
Datum: 30.08.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 4/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0830.11U4.16.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 7 O 186/15

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 08.12.2015 – 7 O 186/15 - wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten beider Rechtszüge trägt der Kläger.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zu 1) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

I.

2

Der Kläger war Bauherr des Bauvorhabens „Erweiterung und Neugestaltung des Berufskollegs“ in A. Mit der Planung und Bauleitung beauftragte der Kläger den ursprünglich Beklagten zu 3) als Architekten. Dieser erstellte die Ausschreibungsunterlagen nebst Leistungsverzeichnis, in welchem es unter Position 6.280 lautet: „Beton-Rechteckpflaster 10/20/8 mit Fase, Stärke 8 cm, Farbe grau, liefern und auf Pflasterbett aus Splitt 2/5 mm, 4cm stark höhen- und fluchtgerecht im Fischgrätverband verlegen, abrütteln und mit Basaltsplitt einschlänmen.“ Mit Auftrag vom 06.10.2005 (Bl. 5 f. d.A.) beauftragte der Kläger die Beklagte

3

mit der Durchführung der streitgegenständlichen Baumaßnahme. Die Parteien vereinbarten die Anwendbarkeit der VOB/B. Die Beklagte führte die Leistungen aus, wobei sie als Bettungsmaterial ein Gemisch aus Viadur 05 Bettungssand (industrielles Recycling-Erzeugnis) und natürlichem Quarzsand verwendete. Im Mai 2006 nahm der Kläger die Leistungen ab. Unter dem 22.01.2007 erstellte die Beklagte die Schlussrechnung, die der ursprünglich Beklagte zu 3) für den Kläger prüfte. Im Jahr 2012 ließ der Kläger das Bettungsmaterial überprüfen. Für weitere Einzelheiten wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils vom 08.12.2015 (Bl. 208 ff. d.A.) verwiesen.

Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung eines Schadensersatzanspruchs gegen die ursprünglichen Beklagten als Gesamtschuldner begehrt. Das Landgericht hat die Klage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten im Hinblick auf das verwendete Bettungsmaterial zugesprochen und gegen die ursprünglich Beklagten zu 2) und 3) abgewiesen. Zur Begründung des zusprechenden Teils des Urteils hat es ausgeführt, das eingebaute Bettungsmaterial sei mangelhaft gemäß § 13 Abs. 1 VOB/B, da der Begriff „Splitt“ aus dem Leistungsverzeichnis nur Naturstein, nicht aber ein industrielles Erzeugnis umfasse. Dies sei der Beklagten auch bewusst gewesen. Der Anspruch sei auch nicht verjährt, da aufgrund der Arglist auf Seiten der Beklagten die regelmäßige Verjährung gemäß §§ 195, 199 BGB einschlägig sei. 4

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie – unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils – weiter eine Klageabweisung begehrt. Sie rügt, es fehle bereits an einem Feststellungsinteresse für die Klage, da eine Leistungsklage auf Kostenvorschuss hätte erhoben werden können. Das von der Beklagten eingebaute Material entspreche der vertraglichen Vereinbarung und sei deswegen nicht mangelhaft. Der ursprünglich Beklagte zu 3) – der das Leistungsverzeichnis für den Kläger erstellt habe - und die Beklagte hätten dasselbe Verständnis im Hinblick auf das Bettungsmaterial gehabt. Dieses Verständnis des ursprünglich Beklagten zu 3) müsse der Kläger sich nach § 166 BGB zurechnen lassen. Schließlich seien die Ansprüche des Klägers verjährt, da eine Arglist der Beklagten nicht vorliege. Die Beklagte habe auf die „Begriffsbestimmungen Straßenbautechnik“ vertraut. 5

Die Beklagte beantragt, 6

- unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils - die Klage abzuweisen. 7

Der Kläger beantragt, 8

die Berufung zurückzuweisen. 9

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil als richtig. 10

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 28.06.2017 Bezug genommen. 11

