
Datum: 13.10.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 184/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1013.11U184.03.00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 28.10.2003 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (5 O 20/01) abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin die Bürgschaft der I. Kreditversicherungs-AG, Urkunde Nr. 256.465 vom 23.10.1991 über 196.400 DM herauszugeben.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 58 % und die Beklagte zu 42 %, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 55 % und die Beklagte zu 45 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin führte für die Beklagte in den Jahre 1991 und 1992 Sanierungsarbeiten an zwei Abschnitten der Autobahn A 4 zwischen Köln und Aachen durch den Hocheinbau einer bituminösen Decke durch. Der Auftrag für den Abschnitt zwischen den km 36,90 und 32,10 (Nr. 51/91) wurde der Rechtsvorgängerin der Klägerin am 24.6./3.7.1991 erteilt; die Abnahme erfolgte am 21.10.1991. Der den Abschnitt zwischen km 49,8 und 46,4

1

2

3

betreffende zweite Auftrag (Nr. 134/91) datiert vom 24.9.1991; die Abnahme erfolgte nach Auftragsdurchführung am 4.2.1992. In der Folgezeit rügte die Beklagte für beide Autobahnabschnitte das Auftreten von Mängeln in Form von Spurrinnen; die den zweiten Auftrag betreffende Mängelrüge erfolgte am 22.1.1997. Zuvor, nämlich am 21.12.1993, hatten die Parteien hinsichtlich des zweiten Auftrags die Verlängerung der ursprünglich am 4.2.1996 ablaufenden Gewährleistungsfrist um ein Jahr bis zum 4.2.1997 vereinbart, nachdem sich in der von der Klägerin aufgetragenen Gussasphaltschicht Flecken zeigten. Wegen der Einzelheiten der vertraglichen Beziehungen der Parteien und des näheren Inhalts der Mängelrügen der Beklagten wird auf die Darstellung in der angegriffenen Entscheidung Bezug genommen.

Zur Sicherung ihrer Ansprüche auf Vertragserfüllung erhielt die Beklagte zwei Bürgschaften, deren Herausgabe die Klägerin mit der Klage verlangt. Der Bürgschaftsgestellung lagen die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Beklagten für die Ausführung von Bauleistungen im Strassen- und Brückenbau - ZVB-StB 88-" (GA 391 ff) zugrunde. Der vertraglich vorgesehene Austausch der Vertragserfüllungs- gegen Gewährleistungsbürgschaften erfolgte nicht. 4

Durch die angefochtene Entscheidung, auf die wegen aller weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht nach Durchführung einer Beweisaufnahme die auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunden und Feststellung des Nichtbestehens von Gewährleistungsansprüchen gerichtete Klage abgewiesen. Es hat im wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin hafte für die unstreitig aufgetretenen Spurrinnen, weil sie die nach der DIN 18317 gebotene Optimierung des Mischgutes unterlassen habe. Sie könne sich nicht darauf berufen, dass die Beklagte hinsichtlich der Verkehrsbelastung und der Bauklasse in der Leistungsbeschreibung unzutreffende Angaben gemacht habe. Es sei für sie ohne weiteres erkennbar gewesen, dass die betreffenden Autobahnabschnitte - entsprechend der schon zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Neufassung der RStO 86 und der ZTV bit StB 84 - in die "Bauklasse SV" und nicht in die ausgeschriebene "Bauklasse 1" einzustufen gewesen seien. 5

Gegen die Abweisung ihrer Klage wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Sie wiederholt und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen; unter Vorlage eines von ihr eingeholten Privatgutachtens des Sachverständigen H. (GA 244 ff) vertritt sie den Standpunkt, die Ursache der Spurrinnen sei eine nicht ausreichende Dicke der mittleren Schicht des Aufbaus; das wiederum sei maßgeblich auf einen Planungsfehler der Beklagten zurückzuführen, der für sie nicht erkennbar gewesen sei. Daher sei eine Haftung schon dem Grunde nach ausgeschlossen, jedenfalls aber treffe die fachkundige Beklagte ein ganz überwiegendes Mitverschulden, weil für diese die Verkehrsbelastung - anders als für sie, die Klägerin - nicht zweifelhaft gewesen sei. Das Mischgut sei nach den Feststellungen des Sachverständigen H. nach dem damals geltenden Stand der Technik optimal rezeptiert worden. Weiter verweist die Klägerin darauf, dass die Beklagte die den zweiten Vertrag betreffende Bürgschaft schon deshalb herausgeben müsse, weil die Mängelrüge erst innerhalb der ohne Zustimmung des Bürgen verlängerten Gewährleistungsfrist erfolgt sei und der Bürge sich daher auf Verjährung berufen könne. 6

Den zunächst mit der Berufung noch weiterverfolgten Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens von Gewährleistungsansprüchen der Beklagten aus beiden Verträgen hat die Klägerin - mit Zustimmung der Beklagten - für erledigt erklärt, nachdem die Beklagte erklärt hat, über die Inanspruchnahme der Bürgschaften hinaus keine weiteren Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. 7

Die Klägerin beantragt nunmehr, 8

die Beklagte unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung zu verurteilen, an sie die Bürgschaften der I. Kreditversicherungs-AG mit der Urkunden-Nr. 246.289 vom 25.6.1991 über 241.100 DM und der Urkunden-Nr. 256.465 vom 23.10.1991 über 196.400 DM herauszugeben.

Die Beklagte beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen. 11

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags geltend, dass die wesentliche Ursache für die aufgetretenen Mängel in der fehlenden Optimierung des Mischgutes liege, wie der erstinstanzlich beauftragte Sachverständige T. festgestellt habe. Ein Planungsfehler lege dagegen nicht vor, da die richtige Bauklasse sich aus den Vertragsbedingungen ergebe. Unabhängig davon sei die Klägerin mit neuem Vorbringen dazu, in welcher Schicht der maßgebliche Fehler liege, ausgeschlossen. Die Bürgin könne sich entgegen der Auffassung der Klägerin schon deshalb nicht darauf berufen, dass die Mängel nicht rechtzeitig gerügt worden seien, weil sie nach der Vereinbarung über die Verlängerung der Gewährleistungsfrist der Vertragsübernahme durch die Rechtsvorgängerin der Klägerin zugestimmt habe. 12

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den schriftsätzlichen Vortrag und die überreichten Unterlagen Bezug genommen. 13

II. 14

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg. 15

Die Beklagte ist verpflichtet, die den zweiten Auftrag (Nr. 134/91) betreffende Bürgschaft unabhängig davon, ob die Klägerin die aufgetretenen Mängel zu verantworten hat, an die Klägerin herauszugeben. Hinsichtlich des ersten Auftrags (Nr. 51/91) besteht eine Gewährleistungsverpflichtung der Klägerin und die Haftung der Bürgin fort; daher ist die Beklagte nicht verpflichtet, auch diese Bürgschaftsurkunde herauszugeben. Im Einzelnen gilt Folgendes: 16

1. 17

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass Gewährleistungsansprüche der Beklagten aus dem zweiten Auftrag (Nr. 134/91) nach Ablauf der durch die Mängelrüge vom 22.1.1997 in Gang gesetzten neuen zweijährigen Gewährleistungsfrist verjährt sind. Sofern der Bürge sich auf diese Einrede berufen kann, kann er aus der Bürgschaft nicht mehr in Anspruch genommen werden; sie ist dann an den Auftragnehmer (Lauer, NZBau 2003, 318) herauszugeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 1993, 1132) hindert der Eintritt der Verjährung der gesicherten Forderung allerdings die Inanspruchnahme eines Bürgen nicht in jedem Fall. Gemäß § 17 Nr. 8 VOB/B ist eine nicht verwertete Sicherheit zwar spätestens nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugeben; wenn die Ansprüche des Auftraggebers zu dieser Zeit aber noch nicht erfüllt sind, darf er die Sicherheit oder einen entsprechenden Teil zurückhalten, sofern der Sicherungszweck der Bürgschaft so weit reicht. Der Verjährungseintritt hindert also die Zurückhaltung nicht, sondern ist vielmehr Voraussetzung für die Anwendung von § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B. 18

Der Sicherungszweck ergibt sich aus den zugunsten der Beklagten gestellten Bürgschaften: übernimmt der Bürge wie im vorliegenden Fall nach dem Inhalt seiner Erklärung die Zahlung 19

der Bürgschaftssumme, wenn der Auftragnehmer Gewährleistungsansprüche nicht fristgerecht erfüllt, bedeutet das nach objektivem Verständnis, dass er in demselben Umfang haften will, in dem der Auftraggeber in seinem Verhältnis zum Unternehmer gesichert sein soll. Da die Bürgschaft danach auch den Zweck hat, die Beklagte unter den Voraussetzungen des § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B für verjährte Ansprüche zu sichern, gehören diese zu den nach den Bürgschaftsurkunden gesicherten Ansprüchen. Auf die ihm an sich nach § 768 BGB zustehende Einrede, der Gewährleistungsanspruch der Beklagten sei verjährt, kann sich der Bürge im vorliegenden Fall daher nicht berufen.

