

Oberlandesgericht Düsseldorf

I-22 U 57/03

vom 16.01.2004



REWIS: open. smart. legal.  
Datenbank für Rechtsprechung  
Angaben ohne Gewähr



URL: <https://rewis.io/s/u/Vqu/>  
Oberlandesgericht Düsseldorf  
22. Zivilsenat

# I-22 U 57/03 vom 16.01.2004

Urteil | Oberlandesgericht Düsseldorf | 22. Zivilsenat

## Tenor

Die Berufung der Klägerinnen gegen das am 27.03.2003 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsrechtsstreits einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin des Beklagten werden den Klägerinnen auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerinnen dürfen die Vollstreckung der Beklagten und ihrer Streithelferin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte bzw. seine Streithelferin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

1 Gründe:

2 A.

3 Die Klägerinnen beauftragten im Jahre 1994 die Gemeinschuldnerin, mehrere Produktions- und Lagerhallen auf dem Grundstück K.-A.-Str. ... in W.-M. zu errichten. Die Planung des Bauvorhabens übertrugen sie ihrem Streithelfer, dem Architekten G.. Dieser hatte im Leistungsverzeichnis, das Grundlage des Angebots der Gemeinschuldnerin und des auf dieser Basis geschlossenen Vertrags war, in dem auch die Geltung der VOB/B vereinbart wurde, als Füllmaterial unter der Bodenplatte der Hallen Kies vorgesehen. In dieser Weise wurden drei Hallen errichtet. Für die vierte zu errichtende Halle, in der auch ein Bürotrakt untergebracht ist, kam unter im einzelnen umstrittenen Umständen die Überlegung auf, durch Verwendung von Hausmüllverbrennungssasche (MV-Asche) statt des vorgesehenen und vereinbarten Kieses die Baukosten zu senken. Mit Telefax vom 01.02.1995 erteilte der Architekt der Gemeinschuldnerin den Nachtragsauftrag N 1, die Verfüllung unter der Bodenplatte wie im Leistungsverzeichnis beschrieben, "jedoch mit Recyclingmaterial, MV-Schlacke, Hallenbereich" auszuführen, wobei er hinzufügte: "Die Zulassung für die Verwendung des Materials hat der AN zu

erbringen. Die Herkunft ist nachzuweisen." Nach Vorlage von Unterlagen gab der Architekt diese Ausführung frei.

4 Die MV-Asche wurde durch die von der Gemeinschuldnerin beauftragte Streithelferin B. GmbH eingebracht, die das Material von der weiteren Streithelferin S. Straßen- und Tiefbau AG bezog.

5 Nach der Errichtung der Halle zeigten sich Risse, insbesondere im Bürotrakt. Es kam zu Brüchen in den Heizungs- und Wasserversorgungsrohren. Der Hallenboden hob sich so deutlich, dass die Tore der Halle nicht mehr schlossen. Die Klägerinnen beantragten die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zur Frage der Ursache der Schäden (LG Krefeld 3 OH 26/99). Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. R. beruhen die Schäden darauf, dass die MV-Asche nicht raumbeständig ist, d.h. bei Feuchtigkeitzufuhr ihr Volumen sich vergrößert. Das ist zwischen den Parteien unstrittig.

6 Mit Schreiben vom 15.09.1998 (Bl. 11 GA) erklärte die Gemeinschuldnerin, sie bestätige "hiermit wunschgemäß die Anerkennung aller Schäden an Ihrem Bauvorhaben, die durch die von uns erbrachten Leistungen entstanden sind. Die Schadensbeseitigung erfolgt durch uns aus der Gewährleistungsverpflichtung ...".

7 Die Klägerinnen haben behauptet, der Bauleiter der Gemeinschuldnerin, der Zeuge H., habe die Verwendung der MV-Asche als ebenso geeignet und preiswerter als Kies vorgeschlagen. Eine Anweisung des Architekten sei nicht erfolgt. Dieser habe aber dem Einbau des ihm bis dahin unbekanntes Materials zugestimmt, nachdem ihm von der Gemeinschuldnerin deren Geeignetheit versichert worden sei. Ihnen seien Kosten zur Ursachenfeststellung sowie zur Beseitigung bereits eingetretener Schäden in Höhe von 52.781,09 DM entstanden. Die Sanierungskosten würden sich auf 560.000,00 DM belaufen.

8 Nachdem im Laufe des Rechtsstreits erster Instanz über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und der Beklagte in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter das Verfahren aufgenommen hat, haben die Klägerinnen die abgesonderte Befriedigung nach [§ 157 VVG](#) geltend gemacht

9 und haben beantragt,

10 den Beklagten zu verurteilen,

- 11
1. an sie 52.781,09 DM nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
  2. an sie 560.000,00 DM Vorschuss nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,



3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihnen sämtliche über die genannten Beträge hinausgehenden Aufwendungen zu ersetzen, die durch die Instandsetzung des Bürogebäudes und der Produktions- und Lagerhalle K.-A.-Str. ..., W.-M. infolge der mangelhaften Beschaffenheit der unter der Bodenplatte eingebauten Hausmüllverbrennungsasche erforderlich sind,

12 jeweils mit der Maßgabe, dass diese Forderungen auf die der  
Gemeinschuldnerin gegen ihre Haftpflichtversicherung, die P.  
Versicherungsanstalt der R., P., D., zustehenden Forderungen beschränkt  
werden.