II. 12

Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg. Damit führt die Berufung zur vollständigen Abweisung der Klage. 13

1. 14

15

Ein möglicher Anspruch des Klägers ist verjährt. Das Landgericht hat zu Unrecht das arglistige Verschweigen eines Mangels durch die Beklagte angenommen. Zwar entsprach das von der Beklagten eingebaute Bettungsmaterial nicht der Vereinbarung der Parteien, da der im Leistungsverzeichnis verwendete Begriff „Splitt“ ein Produkt aus gebrochenem Naturstein darstellt und nicht ein teilweise aus Recyclingmaterial bestehendes Produkt (so auch der Senat in dem nicht rechtskräftigen Beschluss vom 03.11.2015, Az. 11 U 65/15 dort Seite 5 f.). Die Frage der Mangelhaftigkeit der Werkleistung nach § 13 Abs. 1 VOB/B kann aber dahinstehen, da es jedenfalls an einem arglistigen Verschweigen der Beklagten im Hinblick auf eine solche Mangelhaftigkeit fehlt. Eine Arglist der Beklagten lässt sich nicht feststellen.

a. Die 4-jährige Verjährung nach § 13 Abs. 4 VOB/B ist bereits eingetreten, da die Abnahme des Werks der Beklagten unstreitig im Mai 2006 erfolgt ist. Die Verjährung nach § 13 Abs. 4 VOB/B ist damit bereits im Mai 2010 eingetreten. Der Kläger hat die Klage am 22.05.2015 beim Landgericht eingereicht. Erst am 29.05.2015 wurde die Klageschrift der Beklagten zugestellt. 16

b. Für den Fall des Vorliegens von Arglist wäre – auch bei Vorliegen eines VOB/B Vertrages – die regelmäßige Verjährung gemäß §§ 195, 199 BGB einschlägig nach dem Rechtsgedanken des § 643a Abs. 3 BGB. Nach § 643a Abs. 3 BGB verjähren die Ansprüche abweichend von Absatz 1 Nr. 1 und 2 und Absatz 2 in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat (vgl. Palandt, BGB 75. Aufl., § 634a Rn. 29 m.w.N.). Ein arglistiges Verschweigen des Mangels (Recycling-Erzeugnis anstelle von Naturstein-Splitt bzw. Ungeeignetheit des Materials für den Verwendungszweck) durch die Beklagte bzw. deren Geschäftsführer lässt sich jedoch nicht feststellen. 17

"Arglistig verschweigt", wer sich bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart (BGH, Urteile vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 66 und vom 12. März 1992 - VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318 f.). Arglistiges Verschweigen erfordert nicht, dass der Unternehmer bewusst die Folge der vertragswidrigen Ausführung in Kauf genommen hat. Es verlangt keine Schädigungsabsicht und keinen eigenen Vorteil. Verwendet der Unternehmer in bewusster Abweichung von der Vereinbarung einen neuen, nicht erprobten Baustoff, so genügt er seiner Mitteilungspflicht gegenüber dem Besteller nur dadurch, dass er ihn darauf und auf das mit der Verwendung dieses Baustoffes verbundene Risiko hinweist (BGH, Urteil vom 23. Mai 2002 – VII ZR 219/01 –, Rn. 15, juris). 18

