unstreitig sei es bei anderen Bauvorhaben, bei denen die Klägerin Asche eingebaut habe, nicht zu Schäden gekommen. Der Klägerin sei auch erstmals im Monat März 1997 - also nach Beendigung der Arbeiten am Objekt D.-M. - vorgeworfen worden, die Schäden am Objekt C. seien auf den Einbau der Asche zurückzuführen (Bl. 192). Eine Kenntnis der Klägerin bereits vor diesem Zeitpunkt 17

behaupteten die Beklagten unsubstantiiert. In einem von den Beklagten vorgelegten Gutachten D. sei zwar ausgeführt, die mangelnde Raumbeständigkeit von MV-Aschen sei seit langem bekannt. Unstreitig seien solche Aschen in der Vergangenheit aber auch im Hochbau eingesetzt worden, obwohl es Richtlinien nur für eine Verarbeitung im Straßenbau gebe.

Der Klägerin habe es bei dem Bauvorhaben D.-M. nicht oblegen, die Beklagten auf eventuelle Schäden bei der Verarbeitung von MV-Asche hinzuweisen. Den Beklagten sei bekannt gewesen, dass die Klägerin bei mehreren Bauvorhaben zuvor MV-Asche verwendet habe, ohne daß es zu Schäden gekommen sei. Die Klägerin habe sich darauf verlassen dürfen, daß die von der Firma S. gelieferte MV-Asche zum Einbau am Objekt D.-M. geeignet war (Bl. 193 f). 18

Die Beklagten könnten Gegenansprüche auch nicht darauf stützen, daß die Klägerin MV-Asche abweichend vom Leistungsverzeichnis in einer Stärke eingebaut habe, die die vorgegebenen Mächtigkeiten erheblich überschritten habe. Denn zu dem Vorbringen der Klägerin, die Mehrstärken seien wegen bestehender Niveauunterschiede des - abfallenden - Geländes erforderlich gewesen, hätten die Beklagten nicht Stellung genommen. 19

Gegen dieses Urteil, auf das wegen aller weiterer Einzelheiten Bezug genommen wird, haben die Beklagten form- und fristgerecht Berufung eingelegt und ihr Rechtsmittel auch rechtzeitig begründet. Sie machen geltend: 20

§ 13 Nr. 3 VOB/B führe im Streitfall nicht zum Ausschluß der Gewährleistung. Das eingebaute Material sei der Klägerin nicht konkret vorgegeben, sondern nur allgemein umschrieben worden (Berufungsbegründung S. 4, Bl. 221). Im übrigen trage die Klägerin selbst vor, das von ihr verarbeitete Material sei grundsätzlich geeignet; dann habe sie es zu vertreten, wenn im Einzelfall ungeeignetes Material eingebaut worden sei (S. 5 f, 222 f). Die Beklagten bestreiten mit Nichtwissen, wie viel Material eingebaut worden sei und was es damit auf sich habe (S. 6, Bl. 223). Außerdem bestreiten sie, daß die eingebaute MV-Asche vor dem Einbau ordnungsgemäß zwischengelagert worden sei (S. 8, Bl. 225). Darüber hinaus halten sie der Klägerin weiterhin vor, sie habe die Asche in zu hoher Mächtigkeit eingebaut (S. 11 ff, Bl. 228 ff) und erforderliche Hinweise nicht erteilt (S. 15, Bl. 232). In Fachkreisen seien seit 1994 Schadensfälle bekannt geworden, die auf den Einbau von MV-Asche der Firma S. zurückzuführen seien (S. 16 ff, Bl. 233 ff). 21

Die Beklagten beantragen, 22

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen. 23

Die Klägerin beantragt 24

Zurückweisung der Berufung. 25

Sie macht geltend, das eingebaute Material sei ihr von der Beklagten als Generalunternehmerin im Leistungsverzeichnis vorgegeben worden, nachdem die Beklagten ihrerseits die Verwendung der MV-Asche mit dem Bauherrn abgesprochen gehabt hätten und diesem eine entsprechende wasserrechtliche Erlaubnis erteilt worden war (Berufungserwiderung S. 3, Bl. 255). Diese Erlaubnis (Anl. BE 1, Bl. 268 ff) hätten die Beklagten der Klägerin zugeleitet; damit hätten sie ihr die Verwendung speziell des später eingebauten Materials der Firma S. vorgegeben (S. 4 f, Bl. 256 f). Dies sei auch bei früheren Bauvorhaben so gewesen (S. 6 ff, Bl. 258 ff). Der Klägerin sei auch kein Einbaufehler 26

anzulasten (S. 9 ff, Bl. 261 f).