13 Der Beklagte hat beantragt,

14 die Klage abzuweisen.

15 Er hat behauptet, der Streithelfer Gellert habe aus Kostenersparnisgründen die  
Verwendung der MV-Asche angeordnet.

16 Nach durchgeführter Beweisaufnahme zur Frage, wie es zu der Verwendung der  
MV-Asche gekommen ist, hat das Landgericht die Klage mit Urteil vom  
27.03.2003, auf dessen Feststellungen im übrigen Bezug genommen wird,  
abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die  
vernommenen Zeugen hätten widersprüchliche Angaben dazu gemacht, auf  
wessen Vorschlag die Verwendung der MV-Asche zurückgehe. Alle Zeugen  
hätten erklärt, ihnen sei MV-Asche unbekannt gewesen. Deshalb falle die  
Haftung letztlich dem Architekten, dem Streithelfer G., zur Last, denn dieser  
habe die Verwendung von MV-Asche in seine Planung aufgenommen, was sich  
die Klägerinnen zurechnen lassen müssten, weil der Architekt ihr  
Erfüllungsgehilfe gewesen sei.

17 Eine Haftung des Beklagten lasse sich auch nicht aus dem Schreiben der  
Gemeinschuldnerin vom 15.09.1998 herleiten, denn mit den dort  
angesprochenen Schäden seien offensichtlich nicht diejenigen gemeint gewesen,  
die der Architekt zu verantworten habe, weil nicht davon auszugehen sei, dass  
die Gemeinschaftschuldnerin eine über die gesetzliche Haftung hinausgehende  
Verantwortung habe übernehmen wollen.

18 Gegen dieses Urteil wenden sich die Klägerinnen mit ihrer form- und fristgerecht  
eingelegten und begründeten Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen  
Zahlungsanträge sowie den Feststellungsantrag weiterverfolgen und zudem  
Feststellung einer Forderung von 313.000,00 € zur Insolvenztabelle verlangen,  
soweit sie keine Befriedigung erlangen. Zur Begründung machen sie geltend:

19 Das Landgericht habe die Rechtslage und die Beweislast verkannt. Ein  
Planungsfehler des Architekten liege nicht vor, weil dieser lediglich die Verfüllung



mit geeignetem Material geplant habe. Grundsätzlich habe der Auftragnehmer für Fehler des von ihm zu beschaffenden und einzubauenden Materials, die zu Mängeln führen, auch dann einzustehen, wenn er das Ausbleiben des geschuldeten Erfolgs nicht zu vertreten habe. Etwas anderes könne nur bei einer ausdrücklichen Anordnung des Bauherrn gelten, ein bestimmtes Material zu verwenden. Es wäre deshalb vom Beklagten zu beweisen gewesen, dass die Klägerinnen der Gemeinschuldnerin die Verwendung von MV-Asche vorgeschrieben hätten. Das sei ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme des Landgerichts nicht gelungen und gehe zu seinen Lasten. Vielmehr habe die Beweisaufnahme ergeben, dass die Klägerinnen der Gemeinschuldnerin die Verwendung von MV-Asche nicht vorgeschrieben hätten, was vom Landgericht zu Unrecht anders gewürdigt worden sei.

20 Der Streithelfer der Klägerinnen, Architekt Geller, macht geltend: Die Initiative zum Einbau der MV-Asche sei von der Gemeinschuldnerin ausgegangen, weil diese sich auf einen nur schwerlich auskömmlichen Preis für die Kiesverfüllung eingelassen habe, während sie bei dem Einbau von MV-Asche einen stattlichen Gewinn habe erwirtschaften können. Er habe auf die Eignung der MV-Asche angesichts der von der Gemeinschuldnerin vorgelegten Nachweise vertrauen dürfen. Deshalb liege die Verantwortung für die Mängel bei der Gemeinschuldnerin.

21 Die weitere Streithelferin der Klägerinnen, die S. AG, bringt mit ihrem am 31.10.2003 eingegangenen Schriftsatz vor: Dem Architekten G. sei kein Planungsfehler unterlaufen, weil zum Zeitpunkt der Entscheidung und Ausführung 1995 (aber auch bis heute) die Verwendung von MV-Asche für die Verfüllung unter Gebäuden den Regeln der Baukunst entsprochen habe, wenn eine für diesen Zweck hinreichende Raumbeständigkeit gegeben sei. Das sei damals bejaht worden, wenn die Asche 3 Monate lang feucht gelagert worden sei. Deshalb treffe auch die Gemeinschuldnerin kein Verschulden, weshalb zwar Gewährleistungsansprüche gegeben seien, der Beklagte aber keinen Schadensersatz leisten müsse.