aa. Zwar ist davon auszugehen, der Beklagten war bekannt, dass das durch sie eingebaute Bettungsmaterial nicht vollständig aus Naturstein bestanden hat. Dagegen kann eine Kenntnis der Beklagten davon, dass der Begriff „Splitt“ nur Naturstein umfasst und dies von ihr geschuldet war, nicht festgestellt werden. Insofern hat die Beklagte sich nachvollziehbar auf die „Begriffsbestimmungen Straßenbautechnik“ (Anlage B1, Bl. 61 ff. d.A.) berufen, wonach Splitt wie folgt definiert wird: „gebrochene Gesteinskörnungen über 4 mm und kleiner 32 mm Korngröße“ (Bl. 67) bzw. „gebrochener Mineralstoff (...)“ und Gesteinskörnung als „körniges Material für die Verwendung im Bauwesen, das natürlich, künstlich oder recycelt sein kann“ (Bl. 65 d.A., Hervorhebung durch den Senat). Angesichts dieser Definition von „Splitt“ aus den „Begriffsbestimmungen Straßenbautechnik“, auf die die Beklagte sich beruft (Bl. 242 d.A.), lassen sich eine „bewusste Täuschung“ des Klägers bzw. eine „bewusste Abweichung von der Vereinbarung“ und damit ausreichende Anhaltspunkte für eine Arglist der Beklagten nicht feststellen. Dem Beklagtenvortrag, dass die „Begriffsbestimmungen 19

Straßenbautechnik“ generell im Baugewerbe maßgebend seien (Bl. 242 d.A.), ist der Kläger nicht erheblich entgegen getreten. Im Berufungsverfahren beruft die Beklagte sich zusätzlich auf das Gutachten des Dr.-Ing. B vom 18.02.2016 (Bl. 271 ff. d.A.), wonach es sich bei „Brechsand-Splitt-Gemisch“ auch um industriell hergestelltes oder recyceltes Material handeln könne (Bl. 277 d.A.). Trotz knapper Begründung stützt das Gutachten das Verständnis und damit einen möglichen Irrtum der Beklagten.

Zudem war in dem Leistungsverzeichnis unter Position 6.280 zwar das Einschlämmen mit „Basaltsplitt“ vorgesehen, für das Pflasterbett war hingegen nur der Begriff „Splitt“ verwendet. Diese Abweichung der Begriffe und die wenig konkrete Bezeichnung des Pflasterbetts mit dem verwendeten Begriff mag den Irrtum des Beklagten hervorgerufen oder unterstützt haben. 20

Des Weiteren ergibt sich aus dem Leistungsverzeichnis und der Schlussrechnung, dass zumindest für die Frostschutzschicht RCL-Material verwendet werden durfte (vgl. Position 6.00.0150 in der Schlussrechnung, Bl. 14 d.A.; den einschlägigen Ausschnitt aus dem Leistungsverzeichnis mit der Position 6.150 hat Rechtsanwalt Dr. C dem Senat in der mündlichen Verhandlung vorgelegt.). Hieraus ergibt sich – auch wenn die Frostschutzschicht mit der Trageschicht nicht identisch ist -, dass Recyclingmaterial entgegen des klägerischen Vortrags (Bl. 262 d.A.) für das streitgegenständliche Vorhaben jedenfalls nicht insgesamt ausgeschlossen war. Eine bewusste Abweichung der Beklagten von der vertraglichen Vereinbarung kann mithin nicht festgestellt werden. 21

Der klägerische Vortrag, das verwendete Material sei nicht als Recyclingprodukt zu qualifizieren, sondern ausschließlich als industrielles Nebenprodukt (Bl. 116 d.A.), ist angesichts seines eigenen späteren Vortrags, dass es sich bei dem verbauten Material um Recyclingmaterial handele (Bl. 190, 261 d.A.), unbeachtlich. 22

Für die Annahme eines betrügerischen Vorgehens, wie es der Kläger der Beklagten vorwirft, fehlt es an Vortrag dazu, dass die Beklagte in ihrer Schlussrechnung fälschlicherweise für das Bettungsmaterial ein - gegenüber dem verwendeten Material teureres - Natursteinmaterial abgerechnet habe. 23

