
Datum: 09.10.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 27/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1009.7U27.14.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 298/12
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VII ZR 268/14
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Landgerichts Aachen vom 21.01.2014 – 7 O 298/12 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1.) verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche Aufwendungen und Schäden, die im Zusammenhang mit dem im Rahmen des am 11.09.2002 erteilten und unter dem Datum 25.11.2002 abgerechneten Auftrag an dem Parkplatz des Kreisverwaltungsgebäudes, D-Straße/Tstraße, entstanden sind oder noch entstehen, zu ersetzen, soweit die Aufwendungen und Schäden im Zusammenhang mit dem Bettungsmaterials stehen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen dieser 50 % und die Beklagte zu 1.) 50%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1.) trägt diese selber. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2.) trägt der Kläger.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Gegenpartei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht zuvor die Gegenpartei Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

.	1
<u>Gründe</u>	2
I.	3
Der Kläger beauftragte mit Schreiben vom 11.09.2009 die Bauunternehmung „U GmbH & Co. KG“, deren damaliger Geschäftsführer der Beklagte zu 2.) war, mit Straßenbauarbeiten für den in seinem Eigentum stehenden Parkplatz am Kreisverwaltungsgebäude in Heinsberg. Die Bauunternehmung „U GmbH & Co. KG“ (hier genannt im folgenden Bauunternehmung) wurde durch Gesellschafterbeschluss vom 21.08.2008 im Wege des Formwechsels in die Beklagte zu 1.) umgewandelt.	4
Die Bauunternehmung führte die Arbeiten an dem Parkplatz im Jahr 2002 aus, wobei als Bettungsmaterial ein 1:1 Gemisch aus natürlichem Sand und „VIADUR Bettungssand 0/5“ (letzterer produziert von der „N GmbH“), welche von der „Beton- und Asphaltmischwerk U GmbH“ bezogen wurde, zum Einsatz kam. Die Abnahme erfolgte am 23.10.2002. Die Arbeiten wurden am 25.11.2002 abgerechnet.	5
Mit der Behauptung, das eingebaute Bettungsmaterial habe nicht den allgemeinen Regeln der Technik entsprochen, es sei mit Schwermetallen belastet, die das Grundwasser gefährden würden bzw. bereits verschmutzt hätten, begehrt der Kläger gegenüber den Beklagten klageweise die Feststellung des Bestehens der Schadensersatzverpflichtung.	6
Das Landgericht hat durch Urteil vom 21.01.2014, auf das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen Bezug genommen wird, der Feststellungsklage stattgegeben.	7
Gegen dieses Urteil haben die Beklagten das Rechtsmittel der Berufung form- und fristgerecht eingelegt und begründet.	8
Die Beklagten greifen das Urteil wesentlich damit an, die Klage sei gegen den Beklagten zu 2.) unschlüssig, „eventuelle“ Ansprüche gegen die Beklagte zu 1.) seien verjährt.	9
Die Beklagten führen insbesondere aus, der vom Landgericht erhobene Vorwurf der Arglist greife nicht durch. Das Landgericht habe den Vortrag der Beklagten in der Klageerwidern, auf den sich allerdings die Klägerseite gar nicht stütze, missverstanden. Soweit in diesem Zusammenhang von Mehrkosten die Rede gewesen sei, beziehe sich dies „natürlich“ nur auf Mehrkosten der Werklohnvergütung. Im Übrigen gehe der Arglistvorwurf mangels verwerflicher Gesinnung auf Seiten der Beklagten fehl. Das streitbefangene Gemisch aus natürlichem Sand und „VIADUR Bettungssand 0/5“ sei beklagtenseits über viele Jahre bei vielen Baumaßnahmen für diverse Kommunen in Nordrhein-Westfalen eingebaut worden; bei dem „VIADUR Bettungssand 0/5“ handele es sich um einen güteüberwachten	10

Sekundärbaustoff. Das streitbefangene Material, das in der Garagenzufahrt des privaten Wohnhauses des Zeugen U2 verbaut worden sei, sei erprobt gewesen und seit vielen Jahren, also schon vor 2002 eingesetzt worden; es entspreche den allgemeinen Regeln der Technik, wobei die Beklagtenseite u.a. auf das Merkblatt über die Verwendung von Metallhüttenschlacken in Straßenbau, Ausgabe 1999 (überreicht als Anlage BB 5), verweist. Erstmals Ende 2011 habe es im Zusammenhang mit einer Baumaßnahme für die Stadt H Anhaltspunkte dafür gegeben, dass das Material problematisch sein könne. Es sei daraufhin auch nicht mehr eingesetzt worden. Der Lieferant, die Firma N sei aufgefordert worden, das noch bei der Schwesterfirma der Beklagten zu 1.) befindliche Material zurückzunehmen, was auch geschehen sei.