22 Mit diesem Vorbringen setze sie sich zwar in Widerspruch zu den Klägerinnen. Das könne aber dadurch überwunden werden, dass der Beklagte sich ihr Vorbringen zu eigen mache, was sie anrege. Einen Sachantrag stellt sie nicht.

23 Die Klägerinnen und ihr Streithelfer Architekt G. beantragen,

24 unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen,

- 25
1. an die Klägerinnen als Gesamtgläubigerinnen 26.986,54 € (52.781,09 DM) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 11.04.2001 zu zahlen,
  2. an die Klägerinnen als Gesamtgläubigerinnen weitere 286.323,45 € (560.000,00 DM) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 11.04.2001 zu zahlen,



26

jeweils mit der Maßgabe, dass die Zahlungsverpflichtung betragsmäßig beschränkt ist auf die Entschädigungsforderung der H. W. Bauunternehmung GmbH & Co. KG aus Versicherungsvertrag gegen die P. Versicherungsanstalt der R., P., D.,

27

1. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihnen sämtliche Aufwendungen zu ersetzen, die von ihnen zur Beseitigung der Mängel aufgewandt werden müssen, die an dem Bürogebäude sowie der Produktions- und Lagerhalle K.-A.-Str. ..., W.-M., durch die Einbringung von Hausmüll-Verbrennungstasche unter der Bodenplatte des Gebäudes entstanden sind bzw. noch entstehen werden, soweit die Kosten für die Mangelbeseitigung den Betrag von netto 335.657,52 € übersteigen, betragsmäßig beschränkt auf die Entschädigungsforderung der H. W. Bauunternehmung GmbH & Co. KG aus Versicherungsvertrag gegen die P. Versicherungsanstalt der R., P., D.,
2. die Forderung der Klägerinnen in Höhe von 313.310,00 € zur Insolvenztabelle in dem beim Amtsgericht Kleve als Insolvenzgericht unter dem Aktenzeichen 38 IN 11/02 geführten Insolvenzverfahren über das Vermögen der H. W. GmbH & Co. KG festzustellen, wenn und soweit die Klägerinnen aus dem Versicherungsvertrag zwischen der H. W. Bauunternehmung GmbH & Co. KG und der P. Versicherungsanstalt der R. keine Entschädigung zur Befriedigung ihrer Forderung erlangen.

28

Der Streithelfer G. beantragt darüber hinaus,

29

dem Beklagten die Kosten seiner Nebenintervention aufzuerlegen.

30

Der Beklagte und seine Streithelferin, die B. GmbH, beantragen,

31

die Berufung zurückzuweisen.

32

Sie verteidigen das angefochtene Urteil als zutreffend und machen geltend: Es komme nicht darauf an, wer die MV-Asche als Alternative zum Kies ins Spiel gebracht habe, weil unstreitig sei, dass der Architekt G. die Verwendung von MV-Asche angeordnet habe. Deshalb sei die Gemeinschuldnerin von eigener Verantwortung frei gewesen. Die Zweifel an der Eignung der MV-Asche auszuräumen sei Sache des Architekten gewesen.

33

Die geltend gemachten Schadenspositionen bestreiten sie im Einzelnen (Einzelheiten: Bl. 278 ff. GA) und meinen, es fehle an dem für eine Schadensersatzverpflichtung erforderlichen Verschulden, weil der Gemeinschuldnerin die mangelnde Eignung der MV-Asche nicht bekannt gewesen sei und auch nicht habe bekannt sein müssen.

34

Die Streithelferin B. GmbH ergänzt: Die Gemeinschuldnerin sei auch deshalb nicht zur Gewährleistung für die mangelnde Eignung der MV-Asche verpflichtet,

weil die Klägerinnen gerade zu dieser Frage einen Sonderfachmann eingeschaltet hätten, der jedenfalls über eine größere Fachkenntnis als die Gemeinschuldnerin verfügt habe. Auch habe die Lieferantin der MV-Asche, die Streithelferin S. AG, zumindest konkludent die Eignung des Materials zugesichert, indem sie für die Klägerinnen die wasserrechtliche Genehmigung für die Verwendung der MV-Asche eingeholt habe, was unstreitig ist.

35 Mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 19.11.2003 haben die Klägerinnen sich das Vorbringen ihrer Streithelferin S. AG, wonach die Verwendung von MV-Asche 1995 den anerkannten Regeln der Baukunst entsprochen habe, ausdrücklich zu eigen gemacht und haben die Ansicht vertreten, es liege ein sog. "Ausreißer" vor, für den der Beklagte hafte. Mit einem weiteren am 27.11.2003 eingegangenen Schriftsatz stellen sie klar, dass es bei ihrem bisherigen Vorbringen bleibe, wonach bereits 1995 das Risiko fehlender Raumbeständigkeit von MV-Asche bekannt und deren Einsatz als Verfüllmaterial unter Gebäuden fahrlässig gewesen sei. Das hätten die Gemeinschuldnerin und die B. GmbH wissen müssen. Das Vorbringen ihrer Streithelferin S. AG wollen sie sich deshalb nur hilfsweise zu eigen machen. Mit einem weiteren am 16.12.2003 eingegangenen Schriftsatz tragen sie vor, MV-Asche habe eine potentielle Quellneigung. Dass die Asche quelle, könne im Einzelfall so sein, sei aber nicht zwangsläufig der Fall.

