

Hochbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des HochbauRechts



Heft 02 | Februar 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

02 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	5	Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	73
Rechtsprechung	7	Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	74
OLG zu der Frage des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung vor Abnahme des Werkes	7	Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	76
OLG Stuttgart zu der Frage der Auslegung einer Bestellerkündigung nach unzureichendem Mängelbeseitigungsverlangen	19	Stellenanzeigen	77
Kooperationspflicht stellt erhöhte Anforderungen an das Zusammenwirken der Parteien zum Zwecke der Durchführbarkeit des Vertrages, insbesondere an die gegenseitigen Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten	34	Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	77
OLG Bamberg zur Auswirkung eines Zielkonflikts zwischen vorgegebenem Kostenrahmen und anderen Beschaffenheiten des Bauvorhabens auf das Architektenhonorar	40	RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	78
KG zur Frage der Vergütung eines Gerüstbauunternehmens bei vorzeitiger Beendigung des Gerüstbauvertrags	56	Redakteure m/w/d gesucht:	79
Im Spannungsfeld zwischen unklarer Rechtsprechung und Mandanteninteressen wählen wir im Zweifel den sichersten Weg, klären weitgehen auf und agieren umsichtig	65	BESTELLFORMULAR	80
Kurz belichtet	68	Impressum	81
OLG München zu der Frage, dass das Leistungsverweigerungsrecht in der Regel auf das Doppelte der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten beschränkt ist, es aber im Ausnahmefall auf den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten beschränkt sein kann, wenn sich der Besteller mit der Annahme der vom Unternehmer angebotenen Mängelbeseitigung in Verzug befindet (hier bejaht)	68		
OLG Hamburg zur Abrechnung des gekündigten Pauschalpreisvertrags	68		
Begriffsklärungen rund um das Flächen- und Grundstücksmanagement	68		
Ax Akademie - Schulungen	70		
Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	70		
Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	70		
Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	72		
Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	72		

Von der Redaktion

Die VOB/B gilt als insgesamt ausgewogenes Vertragswerk und ist seit über 90 Jahren der Musterbauvertrag für die öffentliche Hand. Der öffentliche Auftraggeber schreibt seine Verträge weiterhin auf Basis der VOB/B aus. Sie enthält jedoch zahlreiche in der Baupraxis oft übersehene Tücken und Fallstricke. Hinzu kommen richtungsändernde Urteile des BGH, die der bisherigen Praxis ein Ende setzen. Sei es hinsichtlich der Mängelrechte vor der Abnahme, der Kalkulation von Nachträgen oder den Anforderungen an die Darstellung von Bauzeitenansprüchen. Unsere Hochbaurecht vermittelt auch in dem vorliegenden Heft wieder praktische und rechtssichere Lösungen bei der Abwicklung eines Bauvorhabens.

Das und mehr lesen Sie in unserem aktuellen Heft.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

OLG zu der Frage des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung vor Abnahme des Werkes

vorgestellt von Thomas Ax

Der Geltendmachung des Vorschusses steht nicht die fehlende Abnahme entgegen. Zwar ist in der Literatur und in der Rechtsprechung umstritten, ob vor der Abnahme eines Werks bereits Mängelansprüche geltend gemacht werden können (vgl. zum Meinungsstand ausführlich: OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Februar 2015 – 4 U 144/14 -, [ibr-online: IBRRS 2016, 0631](#) mit zahlr. Nachw.; vgl. ferner OLG München, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – 9 U 5082/09 -, [juris](#); OLG Köln, Beschluss vom 12. November 2012 – I-11 U 146/12, 11 U 146/12 -, [juris](#); OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014 – I-24 U 41/14, 24 U 41/14 -, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. Dezember 2015 – 4 U 26/12 -, [juris](#)). Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang offengelassen, so zuletzt der VII. Zivilsenat mit Urteil vom 25.02.2016 (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 -, [juris-Rdnr. 41](#)). Jedoch schließt sich der erkennende Berufungssenat, wie im Ergebnis auch das Landgericht, der Auffassung an, dass die Geltendmachung eines Vorschusses bereits vor der Abnahme jedenfalls dann möglich ist, wenn – wie hier – der Werkunternehmer sich auf den Standpunkt stellt, er habe ein mangelfreies Werk abgeliefert, während der Auftraggeber nach den getroffenen Feststellungen die Abnahme wegen vorhandener Mängel objektiv zu Recht verweigert. Denn andernfalls würde der Auftraggeber, hier der Beklagte, zur Erklärung der Abnahme (unter Vorbehalt der Mängel) mit den daran anknüpfenden materiellrechtlichen Folgen gezwungen, obwohl er berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern (so OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014, a. a. O., Rdnr. 45 – auch zum weiteren Meinungsstand in der Literatur – und OLG Stuttgart, Urt. v. 25.02.2015, a. a. O., Ziffer II.3 der Entscheidungsgründe, [juris-Rdnr. 92 ff.](#)). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Auftraggeber gezwungen wäre, dem Unternehmer, der eine mangelbehaftete Werkleistung abgeliefert hat, die Vergünstigungen und weitreichenden Rechtsvorteile, die sich für ihn an die Abnahme knüpfen, zuzusprechen, obwohl er gerade diese Vorteile nicht verdient hat, da er ein nicht vertragsgerechtes Werk vorgelegt hat. Zurecht hat das OLG Hamm es als „sinnwidrig“ (24 U 41/14 vom 19.08.2014, [juris-Rdnr. 45](#)) bezeichnet, den Auftraggeber in einer derartigen Situ-

ation zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung zu zwingen, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können. Der Werkunternehmer würde dadurch im Verhältnis zum Auftraggeber materiellrechtlich und prozessrechtlich ungerechtfertigt privilegiert. Denn die Abnahme bestimmt den Übergang zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsphase zum abgeschlossenen Werkvertrag. Nach der Abnahme des Werks kann der Auftraggeber lediglich noch Nacherfüllungsansprüche geltend machen. Mit der Abnahme kommt es zu einem „Umschlagen der vertraglichen Beziehungen“ (Messerschmidt in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 640 Rdnr. 63), was sowohl den Bereich der Gefahrtragung als auch damit verbundene Schutzpflichten und Abrechnungsmaßstäbe betrifft. Grundsätzlich ist die Abnahme eine der Hauptvoraussetzungen für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist nach Abnahme nicht mehr möglich. Mit der Abnahme kommt es zu einer Umkehr der Beweislastverteilung im Verhältnis von Unternehmer und Besteller. Und es beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche zu laufen (§ 634 Abs. 2 BGB).

OLG Celle, Az.: 7 U 164/15, Urteil vom 11.05.2016

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt Restwerklohn in Höhe von 15.345,00 €, einschließlich kleinerer Nebenforderungen einen Gesamtbetrag von 16.334,25 €. Der beklagte Bauherr hat den Wintergarten nicht abgenommen. Er rügt zahlreiche Mängel, wegen derer es an der Abnahme reife fehle. Mit seiner Widerklage verlangt der Beklagte einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung sowie die Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Mängelbeseitigung insgesamt.

Die Klägerin verpflichtete sich durch Werkvertrag (gem. BGB) vom 20. Februar 2009 zur Herstellung eines sog. M...-Aluminium Wintergartens zum Gesamtpreis (Pauschalpreis) von 84.500,00 €. Mit Rechnung vom 18. Dezember 2009 machte sie unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen eine Restvergütung von 15.345,00 € geltend. Hierin enthalten sind 980,00 € netto für die Lieferung und Montage nach ihrer Behauptung nachbestellter Alu-Sohlbänke. Ferner macht die Klägerin für die Verlegung von Elektrokabeln im Dachbereich zur Steuerung der Jalousien weitere

989,25 € aus abgetretenem Recht des Installateurs Sch. geltend. Hieraus resultiert die Klagegesamtforderung von 16.334,25 €.



Symbolfoto: Elle Aon/Bigstock

Der Beklagte stellt die Restvergütung in Höhe eines Teilbetrages von 13.026,25 € unstreitig. Wegen des überschüssigen Betrages bestreitet er zunächst die Nachbestellung der Alu-Sohlbänke für netto 980,00 €. Weiterhin sei die Rechnung der Klägerin um 1.338,75 € für die Endreinigung zu reduzieren. Diese Leistung sei nachträglich ausgenommen und von ihm selbst erbracht worden. Ebenfalls bestreitet der Beklagte die Berechtigung der Klägerin, den Betrag von 989,25 € für verlegte Elektrokabel aus abgetretenem Recht geltend zu machen. Der Beklagte habe dem Installateur Sch. nicht mit der Ausführung der Leistungen beauftragt gehabt. Sofern die Klägerin dies getan haben sollte, habe sie als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt. Im Übrigen sei die insoweit geltend gemachte Vergütung unangemessen hoch.

Der Beklagte verweigert auch die Bezahlung des von ihm unstreitig gestellten Betrages von 13.026,25 €. Er meint, dieser Betrag sei noch nicht fällig, weil er, insoweit in tatsächlicher Hinsicht unstreitig, sich bislang geweigert hat, die Werkleistung der Klägerin abzunehmen. Er behauptet, es fehle wegen zahlreicher Mängel auch an der Abnahmereife. Ferner wird widerklagend ein Vorschuss für die Mangelbeseitigung von 9.000 € sowie Feststellung der Kostentragungspflicht insgesamt verlangt.

Wegen dieser Mängel, die zwischen den Parteien im Einzelnen in Streit stehen, ist ein Sachverständigengutachten des Sachverständigen K., öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für das Sachgebiet Glasbau und Schäden an Gebäuden, nebst drei Ergänzungsgutachten eingeholt worden.

Auf Seiten der Klägerin sind sowohl der Glaslieferant als auch die Systemlieferin für die Metallkonstruktion des Wintergartens als Streithelferinnen beigetreten.

Das Landgericht hat den Streit über die Höhe der Klageforderung, soweit diese über den unstreitigen Betrag von 13.026,25 € hinausgeht, dahinstehen lassen. Es ist unter Bezugnahme auf die Sachverständigengutachten des Sachverständigen K. davon ausgegangen, dass die in seinem Urteil aufgelisteten 19 Mängel (Mangelkomplexe) gegeben seien, für die die Klägerin verantwortlich sei. Die Mangelbeseitigungskosten betrügen entsprechend der Ermittlung des Sachverständigen K. im Ergänzungsgutachten (II) 24.333,00 € netto. Somit lägen im Verhältnis zum Gesamtpreis erhebliche Mängel vor, sodass es, wie von dem Beklagten eingewandt, an der Abnahmereife fehle, der Restwerklohn mithin noch nicht fällig sei.

Auf die Widerklage des Beklagten hat das Landgericht die Klägerin antragsgemäß zur Zahlung eines ersten Vorschusses von 9.000,00 € verurteilt, sowie festgestellt, dass die Klägerin dem Beklagten gegenüber verpflichtet sei, alle weiteren Kosten für die fachgerechte Mangelbeseitigung zu tragen. Wegen des Sachverhalts im Einzelnen und der vom Landgericht insoweit getroffenen tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen (Bl. 989 ff. d. A.).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge auch in zweiter Instanz weiterverfolgt. Die Klägerin begehrt also weiterhin die Verurteilung des Beklagten zu Restwerklohnzahlung in Höhe von 16.334,25 € sowie die Abweisung der Widerklage.

Die Klägerin meint, es fehle nicht an der Abnahmereife ihrer Werkleistung und damit nicht an der Fälligkeit ihrer Restwerklohnforderung. Von den insgesamt 19 aufgelisteten Mangelkomplexen auf S. 8 bis 10 des landgerichtlichen Urteils seien jedenfalls die Mangelkomplexe Nr. 2, 3 und 6 tatsächlich nicht gegeben. Hinsichtlich des Mangels Nr. 2. sei es unzutreffend, dass der Einbau einer innenliegenden Rinne direkt über einem Wohnraum nur als Sicherheitsrinne mit innenliegender Rinne

(zwei Stück) und zwei Sicherheitsüberläufen erlaubt sei. Richtig sei vielmehr der diesbezügliche Vortrag der Streithelferin zu 2, dass abweichende Rinnenformen zulässig seien und eine Ableitung über die Dachfläche bzw. die Fassade stattdessen finde. Hinsichtlich der Entwässerungsrinne, die zum Balkonanschluss des Wintergartens hin belegen sei, habe die Streithelferin zu 2 insbesondere ausgeführt, dass es sich bei der fachlichen Einordnung dieser Rinne schon nicht um eine „innenliegende Rinne“ handle, sondern wegen der Abführung des Regenwassers nach außen um eine „außenliegende Rinne“. Für solche Rinnen sei dann auch nach den Regeln für Metallarbeiten im Dachdeckerhandwerk zur Meidung eines Versagensfalles der Einbau einer Rinnenheizung als „angebracht“ empfohlen. Das dringende Anraten, eine Rinnenheizung einzubauen, habe der Beklagte jedoch abgelehnt. Auch diesem berechtigten Einwand sei nicht nachgegangen worden.

Des Weiteren sei auch der Mangel Nr. 3. betreffend die nach Auffassung des gerichtlichen Sachverständigen fehlende Statik nicht gegeben. Insoweit seien keine tatsächlichen Mängel in der Standfestigkeit des Wintergartens festgestellt worden, sondern der Sachverständige habe lediglich moniert, dass die statische Berechnung in Papierform nicht vorgelegen habe. Dies begründe jedoch zum einen keinen Mangel, zum anderen habe das Landgericht die nach der mündlichen Verhandlung und Erläuterung des Sachverständigengutachtens nachgereichte statische Berechnung zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen.

Schließlich habe das Landgericht ihr, der Klägerin, den Mangel der unzureichenden Abdichtung der vertikalen Gebäudefuge an die unstreitig erst später von den Beklagten errichteten Mauerteile zu Unrecht angelastet (Mangel Nr. 6 LGU). Insoweit habe es sich hier um ein ungewöhnliches Bauvorhaben gehandelt, weil zunächst der Wintergarten errichtet worden sei und danach erst die Mauerstücke errichtet und an den Wintergarten herangeführt worden seien. Aufgrund dessen sei der Beklagte als Bauherr selbst für den Gebäudeanschluss zuständig gewesen. Mithin sei auch dieser Mangel auszuklammern.

Die übrigen Positionen, die als Mangel seitens des Landgerichts erkannt worden seien, träten demgegenüber in ihrer Erheblichkeit zurück, sodass hierauf allein keine Verweigerung der Abnahme des Wintergartens gestützt werden könnte. Daher sei die Klage begründet.

Weiterhin hätte das Landgericht die Widerklage abweisen müssen. Soweit das Landgericht dem Beklagten antragsgemäß einen Teilbetrag von 9.000,00 € also Vorschuss zugesprochen habe, sei dieser Teilbetrag nicht hinreichend bestimmt, weil aus dem Urteil nicht ersichtlich sei, für welche Mängel und welche Mangelbeseitigungsmaßnahmen der Kostenvorschuss zu zahlen sei.

Auch dem Feststellungsantrag zu 3. hätte das Landgericht nicht stattgeben dürfen. Dieser zielt auf Durchfeuchtungsschäden an der Bausubstanz ab, die der Sachverständige für möglich halte, bislang aber noch nicht konkret festgestellt hat. Für derartige Schäden, wenn sie vorlägen, wäre sie nicht verantwortlich, weil sie den ursächlichen Mangel betreffend die umlaufende Entwässerung (s. o., Mangelkomplex Nr. 2. gem. LGU S. 8) nicht zu vertreten habe.

Die Streithelferin zu 2 hat erklärt, sich der Berufung der Klägerin anzuschließen. Sie meint, das Landgericht hätte die Abnahmereife des Wintergartens nicht verneinen dürfen, angesichts des Umstandes, dass der Wintergarten voll eingerichtet sei und seit Jahren vom Beklagten und seiner Familie genutzt werde. Im Übrigen sei das Landgericht den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen K. zu unkritisch gefolgt. Dies gelte hinsichtlich der geforderten Sicherheitsrinne und der Rinnenheizung. Es sei Sache des Endkunden – im vorliegenden Fall des Beklagten – zu entscheiden, ob er zur Vermeidung von Vereisungen ein elektrisches Heizsystem einbaue oder anderweitige Schutzmaßnahmen ergreife.

Rechtsfehlerhaft sei auch der Standpunkt des Landgerichts, der Wintergarten hätte ohne statischen Nachweis gar nicht errichtet werden dürfen. Vielmehr seien einfache Gebäude in der Regel von einer Prüfstatik befreit. Hier sei im Übrigen eine „einfache Statik“ dem Sachverständigen überlassen worden, die der Baubehörde genügt habe, um die Baugenehmigung zu erteilen. Bei kleineren baulichen Vorhaben, wie auch dem Anbau eines Wintergartens, müsse ein Prüfstatiker nicht eingesetzt werden.

Die Klägerin beantragt,

unter Änderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 16.334,25 € nebst Zinsen auf einen Betrag in Höhe von 989,25 € in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem

30. Januar 2010, im Übrigen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. März 2010, zu zahlen und die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen, ferner im Wege der Anschlussberufung, unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klägerin ergänzend zu verurteilen, an ihn weitere 2.797,51 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 2.277,36 € seit dem 29. Juni 2010 sowie auf weitere 520,15 € seit dem 9. Januar 2013 zu zahlen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit dieses eine fehlende Abnahmereife angenommen hat. Die Klägerin habe 17 Einzelmängel (richtig: 16 Einzelmängel) der insgesamt 19 Einzelmängel nach dem landgerichtlichen Urteil nicht angefochten. Diese 17 unangefochten gebliebenen Mängel rechtfertigten die Feststellung der fehlenden Abnahmereife schon allein. Im Übrigen seien die Ausführungen des Landgerichts zur Statik sowie zur Entwässerungsproblematik (fehlende Sicherheitsrinnen) zutreffend. Es gebe auch keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung.

Mit der Anschlussberufung verfolge er den Ersatz der Kosten von Maurerarbeiten und der ihm für die Beseitigung von Mängeln an der Terrassentür sowie an der Wetterstation bzw. an dem Windsensor entstandenen Kosten. Das Landgericht Lüneburg habe die von ihm geltend gemachten Kosten für Rück- und Aufbau der Mauerwerksfeiler durch die THP-Bau in Höhe von 2.277,36 € für unsubstantiiert gehalten. Indes habe er mit Schriftsatz vom 11. Mai 2010 (S. 7 und 8) hierzu vorgebracht und auch die Rechnung als Anlage B 4 vorgelegt. Auch die Abtretungserklärung vom 4. Mai 2010 sei vorgelegt worden. Der Anspruch ergebe sich nach alledem aus abgetretenem Recht.

