
Datum: 16.03.2005
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 6/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2005:0316.17U6.04.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 63/99

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 2. Dezember 2003 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 5 O 63/99 - wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 157.980,18 € nebst 9,75 % Zinsen seit dem 22. Februar 1997 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreites einschließlich derjenigen des Berufungsverfahrens OLG Köln - 22 U 244/99 - trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des nach dem Urteilsausspruch vollstreckbaren Betrages zuzüglich 20 % der Hauptforderung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Gründe

I.

1

2

3

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf restlichen Werklohn in Anspruch. Gegen die unstreitig noch bestehende Klageforderung erklärt die Beklagte die Aufrechnung mit Gegenansprüchen in selbiger Höhe, nämlich wegen Sanierungskosten (135.078,41 DM) und eines weiteren erstrangigen Teilbetrages in Höhe von 173.903,59 DM als Vorschuss.

Das Landgericht hat die Klage unter Bejahung von Gegenansprüchen abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. 4

Bereits durch Urteil vom 7. September 1999 hatte die Kammer die Klage schon einmal abgewiesen. Durch Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 9. Mai 2002 – 22 U 244/99 – wurde dieser Ausspruch aufgehoben und der Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen. 5

Die Klägerin meint weiterhin, der Beklagten stünden Gegenansprüche nicht zu, weil sie, die Klägerin, entsprechend der Ausschreibung der Beklagten und der vertraglichen Abmachung gebaut habe. 6

Aufgrund ihres Hinweises sei sie von der Haftung befreit. Die Annahme des Landgerichts, sie habe ohne die Anordnung der Beklagten die von dem Privat-Sachverständigen M. empfohlene Mischung eingebaut, sei unzutreffend. Dafür gebe es keinerlei Anhaltspunkte. Solche seien ihrem Schreiben vom 9. Februar 1993 nicht zu entnehmen. Ohne Anweisung der Beklagten hätte sie gar nichts eingebaut. Das habe das Landgericht übersehen. Es gehe nicht an, dass der Bauherr seine Verantwortung auf den Bauunternehmer abschiebe. Anderes folge auch nicht daraus, dass sie über ihre Hinweispflicht hinaus einen Alternativvorschlag gemacht habe. Da sie keine Planungspflicht gehabt habe, seien Planungsvorschläge für sie ohne Konsequenz, wenn sie nicht befolgt würden. Der Entscheidung des Landgerichts liege eine Spekulation über hypothetische Schadensursachen zugrunde, ob nämlich der selbe Mangel bei Ausführung der Ratschläge von Dr. M. aufgetreten wäre. Hätte sich die Beklagte an dessen Empfehlungen gehalten, wären die Spurrinnen jedenfalls nicht in dem tatsächlichen Ausmaß entstehen. Ihr Hinweis im Schreiben vom 9. Februar 1993 sei ausreichend gewesen, auch wenn darin von "Bauphase" die Rede gewesen sei. Hierzu habe der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln in seiner rechtskräftigen Entscheidung bereits zutreffend ausgeführt. Außerdem habe es die Beklagte – wie insoweit unstreitig ist – bis heute vermieden zu offenbaren, mit welchem Mischungsverhältnis sie die Reparaturarbeiten in Auftrag gegeben und durchgeführt habe. Sollte sie dabei ihrer, der Klägerin, Empfehlung gefolgt sein, könne die Beklagte ohnehin keinen Ersatz verlangen. 7

Die Klägerin beantragt, 8
das Urteil des Landgerichts Köln – 5 O 63/99 – vom 2. Dezember 2003 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 157.980,18 € nebst 9,75 % Zinsen seit dem 22. Februar 1997 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 10
die Berufung zurückzuweisen und hilfsweise, die Revision zuzulassen. 11

Sie vertritt die Auffassung, auf den Hinweis der Klägerin komme es gar nicht an. Zutreffend habe der Sachverständige Dr. N. festgestellt, dass das von der Klägerin tatsächlich verwandte Mischungsverhältnis nur im Bereich von 6,5 bis 6,7 % liege. Folglich habe die Klägerin das eingebaut, was sie für richtig gehalten habe. Dagegen seien die Feststellungen 12