Verwirklicht habe sich ein seinerzeit nicht bekanntes Risiko. Es treffe nicht zu, daß schon 1994 Schadensfälle bekannt geworden seien, bei denen sich Produkte der Firma S. als schadensursächlich erwiesen hätten (S. 11 ff, Bl. 263 ff). Das Problem der Volumenunbeständigkeit sei erst 1997 diskutiert und als Fehlerquelle 1998 nachgewiesen worden (S. 12 ff, Bl. 264 ff). 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen. 28

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 29

Das zulässige Rechtsmittel der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg. Der im Berufungsverfahren nach Grund und Höhe unstreitige Werklohnanspruch der Klägerin ist durch die von den Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen (§ 389 BGB). Die Beklagten haben gegen die Klägerin Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten am Objekt D.-M. in F. (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Dieser Anspruch übersteigt der Höhe nach die Klageforderung, so daß diese durch die erklärte Aufrechnung erloschen ist. 30

1. Unstreitig ist die VOB im Streitfall Vertragsinhalt geworden. 31

1. Ein Mangel im Sinne von § 13 Nr. 1 VOB/B liegt vor. Denn die Klägerin hat zur Verfüllung des Bodens am Objekt D.-M. vor dem Einbau der Betonbodenplatte Material verwendet, das nicht raumbeständig ist, nämlich sogenannte MV-Asche. Daß diese Asche nicht raumbeständig ist, hat der Privatgutachter Prof. Dr. D. in seinem Gutachten von 1. März 1999 (Anlage B 1, dort auf S. 17) eindeutig festgestellt. Davon geht auch die Klägerin aus (zuletzt im Schriftsatz vom 27. Dezember 2001 S.3 f, Bl. 313 f). Wenn Füllmaterial nicht raumbeständig ist, sondern sich nach und nach ausdehnt, ist es mangelhaft im Sinne von § 1 VOB/B. 32

1. Eine Beseitigung dieses Mangels hat die Klägerin abgelehnt. 33

1. Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe nach § 13 Nr. 3 VOB/B für diesen Mangel nicht einzustehen. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen. 34

1. Zugunsten der Klägerin mag davon ausgegangen werden, daß die Beklagten - was diese in Abrede stellen - das einzubauende Material, nämlich MV-Asche der Firma S., vorgegeben haben. 35

1. Aber eine solche Anordnung des Auftragsgebers befreit den Auftragnehmer nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht schlechthin von seiner Gewährleistungspflicht. Erforderlich ist vielmehr eine wertende Betrachtung, bei der der Anordnung des Auftragsgebers die grundsätzliche Liefer- und Einstandspflicht des Auftragnehmers für Baumaterial gegenüberzustellen ist (BGH BauR 96, 702, 703). Die Rechtsfolge der Risikoverlagerung auf den Bauherrn soll nur insoweit eintreten, als die Anordnung des Auftragsgebers reicht. Je spezieller eine solche Anordnung ist, desto weiter reicht die Freistellung von der Gewährleistungspflicht. 36

Als Beispiel führt der BGH an, ein Auftraggeber, der etwa eine bestimmte einzelne Partie an Steinen selbst aussuche, müsse für einen Mangel dieser konkreten Steine ebenso haften, als hätte er die Steine seinerseits an die Baustelle geliefert. Sei die Anordnung 37

dagegen genereller, dann habe der Auftraggeber nur dafür einzustehen, daß der von ihm vorgeschlagene Baustoff generell für den vorgesehenen Zweck geeignet sei (a. a. O. 703, r. Sp.).

Nach diesen Grundsätzen hat im Streitfall die Klägerin für den aufgetretenen Mangel einzustehen. 38

Die Beklagten haben allenfalls eine Anordnung getroffen, welches Material, welchen Herstellers einzubauen sei. Weiter ist ihre Vorgabe nicht gegangen. Sie stehen damit nicht einem Bauherrn gleich, der einzubauendes Material selbst an die Baustelle geliefert hat. Unter diesen Umständen wäre die Klägerin von der Gewährleistung nur dann befreit, wenn MV-Asche des Lieferanten S. generell als Unterbau von Betonbodenplatten ungeeignet wäre. Davon vermag der Senat aber nicht auszugehen. Die Klägerin selbst hat geltend gemacht, sie habe gleiches Material, also auch von der genannten Firma gelieferte MV-Asche, bei anderen Bauvorhaben eingebaut, ohne daß dort Schäden aufgetreten seien (z. B. auf Seite 2 des Schriftsatzes vom 27.02.2001, Bl. 155 d. A.). Außerdem hat sie noch in der Berufungserwiderung ausdrücklich vorgetragen, das - von einem Ingenieurbüro geprüfte - Material sei grundsätzlich geeignet (dort Seite 12, Bl. 264 d. A.). Soweit die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 27. Dezember 2001 (dort auf Seite 3, Bl. 313 d. A.) nunmehr vorträgt, das Material sei generell ungeeignet, ist das widersprüchlich und in Anbetracht ihres vorherigen Vorbringens nicht nachvollziehbar. Zudem wird dieses - neue - Vorbringen der Klägerin von der Beklagten in deren Schriftsatz vom 03.01.2002 (der Sache nach) mit Recht als verspätet gerügt. 39