Des Weiteren werde der Schaden für die durchzuführenden Mangelbeseitigungsarbeiten an der Terrassentür, an dem Windsensor der Wetterstation sowie an der Wetterstation selbst weiterhin geltend gemacht. Zu Unrecht habe das Landgericht die Kosten in Höhe von 520,15 € für nicht erstattungsfähig gehalten, da der Klägerin eine Gelegenheit zur Nacherfüllung nicht gegeben worden war. Eine Mangellüge sei gem. § 637 Abs. 2 BGB unzumutbar und damit entbehrlich gewesen.

Wegen des Berufungsvorbringens im Einzelnen wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom

14.12.2015 (Bl. 1081 ff.) sowie ihren weiteren Schriftsatz vom 15.04.2015 (Bl. 1150 f. d. A.), auf die Berufungsbegründung der Streithelferin zu 2 vom 16.02.2016 (Bl. 1109 ff. d. A.) und ihren weiteren Schriftsatz vom 08.04.2016 (Bl. 1137 ff. d. A.) sowie die Berufungserwiderung und Anschlussberufung des Beklagten vom 14.03.2016 (Bl. 1122 ff. d. A.) verwiesen.

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und die Sach- und Rechtslage erörtert. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.04.2014 Bezug genommen (Bl. 1156 ff. d. A.).

II.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Die Anschlussberufung des Beklagten hat zum kleinen Teil Erfolg. Der Senat tritt dem Landgericht bei, soweit dieses den Restwerklohn mangels Abnahmereife als noch nicht fällig und die Klägerin trotz der noch nicht erfolgten Abnahme zur Zahlung eines Kostenvorschusses für die Mangelbeseitigung sowie weiterer Schadensersatzpositionen für verpflichtet angesehen hat.

A. Berufung der Klägerin

Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg. Denn aufgrund der festgestellten Mängel fehlt es bislang an der Abnahmereife, sodass die Abnahme vom Beklagten bislang zu Recht verweigert wird, mithin der Restwerklohnanspruch der Klägerin noch nicht fällig ist.

1. Die Klägerin hat einen Restwerklohnanspruch von insgesamt 16.334,25 €. Dieser ist in Höhe von restlichen 13.026,25 € des Pauschalpreises unstreitig. Die weiteren Nebenpositionen von 980,00 €, 1.338,75 € und 989,25 € stehen zwar im Streit, sind aber ebenfalls begründet.

a) Die Klägerin kann zunächst 980,00 € netto für die Nachbestellung von Alu-Sohlbänken beanspruchen. Insofern bestreitet der Beklagte, eine entsprechende Nachbestellung vorgenommen zu haben. Er bestreitet aber nicht hinreichend, dass diese Alu-Sohlbänke tatsächlich vorhanden und eingebaut sind (vgl. Bl. 63/83 d. A.), sodass er sie, zumal er ebenfalls keine aufgedrängte Bereicherung geltend macht, auch bezahlen muss. Dies folgt – die fehlende Nachbestellung entsprechend dem Einwand des Beklagten unterstellt – aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag. Danach muss auch die nicht ausdrücklich in Auftrag gegebene Leistung bezahlt werden, die tatsächlich zur Herstellung des Gesamtwerks erbracht

und vom Besteller auch angenommen wird. Zwar schuldete die Klägerin hier die Errichtung des kompletten Wintergartens zum Pauschalpreis. Dass zu der pauschalen Leistung jedoch evtl. zu liefernde Sohlbänke nicht gehören sollten, ist im Auftrag auf S. 2 ausdrücklich festgehalten (Bl. 7 d. A.). War aber ausdrücklich vereinbart, dass evtl. zu liefernde Sohlbänke nicht im Preis enthalten sein sollten und sind diese Sohlbänke dann tatsächlich geliefert und montiert worden und sagt der Beklagte auch nicht, er wolle sie nicht haben, die Klägerin möge sie wieder ausbauen und mitnehmen, muss er sie auch bezahlen.

b) Gestritten wird weiter über die Kosten für die Verlegung der Elektroleitungen auf dem Dach, u. a. zum Zwecke der Ansteuerung der elektrischen Jalousien, in Höhe von 989,25 €. Auch insoweit ist die Klage schlüssig und das Verteidigungsvorbringen demgegenüber nicht erheblich. Der Beklagte hat nämlich eingeräumt, dass die Elektroanschlüsse für Markisen, Lüfter, Steuerung usw. von ihm selbst zu erstellen waren. Die anschließend vorgenommene Differenzierung, dies gelte nur für die Anschlüsse, nicht aber für die Kabel (Bl. 63 f. d. A.), erscheint nicht überzeugend. Vielmehr folgt der Senat der Auffassung der Klägerin, dass die erforderlichen Kabelverbindungen zur Herstellung eines Anschlusses ebenfalls dazugehören (Bl. 84 f. d. A.).

Soweit der Beklagte auch die Höhe pauschal als nicht angemessen bestreitet, ist dies ohne ausreichende Substanz, da nicht ersichtlich ist, inwiefern es an der Angemessenheit im Sinne der üblichen Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB fehlen soll. Immerhin sind 200 m laufende Kabel verlegt worden, was einigen Aufwand erfordert. Für die Arbeitsleitung und das Material erscheint der Gesamtbetrag von 989,25 € angemessen. Insofern macht der Senat von der Möglichkeit der freien Anspruchsschätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO Gebrauch, weil die Einschaltung eines Sachverständigen zur Überprüfung erheblich mehr Kosten verursachen würde als ein denkbarer Kürzungsbetrag.

c) Streitig ist schließlich noch die Endreinigung der Firma C. für 1.338,75 €. Insoweit ist eine Rechnung vom Beklagten vorgelegt worden. Demgegenüber behauptet die Klägerin ihrerseits, unter Vorlage einer Rechnung die Endreinigung ausgeführt zu haben (Bl. 60 d. A.). Gleichwohl bleibt der Beklagte dabei, dass die Endreinigung innen aus dem Vertrag herausgenommen wurde, weil die Klägerin dazu nicht in der Lage gewesen sei. So habe die Klägerin durch Herrn S. mit E-Mail vom 2. Dezember erklärt, eine Endreinigung innen könne, jedenfalls am 4. Dezember 2009, nicht stattfinden. Mit

dem Zeugen B. als Vertreter des Beklagten sei deshalb vereinbart worden, die Endreinigung innen aus dem Vertragsverhältnis herauszunehmen (Bl. 65 d. A.).

Hierzu sind E-Mails vorgelegt worden. Danach hatte die Klägerin dem Zeugen B. der Beklagten am 27. November 2009 mitgeteilt, die Reinigung könne für den 4. Dezember 2009 veranlasst werden (Bl. 79 d. A.). Zugleich wurde gebeten, noch „heute hierzu Bescheid“ zu geben. Unter dem 4. Dezember 2009, 10:06 Uhr, wurde dann die Ersatzvornahme angedroht, sofern nicht „noch heute bis 11:00 Uhr eine Terminsbestätigung“ erfolge.

Nach dem Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 13. Juli 2010 kam die vom Zeugen S. am 27. November 2009 erbetene Antwort nicht rechtzeitig („heute“), sondern erst am 2. Dezember 2009 und somit während der vorab angekündigten Urlaubsabwesenheit des Zeugen S. (Bl. 86 d. A.). Danach hatte der Beklagte es also versäumt, den Termin der Endreinigung der Klägerin rechtzeitig zu bestätigen. Als dann die Möbellieferung vor der Tür stand, hat er eigenmächtig zur Ersatzvornahme gegriffen und will diese Kosten jetzt der Klägerin anlasten. Hierfür fehlt es indes an einer Rechtsgrundlage. Denn es handelte sich um eine Vertragsleistung, mit der die Klägerin nicht in Verzug war und hinsichtlich derer der Beklagte daher nicht einseitig vom Vertrag abweichen und eine Ersatzvornahme veranlassen durfte.

2. Der Restwerklohn von insgesamt 16.334,25 € ist aber, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, zurzeit noch nicht fällig.

a) Nach § 641 Abs. 1 BGB, der hier Anwendung findet, weil die Parteien ausdrücklich einen Bauvertrag mit Geltung des BGB vereinbart haben, hängt die Fälligkeit des von der Klägerin verlangten Restwerklohns von der Abnahme des Werks ab. Daran fehlt es hier, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat. Der Beklagte hat den Wintergarten zwar in Benutzung genommen, sich bislang aber ausdrücklich geweigert, die Abnahme zu erklären, also das Werk der Klägerin als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung zu akzeptieren. Entgegen der Auffassung der Streithelferin zu 2 kann trotz der Nutzung des Wintergartens auch keine konkludente Abnahme angenommen werden. Zwar hindern gemäß § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB unwesentliche Mängel die Abnahme nicht. Eine stillschweigende Abnahme durch schlüssiges Handeln in der Form der Ingebrauchnahme des Werks scheidet jedoch aus, wenn der Besteller, so wie hier der Beklagte, ausdrücklich erklärt, er

verweigere die Abnahme wegen wesentlicher Mängel, sofern solche tatsächlich vorliegen (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil, Rn. 33).

Nach den vom Landgericht ohne Verstoß gegen prozessuale Vorschriften ordnungsgemäß getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die sich im Wesentlichen auf die Begutachtung des gerichtlichen Sachverständigen K. stützen können, liegen wesentliche Mängel des Wintergartens vor.

Zunächst ist die Berufungsbegründung, indem lediglich die Beweiswürdigung zu den Mangelkomplexen 2 und 3 (LGU S. 8) sowie Nr. 6 (LGU S. 9) behandelt, im Übrigen aber ausdrücklich von Angriffen abgesehen wird, von vornherein nicht geeignet, die Abnahmereife schlüssig zu begründen. Zutreffend weist die Berufungserwidderung vielmehr darauf hin, dass die restlichen nicht angegriffenen Mängel – entgegen der Auffassung der Klägerin – schon ausreichen würden, um die Abnahmereife zu verneinen.

Soweit zunächst der Mangel Nr. 2 angegriffen wird, ist gemäß Seite 39 f. des Ergänzungsgutachtens II (Nr. 110) davon auszugehen, dass hierfür Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 2.795,00 € angesetzt sind bzw. mit der Berufung angegriffen werden. Denn soweit weitere Rinnenprobleme vorliegen, für die der Sachverständige K. weitere 8.023,00 € Nachbesserungskosten geschätzt hat (S. 35 ff. d. Ergänzungsgutachtens II, zu Nr. 50, 53, 55, 59, 60, 77, 102, 103, 111), wird dies auf Seite 9 des angefochtenen Urteils von Nr. 8 erfasst. Die Ausführungen des Landgerichts zu Nr. 8 sind aber nicht Gegenstand der Berufungsbegründung, die sich ausdrücklich nur auf „(Ziffer 2, S. 8 des Urteils)“ bezieht (Bl. 1082 d. A.) und auch inhaltlich auf die Erläuterungen beim Ortstermin zur Frage der Entwässerung Bezug nimmt. Dem sind, so der Sachverständige K. ausdrücklich, „die von mir unter Position 110 aufgeführten Mangelbeseitigungskosten“ zuzuordnen (S. 5 des landgerichtl. Protokolls, Bl. 849 d. A.).

Dem Mangel Nr. 3 (fehlender statischer Nachweis) sind keine Kosten zuzuordnen, weil vom Sachverständigen insoweit keine Kosten angesetzt worden sind, sondern sich die Gesamtkosten von 24.333,00 € allein auf die Nachbesserung handwerklicher Mängel beziehen.

Wegen des Mangels zu Ziff. 6 des landgerichtlichen Urteils werden Ausführungen zur unzureichenden Abdichtung der Gebäudefuge nach außen gemacht (Man-

gelliste Nr. 46. bis 48.). Hierauf beziehen sich die Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 2.304,00 € (S. 35 Ergänzungsgutachten II).

Zieht man nun von den Nettogesamtkosten in Höhe von 24.333,00 € sowohl die oben erwähnten 2.795,00 € wie auch die weiteren 2.304,00 € ab, verbleiben 19.234,00 €, wobei es um eine Vielzahl von Einzelmängeln geht, die insgesamt nicht als nur unwesentlich gewertet werden können. Es würde daher an der Abnahmereife selbst dann fehlen, wenn man mit der Berufungsbegründung die Mängel bzw. Mangelkomplexe Nr. 2, 3 und 6 verneinen wollte.

Hinzu kommen im Übrigen noch die möglichen Schäden an der Bausubstanz durch Durchfeuchtung sowie die nicht ordnungsgemäß nachgewiesene Statik. Bei wertender Gesamtbetrachtung muss es daher dabei bleiben, dass eine im Wesentlichen vertragsgerechte, nur mit kleineren Mängeln behaftete Werkleistung nicht gegeben ist.

Schließlich würde, wollte man gleichwohl mit der Klägerin die Abnahmereife bejahen, die Klageforderung durch die Ersatzvornahmekosten vollständig aufgezehrt, sodass die Klage und damit die Berufung auch deshalb keinen Erfolg haben könnte. Denn der Beklagte hat hilfsweise für den Fall, dass von der Fälligkeit des Werk-lohns auszugehen sein sollte, die Aufrechnung mit dem Kostenvorschussanspruch erklärt (vgl. Bl. 35, 70 f. d. A.; zur rechtlichen Zulässigkeit der Aufrechnung mit einem Kostenvorschuss gegenüber einer Werklohnforderung vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rdnr. 2117, 3134, 3033 m. w. N.). Ein solcher besteht aber auch nach Klägervortrag in übersteigender Höhe von 19.234,00 €, weil mit der Berufung nur die Mängel Nr. 2, 3 und 6 angegriffen werden.

Des Weiteren führen die Angriffe der Klägerin hinsichtlich der Mängel bzw. Mangelkomplexe Nr. 2, 3 und 6 aber auch nicht zum Erfolg, sodass es, unabhängig von den vorstehenden Überlegungen zur fehlenden Abnahmereife allein aufgrund der Restmängel ohnehin an einer im Wesentlichen ordnungsgemäßen, abnahmereifen Leistung fehlt und im Übrigen auf der Seite des Beklagten nicht nur Mangelbeseitigungskosten von 19.234,00 €, sondern in voller Höhe von 24.333,00 € zu Buche stehen, mithin den Restwerklohnanspruch der Klägerin deutlich übersteigen.

aa) Hinsichtlich der Rinnenproblematik (Mangel Nr. 2 gem. LGU; Pos. 110 d. Ergänzungsgutachtens II, 2.795

€) gilt, dass diese in den schriftlichen Gutachten erschöpfend abgehandelt wurde. Der Sachverständige K. hat auch zu den Einwendungen Stellung genommen (vgl. S. 6 d. Ergänzungsgutachtens I und S. 26 f. d. Ergänzungsgutachtens III) und klargestellt, dass nicht eine fehlende Rinnenheizung als schadensursächlich erkannt wurde, sondern die Rinne falsch konstruiert und ausgeführt ist und neu eingedichtet werden muss. Die gesamten Einwendungen gegen diese Beurteilung lägen aus sachverständiger Sicht „neben der Sache“. Nach den Richtlinien für derartige Konstruktionen bei flachgeneigten Glasdächern ergebe sich, dass bei dem Einbau von Rinnenkonstruktionen zwischen Wintergartenraufe und Balkonplatte zu dem vorhandenen Haus eine Dachanschlussfuge mit den Voraussetzungen für eine Sicherheitsrinne erforderlich sei (vgl. S. 27 des Ergänzungsgutachtens III). Er hat weiterhin das Vorliegen einer bloßen Verstopfung der Rinne verneint und auch eine fehlende Rinnenbeheizung, wie bereits ausgeführt, weder als ursächlich angesehen noch den Einbau einer solchen im Zuge der Nachbesserung vorgesehen (andernfalls die Kosten als Sowiesokosten anzusehen wären; unzutreffend insoweit der Hinweis im LGU zu Nr. 2, darüber hinaus seien Heizmaßnahmen gegen Vereisung vorzusehen). Auch bei der mündlichen Erläuterung im Rahmen des Ortstermins am 3. Juli 2015 hat der Sachverständige seine Feststellungen nochmals im Einzelnen erläutert und bekräftigt (Bl. 847 ff. d. A.).

Dabei waren nicht nur die Parteien, sondern auch die Streithelferin zu 2 anwesend. Diese hat aktiv an dem Termin teilgenommen. Die Klägerin kann sich daher nicht mit Erfolg auf den Schriftsatz der Streithelferin zu 2 stützen, mit der diese erst wesentlich später, nämlich mit Schriftsatz vom 26. August 2015, also mehr als 7 Wochen nach der (letzten) mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, der Sachverständige sei von einem unzutreffenden Regelwerk ausgegangen, die Entwässerung müsse über die Dachfläche stattfinden, danach sei die Dimensionierung der Entwässerung des Wintergartens mehr als ausreichend usw. (Bl. 953 ff. d. A.). Vielmehr muss dieser Berufungsangriff nach § 531 Abs. 2 i. V. m. § 296 a ZPO schon aus prozessualen Gründen ins Leere gehen.

bb) Dasselbe gilt für den Berufungsangriff gegen Mangel Nr. 3 im erstinstanzlichen Urteil betreffend den fehlenden Nachweis der Standsicherheit. Insoweit tritt der Senat den Ausführungen des Landgerichts zur fehlenden Berücksichtigungsfähigkeit des Schriftsatzes sowie der nachgereichten Statik gemäß § 296 a ZPO bei. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war an-

gesichts der Verspätung nicht geboten. Bereits im Ursprungsgutachten vom 29.11.2012, dort S. 21 f. zu 5., hatte der Sachverständige K. den fehlenden Nachweis der räumlichen Steifigkeit gerügt und dies im Ergänzungsgutachten III vom 01.06.2015, dort Ziffer 3. lit. a) und b) (S. 6 f.) bestätigt. Mithin hätte die nachträglich vorgelegte Statik bereits innerhalb der vierwöchigen Stellungnahmefrist zum Ursprungsgutachten (Bl. 502 d. A.) bzw. in der Stellungnahmefrist zum Ergänzungsgutachten bis zum Ortstermin (Bl. 820 d. A.) vorgelegt oder aber in der mündlichen Verhandlung (Ortstermin) ein Schriftsatznachlass beantragt werden müssen. Da dies unterblieben ist, ist die nachgereichte Statik des Dipl. Ing. H. nach Maßgabe von § 411 Abs. 4 i. V. m. § 296 Abs. 1, 4 ZPO verspätet vorgelegt worden, weshalb eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO nicht geboten war (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, Rn. 4). Damit ist die Klägerin, da ausreichende Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, mit der nachträglichen Statik gemäß § 531 Abs. 2 ZPO auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen. Daher kann dahinstehen, ob die Statik nach dem „Vieraugenprinzip“ von einem weiteren Prüfenieur hätte geprüft werden müssen und ob sie schon deshalb ungeeignet ist, weil sie auf einer theoretischen Berechnung ohne Kenntnis und Prüfung der Örtlichkeit und der tatsächlich errichteten Konstruktion erstellt wurde.