36 Die Streithelferin S. AG ergänzt mit einem am 01.12.2003 eingegangenen Schriftsatz: Sie habe das Material weder an die Gemeinschuldnerin noch an die B. GmbH geliefert. Sie habe von 1985 bis 1996 genau 1.491.750 Tonnen MV-Asche zur Füllung unter starren Gebäuden geliefert, 16 Fälle mit 25.674 Tonnen hätten sich schadhaft erwiesen. Erstmals 1997 sei ihr ein Schadensfall bekannt geworden, bei dem ihre eigene Asche verwendet worden war. Auch Schadensfälle mit Aschen anderer Hersteller seien der Fachwelt erstmals Ende 1995 bzw. Anfang 1996 bekannt geworden.

37 B.

38 Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit im Kern zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

39 I.

40 Die Klageanträge zu 1 – 3 sind zulässig, nicht dagegen der Antrag zu 4.

41 1.

42



Keine Bedenken werfen die Klageanträge zu 1 bis 3 deshalb auf, weil es sich bei den Forderungen an sich um Insolvenzforderungen handelt und solche grundsätzlich auf dem Weg der Anmeldung zur Insolvenztabelle geltend zu machen sind, [§ 174 InsO](#). Denn die Klägerinnen berufen sich hier ausdrücklich auf ein Recht zur abgesonderten Befriedigung außerhalb des Insolvenzverfahrens (BGH VersR 1989, 730).

43 2.

44 Die Bedenken, die sich aus den Anträgen auf Zahlung eines bestimmten Betrages mit der Maßgabe einer Beschränkung dieses Betrages in Höhe einer unbezifferten Entschädigungsforderung aus Versicherungsvertrag wegen einer möglicherweise fehlenden Bestimmtheit, Unbedingtheit und Vollstreckungsfähigkeit dieser Anträge ergeben, greifen im Ergebnis nicht durch. Die besondere Maßgabe in den Anträgen ist Folge der materiellen Rechtslage, wonach gem. [§ 157 VVG](#) abgesonderte Befriedigung nur verlangt werden kann aus der Entschädigungsforderung. Zwar kann das Recht zur abgesonderten Befriedigung durch Geltendmachung des Zahlungsanspruchs gegen den Insolvenzverwalter nach Grund und Höhe noch nicht festgestellt werden, solange die Entschädigungsberechtigung aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag noch nicht feststeht. Gleichwohl führt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der solche Anträge statthaft sind (BGH VersR 1989, 730, noch zum alten Konkursrecht), zu sachgerechten Ergebnissen. Denn ein stattgebendes Urteil hätte nach gefestigter Rechtsprechung die Wirkung einer Pfändung des der Gemeinschuldnerin zustehenden Deckungsanspruchs gegen den Haftpflichtversicherer analog [§ 1282 BGB](#) (BGH VersR 1987, 655 m.w.N.; BGH VersR 1993, 1222; OLG Brandenburg, MDR 2003, 747). Aufgrund des sich daraus ergebenden Einziehungsrechts könnten die Klägerinnen den Versicherer unmittelbar in Anspruch nehmen (BGH VersR 1954, 578; OLG Düsseldorf, VersR 2002, 1020; Bruck/Möller/Johannsen, VVG, 8. Aufl., Anm. B 103; Baumann in: Honsell, Berliner Kommentar zum VVG, § 157 Rn. 5 ff.). Der Senat schließt sich deshalb dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung an. Maßgebliche Unterschiede zwischen dem alten Konkursrecht, zu dem die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen ist, und dem neuen Insolvenzrecht vermag der Senat zu dieser Frage nicht zu erkennen.

45 3.

46 Der Antrag zu Ziff. 4, mit dem die Klägerinnen die Feststellung ihrer Forderungen zur Insolvenztabelle begehren, wenn und soweit sie keine Leistungen des Versicherers erhalten, ist unzulässig. Zwar begegnet es keinen Bedenken, dass der Antrag erst in der Berufungsinstanz im Wege einer Klageerweiterung geltend gemacht wird. Denn er ist als sachdienlich zuzulassen und wird allein auf Tatsachen gestützt, die ohnehin der Entscheidung zugrunde zu legen sind, [§ 533](#)



[ZPO](#). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des erkennenden Gerichts folgt aus [§ 180 Abs. 2 InsO](#).

47 Gleichwohl ist der Antrag wegen der darin enthaltenen Bedingung in dieser Form unzulässig. Bedenkenfrei wäre nur der Antrag, die volle Forderung unter Geltendmachung des Absonderungsrechts zur Insolvenztabelle festzustellen. Nach [§ 52 InsO](#) hat die Frage der Befriedigung aus dem Absonderungsrecht nur insoweit Bedeutung, als es um die Frage geht, mit welcher Forderungshöhe der Gläubiger bei der Verteilung der Masse an die nicht bevorrechtigten Gläubiger beteiligt ist. Hieraus ergibt sich, dass die materielle Rechtslage ([§ 157 VVG](#)) nicht eine Bedingtheit des Antrags erzwingt und damit rechtfertigt, sondern lediglich, dass die Frage der abgesonderten Befriedigung geklärt werden muss, bevor zur Verteilung der Insolvenzmasse geschritten werden kann.

48 II.

49 Die mit der Klage verfolgten Anträge auf Zahlung (Klageanträge Ziff. 1 und 2) sowie auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weitergehender Schäden (Klageantrag Ziff. 3) haben in der Sache keinen Erfolg.

50 1.

51 Voraussetzung für die Begründetheit dieser Anträge wäre, dass die Beklagte für die aufgetretenen Mängel Gewähr leisten müsste, § 13 Nr. 1 VOB/B. Denn der Schadensersatzanspruch nach Ziff. 1 der Anträge setzt gem. § 13 Nr. 7 VOB/B einen vom Auftragnehmer zu vertretenden Mangel voraus, der Vorschussanspruch nach Ziff. 2 der Anträge setzt analog [§ 633 Abs. 3 BGB](#), § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B eine Pflicht des Auftragnehmers zur Mangelbeseitigung voraus, und der Feststellungsanspruch nach Ziff. 3 der Anträge setzt ebenfalls nach § 13 Nr. 7 VOB/B vom Auftragnehmer zu vertretende Mängel voraus.

52 2.

53 Die Beklagte ist aber von der Gewährleistung für die aufgetretenen Mängel gem. § 13 Nr. 3 VOB/B frei.

54 Zu Recht gehen die Parteien davon aus, dass grundsätzlich der Auftragnehmer für den Erfolg seines Werks einzustehen hat ([§ 633 Abs. 1 BGB](#), § 13 Nr. 1 VOB/B) und, soweit sich Mängel zeigen, er zur Beseitigung dieser Mängel und Herstellung des versprochenen Werks verpflichtet ist. Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Mangel auf Fehlern des Materials beruht, das der Unternehmer in seinem Werk verarbeitet hat.

55 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt aber dann, wenn sich in dem Mangel ein Risiko verwirklicht, das der Auftraggeber übernommen hat. Nach § 13 Nr. 3 VOB/B ist der Auftragnehmer von der Gewährleistung für Mängel frei, die auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers oder auf von

diesem gelieferte oder vorgeschriebene Baustoffe zurückgehen, es sei denn, dass der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung hat und es unterlässt, diese Bedenken dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen, § 4 Nr. 3 VOB/B.

56 a)

57 Im vorliegenden Falle ist es unstrittig, dass der Architekt im Namen der Klägerinnen der Gemeinschuldnerin den Nachtragsauftrag N 1 erteilte, mit dem statt des ursprünglich vorgesehenen Kieses die Verwendung von MV-Asche zum Vertragsinhalt und Inhalt der Leistungsbeschreibung gemacht wurde. Das stellt entgegen der Auffassung der Klägerinnen und ihres Streithelfers – auch - ein "Vorschreiben" der Verwendung der MV-Asche dar, weil der Architekt sich damit nicht lediglich, wie vorgebracht wird, mit einer Wahl oder einem Vorschlag der Gemeinschuldnerin einverstanden erklärte, sondern dieses Material zum einzigen wurde, mit dem sie ihre Vertragspflicht erfüllen konnte und durfte. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum setzt der Begriff des "Vorschreibens" eines Baustoffes ein eindeutiges, Befolgung heischendes Verlangen des Auftraggebers voraus, das dem Auftragnehmer keine Wahl mehr lässt, es muss sich um eine bindende Anweisung handeln (BGHZ 91, 206; OLG Hamm, BauR 1988, 481; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB/B, 15. Aufl., § 13 Nr. 3 Rn. 38; Ganten in: Ganten/Jagenburg/Motzke, Beckscher VOB-Kommentar Teil B, § 13 Nr. 3 Rn. 21 f.). Das ist vorliegend der Fall. Nach dem Inhalt des Nachtragsauftrags konnte die Gemeinschuldnerin ihre Vertragspflichten nur erfüllen, indem sie "MV-Schlacke" einbaute.

58 In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, wer als erster die Überlegung in die Gespräche einbrachte, MV-Asche statt Füllkies einzubauen. Es kann zugunsten der Klägerinnen unterstellt werden, dass der Vorschlag von der Gemeinschuldnerin bzw. ihrer Streithelferin, der B. GmbH kam und die Gemeinschuldnerin auf die Verwendung dieses Materials drängte. Jedenfalls mündeten die Gespräche in der Nachtragsbeauftragung durch den Architekten, die MV-Asche einzubauen.

59 Ein "Vorschreiben" kann nicht deshalb verneint werden, weil der Nachtragsauftrag nicht von der Gemeinschuldnerin hätte angenommen werden müssen. Es entspricht dem Wesen des Bauvertrags, dass der Auftraggeber formuliert, welche Leistung er wünscht, und der Auftragnehmer frei ist, das Vertragsangebot anzunehmen. Das schließt es nicht aus, ein "Vorschreiben" anzunehmen, wenn der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass er nur eine bestimmte Leistung bzw. die Verarbeitung eines bestimmten Materials wünscht und jedes andere Material nicht als ordnungsgemäße Vertragserfüllung gelten lassen will.

60



Aus dem Umstand, dass der Architekt in den Nachtragsauftrag, mit dem er die Gemeinschuldnerin anwies, "MV-Schlacke" einzubauen, den Zusatz aufnahm, die Gemeinschuldnerin habe "die Zulassung" für die Verwendung des Materials zu erbringen und die Herkunft nachzuweisen, ergibt sich nichts Entgegenstehendes. Damit hat er die bindende Anweisung, MV-Asche einzubauen, nicht eingeschränkt oder in Frage gestellt, sondern lediglich ein Zeugnis von dritter Seite über die Zulassung des Baustoffs und dessen Herkunft verlangt.

61 b)

62 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH BauR 1996, 702 (703)), der sich der Senat anschließt, befreit eine solche Anordnung den Auftragnehmer nicht schlechthin von jeder Gewährleistungsverpflichtung. Vielmehr ist die Anordnung des Auftraggebers der grundsätzlichen Einstandspflicht des Auftragnehmers in wertender Betrachtung gegenüber zu stellen. Hieraus ergibt sich, dass die Verlagerung des grundsätzlich dem Auftragnehmer obliegenden Risikos einer Mangelhaftigkeit eines Baustoffes auf den Auftraggeber nur soweit eintreten kann, wie dessen Anordnung reicht. Ist ein Baustoff generell für einen bestimmten Zweck untauglich, so befreit die ausdrückliche Anordnung des Auftraggebers, diesen Baustoff einzusetzen, den Auftragnehmer gänzlich von jeder Gewährleistung, soweit sich nichts anderes aus der Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers ergibt. Ist dagegen ein vom Auftragnehmer aufgrund einer Anweisung des Auftraggebers gelieferter Baustoff grundsätzlich geeignet, aber das konkret verwendete, grundsätzlich geeignete Material fehlerhaft (sog. "Ausreißer"), so fehlt für eine Risikoverlagerung aufgrund einer Anordnung der innere Grund.

63 Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall stellt aber auf der Grundlage des Hauptvorbringens der Klägerinnen eine Haftungsfreistellung des Beklagten nicht in Frage. Nach diesem Vorbringen ist MV-Asche für die Verfüllung unter Gebäuden wegen ihrer mangelnden Raumbeständigkeit generell ungeeignet. Dann rechtfertigt aber die Anordnung des Architekten, dieses Material einzubauen, grundsätzlich eine vollständige Übertragung des mit diesem Baustoff verbundenen Risikos auf die vom Architekten vertretenen Klägerinnen.

64 c)

65 Diese Freistellung der Beklagten für die Mängel, die auf der Verwendung der MV-Asche beruhen, ist auch nicht wegen eines unterbliebenen schriftlichen Hinweises auf Bedenken nach § 4 Nr. 3 VOB/B ausgeschlossen.

66 aa)

67



Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers nach § 4 Nr. 3 VOB/B ist Folge der gewerblichen Kompetenz des Auftragnehmers und der sich darauf beziehenden Vertrauenserwartung des Auftraggebers (Ganten a.a.O. § 4 Nr. 3 Rn. 39). Inhalt, Umfang und Grenzen der Prüfungs- und Hinweispflicht müssen deshalb danach bestimmt werden, mit welcher fachlichen Kompetenz des Auftragnehmers der Auftraggeber rechnen darf; umgekehrt braucht der Auftragnehmer dort nicht mehr zu prüfen, wo er davon ausgehen kann, dass eine sorgfältige und fachkundige Prüfung bereits stattgefunden hat, der er nichts mehr hinzu- oder entgegensetzen kann, oder wo Prüfaufgaben seine fachliche Kompetenz überschreiten würden (Ganten a.a.O. Rn. 40 m.w.N.).

68 bb)

69 Nach diesen Maßstäben ist die Gemeinschuldnerin ihren Prüfungs- und Hinweispflichten im vorliegenden Fall hinreichend nachgekommen. Die Gemeinschuldnerin hat unstreitig zu Beginn der Überlegungen, MV-Asche einzusetzen, offen gelegt, dass sie über keinerlei Spezialkenntnisse oder Erfahrungen mit dem Material verfügte. Beiden Parteien war klar, dass es keine allgemeine Zulassung der MV-Asche für Hochbauzwecke gab und die vorgesehene Verwendung deshalb jedenfalls nicht risikolos war. Bereits hiernach ist nicht erkennbar, auf welche fachliche Kompetenz sich eine Vertrauenserwartung des Architekten bzw. der Klägerinnen hätte beziehen können.