Die Beklagten beantragen, 11

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 21.01.2014 – 7 O 298/12 – die 12
Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Er ist der Berufung der Beklagten entgegengetreten und verweist im Zusammenhang mit dem 15
von ihm weiterhin erhobenen Arglistvorwurf wesentlich darauf, er sei zu keinem Zeitpunkt von
Seiten der Beklagten auf die von dem gerichtlichen Sachverständigen Dr. P festgestellten
Risiken hingewiesen worden.

Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens Landgericht Krefeld 11 OH 1/12 sind zu 16
Informationszwecken beigezogen worden und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung
gemacht worden.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des beidseitigen Vorbringens wird auf die gewechselten 17
Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II. 18

Die prozessual bedenkenfreie Berufung ist im Hinblick auf den Beklagten zu 2.) begründet, im 19
Hinsicht auf die Beklagte zu 1.) unbegründet.

Festzuhalten ist, dass die von Seiten des Klägers erhobene Feststellungsklage zulässig ist, 20
insbesondere hat das Landgericht mit zutreffenden, hiermit in Bezug genommenen
Erwägungen das Feststellungsinteresse bejaht. Es entspricht höchstrichterlicher
Rechtsprechung und weit überwiegender Meinung in der Literatur, dass bei der Frage, ob das
Feststellungsinteresse für Feststellungsklagen im Bauprozess zu bejahen ist, eine weite
Auslegung geboten ist. Dies ergibt sich aus den Besonderheiten des Bauprozesses, der
wesentlich dadurch gekennzeichnet ist, dass häufig Fallkonstellationen betroffen sind, bei
denen es sich nicht um in ihren Ursachen und Auswirkungen offen zu Tage liegende
Schäden mit einfach und schnellst zu ermittelnden Beseitigungskosten handelt (vgl. hierzu
mit weiteren Nachweisen: Werner/Pastor „Der Bauprozess“ 14. Aufl., Rn. 438).

Die danach zulässige Feststellungsklage ist im Verhältnis zur Beklagten zu 1.) begründet, im 21
Verhältnis zum Beklagten zu 2.) unbegründet.

1. Zur Klage gegen die Beklagte zu 1.)

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass dem Kläger dem Grund nach gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 2 und 3 VOB/B gegenüber dem Beklagten zu 1.) ein Schadensersatzanspruch zusteht. 24

Unstreitig ist abweichend vom Leistungsverzeichnis als Bettungsmaterial ein 1:1 Gemisch aus natürlichem Sand und „VIADUR Bettungssand 0/5“ eingebaut worden, nach bestrittener Behauptung der Beklagtenseite mit nachträglichem Einverständnis der damals beidseitig tätigen Bauleiter. Wenn das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf verweist, die Zustimmung zur Abänderung des einzubringenden Materials sei nur unter dem Vorbehalt erteilt worden, dass keine weiteren Kosten entstehen, wovon deswegen nicht auszugehen sei, da durch die „Schadstoffbelastung“ des streitgegenständlichen eingebrachten Materials weitere Untersuchungen des Grundwasser ggf. auch zur Gefahrenabwehr erforderlich seien, so hat der Senat Bedenken, dem so zu folgen. 25

Unabhängig davon, dass die Klägerin eine solche Zustimmung bestritten hat und der Sachvortrag der Beklagten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH – Urt. v. 23.06.1989 – V ZR 125/88 -, BGH – Urt. V. 14.02.2000 – II ZR 155/98) nur dann zugunsten des Klägers heranzuziehen wäre, wenn sich dieser den Sachvortrag zumindest hilfsweise zu eigen gemacht hätte, was hier anders als im Berufungsverfahren erstinstanzlich nicht zu bejahen ist, so gibt das Landgericht den Sachvortrag der Beklagtenseite nicht richtig wieder, da der Zeuge U2 – so das Vorbringen der Beklagten – den Vorbehalt dahingehend formuliert haben soll, dass für den Kläger keine Mehrkosten entstehen und sich an den Preisen nichts ändere. Eher naheliegend ist dieser Vorbehalt dann so zu verstehen, dass das neue Material keine höhere Vergütungspflicht auslösen sollte. 26