Ungeeignet war danach nur das konkret zum Einbau auf dem Grundstück in F. von der Firma S. gelieferte Material, wie der spätere Schadensfall gezeigt hat. Dafür hat die Klägerin im Rahmen der Gewährleistung einzustehen. 40

1. Im übrigen tritt eine Haftungsfreistellung nach § 13 Nr. 3 VOB/B im Streitfall auch deshalb nicht ein, weil die Klägerin einen gebotenen Hinweis unterlassen hat. 41

Der Meinung des Landgerichts, zu einem Hinweis habe die Klägerin keine Veranlassung gehabt, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. 42

Wie der Privatgutachter Prof. D. in seinem bereits erwähnten Gutachten (dort auf S. 5) ausführt, ist das Problem der mangelnden Raumbeständigkeit von MV-Aschen "seit langem" bekannt. Nach den Umständen bestehen keine Zweifel, dass es schon zur Zeit der hier maßgeblichen Auftragsvergabe bekannt war. Dies zeigt sich auch daran, daß bereits damals es für den Straßenbau Richtlinien gab, die das Problem ansprechen. In dem Merkblatt der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen über MV-Asche aus dem Jahre 1986 heißt es ausdrücklich, MV-Aschen könnten Bestandteile enthalten, die bei Reaktion mit Wasser zu Volumenvergrößerungen führen (Punkt 5.5, Bl. 131 d. A.). Auch in den technischen Lieferbedingungen für Hausmüllasche von 1995, erstellt ebenfalls von der vorerwähnten Forschungsgesellschaft, wird das Thema angesprochen. Dort heißt es in Punkt 4, die Asche müsse ausreichend raumbeständig sein (Bl. 150). Daraus kann unschwer der Schluß gezogen werden, daß es auch Aschen gibt, die im Einzelfall dieses Kriterium nicht erfüllen. 43

Diese Umstände mußten auch der Klägerin als Fachfirma bekannt sein, und zwar unabhängig davon, von welchem Zeitpunkt an bei von ihr durchgeführten Bauprojekten das Problem zutage getreten ist. Also hätte die Klägerin die Beklagten vor Ausführung des 44

Auftrages darauf aufmerksam machen müssen, es könne im Einzelfall vorkommen, daß Aschen nicht hinreichend raumbeständig sind. Denn eine Reaktion der eingebauten Aschen im Sinne einer Volumenvergrößerung läßt sich, wie bereits ausgeführt, bei Hinzutreten von Wasser nicht ausschließen. Ebensowenig läßt sich ausschließen, daß Wasser an die eingebaute Schicht aus MV-Asche gelangen kann. Dies kann zum einen Niederschlagswasser, zum anderen aber auch Wasser sein, das sich bereits im Erdreich befindet.

Einer Hinweispflicht kann man nicht entgegenhalten, auch die Beklagten hätten eine solche Kenntnis über die Gefahr von MV-Aschen von sich aus haben müssen. Denn die Beklagten beschäftigen sich nach eigenem - von der Klägerin nicht bestrittenen - Vorbringen mit Hochbau; mit Tiefbau sind sie nicht befaßt. Dann müssen sie Detailkenntnisse über das Verhalten von MV-Asche nicht gehabt haben. Schon deshalb war ein Hinweis der Klägerin, die um das Problem wissen mußte, veranlaßt. 45

1. Es ist davon auszugehen, daß die Höhe der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten die Klageforderung übersteigt, so daß die von den Beklagten erklärte Aufrechnung die Klageforderung zum Erlöschen gebracht hat. Nach den als Anlagen B 2 und B 3 vorgelegten Rechnungen handelt es sich um Beträge in sechsstelliger Höhe, die die Klägerin in erster Instanz (Bl. 33 f) nur pauschal und deshalb nicht in erheblicher Weise bestritten hat. 46

Der Berufung der Beklagten hat deshalb der Erfolg nicht versagt bleiben können. 47

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 48

Streitwert des Berufungsverfahrens und Wert der Beschwer der Klägerin: 75.508,61 DM. 49

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE