



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 299/14

vom

25. April 2018

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. April 2018 durch die Richter Dr. Kartzke, Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Sacher und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 5. November 2014 wird stattgegeben.

Das Urteil wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 1.367.355,20 €

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin wurde von der Beklagten nach Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragt, die Arbeiten für den Neubau der Bundesstraße B 3n westlich/nördlich der Gemeinde N. W. auszuführen. Die Leistung der Klägerin wurde nach Abschluss der Arbeiten abgenommen und von der Klägerin abgerechnet. Die Klägerin macht mit ihrer Klage Mehrkosten aus einem Nachtrag geltend, die nach ihrer Auffassung dadurch entstanden sind, dass bei Ausführung der Arbeiten teilweise eine Bodenqualität vorgefunden worden sei, die nicht der Klassifizierung in den Vergabeunterlagen entsprochen habe.

2 Grundlage des Angebots der Klägerin war die von der Beklagten gefertigte Leistungsbeschreibung, deren Bestandteil die Bezeichnung der Bauleistung in der Baubeschreibung war. Hinsichtlich der Bodenbeschaffenheit enthält die Baubeschreibung folgende Angaben:

"1.1.1.3 Untergrund

Für den Streckenbau der B 3n liegt ein Ingenieurgeologisches Streckengutachten vor, das der Ausschreibung in digitaler Form beiliegt. ..."

3 Gegenstand der Leistungsbeschreibung war ebenfalls das Leistungsverzeichnis. Unter Ziffer 00.05.0016 hatte es dort zunächst geheißen:

"...

Boden bzw. Fels lösen und verwerten

Klasse 2*Profilg.lösen

Planum gesondert

Nicht überwachungsbedürftiger Boden bzw. Fels aus Abtragsbereichen lösen, laden und der Verwertung nach Wahl des AN zuführen. ..."

4 Mit Schreiben der Beklagten vom 5. Oktober 2009 fand, nachdem die Klägerin vor Submission darauf hingewiesen hatte, dass das den Vergabeunterlagen beigefügte Gutachten zur Beschreibung der Position 00.05.0016 nicht passe, eine Abänderung statt. Durch diese "zweite Änderung der Ausschreibungsunterlage" wurde die Position 00.05.0016 wie folgt gefasst:

"Boden bzw. Fels lösen und entsorgen, Klasse 2, profilgerecht lösen. Besonders überwachungsbedürftigen Boden bzw. Fels nach Unterlagen AG (Gutachten auf CD) aus Abtragsbereichen lösen, laden und einer Entsorgung nach Wahl des Auftragnehmers zuführen. Einstufung gemäß LAGA Z 1.1".

5 Bei dem in den Vergabeunterlagen in Bezug genommenen Gutachten auf CD handelt es sich um ein Gutachten der I. GmbH. In dem Gutachten heißt es:

"4. Ergebnisse der chemischen Analysen von Bodenproben

...

Die Schwermetalle sind in nur sehr geringen Konzentrationen vorhanden. Alle Werte sind als Z 0 gemäß LAGA einzustufen. ... Lediglich ein einziger Wert ist als Z 1.1 einzustufen, alle übrigen als Z 0.

...

Dagegen liegen die Schwermetallgehalte im Eluat verglichen mit den Z-Werten der LAGA teilweise in einem unverhältnismäßig hohen Bereich. Im Einzelnen nehmen wir dazu im Abschnitt 6 Stellung.

...

6. Bewertung

...

6.2 Boden

...

Ein sehr ungewöhnliches Bild ergeben die Gehalte an Schwermetallen im Eluat. Diese sind, verglichen mit mineralischen Böden, sehr hoch. Allein 5 Werte liegen gemäß der Klassifikation der LAGA über Z 2, 4 Werte entsprechen Z 2 und 11 Z 1.2. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Schwermetallgehalte im Eluat ein "Umweltproblem" darstellen würden, sondern sie repräsentieren lediglich die Bindungsform der Schwermetalle am Torf.

...

Aufgrund dieser Ergebnisse empfehlen wir, den Boden analog der Einbauklasse Z 1.1 der Empfehlungen der LAGA zu behandeln."

- 6 Nach Erhalt des Auftrags beauftragte die Klägerin die Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH mit der Erstellung eines Gutachtens über die Schadstoffbelastungen für den ersten Teilabschnitt der Bundesstraße B 3n. Im Herbst 2010 begann die Klägerin mit den Aushubarbeiten entsprechend der Position 00.05.0016. Nachdem die Klägerin Bedenken, Behinderung und Mehrkosten

gemäß VOB/B angemeldet hatte, führte die Sachverständigengesellschaft U. im Einvernehmen der Parteien eine Bodenuntersuchung durch.

7 Am 20. April 2011 übermittelte die Klägerin das Nachtragsangebot Nr. 12, auf das sie ihre Klageforderung stützt.

8 Das Landgericht hat die auf Zahlung von 1.367.355,20 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin, die nach Zulassung der Revision ihren Klageanspruch weiter verfolgen will.