Das gilt nach Wortlaut und Sinn der Bestimmung des § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B allerdings nur dann, wenn die Mängel in unverjährter Zeit gerügt wurden (BGHZ 121, 168 ff). Die nach §§ 639 Abs. 1, 478 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. erforderliche Anzeige innerhalb der Gewährleistungsfrist dient dem Schutz der berechtigten Interessen des Unternehmers; in gleicher Weise schützenswert ist der Unternehmer, wenn statt der nicht vollständigen Zahlung des Werklohns noch Sicherheiten ausstehen. 20

Im vorliegenden Fall ist - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - die Mängelrüge erst am 22.1.1997 und damit nach Ablauf der ursprünglichen, bis zum 4.2.1996 laufenden Gewährleistungsfrist erfolgt. An der nach der Bürgschaftserklärung getroffenen Vereinbarung vom 21.12.1993, mit der die Frist bis zum 4.2.1997 verlängert wurde, war die Bürgin nicht beteiligt. Es handelt sich um eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptschuld, die die Bürgin nicht gegen sich gelten lassen muss (OLG Düsseldorf, BauR 1993, 747; Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 15. Auflage 2004, § 17 Nr. 4 VOB/B, Rdn. 99) und der sie entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht nachträglich zugestimmt hat. Die von der Beklagten für die Begründung ihrer insoweit gegenteiligen Auffassung herangezogene Zustimmungserklärung vom 30.6.1998 (GA 334) bezog sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut ausschließlich auf die Schuldübernahme durch die Klägerin, die durch die Einstellung des Geschäftsbetriebes der U. GmbH und Co KG, der ursprünglichen Vertragspartnerin der Beklagten, erforderlich geworden war. Der Behauptung der Beklagten, die Bürgin habe zum Zeitpunkt der Zustimmung zur Vertragsübernahme von der Verlängerung der Verjährung gewusst, daher liege in dieser Zustimmung auch eine nachträgliche Billigung der Verlängerung der Gewährleistungsfrist, war nicht nachzugehen. Der zugrunde liegende Sachvortrag ist nicht hinreichend bestimmt und findet in den vorgelegten Unterlagen keinerlei Anknüpfungspunkt. 21

Daraus ergibt sich, dass die Bürgin nur für die Dauer der ursprünglich vereinbarten Gewährleistungsfrist einzustehen hat. Gegenüber einer Inanspruchnahme durch die Beklagte ist sie daher zur Erhebung der Verjährungseinrede berechtigt; demzufolge hat die Beklagte mangels rechtlichem Interesse an deren Zurückhaltung die Bürgschaft herauszugeben. 22

2. 23

Einen Anspruch auf Herausgabe der für den Vertrag Nr. 51/91 gestellten Bürgschaft besteht dagegen nicht. 24

Für den vorliegenden Fall spielt es keine Rolle, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BauR 2004, 1145) die Verpflichtung zur Gestellung von Bürgschaften auf erstes Anfordern in allgemeinen Geschäftsbedingungen auch bei öffentlichen Auftraggebern unwirksam ist, denn die hier von der Beklagten verwendete Bestimmung des § 48 der ZTV-StB 88 (GA 404) sah nur die Verpflichtung zur Gestellung einer einfachen selbstschuldnerischen Bürgschaft vor. Diese kann die Klägerin nur dann herausverlangen,, wenn der Auftraggeber keinen Anspruch auf eine den rechtlichen Anforderungen 25

entsprechende Bürgschaftserklärung hat. Ein solcher Anspruch ergibt sich jedoch aus § 48 ZTV-StB 88; er betrifft auch die vorliegende Fallgestaltung, in der es sich bei der im Besitz der Beklagten befindlichen Bürgschaft noch um die ursprünglich gestellte Vertragserfüllungsbürgschaft handelt. Deren Herausgabe kann die Klägerin nur Zug-um-Zug gegen Gestellung einer Gewährleistungsbürgschaft in der vertraglich vorgesehenen Form verlangen kann, die sie jedoch nicht angeboten hat.