bb. Arglistiges Verschweigen der Beklagten im Hinblick auf die mögliche Schwermetallbelastung durch das verbaute Bettungsmaterial ist nicht feststellbar. Dass die Beklagte bereits zur Zeit des Einbaus des streitgegenständlichen Materials von der möglichen Schwermetallbelastung des von ihr verbauten Materials gewusst hat, hat der Kläger nicht hinreichend vorgetragen. Nach dem Vortrag der Beklagten hat sie erst Ende 2011/ Anfang 2012 von den teilweise erhöhten Messwerten an Schwermetallen des Produkts „Viadur 05“ erfahren und den Kläger unmittelbar informiert (vgl. Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 06.06.2012, Anlage B7, Bl. 113 d.A. hinsichtlich des Verdachts der Umweltbelastung und des weiteren Vorgehens zur Abklärung). Ab diesem Zeitpunkt hat sie das streitgegenständliche Material unstreitig nicht mehr verbaut. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bereits zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis von einer möglichen Schwermetallbelastung im Hinblick auf das verbaute Bettungsmaterial hatte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. 24

Dies wird gestützt durch das Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 24.03.2015 wegen des Ausschlusses der Beklagten von Vergabeverfahren (Anlage B8, Bl. 144 d.A.) – ohne dass es hierauf entscheidend ankäme. Diesem Urteil ist eine „schwere Verfehlung“ der Beklagten im Zusammenhang mit der Verwendung des Materials „Viadur 05“ als Bettungsmaterial nicht zu entnehmen. Stichhaltige Anhaltspunkte dafür, dass die hiesige 25

Beklagte (dort: Klägerin) mit der Schädlichkeit des von ihr verbauten Materials rechnen konnte, sind nicht festgestellt worden. Auch in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf hat die hiesige Beklagte (dort: Klägerin) unwiderlegbar vorgetragen, dass sie erstmals Ende 2011 bzw. Anfang 2012 Kenntnis von der Belastung des Materials erlangt habe.

Zu Gunsten der Beklagten lässt sich überdies feststellen, dass das ihr von der D gelieferte Material Viadur nach ihrem Vorbringen stets mit einer Güteprüfung versehen war (Bl. 97 d.A.: als güteüberwachtes RCL I Material, so bis Ende 2011 im Internet beworben und ausweislich der Lieferscheine). Dem ist der Kläger nicht erheblich entgegen getreten. Ob die Beigabe von Natursand (hier: natürlichem Quarzsand) die erfolgte Güteprüfung des Bettungsmaterials hinfällig und eine erneute Güteprüfung erforderlich machen würde, ist offen. Jedenfalls ist eine Kenntnis der Beklagten im Hinblick auf eine solche Notwendigkeit und damit ein bewusstes Abweichen von der vertraglichen Vereinbarung, die für den Arglistvorwurf notwendig wäre, weder vorgetragen noch ersichtlich. 26

cc. Der Vortrag des Klägers, die Beklagte habe keine Kenntnis von der Zusammensetzung des Materials gehabt (Bl. 307 d.A.), kann den Arglistvorwurf ebenfalls nicht begründen. Denn dies stellt eine Behauptung „ins Blaue“ dar und ist damit unbeachtlich. Der Kläger hatte dies zunächst lediglich als Frage bezugnehmend auf ein Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen formuliert („Wollen die Beklagten hier unstreitig stellen, dass sie etwas verbaut haben, ohne zu wissen was es ist und wie es sich zusammensetzt?“, Bl. 116 d.A.). Konkreten Vortrag des Klägers zu Tatsachen, die dies nahelegen, gibt es nicht (vgl. Bl. 261 d.A.). 27