70 Der Architekt ordnete daraufhin die Verwendung der MV-Asche unter der Bedingung an, dass die Gemeinschuldnerin einen Eignungs- ("Zulassung für die Verwendung") und einen Herkunftsnachweis vorlege. Mit dieser Anordnung hat sich die Prüfungs- und Hinweispflicht der Gemeinschuldnerin (erneut) realisiert, denn es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH BauR 1996, 702), dass den Auftragnehmer diese Pflichten auch dann treffen, wenn der Auftraggeber die Verwendung eines bestimmten Baustoffes bindend anordnet. Hierbei hat der Architekt durch die Bedingungen, die er seinem Nachtragsauftrag beigegeben hat, für die Gemeinschuldnerin richtungsweisend deutlich gemacht, welche Prüfungen er von der Gemeinschuldnerin erwartete.

71



Die Gemeinschuldnerin hat daraufhin die Herkunft des Materials von der Streithelferin S. AG nachgewiesen und zugleich Nachweise über die Eignung des Materials vorgelegt. Die Bescheinigung der S. AG vom 09.01.1996 (Bl. 43 BA) spricht ausdrücklich und ohne Einschränkung aus, dass die Asche volumenbeständig sei und als Füllmaterial unter Gebäuden eingesetzt werden könne. Dem beigefügten Prüfzeugnis des "Beratungs-Team-B." vom 07.02.1995 (Bl. 44 ff. BA) waren ebenfalls keine Bedenken hinsichtlich der vorgesehenen Verwendung zu entnehmen. Damit ist die Gemeinschuldnerin ihrer Prüfungspflicht nachgekommen und musste keine Bedenken gegen die Eignung des vorgeschriebenen Materials haben und solche dementsprechend auch nicht mehr anzeigen.

72 Die Behauptung der Klägerin, wonach bereits 1995 bekannt gewesen sei, dass der Einsatz von MV-Asche als Füllmaterial unter Gebäuden schadensträchtig sei und die Gemeinschuldnerin und besonders die B. GmbH als Tiefbauunternehmen dies hätten wissen müssen, ist bei der Frage nach den Prüfungs- und Hinweispflichten, die der Gemeinschuldnerin im konkreten Fall oblagen, ohne Belang. Die Gemeinschuldnerin hatte offen gelegt, über MV-Asche keine Kenntnisse zu haben, also dasjenige nicht zu wissen, was sie nach Auffassung der Klägerinnen hätten wissen müssen. Die auf die Anordnung des Architekten, die MV-Asche dennoch einzubauen, eingeholten Informationen haben keine Hinweise auf Risiken ergeben. Wenn unter diesen Umständen der Architekt in Kenntnis der eingeholten Informationen die Ausführung freigibt (vgl. seine erstinstanzliche Zeugenaussage, die damit zugleich sein Sachvortrag und dadurch auch Sachvortrag der Klägerinnen ist), so kann sich das Unterlassen weitergehender Prüfungen nicht dahin auswirken, dass die Beklagte das Risiko der Tauglichkeit des Baustoffs zu tragen hätte.

73 Zu weitergehenden Prüfungen zwang auch nicht der Umstand, dass nach wie vor eine allgemeine Zulassung dieses Baustoffs für Hochbauzwecke fehlte (vgl. § 22 LBauO NW) und damit die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit dieses Baustoffes fraglich war. Denn dies war dem Architekten ebenso bekannt wie der Gemeinschuldnerin und löste deshalb keine weitergehende Prüfungs- und Hinweispflicht der Gemeinschuldnerin aus. Vielmehr machte der Architekt durch die Freigabe der Ausführung deutlich, dass ihm die vorgelegten Nachweise ausreichten.

74 Dem steht auch nicht entgegen, dass lediglich eine Herstellerbescheinigung vorgelegt wurde und keine Eignungsbestätigung einer unabhängigen Stelle (die klaren Aussagen über die Eignung des Materials für den vorgesehenen Verwendungszweck sind im eigenen Schreiben der S. enthalten und nicht in dem diesem beigefügten Prüfzeugnis). Dass es sich lediglich um eine Herstellerbescheinigung handelte, war auch für den Architekten klar erkennbar.

75



Insgesamt kann deshalb der Hergang im vorliegenden Fall nur dahin verstanden werden, dass der Architekt das verbleibende Risiko der Tauglichkeit der MV-Asche für den vorgesehenen Zweck für die Klägerinnen stillschweigend übernahm (Oppler in: Ingenstau/Korbion, 15. Aufl., Teil B § 4 Nr. 3 Rn. 28 a.E.).

76 cc)

77 Es kommt deshalb nicht auf den – neuen und deshalb gem. [§ 531 Abs. 2 ZPO](#) wohl nicht zu berücksichtigenden – Gesichtspunkt an, den die Streithelferin B. GmbH in zweiter Instanz anführt, wonach die Klägerinnen gerade für die hier entscheidende Frage einen Sonderfachmann eingeschaltet hätten, von dessen überlegener Sachkunde die Gemeinschuldnerin hätte ausgehen dürfen und deshalb ihre Prüfungs- und Bedenkenanzeigepflicht entfallen wäre (Oppler in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., Rn. 29), was die Klägerinnen ausdrücklich in Abrede gestellt haben.