Dem Anspruch der Beklagten steht auch ein Wegfall ihrer Gewährleistungsansprüche nicht entgegen, denn diese bestehen fort: für die - unstreitig innerhalb der vereinbarten und nicht verlängerten Gewährleistungsfrist von der Beklagten gerügten - Mängel hat die Klägerin einzustehen; sie kann sich nicht darauf berufen, die Beklagte habe eine unrichtige Bauklasse ausgeschrieben und sei daher für die Mängel selbst verantwortlich. Das hat das Landgericht zutreffend festgestellt. Den Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung schließt sich der Senat an und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen darauf Bezug. Die zweitinstanzlich dagegen vorgebrachten Einwendungen der Klägerin vermögen ein anderes Ergebnis nicht zu rechtfertigen. 26

Dass die Beklagte statt der der Verkehrsbelastung entsprechenden "Bauklasse SV" die "Bauklasse 1" ausgeschrieben hat, entlastet die Klägerin nicht, denn nach den Feststellungen des Sachverständigen T. kann nicht zweifelhaft sein, dass die A 4 in dem fraglichen Bereich im Hinblick auf ihre Verkehrsbelastung der "Bauklasse SV" zuzuordnen war. Das gilt auch unabhängig davon, dass diese Bauklasse erst (kurz) nach Abschluss des Vertrages zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten, nämlich im Mai 1991, verbindlich eingeführt worden ist (GA 60), denn die technischen Regelwerke (die RStO) waren bereits geändert und die Grundlagen dafür den Fachkreisen, zu denen auch die Rechtsvorgängerin der Klägerin gehörte, seit längerem bekannt. Die Klägerin greift das mit der Berufung auch nicht mehr ausdrücklich an, meint aber unter Berufung auf das von ihr vorgelegte Privatgutachten, sie habe bei der Rezeptur des Mischgutes nicht nur den Verformungswiderstand, sondern auch Anforderungen an Rissbeständigkeit und Verarbeitbarkeit beachtet und dabei das Mischgut dem damaligen Stand der Technik entsprechend optimal zusammengesetzt. Eine höhere Verformungsresistenz habe sich daher unter Berücksichtigung der anderen Anforderungen nicht erzielen lassen. 27

Diese Schlussfolgerung ist jedoch durch die erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme widerlegt und findet letztlich auch in den Ausführungen in dem Gutachten des Sachverständigen H. keine Stütze: das vom Landgericht eingeholte Gutachten hat ergeben, dass bituminöse Tragschichten ein seit langem bewährter und prinzipiell auch langfristig nicht mit Spurrinnenbildung einhergehender Belag für viel befahrene Autobahnstrecken mit höchster Belastung sind. Das hat der Sachverständige T. überzeugend dargelegt und im Rahmen seiner ergänzenden Stellungnahme auf die Einwendungen der Klägerin bekräftigt; an seinen Ausführungen zu zweifeln besteht auch unter Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vorbringens der Klägerin kein Anlass. Bereits daraus folgt, dass die Bildung von Spurrinnen auf dem fraglichen Abschnitt vermeidbar war. Letztlich hat auch der Sachverständige H. eingeräumt, dass der Belag auch mit einer größeren Resistenz gegen Verformungen hätte hergestellt werden können (Gutachten S. 6; GA 249). Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass nach dem Privatgutachten die maßgebliche Ursache des Mangels nicht in der Mischgutzusammensetzung, sondern in der unzureichenden Stärke des Unterbaus, nämlich der Asphaltbinderschicht liege, handelt es sich um neues, dem unstreitigen Tatbestand des angegriffenen Urteils widersprechenden Sachvortrag, der nicht mehr geltend gemacht werden kann (§ 531 Abs. 2 ZPO). Im Übrigen ändert sich durch diese Erwägung auch in der Sache nichts an der Haftung der Klägerin: 28

wenn sie wusste, dass sie eine statt der "Bauklasse 1" den Maßstäben der "Bauklasse SV" entsprechende Stärke der Asphaltbinderschicht einzubringen hatte, hätte sie die Beklagte darauf hinweisen müssen.