des Sachverständigen O. unbrauchbar. In jedem Fall sei der Hinweis der Klägerin weder verständlich noch richtig gewesen. Ausdrücklich beziehe er sich nur – wie insoweit unstreitig ist – auf die Bauphase. Das Schreiben von Dr. M. sei demjenigen der Klägerin vom 9. Februar 1993 nicht beigelegt gewesen. Dessen Empfehlungen hätten ohnehin nicht den einschlägigen Regelwerken zur damaligen Zeit entsprochen, was insofern unstreitig ist. Zu der Frage, wie der Hinweis der Klägerin im Hinblick auf "Bauphase" zu verstehen sei, entfalte das Berufungsurteil des 22. Zivilsenates keine Bindungswirkung. Zumindest ergebe sich die Haftung der Klägerin bei Anwendung der Grundsätze über die hypothetische Kausalität, wie es das Landgericht zutreffenderweise angenommen habe. Mache der Bauunternehmer Vorschläge, so übernehme er Planungsverantwortung und stehe damit auch in der Haftung.	
Die Beklagte meint weiterhin, es sei von Amts wegen zu berücksichtigen, dass das Gutachten des Sachverständigen O. widersprüchlich sei. Dieser könne nämlich nicht erklären, warum 80 % der Fahrbahndecke mangelfrei seien, wenn doch seiner Ansicht nach das Mischungsverhältnis völlig falsch gewählt wurde. Offensichtlich vertrete dieser eine Mindermeinung, die im Gegensatz zur ZTV stehe, in der sich der gesamte Sachverstand aus Forschung und Praxis widerspiegele. Falls der Sachverständige O. Recht hätte, sei das gesamte Regelwerk seit 1990 falsch.	13
Den geltend gemachten Zinssatz bestreite sie mit Nichtwissen.	14
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	15
II.	16
Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache selbst Erfolg, da der Beklagten aufrechenbare Gegenansprüche nicht zustehen.	17
1.	18
Die Klägerin ist der sie gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B obliegenden Hinweispflicht in nicht zu beanstandender Weise nachgekommen, mit der Rechtsfolge, dass sie von einer Haftung für Mängel gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B befreit ist.	19
Die erstgenannte Norm stellt eine Konkretisierung des § 242 BGB dar (Nicklisch/Weick, VOB/B, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 51), wonach entscheidend auf den Einzelfall abzustellen ist. Danach richtet sich der Umfang der Anzeigepflicht unter anderem auch nach dem beim Auftraggeber objektiv vorauszusetzenden Sachverstand (Nicklisch/Weick, Rdnr. 55). Andererseits entfällt die Hinweispflicht aber nicht deshalb in vollem Umfang, weil der Auftraggeber selbst über Fachkenntnisse verfügt (Nicklisch/Weick, Rdnr. 57; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rdnr. 1520). Dessen ungeachtet hat der Hinweis inhaltlich richtig und vollständig zu sein (Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 15. Aufl., § 4 Nr. 3 Rdnr. 62).	20
In der unstreitig von der Beklagten, damals vertreten durch den L. R., dieser wiederum vertreten durch das R. A. K., gemachten Ausschreibung war Bezug genommen worden auf die ZTV-Stra 88. Die dort damals als fachtechnisch richtig angesehenen Mischungsverhältnisse bezüglich Binder und Splittmastixasphalt hatte die Klägerin unter Bezug auf die Empfehlungen von Dr. M. in ihrem Schreiben vom 9. Februar 2003 in Zweifel gezogen. Die in diesem Zusammenhang seitens der Beklagten erstmalig in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung, das Kurzgutachten Dr. M. sei dem genannten Schreiben der Klägerin nicht beigelegt gewesen, ist gemäß § 538 Abs. 2 ZPO als neuer	21

Vortrag unbeachtlich. Zum Schreiben der Klägerin hat die Beklagte zweimal, nämlich am 11. und am 19. März 1993 dahin Stellung genommen, dass sie sich auf die in der damals gültigen Fassung der ZTV vorgesehenen Werte zurückgezogen habe, mit dem Hinweis, dass die von der Klägerin unter Berufung auf Dr. M. angeratenen Änderungen durch diese nicht gedeckt seien. Zudem verwies die Beklagte darauf, dass in der Ausschreibung angegebene Mischungsverhältnisse habe sich an anderer Stelle bewährt, und eine Abweichung hiervon könne nur "im Rahmen der genannten Vorschrift" akzeptiert werden, wobei sich das R. S. in seinem Schreiben vom 11. Februar 1993 hierzu ausdrücklich auf die ZTV bit-Stb 84/90 bezog.