Letztlich kann dies dahinstehen. Denn nach den weiteren bindenden Feststellungen des Landgerichts (§ 529 ZPO) ist davon auszugehen, dass das schließlich eingebrachte Bettungsmaterial einen wesentlichen Mangel aufwies. 27

Der Werkbauunternehmer hat seine Bauleistung vertragsgemäß zu erbringen, er schuldet ein dauerhaft mängelfreies und funktionstaugliches Werk, die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik ist geschuldet (vgl. auch §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 13 Abs. 1 VOB/B). Der Verstoß gegen die Regeln der Technik bedeutet auch ohne einen Schadenseintritt einen Mangel (vgl. Werner/Pastor „Der Bauprozess“ 14. Aufl. Rdnr 2030). Dabei ist für die Annahme eines Mangels ausreichend, dass eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauches besteht (vgl. Werner-Pastor Rdnr. 2030, OLG Hamm NJW-RR 1992, 347 ff). So liegt der Fall aber hier. Denn das Landgericht hat, nachdem es gemäß Beweisbeschluss vom 05.02.2013 über die Funktionstauglichkeit des eingebrachten Bettungsmaterials durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen P, das dieser in der Sitzung vom 17.12.2013 (Bl. 300 ff. GA) erläutert hat, Beweis erhoben hat, beanstandungsfrei (§ 529 ZPO) festgestellt, es bestehe auf Grund der im Rahmen einer sogenannten „Sickerwasserprognose“ festgestellten Überschreitung der Grenzwerte der BBodSchV hinsichtlich Antimon, Arsen und Blei ein hinreichender Verdacht im Sinne des § 9 Abs. BBodSchG, dass im Bereich des Parkplatzes eine schädliche Bodenveränderung eingetreten sei, die eine Gefahr für das Grundwasser darstelle. 28

Da die Einbringung des in diesem Sinne mit Risiken behafteten Bettungsmaterials auf Empfehlung der Beklagtenseite erfolgt ist, was sich der Kläger im Berufungsverfahren zu eigen gemacht hat, ist danach von einem wesentlichen Mangel auch im Sinne von § 13 Nr. 7 29

Abs. 3 VOB/B auszugehen.

Der Senat folgt dem Landgericht, soweit dieses nicht ergänzungsbedürftig ausführt, dass eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung hier entbehrlich ist. 30

Dem Bestehen des Schadensersatzanspruches steht auch nicht die Tatsache entgegen, dass sich der Kläger in der Niederschrift über die Abnahme Mängelrechte nicht vorbehalten hat; von dem Rechtsverlust des § 640 Abs. 2 BGB werden Schadenersatzansprüche nach § 13 Nr. 7 VOB/B nicht erfasst. 31

Die beklagenseits erhobene Einrede der Verjährung geht fehl, wovon das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgeht. 32

Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass die Abnahme am 23.10.2002 erfolgt ist. Als Gewährleistungsfrist war dabei zwischen den Parteien eine Frist von 2 Jahren vereinbart, die jedenfalls zum Zeitpunkt der Klageerhebung im Oktober 2012 abgelaufen war. 33

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der klägerseits erhobene Vorwurf der Arglist durchgreifen würde. In diesem Falle findet nämlich auch bei dem hier vorliegenden VOB-Vertrag entsprechend des in § 634 a Abs. 3 BGB festgelegten Grundsatzes die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB Anwendung (vgl. Palandt-Sprau BGB 73. Aufl., § 634 a Rn. 29). Es gilt dann also im Grundsatz die 3-Jahres-Frist, und zwar beginnend ab Kenntnis oder grobfahrlässiger Kenntnis oder spätestens 10 Jahre ab Entstehung, d.h. dann gerechnet ab Abnahme (vgl. Palandt-Sprau aaO § 643a Rdnr. 21 i.V.m. 13). Die Arglist hat dabei der Kläger darzulegen und ggfls. zu beweisen (vgl. grundsätzlich Werner/Pastor „Der Bauprozess“, 14. Aufl., Rn. 2792). 34