Schließlich ist nochmals hervorzuheben, wie oben bereits unter Ziffer 1. a) erwähnt, dass wegen der Frage der Statik vom gerichtlichen Sachverständigen K. keine Kosten angesetzt worden sind, sodass es auch ohne Berücksichtigung dieses Mangels bei den Nettonachbesserungskosten von 24.333,00 € verbleiben müsste. Der Sachverständige K. hat zwar das Nichtvorhandensein eines statischen Nachweises moniert. Die von ihm ermittelten Kosten betreffen aber nur die handwerkliche Instandsetzung des Wintergartens. Mithin reduzieren sich diese Kosten nicht, selbst wenn man mit der Klägerin annehmen wollte, die Standsicherheit des Wintergartens als solche sei gegeben und der rechnerische Nachweis ergebe sich aus der nach der mündlichen Verhandlung nachgereichten Statik, im Übrigen sei eine solche Statik auch gar nicht notwendig, weil bei der Erteilung der Baugenehmigung eine „einfache Statik“ vorgelegen habe und dies ausreichend (gewesen) sei.

cc) Der Klägerin kann schließlich nicht mit ihrem Berufungsangriff durchdringen, für die Abdichtung der Gebäudefuge – dies betrifft den Mangelkomplex Nr. 6 im Urteil des Landgerichts (dort S. 9; Bl. 993 d. A.) – sei der

Beklagte selbst verantwortlich gewesen, weil die entsprechenden Mauerteile erst nachträglich errichtet worden sind. Es trifft zwar zu, dass in den Ziffern 4. und 6. des Bauvertrages nur von der Anbindung an die vorhandene Balkonplatte die Rede ist. Auch ergibt sich aus Seite 2 des Bauvertrages, dass Maurer- und Putzarbeiten ausdrücklich Sache des Bauherrn sein sollten. Die Abdichtung der Gebäudefuge ist jedoch ein funktional zwingend notwendiger Teil, um einen dichten und damit ordnungsgemäßen Wintergarten zu errichten. Auch war bekannt, dass der Wintergarten nicht frei auf der Balkonplatte stehen sollte, sondern in die Giebelseite des Gebäudes, vor die der Wintergarten gebaut worden ist, zu integrieren war. Dazu bedurfte es der nachträglich errichteten Seitenmauern, wobei es eine fachlich-technische Frage war, ob erst die Seitenmauern zu errichten waren, um dann die Wintergartenkonstruktion daran anzuschließen, oder ob, wie tatsächlich geschehen, zunächst der Wintergarten zu erstellen war. Die Klägerin kann sich daher nicht darauf zurückziehen, sie habe mit der Errichtung der Glas- und Metallkonstruktion des eigentlichen Wintergartens im engeren Sinne ihre Leistung vollständig erbracht gehabt und der Beklagte habe hinterher selbst sehen müssen, wie er die Seitenmauern dann heranzuführt und anschließt.

Die Klägerin fordert insoweit eine Auslegung des Bauvertrages durch das Gericht, die das Landgericht unterlassen habe. Indes hat das Landgericht diese Auslegung keineswegs unterlassen, sondern sehr wohl vorgenommen. Insoweit kann auf Seite 12, erster Absatz, des Urteils Bezug genommen werden (Bl. 994 Rückf. d. A.). Diesen Ausführungen des Landgerichts tritt der Senat bei. Eine Auslegung des Vertrages nach Sinn und Zweck ergibt nämlich gerade, dass die Klägerin hier für die Abdichtung des Wintergartens zur nachträglich errichteten Seitenmauer Sorge zu tragen hatte. Sie hatte sich nämlich zum Pauschalpreis zur Errichtung eines kompletten an das Haus des Beklagten anzubauenden Wintergartens verpflichtet. Die im Vertrag enthaltene Leistungsbeschreibung ist in diesem Sinne als funktionale Leistungsbeschreibung aufzufassen, die auch ohne Erwähnung sämtlicher Einzelheiten alles umfasst, was aus technisch-baulicher Sicht objektiv erforderlich ist. Dazu gehört daher auch die ordnungsgemäße Anbindung und Abdichtung zum Mauerwerk, egal ob dieses bereits vorhanden war oder später errichtet wurde.

Die Klägerin als Fachfirma und nicht der Beklagte als Bauherr und Laie musste die Notwendigkeit dieser Abdichtung erkennen. Mithin musste im Zweifel die Klä-

gerin den Beklagten darauf hinweisen, nach dem Errichten der Seitenmauern sei eine Abdichtung erforderlich, welche nach ihrem Verständnis von ihrer Leistungspflicht im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung nicht umfasst sei, ebenso wie sie im Übrigen ausdrücklich auf die vom Beklagten selbst zu übernehmenden Putz- und Maurerarbeiten, Elektroinstallationen und eventuelle Lieferung von Sohlbänken hingewiesen hatte. Ohne einen solchen Hinweis durfte der Beklagte davon ausgehen, dass der Wintergarten von der Klägerin in die Gebäudesubstanz ordnungsgemäß eingearbeitet und abgedichtet wird, ebenso wie bei Auftragsverhältnissen, bei denen (ohne Errichtung neuer Mauerteile) ein Wintergarten an die vorhandene Gebäudesubstanz angebaut und angeschlossen wird.

Auch die Klägerin selbst hatte dies im Übrigen zunächst nicht in Zweifel gezogen, wie daraus deutlich wird, dass sie hinsichtlich der Zuglufterscheinungen sowie des Anschlusses des Wintergartens an das vorhandene Wohnhaus nicht etwa ihre Leistungspflicht, sondern das Vorliegen dieser Mängel bestritten hatte (erstinstanzliche Replik, S. 5, 6; Bl. 57 f. d. A. und S. 7 d. Schrifts. v. 13.07.2010, Bl. 89 d. A.), ferner eine unzureichende, in den Verantwortungsbereich des Beklagten fallende Heizsituation als ursächlich angesehen hatte (Schrifts. v. 28.03.2011; Bl. 127 ff. d. A.). Erst nach Abschluss der Beweisaufnahme und der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, in der ausweislich des Protokolls festgehalten wurde, dass die Seitenmauern nachträglich errichtet wurden (Bl. 851 d. A.), hat die Klägerin durch die nicht nachgelassenen und vom Landgericht nach § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassenen Schriftsätze vom 14.08.2015 (Bl. 877 d. A.) und vom 11.09.2015 (Bl. 976 f. d. A.) ihre vermeintlich fehlende vertragliche Leistungspflicht reklamiert. Es dürfte sich aber um eine prozessuale Schutzbehauptung handeln, wenn die Klägerin hier erst im Nachhinein eine einschränkende Vertragsauslegung fordert, nachdem das Bauvorhaben abgewickelt und die von ihr insoweit bestrittenen Mängel gutachterlich festgestellt sind und sie daher ihren Restwerklohn wegen nachgewiesener Abdichtungsmängel in Gefahr sieht.

Im Übrigen hat das Landgericht die betreffenden Schriftsätze zu Recht unbeachtet gelassen, weil der Vortrag verspätet war und ein Grund zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO nicht vorgelegen hat. Mithin ist das in diesen Schriftsätzen enthaltene Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO auch im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

Unabhängig davon ist der Beklagte dem entsprechenden Berufungsangriff – unwidersprochen seitens der Klägerin – mit dem Hinweis entgegen getreten, zwar treffe es zu, dass das seitliche Mauerwerk erst nach Herstellung der Stahlträger des Wintergartens erstellt werden konnte. Dies sei jedoch ausschließlich auf Anordnung der Klägerin erfolgt. Diese habe ihn angewiesen, das Mauerwerk erst nach Herstellung der Stahlbetonpfeiler des Wintergartens herrichten zu lassen (Bl. 1125 d. A.). Mithin ist davon auszugehen, dass der Beklagte ohne diese Anordnung zunächst das Mauerwerk, also die neuen Seitenmauern, hätte errichten lassen, damit die Klägerin hieran den Wintergarten hätte anbauen und anarbeiten können, so wie dies der gewöhnlichen Situation bei Errichtung eines Wintergartens an einem Wohnhaus entspricht. Die Klägerin kann daher, wollte man die Berücksichtigung ihres Vortrags aus den nicht nachgelassenen Schriftsätzen prozessual für zulässig halten, dem Beklagten nicht entgegenhalten, dass die Seitenmauern erst nachträglich errichtet wurden und er deshalb selbst für die vertikale Abdichtung zuständig sei. Vielmehr muss die Klägerin als Ergebnis der gebotenen Gesamtwürdigung, wie bei jedem gewöhnlichen Anbau eines Wintergartens an ein vorhandenes Gebäude als Komplettleistung, auch die funktional erforderliche Abdichtung zum Mauerwerk vornehmen, auch wenn dies hier bei isolierter Betrachtung der Ziffern 4 und 6 des Bauvertrages (Bl. 6 d. A.) vom Wortlaut dieser Ziffern nicht ausdrücklich erfasst wird.

b) Schließlich ist der Restwerklohn auch nicht – trotz fehlender Abnahme – deshalb fällig, weil hier bereits ein reines Abrechnungsverhältnis entstanden wäre (vgl. dazu allgemein: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil, Rdnr. 214). Ein reines Abrechnungsverhältnis wird nämlich nur dann angenommen, wenn der Auftraggeber keine Erfüllung mehr verlangt, sondern nur noch sekundäre Gewährleistungsansprüche geltend macht. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte aber wiederholt vorgetragen, nach wie vor Erfüllung zu verlangen. Er hat auch im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals persönlich dargelegt, dass er auf die vollständige und uneingeschränkte Vertragserfüllung, nämlich die Errichtung eines vertragsgerechten, mangelfreien Wintergartens Wert lege und nicht auf die Erstreitung nur eines Geldbetrages, mit dem dann ggf. gewisse Reparatur- und Nachbesserungsmaßnahmen, insbesondere zur Verhinderung von Feuchtigkeitseintritt, durchgeführt werden könnten.

Demgegenüber sieht die Klägerin ihr Werk nach wie vor als vertragsgerecht an und ist zur Vornahme weiterer Arbeiten bzw. zur „Abarbeitung“ der vom Sachverständigen K. festgestellten Mängel nicht bereit. Der Beklagte verlangt daher widerklagend einen Kostenvorschuss, um einen anderen Werkunternehmer mit der Mangelbeseitigung beauftragen zu können. Mithin verlangt der Beklagte der Sache nach zwar noch die Vertragserfüllung, jedoch nicht mehr von der Klägerin persönlich, sondern im Wege der Selbstvornahme, wofür er einen Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB begehrt. Wenngleich somit faktisch eine Geldforderung (Restwerklohn) gegen die andere (Kostenvorschuss) steht, wird in einem solchen Fall kein bloßes Abrechnungsverhältnis angenommen. Ein bloßes Abrechnungsverhältnis setzt nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung vielmehr voraus, dass „wegen der mangelhaften Leistung nur noch Schadensersatz oder Minderung verlangt“ wird (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 – VII ZR 315/01 -, juris, Rn. 11; ebenso: OLG Hamm, Urteil vom 04. Dezember 2003 – 24 U 34/03 -, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 07. Juni 2012 – 12 U 234/11 -; OLG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2012 – I-19 U 34/10, 19 U 34/10 -, juris; vgl. ferner Kniffka/Pause/Vogel, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 28.07.2015, § 641 Rn. 9: „Ist der Vertrag durch die Erklärung, Schadensersatz wegen des Mangels zu fordern (§ 281 Abs. 4 BGB) in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet worden, folgt das schon daraus, dass der Besteller ohnehin keine Nacherfüllung mehr verlangen kann (BGH, Urt. v. 16.9.1999 – VII ZR 456/98). Gleiches gilt, wenn der Rücktritt (§ 346 BGB) oder die Minderung (§ 638 BGB) wirksam erklärt worden sind.“).

Hinzu kommt, dass, wie im Folgenden noch ausgeführt werden wird, in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten ist, ob ein Kostenvorschussanspruch auch schon vor Abnahme bestehen kann (s. u., m. entspr. Nachw.). Diese Streitfrage wäre indes obsolet, sofern schon mit der Geltendmachung eines Kostenvorschusses zum Zwecke der Selbstvornahme nach § 637 BGB die Abnahme des Werkes durch die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses ersetzt würde.

Mithin bleibt es auch hier, weil nach wie vor die Vertragserfüllung, wenn auch durch Selbstvornahme – und nicht etwa Schadensersatz, Rücktritt oder Minderung – verlangt wird, dabei, dass die Restwerklohnforderung der Klägerin mangels Abnahme nicht fällig ist. Die fehlende Abnahme kann nicht durch die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses ersetzt werden.

3. Auch soweit die Abweisung der Widerklage erstrebt wird, bleibt die Berufung ohne Erfolg. Der Beklagte hat sowohl Anspruch auf einen Kostenvorschuss für die Selbstvornahme nach § 637 Abs. 3 BGB einschließlich der Feststellung der Einstandspflicht der Klägerin für alle weiteren Kosten der fachgerechten Mängelbeseitigung als auch Anspruch auf weitere 27,00 € für Abdeckmaterial.

a) Nach den vom Landgericht (auf der Grundlage der vom Sachverständigen K. erstellten Gutachten) zutreffend getroffenen Feststellungen ist der Wintergarten mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet (Mängel bzw. Mangelkomplexe 1 bis 19 gemäß S. 8 – 10 LGU), wobei der Sachverständige die Ersatzvornahmekosten im Einzelnen nachvollziehbar auf insgesamt 24.333,00 € geschätzt hat. Mithin hätte der Beklagte nach § 637 Abs. 1, 3 BGB Anspruch auf einen – nach Durchführung der Mängelbeseitigung gegenüber der Klägerin abzurechnenden – Kostenvorschuss für die Selbstvornahme in dieser Höhe. Denn die Klägerin ist der jeweiligen Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung nicht nachgekommen und bestreitet die Mängel nach wie vor auch im vorliegenden Rechtsstreit.

Der Beklagte hat jedoch nur einen Kostenvorschuss von 9.000,00 € geltend gemacht und vom Landgericht zugesprochen erhalten. Hiergegen bestehen indes keine Bedenken. Es ist dem Beklagten unbenommen, einen geringeren als den vom Sachverständigen geschätzten Gesamtbetrag geltend zu machen, sofern der geltend gemachte geringere Vorschuss zur Mängelbeseitigung eingesetzt wird, was bei der späteren Abrechnung gegenüber der Klägerin ggf. nachzuweisen ist.

Der Geltendmachung dieses Vorschusses steht auch nicht die fehlende Abnahme entgegen. Zwar ist in der Literatur und in der Rechtsprechung umstritten, ob vor der Abnahme eines Werks bereits Mängelansprüche geltend gemacht werden können (vgl. zum Meinungsstand ausführlich: OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Februar 2015 – 4 U 144/14 –, *ibr-online*: IBRRS 2016, 0631 mit zahlr. Nachw.; vgl. ferner OLG München, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – 9 U 5082/09 –, *juris*; OLG Köln, Beschluss vom 12. November 2012 – I-11 U 146/12, 11 U 146/12 –, *juris*; OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014 – I-24 U 41/14, 24 U 41/14 –, Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. Dezember 2015 – 4 U 26/12 –, *juris*). Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang offengelassen, so zuletzt der VII. Zivilsenat mit Urteil vom 25.02.2016 (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 –, *juris-Rdnr.* 41).

Jedoch schließt sich der erkennende Berufungssenat, wie im Ergebnis auch das Landgericht, der Auffassung an, dass die Geltendmachung eines Vorschusses bereits vor der Abnahme jedenfalls dann möglich ist, wenn – wie hier – der Werkunternehmer sich auf den Standpunkt stellt, er habe ein mangelfreies Werk abgeliefert, während der Auftraggeber nach den getroffenen Feststellungen die Abnahme wegen vorhandener Mängel objektiv zu Recht verweigert. Denn andernfalls würde der Auftraggeber, hier der Beklagte, zur Erklärung der Abnahme (unter Vorbehalt der Mängel) mit den daran anknüpfenden materiell-rechtlichen Folgen gezwungen, obwohl er berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern (so OLG Hamm, Urteil vom 19. August 2014, a. a. O., *Rdnr.* 45 – auch zum weiteren Meinungsstand in der Literatur – und OLG Stuttgart, *Urt.* v. 25.02.2015, a. a. O., *Ziffer* II.3 der Entscheidungsgründe, *juris-Rdnr.* 92 ff.).

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Auftraggeber gezwungen wäre, dem Unternehmer, der eine mangelbehaftete Werkleistung abgeliefert hat, die Vergünstigungen und weitreichenden Rechtsvorteile, die sich für ihn an die Abnahme knüpfen, zuzusprechen, obwohl er gerade diese Vorteile nicht verdient hat, da er ein nicht vertragsgerechtes Werk vorgelegt hat. Zurecht hat das OLG Hamm es als „sinnwidrig“ (24 U 41/14 vom 19.08.2014, *juris-Rdnr.* 45) bezeichnet, den Auftraggeber in einer derartigen Situation zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung zu zwingen, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können. Der Werkunternehmer würde dadurch im Verhältnis zum Auftraggeber materiellrechtlich und prozessrechtlich ungerechtfertigt privilegiert. Denn die Abnahme bestimmt den Übergang zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsphase zum abgeschlossenen Werkvertrag. Nach der Abnahme des Werks kann der Auftraggeber lediglich noch Nacherfüllungsansprüche geltend machen. Mit der Abnahme kommt es zu einem „Umschlagen der vertraglichen Beziehungen“ (Messerschmidt in Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, 2. Aufl., § 640 *Rdnr.* 63), was sowohl den Bereich der Gefahrtragung als auch damit verbundene Schutzpflichten und Abrechnungsmaßstäbe betrifft. Grundsätzlich ist die Abnahme eine der Hauptvoraussetzungen für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist nach Abnahme nicht mehr möglich. Mit der Abnahme kommt es zu einer Umkehr der Beweislastverteilung im Verhältnis von

Unternehmer und Besteller. Und es beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche zu laufen (§ 634 Abs. 2 BGB).

Der Auftraggeber müsste, um seine Rechte weiterverfolgen zu können, dem Auftragnehmer diese Privilegien verschaffen, die aber an eine vertragsgerechte Leistung anknüpfen. Im Synallagma von Leistung und Gegenleistung würde es ein untragbares Missverhältnis darstellen, vom Auftraggeber zu verlangen, dem Auftragnehmer die an die vertragsgerechte Fertigstellung des bestellten Werkes geknüpften Rechte zukommen zu lassen, obwohl der Auftragnehmer gerade nicht seinen vertraglichen Pflichten nachgekommen ist und dies auch künftig nicht will. Der Auftraggeber müsste so aus formaljuristischen Erwägungen – weil im Grundsatz erst die Abnahme des Werkes den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an Mängelrechte des Bestellers bestehen sollen (vgl. BGH – VII ZR 355/12, Rdnr. 16; VII ZR 49/15, Rdnr. 41) – die Abnahme erklären, um ein Recht zu erlangen, das eine vertragsgerechte Erfüllung sichern soll (Kostenvorschuss). Und bei der Durchsetzung seiner Rechte hätte er sodann die aus der Abnahme resultierenden Nachteile – z.B. bei der Beweislast für das Vorliegen bestimmter Mängel im Prozess oder im Hinblick auf die laufende Verjährungsfrist – hinzunehmen. Dabei soll mit dem Kostenvorschuss gerade die Beseitigung der Mängel finanziert werden, die einer Abnahmefähigkeit entgegenstehen.

b) Die gegen den Feststellungstenor gerichtete Berufung bleibt aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung ohne Erfolg. Hinsichtlich der Selbstvornahmekosten handelt es sich um eine sachverständige Schätzung. Tatsächlich können die Nachbesserungskosten aber höher sein, zumal einerseits die Kostenschätzung auf dem Preisniveau des Jahres 2014 basiert (Ergänzungsgutachten II vom 08.10.2014), zum anderen verschiedene konstruktive Ansätze zur Nachbesserung in Betracht kommen (vgl. etwa S. 5, 6, 9 des Prot. d. Ortstermins; Bl. 849 ff. d. A.) und eine Detailplanung vom Sachverständigen K. ausdrücklich nicht vorgenommen worden ist. Zudem sind Mangelfolgeschäden durch Feuchtigkeit zu befürchten, was sich erst nach Bauteilöffnung herausstellen wird, wie der Sachverständige K. auf Nachfrage vor Ort bestätigt hat (S. 9 f. d. Prot.; Bl. 853 f. d. A.). Auch für diese ist die Klägerin einstandspflichtig, weil sie, wie oben im Einzelnen ausgeführt, sowohl die Feuchtigkeit durch fehlerhafte Entwässerungsrinnen zu vertreten hat als auch die Abdichtung des Wintergartens zum (nachträglich errichteten) seitlichen Mauerwerk schuldet.

c) Soweit das Landgericht dem Beklagten schließlich verauslagte 27,00 € (nebst Verzugszinsen) für Abdeckmaterial zum Schutz der Fliesen während der Ausführung der Arbeiten am Anbau zugesprochen hat, wird dies mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen. Hierbei hat es daher zu verbleiben.

B. Anschlussberufung des Beklagten

Die Anschlussberufung des Beklagten ist nur in Höhe von 214,20 € begründet, im Übrigen aber unbegründet und daher zurückzuweisen.

1. Der Beklagte macht zunächst aus abgetretenem Recht der T.-Bau einen – vom Landgericht aberkannten – Betrag von 2.277,36 € für den Rück- und Aufbau von Mauerwerkspfählen geltend. Insofern hatte der Beklagte sich zwar darauf berufen, den Auftrag habe Herr S. (Vertreter der Klägerin) mündlich gegenüber dem Inhaber, T.P., der Firma T.-Bau, erteilt (Beweis: dessen Zeugnis; Bl. 70 d. A.). Von daher ist die Behauptung, die Klägerin habe die Firma T.-Bau beauftragt, sodass er, der Beklagte, aus abgetretenem Recht der T.-Bau von der Klägerin Bezahlung verlangen könne, im Grundsatz schlüssig vorgetragen. Jedoch hat das Landgericht zutreffend darauf abgestellt, dass Putz- und Maurerarbeiten nach den zwischen den Parteien zustande gekommenen Bauvertrag über die Errichtung des Wintergartens ausdrücklich als Sache des Bauherrn bezeichnet sind. Zu einem schlüssigen Vortrag hätte daher die Erläuterung gehört, inwiefern die von der T.-Bau ausgeführten Arbeiten – gleichwohl – zum Gewerk der Klägerin gehörten oder aus welchen sonstigen Gründen die Klägerin diesen Auftrag in ihrem eigenen Namen erteilt haben sollte. An einem solchen Vortrag fehlt es jedoch auch im zweiten Rechtszug, obwohl das Landgericht die Abweisung der Widerklage insoweit ausdrücklich auf die mangelnde Substanz des Vortrags gestützt hat. Daher kann die Anschlussberufung insoweit keinen Erfolg haben. Eine Vernehmung der wechselseitig benannten Zeugen P. (Bl. 70 d. A.) und S. (Bl. 59 d. A.) kam nicht in Betracht. Denn eine solche wäre auf eine prozessual nicht zulässige Ausforschung des Sachverhalts hinaus gelaufen.

2. Weiterhin wird mit der Anschlussberufung noch ein Gesamtbetrag von 520,15 € geltend gemacht. Dies betrifft Ersatzvornahmekosten nach § 637 BGB, die dem Beklagten entstanden sind, weil weitere Mängel aufgetreten sind, nämlich am Verriegelungsblock der Terrassentür, am Windsensor der Wetterstation sowie der Wetterstation selbst (Bl. 1128 i. V. m. Bl. 492 f. d. A.).

Insoweit ist nur der Ansatz von 214,20 € gemäß Rechnung Bl. 495 d. A. gerechtfertigt. Aus dem Rechnungstext ergibt sich nämlich, dass es, auch wenn die Klägerin dies bestreitet, zu Problemen mit der Schließfunktion der Terrassentür gekommen war, weil ein Verriegelungsbock sich gelöst hatte. Die genannte Rechnung i. V. m. dem Vortrag des Beklagten (Bl. 492 d. A.) belegt, dass es sich insoweit um eine Notsituation gehandelt hat, sodass eine Mängelrüge gegenüber der Klägerin nicht zumutbar war und der Beklagte notfallmäßig die Ersatzvornahme insoweit veranlassen durfte.

Demgegenüber trifft dies für die Reparatur der Wetterstation nicht zu. Hier war keine Eile geboten, sodass Gelegenheit zur Nacherfüllung hätte gegeben werden können und müssen. Es kann daher nur der Betrag von 214,20 € zuerkannt werden, sodass die auf Zahlung bereits verauslagter Kosten gerichtete Klage insgesamt nur in Höhe von (27,00 € + 214,20 € =) 241,20 € Erfolg hat, im Übrigen aber abzuweisen war.

Die auf den Betrag von 214,20 € zugesprochenen Zinsen stehen als solche nach Grund und Höhe nicht im Streit. Sie werden nach §§ 288 Abs. 1, 291 i. V. m. § 187 Abs. 1 BGB ab dem auf die Zustellung der Klageerweiterung (Bl. 500 d. A.) folgenden Tag, also ab dem 9. Januar 2013 als Prozesszinsen geschuldet.

III.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 i. V. m. § 97 Abs. 1 ZPO sowie hinsichtlich der Kosten der außergerichtlichen Kosten der Streithilfe aus § 101 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 Satz 1, 2 i. V. m. § 711 ZPO.

2. Die Streitwertfestsetzung richtet sich nach §§ 3, 5 ZPO.

3. Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Frage, ob schon vor der Abnahme ein Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB für die Selbstnachbesserung geltend gemacht werden kann, wenn sich der Werkunternehmer auf den Standpunkt stellt, er habe ein mangel freies Werk abgeliefert, während der Auftraggeber nach den getroffenen Feststellungen die Abnahme wegen vorhandener Mängel objektiv zu Recht verweigert, höchststrichterlich nicht geklärt ist, obwohl sie von den Obergerichten uneinheitlich beantwortet wird:

a) Der BGH selbst hat zwar in der „Blockheizkraftwerk-entscheidung“ (VII ZR 183/05) Mängelrechte zugebilligt, obwohl keine Abnahme vorlag (vgl. Erman/Schwenker, BGB, 14. Aufl., Vor §§ 631 Rdnr. 3a; Fuchs, IBR 2016, 275). Er hat dort ausdrücklich auch kein Abrechnungsverhältnis angenommen (Rdnr. 32: „Zwar erfüllt die Heizungsanlage die vereinbarte Funktion nicht. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass die Klägerin ihre Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt hat. In diesem Fall ist ihre Leistung ebenfalls als vertragsgemäß zu behandeln, so dass der Beklagte zu deren Abnahme verpflichtet wäre und er diese zu Unrecht endgültig verweigert.“). Gleichwohl hat der BGH – ohne Abnahme und bei möglicherweise vertragsgemäßer Leistung und zu Unrecht verweigerter Abnahme – ausführlich die dem Besteller zustehenden Rechte und Ansprüche bei einem mangelbehafteten Werk erörtert (Rdnr. 11 ff.). Dies könnte für eine grundsätzliche Zuerkennung von „Mängelrechten“ vor Abnahme sprechen, wobei allerdings mangels weiterer Auseinandersetzung mit der Problematik in jener Entscheidung nicht mit Gewissheit davon ausgegangen werden kann, dass der VII. Zivilsenat auch eine derart weitreichende Entscheidung ohne nähere Begründung hat treffen wollen. Die Instanzgerichte haben diese Entscheidung deshalb nicht weiter belasten können.

b) Zudem hat der VII. Zivilsenat in seiner weiteren Rechtsprechung eher – soweit hier eine Interpretation möglich ist, weil es an einer begründeten Entscheidung zu der Frage bislang fehlt – andere Akzente gesetzt (zuletzt VII ZR 49/15 vom 25.02.2016, Rdnr. 41 m. Anm. Fuchs, IBR 2016, 275). Der BGH hat darauf verwiesen (VII ZR 355/12, Rdnr. 16), dass „im Grundsatz“ die Abnahme des Werkes den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers „eingreifen“. Er hat dann aber die Frage, ob dem Besteller bereits vor der Abnahme Mängelrechte gemäß § 634 BGB (in der Fassung des schon am 01.01.2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I S. 1887) zustehen (vgl. auch BGH – VII ZR 171/08 vom 08.07.2010, Rdnr. 28; VII ZR 61/10 vom 24.02.2011, Rdnr. 17), ausdrücklich offengelassen (VII ZR 355/12, Rdnr. 16; zum Meinungsstand in der Literatur vgl. Erman/Schwenker, BGB, 14. Aufl., § 633 Rdnr. 21 ff.).

Diese ausweichende Haltung hat der BGH aktuell perpetuiert (VII ZR 49/15, Rdnr. 41: „...kann dahinstehen, ob Mängelansprüche generell vor Abnahme anwendbar sein können, obgleich die Abnahme im Grundsatz den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen“).

c) Die Oberlandesgerichte beurteilen die aufgeworfene Frage unterschiedlich:

So hat das OLG Brandenburg (4 U 26/12 vom 22.12.2015) ausgeführt: „Grundsätzlich entstehen die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte erst mit Abnahme der Werkleistung. Ausnahmsweise können dem Besteller schon vor der Abnahme Mängelrechte zustehen, etwa dann, wenn der Unternehmer sein Werk als fertig gestellt angesehen und abgeliefert hat, der Auftraggeber die Abnahme wegen Mängeln verweigert und der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert.“

Das entspricht etwa der Rechtsprechung des OLG Hamm (24 U 41/14 vom 19.08.2014) und des OLG Köln (11 U 146/12 vom 12.11.2012).

Das OLG Stuttgart (4 U 114/14 vom 25.02.2015) hat in einer ausführlich begründeten Entscheidung mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand (Ziffer II.3 der Entscheidungsgründe, abrufbar bei IBRRS 2016, 0631; oder bei juris, dort unter juris-Rdnr. 92 ff.), auf die der Senat Bezug nimmt, die Auffassung vertreten, dass es für die Anwendung der Rechte aus § 637 BGB – Kostenvorschuss – „jedenfalls in Sachverhalten wie dem vorliegenden“ (juris-Rdnr. 96) nicht auf die Abnahme der Werkleistung ankommen kann, und deshalb den Kostenvorschussanspruch auch ohne Abnahme zugebilligt. Der BGH ist in der nachfolgenden Entscheidung (VII ZR 49/15) – wie erwähnt – darauf nicht näher eingegangen.

Grundsätzlich – auch ohne Vorliegen eines „reinen Abrechnungsverhältnisses“ – einen Anspruch auf Kostenvorschuss bejaht haben demgegenüber das OLG Brandenburg (12 U 234/11 vom 07.06.2012 – juris-Rdnr. 13) und ihm folgend der 16. Zivilsenat des OLG Celle (16 U 129/15 vom 03.03.2016, noch unveröffentlicht). In diese Richtung hat auch das OLG Schleswig (1 U 125/14 vom 18.12.2015) entschieden.

d) Der BGH hat – wie ausgeführt – eine Entscheidung zu der aufgeworfenen Frage bislang offengelassen, scheint aber „im Grundsatz“ (VII ZR 355/12, Rdnr. 16; VII ZR 49/15, Rdnr. 41) der Auffassung zu sein, dass Mängelansprüche vor Abnahme nicht „eingreifen“ (aaO).

e) Weil der hier zu beurteilende Sachverhalt nach Ansicht des Senats von der Beantwortung der aufgeworfenen Frage abhängt (s. insb. oben Ziff. II.A.3a) und der Senat in Abweichung von dem erwähnten Grundsatz

des BGH in der jüngsten Rechtsprechung einen Anspruch auf Kostenvorschuss vor Abnahme bejaht, ohne dass ein „reines Abrechnungsverhältnis“ vorliegt, war die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zuzulassen.

OLG Stuttgart zu der Frage der Auslegung einer Bestellerkündigung nach unzureichendem Mängelbeseitigungsverlangen

vorgestellt von Thomas Ax

Es genügt grundsätzlich nicht, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich auffordert, binnen einer bestimmten Frist zu erklären, ob er zur Mängelbeseitigung bereit ist. Der fruchtlose Ablauf einer Frist zur Abgabe einer solchen Erklärung kann nur ausnahmsweise genügen, um weitergehende Rechte des Auftraggebers auszulösen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen ist, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handelt (Festhaltung, OLG Stuttgart, 21. April 2009, 10 U 9/09, BauR 2010, 1083).(Rn.96) Allerdings kann in einem solchen Fall vom Auftraggeber zumindest erwartet und verlangt werden, dass er nach Aufforderung schleunigst jedenfalls binnen zumutbarer Frist mit der Nachbesserung beginnt und sie zügig vollendet.(Rn.97) Ist die außerordentliche Kündigung des Auftraggebers unwirksam, stellt diese regelmäßig eine freie Kündigung i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B dar, da in ihr die Absicht zum Ausdruck kommt, das Vertragsverhältnis auf jeden Fall zu beenden.(Rn.119)

Gericht:	OLG Stuttgart 10. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	26.06.2017
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	10 U 139/16
Dokumenttyp:	Urteil

Gründe

I.

Die Klägerin, die von der Beklagten mit der Ausführung einer kombinierten Wärme- und Schallisolation der Rauchgaskanäle und der vom Rauchgas berührten Komponentengehäuse der Rauchgasreinigungsanlage der Kessel 2, 3 und 5 der Heizkraftwerke in der ... beauftragt worden war, macht restliche Vergütungsansprüche geltend. Widerklagend begehrt die Beklagte

Ersatzvornahmekosten wegen des Vorliegens von Mängeln.

Die Beklagte war von der ... mit der Planung und Errichtung von je einer Rauchgasreinigungsanlage an drei Kraftwerkskesseln beauftragt worden und hatte die Klägerin als Subunternehmerin im Frühjahr 2009 mit der Isolierung und Verkleidung der Rauchgaskanäle und Anlagenkomponenten zu Pauschalpreisen beauftragt.

Die Klägerin begann mit den Arbeiten am Kessel 3. Im Laufe der Arbeiten kam es zu Auftragserweiterungen. Insoweit einigten sich die Parteien am 2. Juni 2016 im Wege eines Teilvergleichs darauf, dass für die Nachträge insgesamt 38.573,31 € angesetzt werden.

Am 23. September 2009 erhielt die Klägerin eine Mängelanzeige der Beklagten, die fälschlicherweise auf den „26.06.2009“ datiert ist. Darin rügte die Beklagte, dass in Teilbereichen der Isolierung die maximal zulässige Oberflächentemperatur der isolierten Abdeckung überschritten sei. Zudem sei die vertraglich zugesicherte Wärmestromdichte von 150 W/m² erheblich überschritten. Die Rauchgastemperatur am Austritt der Anlage liege 20 K niedriger als am Eintritt der Anlage. Die Beklagte setzte der Klägerin eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 8. Oktober 2009. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie die Oberflächentemperaturen überprüft habe. Die gemessenen Temperaturen lägen im zulässigen Bereich. Auch die ermittelten Wärmestromverluste seien nicht nachvollziehbar. Es liege somit kein Mangel vor, der eine Mängelbeseitigung rechtfertigen könnte. Mit weiterem Schreiben vom 7. Oktober 2009 teilte die Klägerin mit, dass sie am 5. Oktober 2009 die Oberflächentemperaturen gemessen habe. Die Isolierung entspreche durchweg den Vorgaben und Anforderungen, ausgenommen sei lediglich der Anlagenbereich an der Oberkante des Totraumes auf der Südseite, wo Temperaturen bis +80 °C festgestellt worden seien. Man sei dahin verblieben, dass dieser Isolierungsbereich während des nächsten Kesselstillstandes in Ordnung gebracht werde.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2009 forderte die Beklagte unter Hinweis auf den Kesselstillstand vom 29. Oktober bis zum 10. November 2009 die Klägerin auf, die Mängel bis spätestens 10. November 2009 zu beseitigen. Am selben Tag fand eine Begehung statt, an der Mitarbeiter der Klägerin und der Beklagten teilnahmen.

Am 23. Oktober 2009 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Abnahme umgehend, spätestens bis zum 2. November 2009 durchzuführen. Bei der Montageendbegehung am 22. Oktober sei die Abnahme verweigert worden, obwohl keinerlei Mängel hätten festgestellt werden können. Die Beklagte verwies mit Schreiben vom selben Tag auf gravierende Mängel und forderte die Klägerin auf, die im Begehungsbericht vom 22. Oktober 2009 beschriebenen Mängel bis spätestens 10. November 2009 zu beseitigen.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 forderte die Beklagte die Klägerin auf, bis spätestens Montag, 2. November 2009, 12:00 Uhr, mitzuteilen, dass sie bereit sei, die vorhandenen, im Begehungsbericht vom 22. Oktober konkret bezeichneten Mängel zu beseitigen und die fehlenden Zeichnungen und Dokumentationsunterlagen hereinzureichen. Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs wurde die Kündigung des Werkvertrags angedroht.