dd. Ob ein Verstoß gegen den Verwertererlass (Einbau des Materials ohne Nachweis über dessen Eignung oder Unbedenklichkeit) vorgelegen hat und ein solcher ein arglistiges Verhalten der Beklagten begründen würde, kann dahinstehen. Denn spätestens ab Zugang und Prüfung der Schlussrechnung der Beklagten vom 22.01.2007 hatte der Kläger Kenntnis bzw. jedenfalls grob fahrlässige Unkenntnis davon, dass er eine Dokumentation zu dem verbauten Material nicht erhalten hat. Damit ist hinsichtlich dieses Vorwurfs Verjährung eingetreten - selbst wenn man die regelmäßige Verjährung nach §§ 195, 199 BGB anwenden würde. Die regelmäßige Verjährung von 3 Jahren ab Kenntnis (spätestens 10 Jahre ab Entstehung) bzw. 5 Jahren ab Abnahme (§§ 195, 199 bzw. §§ 643a Abs. 3 Satz 1, 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) ist zur Zeit der Klageerhebung bereits abgelaufen gewesen. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Bezüglich des Vorwurfs eines Verstoßes gegen den Verwertererlass trifft den Kläger ab Abnahme, spätestens aber ab Prüfung der Schlussrechnung Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände. Die Verjährungsfrist lief mithin vom 31.12.2007 bis einschließlich 31.12.2010. Nach § 643a Abs. 3 Satz 2 BGB greift bei Bauwerken die 5-Jahresfrist beginnend mit der Abnahme (§ 643a Abs. 2 BGB), wenn diese länger ist. Die Abnahme der Arbeiten der Beklagten zu 1) erfolgte im Mai 2006, so dass die 5-jährige Verjährung Ende Mai 2011, ebenfalls vor Klageerhebung, endete. 28

Ebenso verhält es sich mit dem Vorwurf des Klägers hinsichtlich der unterlassenen Mitteilung der Zusammensetzung des Bettungsmaterials. Auch dieses angebliche Unterlassen musste dem Kläger spätestens ab Prüfung der Schlussrechnung durch seinen Architekten (den ursprünglich Beklagten zu 3)) bekannt gewesen sein. Angesichts dieser Kenntnis (bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis) hat die regelmäßige Verjährung auch hinsichtlich dieses Vorwurfs spätestens am 31.12.2007 zu laufen begonnen und endete am 31.12.2010. 29

c. Soweit der Kläger in seinem nicht nachgelassenen - nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten - Schriftsatz vom 27.07.2017 (Bl. 305 ff. d.A.) darauf abstellt, dass es sich bei dem verwendeten Material („Baustoffmischung“) um einen neuen, nicht erprobten Baustoff, ohne die erforderliche Bewährung von 5 Jahren handle, stellt dies neuen Vortrag dar, der nach § 296 a Satz 1 ZPO verspätet ist. Zudem hat der Kläger im Schriftsatz vom 07.09.2015 ausgeführt, dass die Beklagte das Material über 10 Jahre vertrieben habe (Bl. 117 d.A.). Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO ist hierdurch nicht veranlasst. Bereits mit der Ladungsverfügung vom 12.04.2017 hatte der Senat den Kläger gemäß § 139 Abs. 1 ZPO darauf hingewiesen, dass eine Arglist der Beklagten nicht feststellbar sein dürfte (Bl. 284 d.A.).	30
In dem Verfahren vor dem 7. Zivilsenat (OLG Köln, 7 U 27/14), welches der Kläger heranzieht, war nicht der allgemeine Begriff „Splitt“ im Leistungsverzeichnis verwendet worden, sondern der Begriff „Kalksteinsplittgemisch“, so dass dort – anders als hier – nicht gleichermaßen ein Irrtum der Beklagten bezüglich der Definition des Begriffs „Splitt“ angenommen werden konnte. Die Voraussetzungen der Arglist sind überdies in jedem Verfahren angesichts des Vortrags der Parteien neu zu prüfen.	31
Der Antrag des Beklagten auf Beiziehung des selbständigen Beweisverfahrens des LG Krefeld (Az. 11 OH 1/12) im Hinblick auf die Frage der Erforderlichkeit einer Güteüberwachung aus dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 27.07.2017 ist verspätet nach § 296 a Satz 1 ZPO. Der Kläger hat diesen Antrag erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt. Gründe für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO sind nicht erkennbar.	32
2.	33
Die prozessualen Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	34
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung, und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.	35
Der <u>Streitwert für das Berufungsverfahren</u> wird festgesetzt auf bis 50.000,00 €.	36