Von Arglist ist hier bezogen auf die Beklagte zu 1.) auszugehen. Denn die Empfehlung des damaligen Oberbauleiters – handelnd als Erfüllungsgehilfe für die aus dem Werkvertrag folgenden Hinweis- und Warnpflichten der Bauunternehmung -, anstelle des vertraglich vereinbarten Kalksteinsplittgemisches, hinsichtlich dessen Tauglichkeit Bedenken – so die Beklagtenseite – anzumelden waren, das streitgegenständliche Gemisch zum Einsatz zu bringen, erfolgte jedenfalls ohne zureichende Tatsachengrundlage, so dass eine Arglisthaftung der Bauunternehmung und damit der Beklagten zu 1.) unter dem Gesichtspunkt der „Angaben ins Blaue hinein“ anzunehmen ist. 35

Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Beklagte zu 1.) unter Hinweis auf das „Merkblatt über die Verwendung von Metallhüttenschlacken im Straßenbau Ausgabe 1999“ darauf verweist, bei dem zum Einsatz gebrachten Sekundärbaustoff „VIADUR“ habe es sich um ein bewährtes Produkt gehandelt. Es entspricht jedoch höchstrichterlicher Rechtsprechung, dem der Senat folgt, dass in dem Fall, in dem der Unternehmer planwidriges oder untaugliches Material verwendet, er seiner Mitteilungspflicht gegenüber dem Besteller nicht allein dadurch genügen kann, dass er ihm die Verwendung dieses Stoffes durch Hinweis oder Besichtigung bekannt werden lässt. Er muss dann auch auf den schon in der Verwendung dieses Baustoffes liegenden Mangel und das damit verbundene erhebliche Risiko hinweisen, um dem Vorwurf arglistigen Verschweigens zu entgehen (so Bundesgerichtshof, Urteil vom 23.05.2002, VII ZR 219/01 – Baurecht 2002 Seite 1401 ff, 1403). 36

Aus dem von Seiten der Beklagten überreichten Merkblatt aus dem Jahr 1999 ergibt sich aber, dass die Verwendung von Metallhüttenschlacken im Straßenbau im Hinblick auf die wasserwirtschaftlichen Anforderungen sich nicht als unbedenklich darstellt. Unter Ziffer 3.3 heißt es nämlich ausdrücklich, dass Grundvoraussetzung für die Verwendbarkeit der 37

Schlacken ist, dass im Anwendungsfall zusätzlich zu den aufgeführten Grenzwerten auch die Bauweise und Lage der Baumaßnahme aus Sicht der Schutzbedürftigkeit zu berücksichtigen ist. Insbesondere in Trinkwasserschutzzonen 1 und 2 sowie in Schutzzonen 1 und 2 ist danach der Einsatz von Metallhüttenschlacke ausgeschlossen. Unter Ziffer 3.3 heißt es weiter, dass Grundvoraussetzung für den Einsatz ihre bautechnische Eignung sowie die Erfüllung der im Merkblatt niedergelegten wasserwirtschaftlichen Anforderungen ist, wobei zusätzlich darauf hingewiesen wird, dass die hydrogeologischen Gegebenheiten zu berücksichtigen sind.

Ähnliches ist in den Verarbeitungsanweisungen festgehalten. In dem Materialdatenblatt des Herstellers (Landgericht Krefeld 11 OH 1/12 Bl. 269 BA) wird die industrielle Herkunft des aus der Kupferproduktion entstandenen Eisensilikatssandes explizit genannt und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei privaten Baumaßnahmen eine wasserrechtliche Einbaugenehmigung einzuholen ist. Wenn danach eine solche wasserrechtliche Einbaugenehmigung bei Baumaßnahmen der öffentlichen Hand wie vorliegend nicht vorausgesetzt wird, so ergibt sich aus dem Materialdatenblatt die wasserrechtliche Relevanz des Einbaues. Wenn die Beklagten im nicht nachgelassenen, nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 28.08.2014 (§ 296a ZPO) darauf verweisen, das Datenblatt sei erstmalig im selbständigen Beweisverfahren vorgelegt worden und augenscheinlich erst für dieses gefertigt worden, so veranlasst dies nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Unabhängig davon, ob diese eher spekulativen Ausführungen überhaupt als substantiiert anzusehen sind, belegen sie nur das unzureichende Aufklärungsverhalten im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Empfehlung, da es der Bauunternehmung jedenfalls oblegen hätte, den Kläger darauf hinzuweisen, dass entsprechende Materialdatenblätter des Lieferanten/Herstellers nicht vorliegen.