Die Klägerin erinnerte ihrerseits die Beklagte mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 an die Erbringung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB bis spätestens 3. November 2009.

Am 3. November 2009 kündigte die Beklagte gegenüber der Klägerin den Vertrag außerordentlich, weil diese weder die Mängel beseitigt noch mit einer Mängelbeseitigung angefangen noch die fehlenden Zeichnungen und Dokumentationsunterlagen hereingereicht noch erklärt habe, dass sie die Mängel beseitigen wolle.

Am 1. Februar 2010 stellte die Klägerin der Beklagten eine Rechnung über 141.527,92 €.

Im Frühjahr 2010 ließ die Beklagte Sanierungsarbeiten durch dritte Firmen und eigene Mitarbeiter vornehmen.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und der Antragstellung in erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 3. November 2016, Az.: 9 O 108/10, verwiesen.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 155.795,05 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte 51.882,08 € nebst Zinsen zu zahlen.

Für die Arbeiten an Kessel 3 habe der Klägerin ein restlicher Werklohnanspruch i.H.v. 51.112,41 € zugestanden. Für nicht erbrachte Leistungen an den Kesseln 2 und 5 stehe ihr kein Anspruch zu, da die Beklagte den Werkvertrag wirksam außerordentlich gekündigt habe. Der Restwerklohnanspruch der Klägerin sei aber durch die Aufrechnung mit Gegenansprüchen der Beklagten i.H.v. 102.994,49 € vollständig erloschen.

Der Vergütungsanspruch der Klägerin errechne sich aus der Pauschalvergütung von 105.000,00 € für die Leistungen am Kessel 3 sowie der Vergütung für Nachtragsleistungen, die sich nach dem Teilvergleich der Parteien auf 38.573,61 € beliefen. Nach Abzug der geleisteten Zahlungen von 92.461,20 € ergebe sich ein Restwerklohnanspruch von 51.112,41 €. Dieser Werklohnanspruch sei fällig.

Da die Beklagte den Werkvertrag außerordentlich gekündigt habe, bestehe kein Anspruch der Klägerin auf Werklohn für die nicht erbrachten Arbeiten an den Kesseln 2 und 5.

Die Werkleistung der Klägerin sei mangelhaft. Nach dem unstreitigen Ist-Zustand hätten Mängel an 9 „Sanierungsorten“ vorgelegen.

Die Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. §§ 4 Abs. 7 oder 5 Abs. 4 VOB/B hätten nicht vorgelegen. Allerdings sei die außerordentliche Kündigung wegen Erfüllungsverweigerung der Klägerin wirksam. Zwar habe die Klägerin am 7. Oktober 2009 ihre Bereitschaft zur Begehung und zur Beseitigung des Mangels im Bereich der Mannlochklappe zugesagt. Eine hinreichend ernsthafte Erfüllungsverweigerung ergebe sich aber aus der Zusammenschau des Schreibens vom 23. Oktober 2009 als Reaktion auf die am 22. Oktober durchgeführte Begehung und der fehlenden Antwort auf die Aufforderung vom 28. Oktober 2009, die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären. Zwar habe die Aufforderung vom 28. Oktober nicht dem Erfordernis einer konkreten Nachfristsetzung genügt. Nach Überzeugung des Gerichts sei aufgrund der Beweisaufnahme davon auszugehen, dass bei der Begehung vom 22. Oktober 2009 über diverse Mängel gesprochen worden sei. Vor diesem Hintergrund komme das Schreiben der Klägerin vom 23. Oktober 2009 bereits einer Erfüllungsverweigerung nahe. Jedenfalls ergebe sich eine Erfüllungsverweigerung daraus, dass keine weitere Erklärung der Klägerin ergangen sei. Selbst dann sei keine Reaktion erfolgt, als die Beklagte am 28. Oktober 2009 die Klä-

gerin zur Erklärung über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung bis 2. November 2009 aufgefordert habe. Dieses „doppelte Schweigen“ der Klägerin in Kenntnis der besonderen Problematik, dass Nachbesserungsarbeiten nur während der Stillstandphasen des Kraftwerks erfolgen könnten, stehe einer Erfüllungsverweigerung gleich.

Gegen die Bemessung der Erklärungsfrist bis zum 2. November 2009, 12:00 Uhr, bestünden keine Bedenken. Der außerordentlichen Kündigung stehe auch nicht das Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB entgegen. Zwar sei das Verlangen nach Sicherheitsleistung wirksam und die gesetzte Frist angemessen. Das Zurückbehaltungsrecht entstehe jedoch erst mit fruchtlosem Fristablauf. Die Frist sei erst nach der am 3. November 2009 erklärten Kündigung der Beklagten abgelaufen. Im Ergebnis sei das Sicherheitsverlangen leer-gelaufen.

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin sei in voller Höhe wegen der von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit dem Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 102.994,49 € erloschen. Der Anspruch ergebe sich aus entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B.

Von der Rechnung der Fa. ... seien 52.283,22 € zu ersetzen.

Die Kosten der Fa. ... i.H.v. 8.219,67 € seien zu ersetzen, ebenso die Kosten der Fa. ... über 6.923,82 €, des ... über 5.224,00 €. Für das Temperaturmessgerät seien 106,90 € anzusetzen. Nicht zu ersetzen seien Overheadkosten von 15.293,93 €. Für Projektleitungs- und Reisekosten des Zeugen ... seien 3.588,70 € zu ersetzen, ferner Kosten der Fa. ... in Höhe von 15.983,18 € sowie der Fa... in Höhe von 2.665,00 €.

Die Beklagte habe zudem Anspruch auf 8.000,00 € für die von der Klägerin nicht erstellte Dokumentation.

Nach Aufrechnung gegen die Restwerklohnforderung verbleibe für die Widerklage ein Anspruch der Beklagten i.H.v. 51.882,08 €.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils verwiesen.

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Berufung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 142.880,44 € nebst Zinsen und die Abweisung der Widerklage.

Das Landgericht habe unzutreffend das Vorliegen eines zur Vertragskündigung berechtigenden wichtigen Grundes bejaht. Schon im Ausgangspunkt nicht haltbar sei die Annahme, eine erklärte Erfüllungsverweigerung im Zusammenhang mit dem weiteren Geschehen darin zu sehen, dass der Klägerin Mängel gezeigt worden seien.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei diffus. Eine Beweiswürdigung hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben fehle völlig. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sei verletzt.

Die diskutierten Mängel könnten in drei Kategorien unterteilt werden: Mängel, die man bei der Besichtigung am 22. Oktober 2009 habe sehen können. Die Klägerin habe nach der Begehung nichts anderes als eine Abnahme verlangt. Unbedeutende Mängel stünden dem Anspruch auf Abnahme nicht entgegen. Die Gesamtanlage sei damals seit mehreren Wochen gelaufen.

Weiter gehe es um Mängel, bei denen klägerseits die Auffassung vertreten worden sei, die technischen Regeln seien eingehalten. Insoweit könne der Klägerin nicht die Vertragstreue abgesprochen werden.

Schließlich gehe es um Mängel, die man bei der Begehung nicht sehen, sondern allenfalls deren Symptome man beurteilen konnte.

Die Mitarbeiter der Beklagten hätten bei der Begehung keine Temperaturmessgeräte mitgeführt.

Bei zutreffender Beweiswürdigung hätte das Gericht zwischen Bagatellmängeln und solchen Mängeln unterscheiden müssen, bei deren Vorliegen die Abnahme eindeutig verweigert werden dürfe. Jedenfalls habe das Landgericht die Aussagen der klägerseits benannten Zeugen nicht vernachlässigen und übergehen dürfen. Auch habe es keine Glaubwürdigkeitsbetrachtungen anstellen können, ohne die Beweisaufnahme zu wiederholen.

Bezüglich der nicht übergebenen Dokumentation habe eine Beweiswürdigung, weshalb dem Zeugen ... geglaubt werde, nicht stattgefunden. Darauf komme es allerdings nicht entscheidend an. Der Vertrag enthalte keinen Zeitpunkt, an dem die Dokumentation in vollständiger Fassung zu übergeben sei. Die Übergabe sei daher am 22. Oktober 2009 nicht einmal fällig gewesen.

Auch der Umstand, dass die Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 23. Oktober 2009 nicht reagiert habe, könne eine Kündigung nicht rechtfertigen. Alles, was das Landgericht als Indiz für eine Erfüllungsverweigerung ansehe, habe die Beklagte nicht zum Anlass genommen, mit ihrem Reaktionsschreiben vom 23. Oktober 2009 die Kündigung auszusprechen. Vielmehr habe sie die Vertragserfüllung unter Fristsetzung bis zum 10. November 2009 verlangt.

Das Argument des Landgerichts, jedenfalls ergebe sich eine Erfüllungsverweigerung daraus, dass die Klägerin auf die mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 gesetzte Erklärungsfrist nicht reagiert habe, kollidiere mit den weiteren Entscheidungsgründen des Landgerichts. Eine Konstellation, in welcher der fruchtlose Ablauf einer Erklärungsfrist zur Vertragserfüllung ausreiche, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, liege hier nicht vor. Als die Beklagte der Klägerin die Erklärungsfrist gesetzt habe, sei in Bezug auf die begehrte Mängelbeseitigung noch kein Verzug gegeben gewesen. Wenn der Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung noch nicht in Verzug geraten sei, verbiete es sich, an das Schweigen auf eine vorgelagerte Frist zur Erklärung der Erfüllungsbereitschaft Rechtsnachteile zu knüpfen.

Im Übrigen sei die Beklagte zu der Zeit, als sie ein Anerkenntnis der Mängelbeseitigungsansprüche gefordert habe, gar nicht in der Lage gewesen, das Bauwerk für vertiefte Untersuchungen zur Verfügung zu stellen, weil die Anlage bis zum 28. Oktober 2009 in Betrieb gewesen sei. Auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, die auf das Werkvertragsrecht zu übertragen sei, werde verwiesen.

Das Landgericht habe an keiner Stelle gewürdigt, dass die Klägerin unstreitig nach Rüge zu hoher Oberflächentemperaturen zweimal Messungen vorgenommen habe und dabei bis auf zwei Ausnahmen keine irregulären Temperaturen festgestellt habe.

Das Verlangen einer Sicherheit nach § 648a BGB sei nicht treuwidrig gewesen.

Folglich habe die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung als freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B zu gelten. Es sei der unbedingte Wille zur Kündigung zum Ausdruck gekommen. Der Klägerin stehe daher eine Kündigungsentschädigung aus § 649 BGB zu. Bezüglich der Berechnungen werde auf die Klageschrift Bezug genommen.

Der Beklagten stehe kein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten und kein Schadensersatzanspruch zu. Ersatzansprüche setzten voraus, dass der Unternehmer in Verzug geraten sei. Daran fehle es, denn das Sicherheitsverlangen der Klägerin sei wirksam gewesen. Mit Ablauf des 3. November 2009 habe das Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin eingesetzt. Es habe fortbestanden, als sich die Beklagte entschlossen habe, die Dämmung zu untersuchen und Nachbesserungsarbeiten daran vornehmen zu lassen.

Die Gesamtforderung setze sich zusammen aus Restwerklohn i.H.v. 51.112,41 € sowie der Entschädigung aus § 649 BGB für die nach Kündigung nicht erbrachten Teilleistungen bezüglich Kessel 2 i.H.v. 53.243,45 € und bezüglich Kessel 5 i.H.v. 38.524,58 €.

Hilfsweise werde auch die Verurteilung auf die Widerklage angegriffen. Es sei eine gravierende Fehleinschätzung des Landgerichts, dass der im Beweisbeschluss vom 11. August 2011 zugrunde gelegte Ist-Zustand unstreitig vorgelegen habe. Die Klägerin habe die Mängel entschieden bestritten und dieses Bestreiten nie aufgegeben.

Das Landgericht habe die Gegenforderungen nicht auf einer Tatsachengrundlage festgestellt, die als bewiesen angesehen werden könne. Eine Beweiswürdigung im Sinne einer Auseinandersetzung mit allen erhobenen Beweisen habe nicht stattgefunden.

Das erstinstanzliche Verfahren leide schon daran, dass die Mängel nur mit Schlagworten und als Symptom eingeführt worden seien, ohne dass den einzelnen Sanierungsorten detaillierte Angaben zu Art und Ausmaß der behaupteten Mängel zugeordnet worden seien. Die Klägerin habe den Sachvortrag als unsubstantiiert gerügt. Es könne keine Beziehung zwischen dem von der Beklagten als erforderlich deklarierten Sanierungsaufwand und den Nachbesserungskosten hergestellt werden.

Das Landgericht habe die von der Beklagten erhobenen Forderungen auf Grundlage eines Sachvortrags, der nur wenig Substanz gehabt habe, beurteilt und noch dazu auf einer ungesicherten Tatsachengrundlage.

Hinsichtlich der Rechnung der Fa. ... fehle es am Nachweis der Erforderlichkeit. Der Sachvortrag der Beklagten lasse jegliche Zuordnung von Kosten zu bestimmten Mängeln vermissen. In der Rechnung seien lediglich zusammengefasste Materialkosten enthalten. Es

sei nicht möglich, aus dem Sanierungsaufwand dasjenige herauszunehmen, was an Mängelbehauptungen keine Bestätigung gefunden habe.

Bezüglich der Rechnung der Fa. ... sei davon auszugehen, dass die Beklagte in dem vom ... untersuchten Bereich keine Nachbesserungsarbeiten habe durchführen lassen. Weil die Untersuchungen keine Werkmängel zu Tage gefördert hätten, seien auch die Kosten für vorbereitende Maßnahmen der Fa. ... nicht ersatzfähig.

Bezüglich der Gerüstkosten (Fa. ...) sei keine Rechnung eingeführt worden, sondern als Anlage B 9 nur eine Tabellenkalkulation. Der Kostenaufwand sei bestritten worden.

Sachverständigenkosten, hier des ..., seien nicht zu ersetzen, wenn die Begutachtung einer Leistung beauftragt werde und die Mängelbehauptung bei der Begutachtung nicht bestätigt werde.

Bezüglich der Rechnung ... sei davon auszugehen, dass geeignete Temperaturmessgeräte zur Betriebsausstattung der Beklagten gehörten. Dafür müsse die Klägerin nicht aufkommen.

Der Zeitaufwand eigener, angestellter Mitarbeiter der Beklagten, hier des Zeugen ..., sei bereits dem Grunde nach nicht ersatzfähig. Zudem habe die Beklagte nicht in prüfbarer Form vorgetragen, welche Leistungen ihr Mitarbeiter an welchen Tagen im Zusammenhang mit dem Sanierungsprojekt erbracht habe.

Bezüglich der Rechnung der Fa. ... fehle schlüssiger substantiierter Sachvortrag dazu, was der Zeuge ... an den gelisteten Tagen geleistet habe. Eine Beweisaufnahme hätte daher nicht stattfinden dürfen. Der Zeuge habe genauso pauschal bestätigt, dass er in diesem zeitlichen Umfang mit Projektleistungen befasst gewesen sei. Der Beklagten sei jede Möglichkeit genommen gewesen, den Aufwand auch nur auf Plausibilität zu prüfen.

Bezüglich der Fa. ... fehle eine Darstellung der geleisteten Tätigkeiten. Die Schadensposition sei insgesamt und genauso pauschal bestritten worden, wie sie von der Beklagten vorgetragen worden sei.

Kosten für die Erstellung der Dokumentation schulde die Klägerin nicht, da sie die Dokumentation nach der Vertragskündigung nicht mehr habe übergeben müssen. Ersparnisse müsse sie sich deswegen nicht anrechnen lassen.

Hilfsweise sei zu berücksichtigen, dass die Summe der in den Entscheidungsgründen zugesprochenen Positionen 96.070,67 € ergebe, nicht jedoch den vom Landgericht in die Abrechnung eingestellten Betrag von 102.994,49 €.

Zinsen hätten jedenfalls nur i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zugesprochen werden dürfen, da keine Entgeltforderungen vorlägen.

Randnummer 58

Die Klägerin beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 03.11.2016 (9 O 108/10) wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 142.880,44 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.04.2010 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe letztlich zu Recht die Klage abgewiesen und der Widerklage - wenn auch nicht in der erforderlichen Höhe - stattgegeben.

Aus dem Schreiben der Klägerin vom 29. September 2009 ergebe sich, dass sie keine weiteren Maßnahmen unternommen habe, um zu überprüfen, wodurch die gerügten Mängelsymptome ausgelöst worden waren. Im Ergebnis sei die Mängelrüge weitestgehend negiert worden. Selbst ihrer sehr eingeschränkten Ankündigung habe die Klägerin keine Taten folgen lassen, sondern eine erneute Begehung verlangt, um das „Montageende“ festzustellen. Das Schreiben der Klägerin vom 23. Oktober 2009 stelle eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dar.

Nachdem die Klägerin auf die gleichwohl eingeräumte nochmalige Gelegenheit, ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen, nicht reagiert und insbesondere keine Maßnahmen eingeleitet habe, um mit der Mängelbeseitigung zu beginnen, sei die Beklagte in Zeit- und Erklärungsnot gegenüber dem Betreiber geraten und habe handeln müssen, um zumindest noch einzelne Maßnahmen innerhalb des Anlagenstillstandes umzusetzen. Deshalb sei die Aufforderung im Schreiben vom

28. Oktober 2009 ergangen. Da die Klägerin auch darauf nicht reagiert habe, sei die Kündigung zulässig. Es sei unstrittig, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung weder willens noch in der Lage gewesen sei, die Mängel fristgemäß zu beseitigen.

In dem erneuten vollständigen Ignorieren der im Schreiben vom 28. Oktober 2009 gesetzten Frist liege eine neue, zusätzliche Vertragsverletzung. Spätestens dadurch sei das Vertrauensverhältnis endgültig zerstört worden. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung hätten vorgelegen.

Überdies wäre eine Kündigung noch nicht einmal notwendig gewesen. Aus Ziff. 10 u. 11 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Beklagten (Anlage K 9) ergebe sich, dass sie auf eigene Kosten die Mängelbeseitigung durchführen könne, wenn der AN trotz angemessener Nachbesserungsfrist seiner Verpflichtung zur Beseitigung festgestellter Mängel und Schäden nicht nachkomme. So habe der Fall hier gelegen. Auf irgendwelche Leistungsverweigerungsrechte könne die Klägerin sich nicht berufen.

Die Pflicht zur Übergabe der Dokumentation ergebe sich aus dem gesamten Schriftverkehr und sei auch von dem insgesamt wenig glaubhaft wirkenden Zeugen ... nicht bestritten worden.