II.

9 Die Nichtzulassungsbeschwerde führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts beruht auf einer Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG.

10 1. Das Berufungsgericht hat, soweit für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

11 Die streitgegenständliche Mehrvergütungsforderung der Klägerin sei unbegründet. Im Hinblick auf das Gutachten der I. GmbH vom 9. April 2009 habe die Klägerin nicht dargelegt, dass sie tatsächlich Bodenverhältnisse vorgefunden habe, die von den aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zu erwartenden abgewichen wären, und es nicht möglich gewesen sei, die ausgekofferten Böden zu Kosten für Böden der Einbauklasse gemäß LAGA Z 1.1 einer Verwendung zuzuführen.

- 12 Die Ausführungen in dem Gutachten seien Bestandteil des vertraglichen Leistungsinhalts geworden. Aus dem Gutachten ergebe sich, dass das Ergebnis der chemischen Analysen der Bodenmischproben des auszukoffernden Bodens dahingehe, dass in den Bodenproben (nicht Auswertung Elution) Schwermetalle nur in sehr geringen Konzentrationen vorhanden seien und alle Werte als Z 0 oder Z 1.1 gemäß LAGA einzustufen seien. Es werde in dem Gutachten ferner erläutert, dass die Schwermetallgehalte im Eluat (also nicht im Boden selbst) teilweise in einem unverhältnismäßig hohen Bereich lägen und der Klassifikation Z 1.2, Z 2 oder > Z 2 gemäß LAGA entsprächen. Diese Werte würden die Bindungsform der Schwermetalle am Torf repräsentieren. Es werde weiter erläutert, dass der Schwermetallgehalt in der Gesamtsubstanz minimal sei und es nach Ablagerung des Materials und Durchsickerung von Niederschlagswasser nur sehr kurzzeitig zu einer Elution von Schwermetallen komme. Als Ergebnis empfehle das Gutachten, den Boden analog der Einbauklasse Z 1.1 gemäß LAGA zu behandeln. Das Berufungsgericht führt aus, dass die Einstufung für die Kalkulation als Z 1.1 vor diesem Hintergrund bedeute, dass der Boden insgesamt nur eine sehr geringe Schwermetallkonzentration habe (Seite 3 des Gutachtens Z 0 bis maximal Z 1.1) und lediglich im Eluat erhöhte Werte festzustellen gewesen seien.
- 13 Die Klägerin habe nicht mit Tatsachenvortrag aufgezeigt, dass dies falsch sei. Sie habe insbesondere die tatsächlichen Feststellungen im Gutachten der I. GmbH zur Bodenbeschaffenheit nicht angezweifelt und mache gerade nicht geltend, dass der "Boden selbst" im Hinblick auf die Schwermetallbelastung mit einem Wert höher als Z 1.1 gemäß LAGA zu bewerten sei. Das von der Klägerin beauftragte Gutachten der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH komme zu dem Ergebnis, dass zwei Bodenmischproben einer Einbauklasse > Z 2 und eine Bodenmischprobe der Einbauklasse Z 1.2 nach LAGA zuzuordnen sei. Entscheidend sei insoweit aber, dass auch das Gutachten der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH den festgestellten erhöhten Schwermetallgehalt nur auf das

Eluat beziehe und damit im Ergebnis von den Feststellungen im Gutachten der I. GmbH nicht abweiche. Denn aufgrund der differenzierten Darstellungen im Gutachten der I. GmbH sei klargestellt gewesen, dass es auch teilweise eine Schwermetallbelastung im Eluat gegeben habe, die bei Proben Werte über Z 2 begründet hätten.

14 2. a) Mit dieser Argumentation verletzt das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht den mit privatgutachterlichen Stellungnahmen unterlegten Vortrag der Klägerin, die tatsächlichen Bodenverhältnisse wichen von den im Vertragsbestandteil gewordenen Gutachten der I. GmbH beschriebenen ab, nicht zutreffend erfasst und ohne sachverständige Beratung eigenständig Schlussfolgerungen aus den Messergebnissen der Gutachten gezogen hat, ohne insoweit eine eigene Sachkunde darzulegen.

15 Das Grundrecht auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen und die angebotenen Beweise zu erheben (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; Beschluss vom 20. Mai 2015 - VII ZR 78/13 Rn. 7, BauR 2015, 1528, jeweils m.w.N.). Ein Gehörsverstoß liegt auch vor, wenn das Gericht sich mit einer nur den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn erfassenden Wahrnehmung dem wesentlichen Kern des Parteivortrags verschließt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. August 2016 - VII ZR 41/14 Rn. 6 m.w.N., BauR 2017, 106 = NZBau 2016, 746). Geht es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage, darf das Gericht auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten, wenn es entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen vermag (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Januar 2015 - VI ZR 204/14 Rn. 5, NJW 2015, 1311).