Dies begründet die Feststellung, dass die für die Beklagte handelnden Unterbehörden andersartigen Vorschlägen, Bedenken, Empfehlungen und Ähnlichem nicht zugänglich waren, möglicherweise systembedingt gar nicht zugänglich sein konnten oder durften, solange diese den damals anerkannten Regeln der Technik, festgelegt in der ZTV, nicht entsprachen. Mithin war es ganz ohne Belang, ob der Hinweis der Klägerin fachlich richtig war oder nicht. Solange er den amtlichen Vorgaben zuwider lief, konnte die Beklagte gar nicht anders, als sich auf die ZTV zurückzuziehen. Ein wie auch immer gearteter falscher Hinweis der Klägerin konnte in keinem Fall kausal werden für die Entscheidung der Beklagten und damit auch nicht für einen auf ihrer Seite eingetretenen Schaden. 22

Deshalb kann die Frage offen bleiben, ob die von dem Sachverständigen O. empfohlenen Mischungsverhältnisse von weniger als 6,2 % Bindemittel als fachlich zutreffend anzusehen sind bzw. die seitens der Klägerin unter Bezug auf Dr. M. gegebene Empfehlung als fachlich falsch einzustufen ist. Außerhalb der Bandbreiten des damals gültigen technischen Regelwerkes war die Beklagte, vertreten durch ihre Unterbehörden, für einen Hinweis nicht offen. 23

Hierbei ist zudem § 4 Nr. 3 VOB/B letzter Halbsatz zu beachten, worin geregelt ist, dass "der Auftraggeber jedoch für seine ... Anordnung ... verantwortlich bleibt". Wenn dieser trotz zutreffend angemeldeter Bedenken des Auftragnehmers oder sogar trotz möglicherweise falscher Hinweise des Auftragnehmers in Ausübung seiner freien Entscheidung bei der einmal getroffenen Anweisung bzw. Ausschreibung verbleibt, dann ist der Auftragnehmer grundsätzlich entsprechend § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B verpflichtet, die Leistung in der angeordneten Art und Weise zu erbringen (Ingenstau/Korbion/Oppler, § 4 Nr. 3 Rdnr. 78; Nicklisch/Weick, § 4 Rdnr. 67). Von einer Haftung für spätere Schäden ist er dann befreit (OLG Düsseldorf BauR 1996, 115, 117). Nur wenn die Durchführung der Anordnung des Auftraggebers behördliche oder gesetzliche Bestimmungen verletzen würde, darf sich der Auftragnehmer bezüglich der Ausführung weigern, § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B letzter Halbsatz analog (Ingenstau/Korbion/Oppler, Rdnr. 79; Nicklisch/Weick, a.a.O.). So liegt der Fall hier offensichtlich nicht. Vielmehr entsprach die von der Beklagten verlangte und von der Klägerin erbrachte Ausführung den damals gültigen und anerkannten Regeln der Technik. 24

Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten angeführte Entscheidung des OLG Celle (BauR 2000, 1073) ist hier nicht einschlägig, wie bereits der Leitsatz zeigt. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die aus den vorstehend dargelegten Gründen – Fachkompetenz der Beklagten, Eigenbindung an das damals gültige Regelwerk – die hier zu entscheidende Sache nicht trifft. 25

2. 26

Zu ihren Gunsten kann die Beklagte auch nichts daraus herleiten, dass das Schreiben der Klägerin vom 9. Februar 2003 die Einschränkung enthielt, ohne die Berücksichtigung der 27

Empfehlungen von Dr. M. müsse unter Umständen mit einer Spurrinnenbildung "während der Bauzeit" gerechnet werden.

Zum einen hätte sich die Beklagte aus den dargelegten Gründen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ganz genauso verhalten, wenn die Klägerin den Hinweis allgemeiner bzw. weiter gefasst hätte. Auch dann hätte sie sich auf das damals gültige Regelwerk zurückgezogen. Zum anderen teilt das Berufungsgericht, unabhängig von der offen zu lassenden Frage, ob der nunmehr zur Entscheidung berufene Senat dadurch gebunden ist, die Auffassung des 22. Zivilsenates, die dieser in seinem Urteil in vorliegender Sache vom 9. Mai 2000 vertreten hat. Dort ist ausgeführt, dass ein Fachmann den Hinweis der Klägerin so verstehen musste, dass dann, wenn das vorgesehene Asphaltgemisch derart unbrauchbar war, dass es schon während der Bauphase zu Schäden kommen konnte, dies erst recht für einen späteren und zukünftigen Zeitpunkt zu gelten hatte.