Das Sicherungsverlangen der Klägerin sei ins Leere gegangen. Zudem könne sich ein Unternehmer gegenüber der Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen einer ausstehenden Sicherheit berufen, wenn er zur Beseitigung der Mängel nicht (mehr) bereit sei. Überdies habe auch kein ordnungsgemäßes Sicherungsverlangen vorgelegen.

Völlig neben der Sache lägen die Ausführungen der Klägerin, wonach keine detaillierten Angaben zur Art und Ausmaß der behaupteten Mängel gemacht worden seien. Die Mängel seien anlässlich der Begehung am 20. Oktober 2009 besichtigt worden. Die Beklagte habe nicht noch zusätzlich vortragen müssen, wie oft dieses Phänomen aufgetreten sei bzw. welche Flächen betroffen seien. Der Begehungsbericht vom 22. Oktober 2009 gebe bereits die einzelnen Mängel dezidiert wieder. Der Sanierungsbericht (Anlage B 6) sei auch für einen Laien nachvollziehbar so aufgebaut, dass den jeweiligen Sanierungsorten festgestellte Mängel zugeordnet seien, an denen sich wiederum die Abrechnungen der Fa. ... orientierten. Im Übrigen habe die Klägerin selbst

erklärt, dass sie in der Lage sei, sich gegen den „eigentlich unsubstantiierten Vortrag“ mit Substanz zu verteidigen.

Bis auf einzelne Punkte habe der Sachverständige ... sämtliche Mängel als solche bestätigt. Er habe lediglich einzelne Mängel nicht den Lichtbildern zuordnen können. Dies spiele aber aufgrund der vorangegangenen Beweisaufnahme keine Rolle.

Hinsichtlich der Rechnung der Fa. ... weist die Beklagte darauf hin, dass dort sehr wohl nach einzelnen Sanierungsorten differenziert werde, lediglich nicht für den diesbezüglichen Arbeitsaufwand. Die Schätzung des Landgerichts nach § 287 ZPO sei nicht zu beanstanden.

Die Kosten der Fa. ... sowie der ... seien zu ersetzen. Die Kosten eines Parteigutachters, mit dem der Umfang der vorhandenen Mängel bzw. der Mängelbeseitigung eingegrenzt werden solle, seien ersatzfähig.

Auch die Angriffe der Klägerin gegen die weiteren Rechnungen seien nicht berechtigt.

Für die unstreitig fehlende Dokumentation sei der Abzug von 8.000,00 € gerechtfertigt. Selbst bei einer freien Kündigung wäre es bei der Verpflichtung der Klägerin geblieben.

Vorsorglich sei hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen den Kesseln 2 und 5 darauf hinzuweisen, dass die Klägerin bei einer ordentlichen Kündigung ihre Abrechnung in erbrachte und nicht erbrachte Leistungen hätte aufspalten müssen. Ihr Vortrag sei nicht ansatzweise substantiiert. Es handele sich lediglich um eine abstrakte und nicht um eine konkrete Berechnung.

Nicht nachvollziehbar sei die Berechnung der Klägerin, wonach die zuerkannten Gegenforderungen lediglich 96.070,67 € betragen.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet.

1.

Der Klägerin steht gemäß § 631 Abs. 1 BGB ein restlicher Werklohnanspruch gegen die Beklagten in Höhe

von 51.112,41 € für erbrachte Leistungen an Kessel 3 zu.

a)

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit „Bestellschein“ vom 17. Juni 2009 mit der Errichtung der kombinierten Schall- und Wärmedämmung für die Rauchgaskanäle und vom Rauchgas berührten Komponentengehäuse an den Kraftwerkskesseln 2, 3 und 5 der Heizkraftwerke in der ... zu Detailpauschalpreisen.

Unstreitig wurde die VOB/B „neuester Stand“ Vertragsbestandteil. Zum Zeitpunkt 17. Juni 2009 war die VOB/B 2009 noch nicht veröffentlicht. Anwendbar ist daher die VOB/B 2006.

b)

Die Feststellung des Landgerichts, dass der Klägerin für die erbrachten Leistungen am Kessel 3 ein vertraglicher Vergütungsanspruch in Höhe von noch 51.112,41 € zusteht, wird von der Klägerin - als ihr günstig - mit der Berufung nicht angegriffen.

Dies gilt insbesondere auch im Hinblick darauf, dass das Landgericht als Zahlungen der Beklagten lediglich einen Betrag von 92.461,20 € berücksichtigt hat, da die Beklagte ihre Behauptung, es seien 93.091,12 € gezahlt worden, nicht bewiesen habe.

2.

Daneben steht der Klägerin gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B in Verbindung mit § 649 BGB für nicht erbrachte Leistungen an den Kesseln 2 und 5 ein Anspruch gegen die Beklagte in Höhe von 91.768,03 € zu.

Die Beklagte war nicht berechtigt, am 3. November 2009 das Vertragsverhältnis mit der Klägerin außerordentlich zu kündigen. Die Klägerin kann deshalb Vergütung auch für die nicht erbrachten Leistungen verlangen kann.

a)

Nach der vertraglichen Vereinbarung schuldete die Klägerin nicht nur Isolierungsarbeiten an der Rauchgasreinigungsanlage von Kessel 3, sondern auch an den entsprechenden Anlagen der Kessel 2 und 5.

Unstreitig hat die Klägerin keine Leistungen an den Kesseln 2 und 5 erbracht, da der Vertrag am 3. November

2009 von der Beklagten gekündigt wurde, bevor die Klägerin mit den Arbeiten an diesen Kesseln begonnen hatte.

b)

Die Beklagte war am 3. November 2009 weder zu einer Auftragsentziehung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B berechtigt (dazu nachfolgend unter aa) noch zu einer (allgemeinen) außerordentlichen Kündigung (dazu nachfolgend unter bb). Die Kündigung der Beklagten ist als freie Kündigung anzusehen (dazu nachfolgend unter cc; zur Höhe des der Klägerin zustehenden Vergütungsanspruchs unter dd).

aa)

Die Voraussetzungen für eine Auftragsentziehung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B lagen nicht vor. Die Beklagte hat das Vertragsverhältnis am 3. November 2009 nicht wirksam aus wichtigem Grund beendet.

Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Nr. 7 und 8 Abs. 1 und des § 5 Nr. 4 VOB/B die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist. Gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer, der der Pflicht zur Beseitigung von Mängeln nicht nachkommt, eine angemessene Frist zur Beseitigung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe. Diese Voraussetzungen waren vorliegend aber nicht gegeben.

(1) Die Beklagte hat die Auftragsentziehung am 3. November 2009 zu einem Zeitpunkt ausgesprochen, als die mit Schreiben vom 22. und 23. Oktober 2009 (Anlagen B 3 u. K 15) gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis spätestens 10. November 2009 noch nicht abgelaufen war.

Es kann daher offen bleiben, ob eine Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B auch daran scheitern würde, dass die Beklagte in dem Schreiben vom 23. Oktober 2009 nicht die Auftragsentziehung für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs angedroht hat.

(2) Die Kündigung erfolgte allerdings nach Ablauf der mit Schreiben der Beklagten vom 28. Oktober 2009 gesetzten Frist bis zum 2. November 2009, 12 Uhr. Die Beklagte hatte die Klägerin aufgefordert, binnen dieser Frist mitzuteilen, dass sie bereit sei, die im Begehrungsbericht vom 22. Oktober 2009 konkret bezeichneten

Mängel zu beseitigen (Anlage B 4). Die Klägerin gab die gewünschte Erklärung nicht ab.

Allerdings genügt es grundsätzlich nicht, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich auffordert, binnen einer bestimmten Frist zu erklären, ob er zur Mängelbeseitigung bereit ist (BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 93/01, BauR 2004, 501, juris Rn. 16; Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, BauR 2006, 979, juris Rn. 20; aus jüngster Zeit OLG Dresden, Urteil vom 19. Oktober 2016 - 13 U 74/16, NZBau 2017, 168, juris Rn. 33).

Der fruchtlose Ablauf einer Frist zur Abgabe einer solchen Erklärung kann nur ausnahmsweise genügen, um weitergehende Rechte des Auftraggebers auszulösen. So kann nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 21. April 2009 - 10 U 9/09, BauR 2010, 1083, juris Rn. 69, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - VII ZR 301/80, BauR 1983, 496) eine solche Fristsetzung für die Geltendmachung der Rechte aus § 13 Nr. 5 VOB/B genügen, wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen ist, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handelt. In einem solchen Fall kann vom Auftraggeber zumindest erwartet und verlangt werden, dass er nach Aufforderung schleunigst jedenfalls binnen zumutbarer Frist mit der Nachbesserung beginnt und sie zügig vollendet.

Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Es ist nicht ersichtlich, dass der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen war oder die Beklagte zumindest davon ausging, der Zeitraum sei nur schwer abzuschätzen. Vielmehr setzte die Beklagte, die nach ihrem eigenen Vorbringen in der Berufungserwiderung im Großanlagenbau tätig ist und Rauchgasreinigungsanlagen erstellt und erneuert und deshalb zur Abschätzung der Dauer einer Mängelbeseitigung als kompetent anzusehen ist, der Klägerin am 22. Oktober 2009 und 23. Oktober 2009 eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009. Sie ging also davon aus, dass innerhalb des von der Anlagenbetreiberin geplanten Kesselstillstands vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2010 eine Mängelbeseitigung möglich ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es sich bei den Mängelbeseitigungsarbeiten, die die Beklagte von der Klägerin verlangte, um besonders umfangreiche oder schwierige Arbeiten gehandelt hat.

Nach Treu und Glauben konnte die Beklagte einen Anspruch auf Auskunft über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung haben, wenn sie an einer solchen Auskunft

zur Vermeidung von Nachteilen ein besonderes Interesse hätte. Das ist dann der Fall, wenn eine Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme nach Ablauf der Frist unmöglich oder erheblich erschwert wäre. Im vorliegenden Fall konnten die Mängel nur in der Zeit eines Anlagenstillstands beseitigt werden. Daraus ergibt sich jedoch im vorliegenden Fall kein besonderes Interesse an einer Auskunft über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung. Es fehlt ein Vortrag, wann danach der nächste Anlagenstillstand mit der Möglichkeit der Mängelbeseitigung zu erwarten war, warum gerade in der Zeit vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2009 eine Mängelbeseitigung durchgeführt werden musste und dass es der Beklagten möglich war, nach Ablauf der Frist zur Äußerung über die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung und fristlosen Kündigung bis zum 10. November 2009 die streitgegenständlichen Mängel selbst zu beseitigen. Selbst wenn die Beklagte gemäß ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einzelne Mängelbeseitigungsmaßnahmen bereits im Zeitraum vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2009 durchgeführt haben sollte, wurde damit die Mängelbeseitigung jedenfalls in wesentlichen Teilen noch nicht bewirkt. Trotz fruchtlosen Ablaufs der Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung hat die Beklagte die Selbstvornahme nicht im Zeitraum vom 29. Oktober 2009 bis 10. November 2009 durchgeführt, sondern erst im Zeitraum vom 22. Februar bis 19. März 2010 (vgl. Rechnung ... vom 22. März 2010, GA 129, auf Seite 3 zur Baustelleneinrichtung, GA 131). Daraus ist zu entnehmen, dass die Beklagte zur Wahrung ihrer Rechte nicht auf eine rechtzeitige Auskunft der Klägerin zu ihrer Bereitschaft, Mängel zu beseitigen, angewiesen war und deshalb das Ausbleiben dieser Auskunft kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung sein konnte.

Im Übrigen hatte die Beklagte durch die Aufforderung zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009 gegenüber der Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie ihr bis zu diesem Datum Zeit für die Mängelbeseitigung lässt. Diese Frist hatte die Beklagte zuletzt am 23. Oktober 2009 gesetzt (Anlagen K 15), als sie bereits Kenntnis von dem Schreiben der Klägerin vom selben Tag hatte, in welchem diese erklärt hat, bei der Begehung am 22. Oktober 2009 hätten „keinerlei Mängel festgestellt werden“ können (Anlage B 15). Die Beklagte war daher nicht berechtigt, das Recht der Klägerin zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009 nachträglich auszuhebeln, indem sie eine neue, früher endende Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung setzt. Ein solches Verhalten ist als treuwidrig an-

zusehen. Der Umstand, dass im Falle einer Nichtbeseitigung der Mängel innerhalb der eingeräumten Frist die Beklagte nicht in der Lage wäre, sofort anschließend eine Ersatzvornahme vorzunehmen, da nach den Planungen der Anlagenbetreiberin der Kesselstillstand am 10. November 2009, also zeitgleich mit dem Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung endete, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Die Beklagte hätte dies ggf. berücksichtigen müssen. Jedenfalls ergab sich daraus keine Befugnis, schon vor Ablauf der mehrfach gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung den Vertrag außerordentlich zu kündigen, weil eine nachträglich gesetzte Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung ergebnislos abgelaufen ist.

(3) Eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vor der Auftragsentziehung war auch nicht wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung gänzlich entbehrlich.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung entbehrlich, wenn sich der Auftragnehmer endgültig weigert, das Werk vertragsgemäß fertigzustellen (BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479, juris Rn. 20; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 187). Verweigert der Auftragnehmer die Leistung endgültig, indem er beispielsweise selber unberechtigt kündigt und sich weigert, die Arbeiten wieder aufzunehmen, kann der Auftraggeber ohne Androhung der Kündigung und ohne eigene Kündigung Ansprüche wegen der Fertigstellungsmehrkosten und der Kosten der Mängelbeseitigung geltend machen (BGH, Urteil vom 20. April 1978 - VII ZR 166/76, BauR 1978, 306, juris Rn. 12; Versäumnisurteil vom 5. Juli 2001 - VII ZR 201/99, BauR 2001, 1577, juris Rn. 6; Versäumnisurteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 80/07, BauR 2009, 99, juris Rn. 16).

Allerdings sind an die Voraussetzungen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen. So genügen bloße Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt ebenso wenig wie vom Schuldner geäußerte rechtliche Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages. Eine endgültige Nachbesserungsverweigerung liegt auch nicht ohne weiteres in dem Bestreiten von Mängeln, denn das Bestreiten ist prozessuales Recht des Schuldners. Vielmehr müssen zu dem bloßen Bestreiten weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, der Schuldner wolle über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen. Es muss

damit ausgeschlossen erscheinen, dass er sich von einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung werde umstimmen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1993 - X ZR 63/9, NJW-RR 1993, 882, juris Rn. 14 für einen Sukzessivwerklieferungsvertrag; Urteil vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/10, BauR 2011, 1817, juris Rn. 14; Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13, BauR 2014, 2086, juris Rn. 21). Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung ist entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre (BGH, Urteil vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82, BauR 1985, 198, juris Rn. 11 m.w.N.). Eine Fristsetzung wird auch dann für entbehrlich gehalten, wenn die wiederholte Nachbesserung desselben Mangels nicht zumutbar ist oder wenn die Vertragsverletzung der einen Partei ein für die Vertragsabwicklung notwendiges gegenseitiges Vertrauen nachhaltig zerstört hat, so dass eine Fortsetzung des Vertrages für den anderen Teil selbst dann unzumutbar ist, wenn die Vertragsverletzung innerhalb einer angemessenen Nachfrist behoben würde (BGH, Urteil vom 3. März 1998 - X ZR 14/95, NJW-RR 1998, 1268, juris Rn. 19 m.w.N.).

Die Frage, ob eine Fristsetzung entbehrlich ist, lässt sich jeweils nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilen. Dabei ist das gesamte Verhalten des Auftragnehmers zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess (BGH, Urteil vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82, BauR 1985, 198, juris Rn. 12).

Vorliegend kann vor dem Hintergrund dieser Grundsätze nicht davon ausgegangen werden, dass es einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gar nicht bedurft hätte, weil sie nur eine nutzlose Förmerei gewesen wäre. Die Beklagte verweist zwar zutreffend darauf, dass die Klägerin ihr mit Schreiben vom 29. September 2009 (Anlage K 10) mitgeteilt hat, die Leistungen am Kessel 3 seien am 25. September 2009 fertiggestellt worden. Richtig ist ferner, dass die Klägerin nach dem Begehungstermin am 22. Oktober 2009 mit Schreiben vom 23. Oktober 2009 erklärte, die Abnahme sei verweigert worden, „obwohl keinerlei Mängel festgestellt werden konnten“, und die Beklagte aufforderte, „die Abnahme umgehend, spätestens jedoch bis zum 02.11.09 durchzuführen“ (Anlage K 26 = B 15). Es darf jedoch nicht eine lediglich auf diese Erklärungen bezogene punktuelle Betrachtung vorgenommen werden. Vielmehr ist eine Würdigung des gesamten Verhaltens der Klägerin von der ersten Mängelrüge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geboten.

Die erste Mängelrüge der Beklagten, die sich auf streitgegenständliche Mängel bezog, ging der Klägerin am

23. September 2009 zu. Die Mängelanzeige trägt zwar das Datum „26.06.2009“ (Anlage B 1). Diese Datumsangabe ist aber unstreitig falsch. Das Schreiben stammt vom 22. September 2009 (so die Beklagte auf Seite 3 der Klageerwiderung) oder vom 23. September 2009 (siehe die Bezugnahme auf Seite 2 des Begehungsberichts, Anlage K 11, unter 4.1 sowie die Bezugnahme in dem Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2009, Anlage K 21). In ihrer Stellungnahme vom 1. Oktober 2009 (Anlage K 21) zu der Mängelanzeige erklärte die Klägerin, sie habe die Oberflächentemperaturen am 29. September 2009 überprüft. Diese bewegten sich im zulässigen Bereich. Wärmestromverluste hätten nicht nachvollzogen werden können. Es liege daher kein Mangel vor, der eine Mängelbeseitigung rechtfertigen könnte, weshalb die Mängelbeseitigung bis zum 8. Oktober 2009 abgelehnt werde. Die Klägerin erklärte zugleich aber auch, sie sei „selbstverständlich gerne bereit“, die Temperaturen vor Ort nochmals mit der Beklagten zu prüfen. Voraussetzung sei allerdings, dass die Anlage zuvor mindestens 5 Stunden konstant mit 390 °C gefahren werde. Mit weiterem Schreiben vom 7. Oktober 2009 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe die Oberflächentemperaturen gemessen. Die Isolierung entspreche durchweg den Vorgaben und Anforderungen. Es gebe lediglich eine Ausnahme, den Anlagenbereich an der Oberkante des Totraums auf der Südseite zwischen Anströmkanal und Reaktorgehäuse einschließlich der Mannlochklappe, wo Temperaturen bis 80 °C gemessen worden seien. Man sei mit Herrn ... von der Beklagten und Herrn ... der Fa. ... dahingehend verblieben, dass während des nächsten Kesselstillstandes im November 2009 dieser Isolierungsbereich in Ordnung gebracht werde und natürlich der gleiche Bereich auf der Nordseite der Anlage weiterhin geprüft werde. Sollten dort ähnlich hohe Oberflächentemperaturen auftreten, werde dieser Bereich selbstverständlich gleichfalls nachgearbeitet bzw. in Ordnung gebracht (Anlage K 22).