16 b) Die Klägerin hat mit der Klageschrift vorgetragen, dass die von der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH geprüften Bodenproben den Zuordnungswert

von Z 1.1 gemäß LAGA überstiegen hätten und dort tatsächlich ein Boden vorgelegen habe, der teilweise zur Einbauklasse > Z 2 und im Übrigen der Einbauklasse Z 1.2 gemäß LAGA zuzuordnen gewesen sei. Hieran hat die Klägerin in der Berufungsinstanz festgehalten und dargelegt, dass aufgrund erhöhter Sulfat- und Arsengehalte von einer Einstufung des Bodens von mindestens Z 1.2 gemäß LAGA auszugehen sei. Nach den insoweit übereinstimmenden Gutachten der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH und des Gutachters U. seien aufgrund der Schwermetallbelastung die Zuordnungswerte von Z 1.1 gemäß LAGA überschritten.

17 Diesen Vortrag, nach dem der Boden - aufgrund der (Feststoff und Eluat betreffenden) Messergebnisse seitens der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH sowie des Gutachters U. - einer Einbauklasse > Z 1.1 gemäß LAGA zuzuordnen sei und damit eine im Verhältnis zu den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen schwerwiegendere Belastung vorgelegen habe, erfasst das Berufungsgericht nicht zutreffend. Das Berufungsgericht legt zwar zugrunde, dass die Klägerin nach der Leistungsbeschreibung und dem Gutachten der I. GmbH von einem Boden ausgehen durfte, der entsprechend der Einbauklasse Z 1.1 gemäß LAGA behandelt werden kann. Es meint jedoch, der Boden erfülle diese Anforderungen. Dabei folgt es dem Gutachten der I. GmbH, wonach die höheren Schwermetallbelastungen im Eluat keine andere Einschätzung rechtfertigen. Soweit das Berufungsgericht weiter eine Analyse der von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH durchführt und anhand dieser folgert, der Vortrag der Klägerin erschöpfe sich darin, dass sie tatsächlich Bodeneigenschaften vorgefunden habe, die bereits in dem Gutachten der I. GmbH beschrieben worden seien, greift dies zu kurz.

18 So enthält die Stellungnahme der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH vom 15. Februar 2010 zwar ähnliche Zwischenergebnisse hinsichtlich der (unterschiedlichen) Schwermetallbelastung in Feststoff und Eluat der Bodenproben wie das den Ausschreibungsunterlagen beigelegte Gutachten der I. GmbH. An-

gesichts der ausdrücklichen Schlussfolgerung des Privatgutachters der Klägerin, dass danach drei Bodenmischproben einer Einbauklasse > Z 1.1 zuzuordnen seien, die von der Empfehlung der I. GmbH vom 9. April 2009, den Boden entsprechend der Einbauklasse Z 1.1 gemäß LAGA zu behandeln, abweicht, genügt es jedoch nicht, wenn das Berufungsgericht auf diese ähnlichen Zwischenergebnisse abstellt. Gleiches gilt hinsichtlich der Stellungnahme der Ingenieurgesellschaft Dr. S. mbH vom 10. Dezember 2010, nach der aufgrund der Messergebnisse hinsichtlich dreier von dem Gutachter U. geprüften Bodenmischproben eine Überschreitung von Grenzwerten des Zuordnungswerts Z 1.1 gemäß LAGA vorliegt. Das Berufungsgericht legt insoweit nicht dar, dass es für die von ihm vorgenommene Bewertung der gutachterlichen Ausführungen ausreichend sachkundig ist. Mit Blick auf die einander widersprechenden Bewertungen in den verschiedenen Gutachten wäre jedoch entweder die Darlegung solcher Sachkunde oder die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigen-gutachtens erforderlich gewesen.

19 Die Klägerin hat zudem Prüfberichte der IG. GmbH vorgelegt, aus denen sich auch für den Feststoff als solchen - und nicht nur für das Eluat - gegenüber den Zuordnungswert Z 1.1 erhöhte Schwermetallkonzentrationen ergeben. Damit setzt sich das Berufungsgericht nicht auseinander. Soweit die Ergebnisse dieser Prüfberichte von dem Gutachter U. nicht bestätigt worden sind, ändert dies allein nichts am entgegenstehenden Vortrag der Klägerin.

20 3. Auf dem Gehörsverstoß beruht das Berufungsurteil. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei zutreffender Berücksichtigung des Vorbringens der Klägerin zu einer anderen Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs der Klägerin auf Mehrvergütung gelangt wäre. Das Berufungsgericht wird daher durch Einholung eines Sachverständigen-gut-

achtens zu klären haben, ob die tatsächliche Bodenbeschaffenheit eine Behandlung des Bodens entsprechend der Einbauklasse Z 1.1 gemäß der maßgeblichen LAGA-Klassifizierung rechtfertigt und inwieweit das Eluat hierfür von Bedeutung ist.

Kartzke

Halfmeier

Jurgeleit

Sacher

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 19.11.2013 - 6 O 271/12 -

OLG Celle, Entscheidung vom 05.11.2014 - 14 U 191/13 -