78 dd)

79 Der Umstand, dass die Beklagte ihre Bedenken nicht schriftlich vorbrachte, ist ohne Belang. Denn ihre Bedenken (sie wisse nichts über diesen Baustoff und dessen Eignung) sind zweifelsfrei richtig und zuverlässig dem Architekten bekannt geworden, so dass das Schriftformerfordernis bloße Förmerei wäre (Oppler in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., Rn. 64). Die Herkunfts- und Eignungsnachweise wurden schriftlich vorgelegt.

80 3.

81 Soweit die Klägerinnen mit ihrem auf dem Vortrag ihrer Streithelferin Strabag AG fußenden Hilfsvorbringen geltend gemacht haben, die Verwendung von MV-Asche für den hier in Rede stehenden Zweck sei nicht schlechthin falsch und fahrlässig gewesen, vielmehr habe diese Verwendung der MV-Asche dem anerkannten Stand der Baukunst 1995 entsprochen und der bei dem hier streitgegenständlichen Bauvorhaben aufgetretene Mangel beruhe auf einem "Ausreißer", also einer Mangelhaftigkeit des hier konkret eingebauten Materials, handelt es sich um neues Tatsachenvorbringen in zweiter Instanz, wobei weder dargelegt noch ersichtlich ist, weshalb der Senat dieses Vorbringen ausnahmsweise ([§ 531 Abs. 2 ZPO](#)) berücksichtigen dürfte. Große Teile des dazu gehörenden Vorbringens sind auch erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorgetragen worden und sind auch deshalb nicht mehr zuzulassen, [§ 296a ZPO](#). Zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach [§ 156 ZPO](#) sieht der Senat keine Veranlassung.

82 Im übrigen bestehen auch Bedenken, ob sich nach diesem Vorbringen die Ansprüche der Klägerinnen bejahen ließen. Dem steht nicht nur hinsichtlich der Schadensersatzansprüche entgegen, dass der Beklagte zu Recht fragt, worin ein Verschulden der Gemeinschuldnerin liegen soll angesichts des Umstands, dass

für ihn die schadenstiftende Eigenschaft gerade der hier verarbeiteten Lieferung der MV-Asche nicht erkennbar war. Vielmehr erscheint es bereits nicht bedenkenfrei, anzunehmen, dass die Verwendung von MV-Asche den anerkannten Regeln der Baukunst entsprochen habe, wenn nach dem Vorbringen der Streithelferin S. AG, das sich die Klägerinnen hilfsweise zu eigen gemacht haben, immerhin annähernd 2 % der gelieferten MV-Asche erwiesenermaßen zu Schäden geführt haben und bereits 1986 ein veröffentlichtes Merkblatt für die Verwendung von MV-Asche im Straßenbau darauf hingewiesen hatte, dass auch bei ordnungsgemäßer Vorbehandlung (durch Feuchtlagerung) ein späteres Quellen der MV-Asche nicht auszuschließen ist.

83 4.

84 Eine Haftung des Beklagten ergibt sich auch nicht aus dem Schreiben der Gemeinschuldnerin vom 15.09.1998 (Bl. 11 GA), das möglicherweise als Anerkenntnis zu verstehen sein könnte.

85 Dass darin ein konstitutives, also schuld begründendes Anerkenntnis i.S.v. [§ 781 BGB](#) (Angebot auf Abschluss eines Anerkenntnisvertrags) zu sehen wäre, haben nicht einmal die Klägerinnen behauptet. Das Landgericht hat dies auch ohne Rechtsfehler verneint mit der Begründung, im Zweifel sei nicht anzunehmen, dass die Gemeinschuldnerin eine über die gesetzliche Haftung hinausgehende Verantwortung übernehmen wollte. Das wird von der Berufung auch nicht angegriffen. Deshalb kann dahinstehen, ob der Senat nicht ohnehin gem. [§ 529 Abs. 1 ZPO](#) an die Auslegung durch das Landgericht gebunden wäre (vgl. OLG München, MDR 2003, 952).

86 Inwieweit in dem Schreiben ein deklaratorisches Anerkenntnis oder lediglich eine der Beweiserleichterung dienende Erklärung der Gemeinschuldnerin liegen könnte, bedarf keiner abschließenden Klärung. Die Berufungsführer machen insoweit nichts geltend. Auch die den Klägerinnen günstigste Auslegung würde es nach Auffassung des Senats dem Beklagten nicht verwehren, sich darauf zu berufen, dass eine Gewährleistungsverpflichtung nicht bestehe.

87 5.

88 Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 97 Abs. 1, 101 ZPO](#). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in den [§§ 708 Nr. 10, 711 ZPO](#).

89 Die Revision gegen dieses Urteil ist zuzulassen, weil die Auslegung des Begriffs des "Vorschreibens" nach [§ 13 Nr. 3 VOB/B](#) und die Frage der Reichweite der Prüfungs- und Hinweispflichten nach [§ 4 Nr. 3 VOB/B](#) in solchen Fällen von grundsätzlicher Bedeutung ist, [§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO](#).

90 Streitwert: 333.309,99 € (vgl. Beschluss vom 22.09.2003, Bl. 286 GA).



91

R. D. M.