Die Klägerin lehnte also keineswegs kategorisch jegliche Mängelbeseitigung ab, sondern ging vielmehr den Mängelrügen nach, insbesondere der Frage, ob zu hohe Oberflächentemperaturen und Wärmestromverluste vorlagen. Bezüglich einer Stelle - Oberkante des Totraums auf der Südseite einschließlich Mannlochklappe - bestätigte die Klägerin das Vorliegen zu hoher Oberflächentemperaturen und kündigte eine Beseitigung dieses Mangels an. Damit war keine Ablehnung jeglicher sonstiger Mängelbeseitigung verbunden; vielmehr erklärte die Klägerin ausdrücklich ihre Bereitschaft zu weiteren Überprüfungen mit der Beklagten

und kündigte konkret die Überprüfung des Totraumbereichs auf der Nordseite an.

Soweit die Klägerin erstmals mit Schreiben vom 21. Oktober 2009 eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangte, liegt darin selbstverständlich keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung. Dies würde selbst dann gelten, wenn das Sicherungsverlangen fehlerhaft gewesen wäre. Allerdings war das Sicherungsverlangen wirksam, wie das Landgericht mit zutreffender Begründung dargelegt hat.

Das Schreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2009, in welchem sie die Klägerin zur Mängelbeseitigung bis zum 10. November 2009 aufforderte (Anlage B 3), wurde vor Durchführung des Begehungstermins am selben Tag abgefasst. Nach dem Begehungstermin übersandte die Beklagte der Klägerin am 23. Oktober 2009 den „Begehungsbericht“ vom 22. Oktober 2009 (Anlage K 11). Aus dem Schreiben vom 23. Oktober 2009 ergibt sich, dass der Beklagten zu diesem Zeitpunkt bereits das Schreiben der Klägerin vom selben Tag („GuH-LAB-0028“, Anlage B 15) vorlag, in welchem diese erklärt hatte, dass am 22. Oktober 2009 „keinerlei Mängel festgestellt werden konnten“, und die Beklagte zur Abnahme bis spätestens 2. November 2009 aufgefordert hatte. Dieses Schreiben der Klägerin war somit keine Reaktion auf die Fristsetzung zur Mängelbeseitigung in dem Schreiben der Beklagten vom 23. Oktober 2009. Die Klägerin hat mit diesem Schreiben also nicht die am 23. Oktober 2009 von der Beklagten geforderte Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Vielmehr ergibt sich aus dem Kontext des Schreibens der Klägerin vom 23. Oktober 2009 lediglich, dass nach ihrer Auffassung bei dem Begehungstermin am 22. Oktober 2009 keine Mängel festgestellt worden seien. Eine grundsätzliche Negierung des Vorliegens von Mängeln kann darin indes nicht erkannt werden.

Aber selbst wenn man das Schreiben der Klägerin vom 23. Oktober 2009 als Erfüllungsverweigerung verstehen würde, ergäbe sich daraus keine andere rechtliche Beurteilung. Die Beklagte hat in Kenntnis dieses klägerischen Schreibens keine fristlose Kündigung erklärt, sondern die Klägerin vielmehr mit Schreiben vom 23. Oktober 2009 nochmals zur Mängelbeseitigung bis spätestens 10. November 2009 aufgefordert. Die Beklagte hat also das Vertrauensverhältnis mit der Klägerin nicht als so zerstört angesehen, dass ihr eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar erschien (vgl. Senat, Beschluss vom 9. Februar 2016 - 10 U

143/15, NZBau 2016, 289, juris Rn. 21 bzgl. einer Frist zur Fortführung zu Unrecht eingestellter Arbeiten).

Die Klägerin reagierte auf diese Fristsetzung vom 23. Oktober 2009 nicht. Auch auf die Aufforderung der Beklagten vom 28. Oktober 2009, bis spätestens 2. November 2009 mitzuteilen, dass sie bereit sei, die vorhandenen Mängel zu beseitigen (Anlage B 4), reagierte sie innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht. Diese Nichtreaktion stellt aber ebenfalls keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung dar. Der Hinweis der Klägerin vom 28. Oktober 2009 auf ein Leistungsverweigerungs- oder Kündigungsrecht, wenn die Beklagte nicht die geforderte Sicherheit bis zum 3. November 2009 stellt (Anlage K 13), kann nicht als Verweigerung der Mängelbeseitigung angesehen werden.

Auch in einer Zusammenschau und unter Berücksichtigung des Anlagenstillstands vom 29. Oktober bis 10. November 2009, auf den die Beklagte in ihren Schreiben vom 23. und 28. Oktober 2009 hinwies, lässt sich dem Verhalten der Klägerin nicht eindeutig entnehmen, dass sie ihren Vertragspflichten nicht nachkommen werde, und es deshalb ausgeschlossen erschien, dass sie sich von einer Fristsetzung mit Androhung der Auftragsentziehung umstimmen lassen würde. Auch das Verhalten der Klägerin im Laufe des Rechtsstreits ist nicht als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzusehen. Soweit die Klägerin die Mangelhaftigkeit ihrer Leistung bestritten hat, ist dies zunächst als ihr prozessuales Recht anzusehen, zumal sie jeweils dargelegt hat, warum sie ihre Verantwortlichkeit für einen bestimmten tatsächlichen Zustand bzw. die rechtliche Bewertung eines tatsächlichen Zustands als Mangel im Rechtssinne verneint. Im Übrigen hatte die Beklagte die behaupteten Mängel bereits beheben lassen, bevor die Klägerin Ende März 2010 die Klage einreichte.

Der Bundesgerichtshof hat eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung in einem Fall für entbehrlich erachtet, in dem der Auftragnehmer über einen Zeitraum von neun Jahren keine Mängelbeseitigung vorgenommen hat (BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - VII ZR 82/09, BauR 2010, 263, juris Rn. 13; Vorinstanz OLG Frankfurt 10 U 264/07). Damit ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar, in welchem es um einen Zeitraum von wenigen Wochen und Monaten geht, bis die Beklagte die Mängel beseitigte bzw. beseitigen ließ.

Ein Recht der Beklagten zur Kündigung des Vertrags besteht auch nicht im Hinblick auf die Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs, wonach das Kündigungsrecht auch dann bestehen kann, wenn eine schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist, weil dem Auftraggeber in aller Regel nicht zugemutet werden kann, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen hieraus zu ziehen (BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 = BauR 2000, 1182, juris Rn. 29; vgl. auch § 323 Abs. 4 BGB). Im Anwendungsbereich von § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B kann das Erfordernis eines ergebnislosen Ablaufs der Frist zur Mängelbeseitigung nicht auf diese Weise umgangen werden. Das OLG München hat in der auf Seite 8 der Berufungsbegründung unvollständig zitierten Entscheidung ausdrücklich auf das Erfordernis einer Fristsetzung zur Vertragserfüllung mit Androhung der Auftragsentziehung nach § 5 Nr. 4 VOB/B hingewiesen (OLG München, Urteil vom 15. Juli 1997 - 28 U 3517/96).

bb) Die Beklagte war auch nicht zur einer (allgemeinen) außerordentlichen Kündigung berechtigt.

Auch wenn bei einem VOB/B-Vertrag die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 oder 3 VOB/B nicht vorliegen, ist der Auftraggeber bei Vorliegen eines sonstigen wichtigen Grundes berechtigt, den Vertrag fristlos zu kündigen. Voraussetzung ist, dass durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so gefährdet ist, dass es dem vertragstreuen Vertragspartner nicht zumutbar ist, den Vertrag fortzusetzen. Auch wenn die rechtliche Herleitung dieses Kündigungsrechts nicht einheitlich beurteilt wird, steht die Existenz dieses außerordentlichen Kündigungsrechts außer Frage (Senat, Beschluss vom 9. Februar 2016 - 10 U 143/15, NZBau 2016, 289, juris Rn. 17).

Zur fristlosen Kündigung des Vertrags kann vor allem eine schuldhaft begangene Vertragsverletzung des Vertragspartners berechtigen. In Fällen einer schwerwiegenden Vertragsverletzung ist eine vorherige Fristsetzung und Kündigungsandrohung grundsätzlich nicht erforderlich. Ob ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben ist, ist nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei sind für die konkrete vertragliche Situation das Interesse des einen Vertragspartners an der Lösung vom Vertrag und das des anderen an dessen Weiterbestand umfassend gegeneinander abzuwägen. Allerdings dürfen die Schutzmechanismen der §§ 5 Nr. (bzw. Abs.) 4, 4 Nr. 7 und 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B nicht durch eine außerordentliche Kündigung umgangen werden. Stützt sich der Vertrauensverlust des Auftraggebers auf mangelhafte oder zögerliche Arbeiten des

Auftragnehmers, hat der Kündigung deshalb grundsätzlich eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vorzuziehen. Entbehrlich ist sie nach allgemeinen Grundsätzen nur, wenn sie eine reine Förmerei wäre (Senat, Beschluss vom 9. Februar 2016 - 10 U 143/15, NZBau 2016, 289, juris Rn. 18 m.w.N.). Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund stellt keinen Auffangtatbestand dar, der eine Kündigung dann ermöglichen soll, wenn die Voraussetzungen der an sich einschlägigen § 4 Nr. 7 Abs. 1 und Nr. 8 oder § 5 Nr. 4 VOB/B nicht erfüllt sind (Senat, Urteil vom 3. März 2015 - 10 U 62/14, BauR 2015, 1500, juris Rn. 200; Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 20. Aufl., § 8 Abs. 3 VOB/B Rn. 17).

Vor diesem Hintergrund scheidet vorliegend eine außerordentliche Kündigung aus. Nachdem die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 22. und 23. Oktober 2009 zur Mängelbeseitigung bis spätestens 10. November 2009 aufgefordert hatte, diese Frist aber bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung am 3. November 2009 noch nicht abgelaufen war, kann auch unter Berücksichtigung, dass die Klägerin auf die mit Schreiben vom 28. Oktober 2009 gesetzte Frist zur Erklärung der Bereitschaft zur Mängelbeseitigung nicht reagiert hat, das Verhalten der Klägerin nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Insbesondere ergibt sich ein Kündigungsrecht nicht daraus, dass die Klägerin bis zum Ausspruch der Kündigung am 3. November 2009 nach dem Vortrag der Beklagten noch nicht mit Mängelbeseitigungsarbeiten begonnen hatte. Auf die Ausführungen zur Frage der Berechtigung einer Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B wird verwiesen.

cc) Die Kündigung der Beklagten vom 3. November 2009 stellt daher eine sogenannte freie Kündigung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B dar, nachdem in ihr die Absicht der Beklagten zum Ausdruck kommt, das Vertragsverhältnis mit der Klägerin auf jeden Fall zu beenden. Der Klägerin steht daher gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung zu. Sie muss sich jedoch anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft und ihres Betriebs erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat (§ 649 BGB).

dd) Die Klägerin hat die erbrachte Leistung (Kessel 3) von der nicht erbrachten Leistung (Kessel 2 und Kessel 5) abgegrenzt und die Höhe der Vergütung der nicht erbrachten Leistungen substantiiert dargelegt. Die Be-

klagte hat nicht dargelegt und keinen Beweis dafür angeboten, dass die Klägerin weitere Ersparnisse oder anderweitigen Erwerb gehabt hat. Der Klägerin steht für Kessel 2 ein Betrag von 53.243,45 € und für Kessel 5 ein Betrag von 38.524,58 €, insgesamt also 91.768,03 € als Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zu.

(1) Vertraglich vereinbart war eine Vergütung in Höhe von 155.000,00 € für die Leistungen an Kessel 2 und in Höhe von 155.000,00 € für die Leistungen an Kessel 5. Dabei handelt es sich - ebenso wie bei der vereinbarten Vergütung für die Leistungen an Kessel 3 - um Festpreise (vgl. Bestellschein, Anlage K 7, Seite 5).

(2) Die Klägerin macht nunmehr für Kessel 2 einen Betrag von 53.243,45 € und für Kessel 5 einen Betrag von 38.524,58 €, insgesamt also 91.768,03 € geltend.

In der als Anlage K 16 vorgelegten Rechnung vom 1. Februar 2010 hatte sie zunächst für den nicht ausgeführten Leistungsteil eine Pauschale in Höhe von 5 % von 310.000,00 €, also 15.500,00 € berechnet. Die Berechnung der nunmehr geltend gemachten Beträge ergibt sich aus den Ausführungen in der Klageschrift vom 23. März 2010 auf Seiten 21 bis 23 unter IV., auf welche die Klägerin in der Berufungsbegründung verweist. Dort hat die Klägerin unter Verweis auf die als Anlage K 18 („Bill of quantities“) vorgelegte Auftragskalkulation nach Flächeneinheitspreisen (mit einer Gesamtsumme von 440.281,29 €) und die Angebotskalkulation (Anlage K 19) ausgeführt, dass sie sich die Materialkosten, Fremdleistungskosten und sonstigen Kosten mit zusammen 261.327,00 € als erspart anrechnen lasse. Die Personalkosten von 92.539,00 € seien nicht erspart, da sie abgesehen von den kalkulierten Fremdleistungen mit eigenem Personal arbeite und die Aufwendungen deshalb nicht weggefallen seien. Die nach dem prozentualen Anteil des kalkulierten Werklohns auf die einzelnen Kessel entfallenden Anteile (36,59 % für Kessel 2 und 38,49 % für Kessel 5) seien um den Nachlass zu bereinigen, den die Klägerin nach Angebotsabgabe gewährt habe. Somit errechneten sich die genannten Beträge für die Kessel 2 und 5.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung für Kessel 2:

Vereinbarter Werklohn:	155.000,00 €
abzgl. ersparte Materialaufwendungen (36,59 % aus 138.127 €)	- 50.540,67 €
abzgl. ersparte Fremdleistungskosten (36,59 % aus 121.200 €)	- 44.347,08 €
abzgl. ersparte sonstige Kosten (36,59 % aus 2.000 €)	- 731,80 €
abzgl. Bereinigung wg. Nachlass	- 6.137,00 €
ergibt:	53.243,45 €

Für Kessel 5 ergibt sich bei entsprechender Berechnung (Abzüge errechnet mit einem Anteil von 38,49 %) ein Betrag von 38.524,58 €.

Die Beklagte hat die Berechnung in der Klagerwiderung als „auch nicht ansatzweise nachvollziehbar“ und „offenkundig fehlerhaft“ bemängelt. Die „Bill of quantities“ sei allenfalls eine überschlägige Berechnung und habe mit einer Urkalkulation nicht das Geringste zu tun. Auch sei die Berechnung abstrakt und nicht konkret. Schon deshalb sei die Klage bezüglich der weitergehenden Ansprüche abweisungsreif. Hierzu nahm die Klägerin in ihrer Replik Stellung, worauf die Beklagte in der Duplik kurz erwiderte, dass bereits die Aufstellung der Klägerin nicht schlüssig sei.

Das Landgericht hat - auf Grundlage seiner Rechtsauffassung einer wirksamen außerordentlichen Kündigung konsequent - das Bestehen eines Anspruchs auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verneint und sich deshalb nicht mehr mit der Frage der Höhe einer solchen Vergütung befasst.

(3) Der Anspruch gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ist ein Vergütungsanspruch, der unter Abzug der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs entsteht. Zur Darlegung dieses Anspruchs hat der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung vorzutragen und ferner, welche Kosten er erspart hat und gegebenenfalls welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen zu lassen hat. Erspart sind die Aufwendungen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Aufwendungen

abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 63/04, BauR 2005, 1916, juris Rn. 12 m.w.N.).

Für die Berechnung der ersparten Aufwendungen ist die Ersparnis maßgeblich, die der Auftragnehmer tatsächlich hat. Weder § 649 S. 2 BGB noch § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B sehen die Möglichkeit vor, auf die kalkulatorisch ersparten Aufwendungen abzustellen. Deshalb muss der Auftragnehmer die konkrete Entwicklung der Kosten vortragen, die bei Durchführung des Auftrags tatsächlich entstanden wären und die er erspart hat. Allerdings reicht es aus, die Ersparnis auf Grundlage der ursprünglichen Kalkulation zu berechnen, solange sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 63/04, BauR 2005, 1916, juris Rn. 13 m.w.N.; Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14, BauR 2015, 660, juris Rn. 26). Eine solche Konstellation ist vorliegend gegeben. Die Beklagte legt nicht dar, woraus sich Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben. Nicht berechtigt ist auch ihr Vorwurf, die Berechnung der Klägerin in der Klageschrift sei nicht nachvollziehbar. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der in der Anlage K 19 (Angebotskalkulation) ausgewiesene Gewinn von 44.030,00 € der Gewinn für alle drei Kessel vor Abschluss der Pauschalvereinbarung sei, ist dies zutreffend. Allerdings hat die Klägerin bezüglich des Kessels 2 6.137,00 € und bezüglich des Kessels 5 15.368,00 € abgezogen, um den nach Angebotsabgabe gewährten Nachlass zu berücksichtigen (GA 23).

Die Beklagte bemängelt ferner, dass die Klägerin hinsichtlich der kalkulierten Personalkosten keinerlei Ersparnisse angesetzt hat, und bestritten, dass die Mitarbeiter der Klägerin in den vorgesehenen Zeiträumen nicht arbeiten konnten und trotzdem vollen Lohn erhielten. Die Klägerin müsse vortragen, über welchen konkreten Zeitraum welche Mitarbeiter in welcher Höhe bezahlt werden mussten, deren anderweitiger Einsatz nicht notwendig gewesen sei.

Auch diese Vorwürfe sind nicht berechtigt. Die Klägerin hat ihre ersparten Aufwendungen substantiiert und nachvollziehbar dargelegt. Sie hat vorgetragen, dass eine Kündigung der für das Projekt eingesetzten Mitarbeiter nach Wegfall des Auftrags nicht erfolgt sei. Ein Ersatzauftrag habe nicht akquiriert werden können. Sie habe nach Zugang der Kündigung mit dem Bauherrn verhandelt, der zunächst erwogen habe, die Isolierleistungen für die beiden Kessel aus dem Auftragsverhältnis der Beklagten herauszunehmen und direkt bei der

Klägerin zu beauftragen. Zu einer Auftragserteilung sei es jedoch nicht gekommen.