3. 29

Die Angriffe der Beklagten gegen die Ausführungen des Sachverständigen O. gehen ebenfalls fehl. Sie geben insbesondere keinen Anlass zu einer Fortsetzung der Beweisaufnahme. 30

a) 31

Zum einen ist die Beklagte mit ihren in der Berufungsinstanz erstmals vorgetragenen Bedenken aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Mit Verfügung vom 1. April 2003 hatte das Landgericht den Parteien eine Frist von vier Wochen zur Stellungnahme zum Gutachten O. gesetzt (§ 411 Abs. 4 ZPO). Nachdem beide Parteien, die Beklagte gleich mehrfach, um Fristverlängerung zur Stellungnahme gebeten hatten, teilte die Klägerin mit, sie akzeptiere das Gutachten, während seitens der Beklagten weiterhin keinerlei Stellungnahme erfolgte. Als auch nach vier Monaten eine derartige Stellungnahme nicht erfolgt war, wandte sich schließlich die Klägerin am 8. August 2003 an das Landgericht mit der Bitte, dem Verfahren nunmehr seinen Fortgang zu geben. Kurz darauf terminierte der Vorsitzende auf den 11. November 2003. Bis zum Termin nahm die Beklagte weiterhin nicht Stellung. Auch dem Terminsprotokoll ist nichts Derartiges zu entnehmen. Damit ist die Beklagte mit ihren Einwendungen in der Berufungserwidern, soweit sie sich gegen das Gutachten O. richten, gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. 32

b) 33

Zum anderen sieht der Senat keinen Anlass, die Beweisaufnahme, etwa durch Einholung einer ergänzenden Stellungnahme bei dem Sachverständigen O., fortzusetzen, wozu er grundsätzlich in den Grenzen des § 529 Abs. 1 ZPO berechtigt wäre. Denn es sind keine konkreten Anhaltspunkte gegeben, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Gutachtens begründen könnten. Es ist weder unverständlich, noch widersprüchlich, noch bestehen Zweifel an der Fachkunde des Sachverständigen. 34

c) 35

Insbesondere lassen sich Bedenken gegen dessen Ausführungen nicht dadurch begründen, dass es nach Ansicht der Beklagten nicht erklärbar ist, dass 80 % der Fahrbahndecke keine Spurrinnen aufweisen, wenn doch entsprechend der vom Sachverständigen O. vertretenen Ansicht das tatsächlich gewählte Mischungsverhältnis insgesamt unbrauchbar gewesen ist. Denn es kann als allgemein bekannt angesehen werden, dass die Beanspruchung der 36

Fahrbahndecke im Bereich derjenigen Flächen am größten ist, die am intensivsten der Berührung durch die Räder der Fahrzeuge ausgesetzt sind. Dies ist im Spurbereich der Fall, weshalb folgerichtig bei dem hier in Rede stehenden Phänomen von "Spurrinnen" gesprochen wird.

d) 37

Ob der Sachverständige O. Vertreter einer Mindermeinung ist, bedarf ebenfalls keiner Klärung und stellt vor allem keinen Anlass zur Fortsetzung der Beweisaufnahme dar. Der Stand der Technik ist bekanntermaßen in den seltensten Fällen ein statischer Zustand, sondern unterliegt durchaus ständiger Veränderung aufgrund neuer Erkenntnisse. Anschaulich hat der Sachverständige in diesem Zusammenhang in seinem Gutachten (dort S. 4) die Änderungen dargestellt, die es seit 1984 im Hinblick auf die Mischungsverhältnisse gegeben hat, so dass bis heute nicht davon gesprochen werden kann, dass die beteiligten Fachkreise die Idealzusammensetzung ungeachtet von den speziellen örtlichen und verkehrlichen Besonderheiten für Asphaltmischungen gefunden haben. 38

e) 39

Überzeugend hat der Sachverständige O. zudem dargelegt, dass das von der Klägerin gewählte Mischungsverhältnis der vertraglichen Vorgabe im Hinblick auf einen Bindemittelgehalt von 7 % entspricht und die Abweichungen im Toleranzbereich (6,75 % bis 7,25 %) liegen, so dass das von dem zunächst gerichtlicherseits eingeschalteten Sachverständigen Dr. N. gefundene Ergebnis einer Unterschreitung von 0,4 % nicht haltbar ist. Denn Letzterer hatte außer Acht gelassen, dass das ursprünglich an der Fahrbahnoberfläche vorhandene Bindemittel durch den Verkehr im Laufe der Zeit sukzessive abgetragen wird und sich weitere Verluste infolge der Bohrkernentnahmen an deren Schnittperiferie, durch die Probenverarbeitung sowie bei den Analysen zwangsläufig ergeben. 40

4. 41

Mit ihrem erstmaligen Bestreiten der Höhe des Verzugszinssatzes in der nunmehrigen Berufungsinstanz ist die Beklagte gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1, 288, 284 BGB a.F. 42

5. 43

Der Ausspruch bezüglich der prozessualen Nebenentscheidungen beruht auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44

6. 45

Dem Antrag der Beklagten, die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, ist nicht zu entsprechen, weil die Entscheidung des Senates keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert. 46

Streitwert für das Berufungsverfahren: 157.980,18 € 47