Die Feststellungen des Landgerichts zur Mangelhaftigkeit der Arbeiten der Klägerin sind verfahrensfehlerfrei zustande gekommen. Die Kammer war nicht gehalten, den Sachverständigen - nachdem dieser zu den Einwendungen der Klägerin schriftlich ergänzend Stellung genommen hatte - mündlich anzuhören. Einen darauf gerichteten Antrag hatte die Klägerin zwar zunächst gestellt, ihn aber nach Einholung der ergänzenden Stellungnahme weder schriftsätzlich noch im Termin zur mündlichen Verhandlung wiederholt, so dass trotz fortbestehender Einwendungen davon auszugehen war, dass die Klägerin mit einer Entscheidung auf der Grundlage der bereits vorliegenden Ergebnisse der Beweisaufnahme einverstanden war. 29

Die Kosten für die Sanierungsarbeiten hinsichtlich des Vertrages Nr. 51/91 in Höhe von 181.832,56 DM sind unstreitig, erreichen aber nicht den Bürgschaftsbetrag. Dennoch kann die Klägerin nicht - wie es grundsätzlich im Austausch gegen eine Bürgschaft mit einem niedrigeren Betrag möglich wäre - die Herausgabe der Bürgschaft verlangen, denn es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich der für die Mängelbeseitigung erforderliche Betrag um einen Zinsanspruch erhöht, den die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 14.5.2004 grundsätzlich zutreffend berechnet und der zu einer die Bürgschaftssumme nahezu erreichenden Ersatzforderung der Beklagten führt. Ein Austausch der Bürgschaft wegen des dann allenfalls verbleibenden minimalen Differenzbetrages scheidet nach Treu und Glauben aus; zudem bestehen zugunsten der Beklagten auch nach dem Vortrag der Klägerin weitere Mängel, für die die Beklagte eine in der Höhe allerdings strittige Wertminderung verlangt hat, die zusammen mit dem verzinsten Kostenerstattungsanspruch die Bürgschaftssumme erreichen. 30

Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt auch ein Abzug "neu für alt" nicht in Betracht. Die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten sollten, wie ihr aus der Leistungsbeschreibung bekannt war) nicht die endgültige Sanierung der Fahrbahn darstellen, sondern dienten nur der zeitweiligen Wiederherstellung der Fahrbahnoberfläche bis zu der schon zur damaligen Zeit geplanten (und inzwischen durchgeführten und mit einem Ausbau auf sechs Fahrspuren verbundenen) Grundsanierung. Die Sanierungsarbeiten der Klägerin führten daher nicht zu einer längeren Nutzung und damit nicht zu einer messbaren Vermögensmehrung, die Voraussetzung für einen Abzug "neu für alt" ist (dazu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, vor § 249 BGB, Rdn. 146). 31

Der Ersatzanspruch der Beklagten ist schließlich auch nicht um einen Mitverantwortungsanteil gemäß § 254 BGB zu kürzen. Zwar kommt in den Fällen, in denen der Auftraggeber unzutreffende Anordnungen hinsichtlich der Ausführungsart getroffen hat, ein Mithaftung gemäß § 254 BGB grundsätzlich in Betracht, weil der Unternehmer an Anordnungen nach § 13 Nr. 3 VOB/B gebunden ist. Das gilt auch in den Fällen, in denen der Unternehmer den nach § 4 Nr. 3 VOB/B gebotenen Hinweis unterlässt (Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 15. Auflage 2004, § 9 VOB/A, Rdn. 82). Für den nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für die Spurrinnenbildung wesentlichen Fehler, nämlich die nicht optimierte Mischgutzusammensetzung, war die Klägerin allerdings auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie der Beklagten die Ergebnisse der Eignungsprüfung übersandt hatte, allein verantwortlich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. Auf die unzutreffende Bezeichnung der Bauklasse kommt es in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht an, weil dieser Fehler der Klägerin unzweifelhaft bekannt war bzw bekannt sein musste. 32

3.	33
Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 713 ZPO.	34
4.	35
Die Revision wird nicht zugelassen. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Entscheidung durch das Revisionsgericht geboten.	36
Streitwert:	37
bis zur (Teil)Erledigung: 239.871,21 EUR	38
danach 223.690,20 EUR (437.500 DM; die Summe der Bürgschaftsbeträge)	39