Ob durch die Beimischung von normalem Sand die erforderliche Güteüberwachung hinfällig geworden ist, was der Kläger unter Verweis auf die schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen des selbständigen Beweisverfahrens behauptet, und die Bauunternehmung im Zusammenhang mit der damaligen Empfehlung diese Problematik jedenfalls hätte abklären müssen, kann angesichts der vorstehenden Ausführungen dahinstehen, so dass auch die übrigen Ausführungen der Beklagten im nicht nachgelassenen, nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 28.08.2014 (§ 296a ZPO) die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht veranlassen.

Bezogen auf die Beklagte zu 1.) ist danach von Arglist auszugehen, die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB findet Anwendung (vgl. Palandt-Sprau, 73. Aufl., § 634 a Rn. 29). Es gilt daher im Grundsatz die 3-Jahres-Frist, und zwar beginnend ab Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis oder spätestens 10 Jahre ab Entstehung, d.h. dann gerechnet ab Abnahme (vgl. Palandt-Sprau 73 Aufl. § 634a Rdnr. 21 i.V.m. 13).

Danach ist hier die Verjährung nicht eingetreten, da die am 18.10.2012 eingereichte und am 26.10.2013 bzw. 27.10.2013 zugestellte Klage (vgl. § 167 ZPO) den Ablauf der Verjährung gemäß § 204 BGB gehemmt hat.

Denn die Dreijahresfrist des § 199 Abs. 1 war zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht abgelaufen.

Verjährungsbeginn ist das Ende des Jahres 2012, da substantiell nicht widersprochen von Seiten des Klägers vorgetragen ist, erst durch das Privatgutachten OLS vom 02.08.2012 von der Problematik der Wasserunverträglichkeit Kenntnis erlangt zu haben.

Soweit von Seiten der Beklagten dargelegt ist, dem Zeugen U2, Bauleiter des Klägers, sei schon im Jahr 2002 durch einen entsprechenden Hinweis die Verwendung des Sekundärbaustoffes „VIADUR“ bekannt gewesen, so kann dies die Kenntnis der maßgeblichen Umstände im Sinne des § 199 Abs. 1 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht begründen. Denn dass er schon zu diesem Zeitpunkt von der zweifelhaften Wasserverträglichkeit des Sekundärbaustoffes Kenntnis hatte, lässt sich hieraus nicht ableiten.	44
Grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist bezogen auf die Wasserunverträglichkeit für das Jahr 2002 gleichfalls nicht anzunehmen. Dass es sich bei dem Zeugen U2 um den Bauleiter des Klägers handelt, bei dem eine größere Sachkunde als bei einem Laien vorausgesetzt werden darf, ist ohne Belang. Denn eine Pflicht des Bauherrn, durch eigene Recherche die Frage der Wasserverträglichkeit abzuklären, besteht jedenfalls dann nicht, wenn – wie hier beklagtenseits dargelegt – der Bauunternehmer über die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B treffenden Bedenkenanmeldungspflicht hinaus für einen angeblich ungeeigneten, aber im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Stoff die Verwendung eines anderen „geeigneten“ ausdrücklich empfiehlt.	45
Auch die 10-Jahres-Frist des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB ist nicht abgelaufen: Die Abnahme erfolgte hier am 23.10.2002. Die am 23.10.2012 ablaufende Zehnjahresfrist ist dann gewahrt, da die Klageschrift am 18.10.2012 eingereicht wurde und die Zustellung sodann unverzüglich im Sinne von § 167 ZPO erfolgte.	46
• 2. <u>Zur Klage gegen den Beklagten zu 2.)</u>	47
Was die Klage gegenüber dem Beklagten zu 2.) angeht, so ist das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage mangels Schlüssigkeit abzuweisen. Dass der Beklagte zu 2.) mit dem für einen Betrug erforderlichen „dolus eventualis“ gehandelt hat, ist schon nicht substantiiert vorgetragen, jedenfalls beweiskräftig auch nicht an Hand der Ausführungen im angefochtenen Urteil nachzuvollziehen, da diese sich auf nicht belegte Mutmaßungen beziehen.	49
-----	50
Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 91, 92, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	51
Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung.	52
<u>Streitwert:</u> 160.000 €	53
Hinweis: Die Nichtzulassungsbeschwerden sind zurückgewiesen worden; BGH Beschluss vom 30.08.2017 – VII ZR 268/14 -.	54