Die Abarbeitung anderer Aufträge mit den infolge der Kündigung nicht eingesetzten Mitarbeitern stellt nicht von vornherein einen anderweitigen Erwerb im Sinne von § 649 S. 2 BGB dar. Anzurechnen ist nur der Erwerb, den die Kündigung des Auftraggebers ermöglicht hat. Es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Kündigung und einem Ersatzauftrag bestehen. War der Unternehmer in der Lage, neben dem gekündigten Auftrag weitere Aufträge auszuführen, mit denen also kein ursächlicher Zusammenhang zur Kündigung bestand, sind diese nicht als sogenannte Füllaufträge anzusehen (BGH, Urteil vom 30. September 1999 - VII ZR 206/98, BauR 2000, 126, juris Rn. 14; Schmitz in Kniffka, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.5.2017, § 649 BGB Rn. 129; Voit in BeckOK BGB, Stand: 1.2.2017, § 649 Rn. 19; Busche in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 649 Rn. 27; s.a. Peters/Jacoby in Staudinger [2014] BGB § 649 Rn. 40). Hinsichtlich der Frage, ob anderweitiger Erwerb vorliegt, reicht es grundsätzlich aus, wenn sich der Auftragnehmer zur Frage von Füllaufträgen wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen ausdrücklich oder auch konkludent erklärt. Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist, umso ausführlicher müssen die Angaben sein. Der Auftraggeber kann jedoch grundsätzlich nicht verlangen, dass der Unternehmer von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offenlegt, um ihm die Beurteilung zu ermöglichen, welche Aufträge auch ohne die Kündigung akquiriert worden wären (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17; Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14, BauR 2015, 660, juris Rn. 28). Eine erhöhte Darlegungslast kann sich aus den sonstigen Vertragsumständen ergeben, wenn es z.B. nach Art und Dauer des gekündigten Teils nahe liegt, dass das Personal anderweitig beschäftigt worden ist (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17).

Die Klägerin ist der ihr danach obliegenden (sekundären) Darlegungslast in ausreichendem Maße nachgekommen. Nachdem die Beklagte das Vorbringen lediglich als unsubstantiiert und nicht nachvollziehbar bestritten hat, ohne ihrerseits substantiiert darzulegen, welche weiteren Ersparnisse oder anderweitigen Erwerb die Klägerin gehabt habe, sind die klägerseits geltend gemachten Beträge anzusetzen. Die Beklagte müsste darlegen und beweisen, dass die ersparten Aufwendungen nicht aus der ursprünglichen Kalkulation berechnet werden dürfen, weil es Anhaltspunkte für

eine andere Kostenentwicklung gibt, und/oder dass die ersparten Aufwendungen höher sind. Ein solcher Vortrag der Beklagten ist nicht erfolgt.

4.

Da die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 3. November 2009 nicht berechtigt war, wie oben dargelegt wurde, steht der Beklagten kein Anspruch gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten zu.

Mangels eines Anspruchs der Beklagten gegen die Klägerin in Höhe der Ersatzvornahmekosten geht die von ihr erklärte Aufrechnung ins Leere. Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht aus der Regelung in Nr. 10 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen für Lieferungen und Leistungen der Beklagten (Anlage K 9), die nach der Regelung auf Seite 2 des Bestellscheins Vertragsbestandteil geworden sind. Dort heißt es im 4. Absatz:

„Kommt der AN seiner Nachbesserungspflicht innerhalb angemessener Frist nicht oder nicht ausreichend nach, so ist der AG berechtigt, nach Abmahnung diese Nachbesserungen selbst auszuführen oder durch Dritte ausführen zu lassen; die hierbei entstehenden, nachgewiesenen Kosten trägt der AN.“

Zunächst ist festzuhalten, dass mit dieser Klausel bei der gebotenen verwenderlastigen Auslegung eine Regelung für den Zeitraum nach Abnahme getroffen wird. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Klausel nach der Regelung in Nr. 9 zur Abnahme sowie der Erwähnung in Nr. 10 Abs. 2, dass die Gewährleistungszeit mit dem Tage der vorläufigen Abnahme durch den AG und den Endkunden beginnt. Zudem ist nach dieser Regelung Voraussetzung für das Selbstvornahmerecht der Ablauf einer angemessenen Frist. Setzt der Auftraggeber, also die Beklagte, wie im vorliegenden Fall eine Frist zur Mängelbeseitigung, ist diese Frist als „angemessene Frist“ im Sinne von Nr. 10 Abs. 4 der Allgemeinen Einkaufsbedingungen anzusehen. Diese von der Beklagten gesetzte Frist war jedoch nicht abgelaufen, als die Beklagte am 3. November 2009 die außerordentliche Kündigung des Vertrags erklärte.

5.

Der der Klägerin zustehende Betrag ist ab dem 2. April 2010 zu verzinsen.

Die Klägerin macht Zinsen ab Rechtshängigkeit geltend. Die Zustellung der Klage erfolgte am 1. April 2010. Zinsen sind daher ab dem 2. April 2010 geschuldet, §§ 286 Abs. 1 S. 2, 187 Abs. 1 BGB.

Die Zinshöhe beläuft sich für Entgeltforderungen gemäß § 288 Abs. 2 BGB a.F., Art. 299 § 34 S. 1 EGBGB auf 8 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz. Soweit es um die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen geht, hier also für einen Betrag von 91.768,03 €, handelt es sich nicht um Entgeltforderungen im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist Voraussetzung für das Vorliegen einer Entgeltforderung, dass die Geldforderung die Gegenleistung für eine von dem Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung ist, die in der Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen besteht (BGH, Urteil vom 21. April 2010 - XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872, Rn. 23; Urteil vom 16. Juni 2010 - VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226, Rn. 12 f.). Bezüglich der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen fehlt es an diesem Gegenleistungscharakter. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Umsatzsteuer auf den Vergütungsanteil für nicht erbrachte Leistungen nicht anfällt, weil sie Entschädigungscharakter hat (BGH, Versäumnisurteil vom 22. November 2007 - VII ZR 83/05, BGHZ 174, 267, juris Rn. 18). Der Zinssatz beläuft sich daher nur auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, soweit der Klägerin Vergütung für nicht erbrachte Leistungen an den Kesseln 2 und 5 zusteht (für den Anspruch gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118 = BauR 2008, 821, juris Rn. 13, 15: keine steuerbare Leistung, weil keine Gegenleistung für eine Leistung des Auftragnehmers an den Auftraggeber vorliegt). Lediglich in Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen beläuft sich der Zinssatz auf 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

6.

Die Widerklage, mit welcher die Beklagte Mängelbeseitigungskosten geltend macht, ist nicht begründet.

Da die Beklagte am 3. November 2009 aus den vorstehend dargelegten Gründen nicht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrags mit der Klägerin berechtigt war und die Kündigung deshalb als freie Kündigung anzusehen ist, hat sie keinen Anspruch gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten. Sie hat auch keinen Anspruch in Höhe von 8.000,00 € wegen der nicht von der Klägerin nach der Kündigung nicht mehr erstellten Dokumentation.

Es ist daher keine nähere Auseinandersetzung mit den Einwendungen der Klägerin gegen die vom Landgericht zuerkannten Ersatzvornahmekosten erforderlich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 ZPO. Die teilweise Kostentragungspflicht der Klägerin bezüglich der erstinstanzlichen Kosten resultiert daraus, dass die Klägerin erstinstanzlich zunächst 155.795,05 € eingeklagt hatte. Dieser Betrag reduzierte sich aufgrund des am 2. Juni 2016 abgeschlossenen Teilvergleichs über die Höhe der zu berücksichtigenden Nachträge.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht gem. § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Die Entscheidung weicht auch nicht von Entscheidungen anderer Obergerichte oder des Bundesgerichtshofes ab und beruht auf den Umständen des Einzelfalles.

Bei der Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren war die Klage mit 142.880,44 € und die Widerklage mit 51.882,08 € zu berücksichtigen.

Kooperationspflicht stellt erhöhte Anforderungen an das Zusammenwirken der Parteien zum Zwecke der Durchführbarkeit des Vertrages, insbesondere an die gegenseitigen Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten

vorgestellt von Thomas Ax

Die Kooperationspflicht folgt aus dem Wesen eines komplexen Langzeitvertrages. Dieser stellt erhöhte Anforderungen an das Zusammenwirken der Parteien zum Zwecke der Durchführbarkeit des Vertrages, insbesondere an die gegenseitigen Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten (BGH NJW 1996, 2158; 2000, 807; Messerschmidt/Voit/von Rintelen, 3. Aufl. 2018, BGB § 631 Rn. 114). Die Abwicklung eines Bauvertrages mit einem in der Regel vorhandenen Langzeitcharakter sowie seinen aus der Baupraxis zwangsläufig sich ergebenden komplexen organisatorischen, bautechnischen und bauablauftechnischen Verzahnungen und wechselseitigen Abhängigkeiten verlangt nach einer vertrauensvollen

Kooperation der Vertragspartner. Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information. Die Kooperationspflichten sollen unter anderem gewährleisten, dass in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrags an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden muss, entstandene Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden (BGH NJW 2000, 807). Unter Kooperation ist das Zusammenwirken der Vertragsparteien zur Erreichung des gemeinsam verfolgten Vertragszweckes zu verstehen, was (naturgemäß) die Mitwirkung beider Vertragsparteien voraussetzt (Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Vorbemerkung § 3 Rn. 9). Dies bedingt in der Baupraxis ein „ständiges Kommunizieren“ zwischen den Vertragspartnern, das insbesondere dem Informationsaustausch (gegenseitige Hinweise), der Klärung der auftretenden Probleme und dem Treffen der notwendigen Entscheidungen (Anordnungen) dient und damit der Beherrschung und Bewältigung der vielfältigen Risiken. Hierher gehört auch die Notwendigkeit zur Durchführung gemeinsamer Befundaufnahmen und eigener, bauunternehmertypischer planlicher Arbeiten des Auftragnehmers (Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Vorbemerkung § 3 Rn. 11).

LG Bonn – Az.: 1 O 86/19 – Urteil vom 09.06.2021

Tatbestand

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit dem ergänzenden barrierefreien Umbau des A-Platz in G. Dieser sollte noch hinsichtlich der Anforderungen für blinde und sehbehinderte Menschen erfolgen. Streitgegenständlich sind Ansprüche der Klägerin nach Kündigung des Vertrages durch die Beklagte.

Die Beauftragung erfolgte nach Ausschreibung am ###.###.2018 (Anlage K1). Die Klägerin hatte am ###.###.2018 ein Angebot abgegeben (Anlage K2). Grundlage des Vertrages war die Geltung der VOB sowie der zusätzlichen Vertragsbedingungen der Beklagten (Anlage K3) sowie der besonderen Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen (Anlage K4). Zudem wurde ein Leistungsverzeichnis zu Grunde gelegt (Anlage K5). Dort heißt es unter anderem:

„Vermessungsarbeiten des AN sind in die Einheitspreise einzurechnen. [...] Der AG behält sich Kontrollmessungen vor, ohne dass durch die alleinige Verantwortung des AB eingeschränkt ist.“

Zif. 6.2 der ZVB lautet:

„Der Ausführung dürfen nur Unterlagen zugrunde gelegt werden, die von der Auftraggeberin als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet sind.“

Bei Angebotsabgabe lagen der Klägerin auch Pläne vor.

Die Auftragssumme betrug 92.381,35 EUR.

Die Arbeiten sollten vom ###.##. bis ###.##.2018 ausgeführt werden.

Am ###.##.2018 erhielt die Klägerin von der Beklagten Pläne für das Bauvorhaben. Diese erhielten keinen ausdrücklichen Genehmigungsvermerk (wie etwa „zur Ausführung freigegeben“). Am ###.##.2018 kam es zu einem Treffen der Parteien, an dem für die Klägerin die Zeugen B und C sowie für die Beklagte die Zeugen E und H teilnahmen.

Mit Mail vom ###.##.2018 übersandte der Zeuge E der Klägerin die Ausführungspläne als Anhang (Anlage K8). Unter dem ###.##.2018 wandte sich der Zeuge C per Mail an den Zeugen E und listete 13 Punkte auf, die benötigt würden, um „das Gespräch fundiert führen zu können“.

Unter dem ###.##.2018 zeigte die Klägerin eine Behinderung an (Anlage K10). Dort heißt es, dass zur Ausführung noch 11 verschiedene Unterlagen benötigt würden. Hierauf reagierte die Beklagte mit Schreiben vom ###.##.2018 (Anlage K12) und nahm zu den gerügten Punkten Stellung. Sie wies die Behinderungsanzeige zurück und forderte die Klägerin gem. § 5 Nr. 4 VOB/B auf, unverzüglich mit den Leistungen zu beginnen und diese angemessen zu fördern. Andernfalls werde sie eine Vertragsstrafe und etwaige Schadensersatzansprüche geltend machen.

Am 12.06.2018 fand ein weiterer Ortstermin der Parteien statt, an dem für die Beklagte die Zeugen E, I und J und für die Klägerin die o.g. Zeugen sowie die Zeugin D teilnahmen. Die Situation vor Ort wurde erörtert und schließlich wurden Bereiche mit Sprühfarbe markiert (Lichtbilddokumentation Anlage K13). Hierzu verfasste der Zeuge B einen Aktenvermerk vom 14.06.2018 (Anlage K14).

Unter dem 15.06.2018 erklärte die Klägerin die Kündigung des Vertrages gemäß VOB/B § 8 Nr. 3 unter Bezugnahme auf die nicht mögliche fristgerechte Fertigstellung der Arbeiten, die schon am nächsten Tag hätte erfolgen müssen (Anlage K16).

Unter dem 20.06.2018 erstellte die Klägerin eine Schlussrechnung (Anlagen K17, K21).

Die Arbeiten wurden sodann von einem im Bieterverfahren unterlegenen Unternehmen K vom ###.##. bis ###.##.2018 durchgeführt und im September 2018 von der Beklagten abgenommen.

Mit dem Klageantrag zu 1) begehrt die Klägerin die kündigungsbedingte Vergütung in Höhe von 19.929,91 EUR nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB (Rechnung Anlage K17). Hiervon lässt sie sich ersparte Aufwendungen abziehen.

Mit dem Klageantrag zu 2) begehrt die Klägerin Stillstandskosten vom ###.##. bis ###.##.2018 (Schlussrechnung Anlage K21).

Der Antrag zu 3) betrifft vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten.

Die Klägerin behauptet, im Termin vom ###.##.2018 hätten ihre Mitarbeiter bemängelt, dass die Pläne keine Koordinaten enthielten sowie keinen Genehmigungsvermerk. Der Zeuge E habe für die Beklagte erklärt, selbst nicht genau zu wissen, wie die Arbeiten auszuführen seien. Sie habe daher am ###.##.2018 daher eine Behinderungsanzeige verfasst und der Beklagten zukommen lassen.

Die unter dem ###.##.2018 übersandten Pläne wiesen diverse Mängel auf, so dass ein Baubeginn nicht möglich sei. Insbesondere sei das Problem, dass ihr keine exakten Geodaten mitgeteilt worden seien, so dass nicht klar gewesen sei, wo sie die beauftragten Arbeiten genau zu erbringen habe. Aus diesem Grunde habe man auch die konkrete Verkehrsplanung erst nach Erhalt dieser Informationen vornehmen können, da erst nach dem Ortstermin vom ###.##.2018 etwa klar gewesen sei, dass eine Rinnenerneuerung eine Vollsperrung nötig mache. Auch habe es an einem Entsorgungskonzept und einer Bodenanalytik gefehlt. Sie habe daher schon ordnungsrechtlich ohne ein solches Konzept gar nicht tätig werden dürfen. Weiterhin bestünden Unklarheiten bezüglich der Positionierung der zu entfernden Fundamente, der zu versetzenden Ampel, ei-

ner Baumscheibe und den dort liegenden Kabelschächten. Auch seien die Daten im DBG/DFX-Format vorzulegen gewesen (Details s. Bl. 8 ff.).

Eine förmliche Planfreigabe gem. Zif. 6.2 ZVB sei gerade nicht erfolgt, eine Überlassung von Plänen allein genüge dazu nicht. Höhenfestpunkte zur Durchführung der Vermessung seien ihr bis zum 15.06.2018 nicht mitgeteilt worden.

Bei der Ausschreibung seien diese Mängel nicht erkennbar gewesen, da sie darauf beruhten, dass keine exakten Koordinaten zur Verfügung gestellt worden seien. Sie habe aber bei der Angebotserstellung davon ausgehen dürfen, dass diese vor Baubeginn von der Beklagten mitgeteilt würden.

Ihr stünde die mit dem Klageantrag zu 1) berechnete Vergütung zu.

Sie habe vom ###.##. bis ###.##.2018 einen Bagger 5,5 t mit Tiltrotator, einen Radlader 5,5 t sowie einen LKW 7,5 t vorgehalten, die nicht genutzt werden konnten. Der Stillstand betreffe 161,5 h à 80,00 EUR pro Fahrzeug. Da nicht klar gewesen sei, wann man habe beginnen können, habe sämtliches Gerät stets vorgehalten werden müssen. Auch das Personal habe nicht anderweitig eingesetzt werden können.

Die K habe die Arbeiten nur fristgerecht durchführen können, weil ihr andere Pläne zur Verfügung gestellt worden seien.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 19.929,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.07.2018 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 46.124,40 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.07.2018 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie außergerichtliche Kosten in Höhe von 2.019,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin sei nie leistungsbereit gewesen und schiebe die mit der Klage vorgetragenen Gründe für eine Nichtaufnahme der Arbeiten nur vor.

Die von ihr überlassenen Pläne seien nicht zu beanstanden. Dadurch, dass sie sie selbst überlassen habe, zeige sich schon ihre Billigung. Die Klägerin habe aber insbesondere die Pläne aus der Ausschreibung gekannt und aufgrund dieser ihr Angebot kalkuliert, zudem habe sie nach Übergabe der Pläne am ###.##.2018 diese nicht beanstandet. Zudem handele es sich um eine Bestandsanpassung der Haltestellen, nicht um eine Neuplanung, so dass die Pläne nicht so detailliert sein müssten wie für neu zu errichtende Bauwerke. Auch sei es nach 01.01.0004 des Leistungsverzeichnisses Sache der Klägerin, die Verkehrsplanung zu übernehmen, nicht ihre.

Eine weitergehende Bodenanalytik sei nicht nötig gewesen, da nur Aushub bis 1,25 m vorzunehmen gewesen sei. Mit Abfallklassen über LAGA Z2 sei gar nicht zu rechnen gewesen, da das Areal bereits 20 Jahre zuvor umfangreich umgestaltet worden sei. Sie selbst habe die Bodenanalytik jedoch vor Auftragserteilung vorgenommen und es sei vereinbart gewesen, den städtischen Bauhof zu nutzen.

Eine Behinderungsanzeige vom ###.##.2018 habe sie nie erhalten. Die von der Klägerin vorgetragenen Behinderungsgründe nach der Behinderungsanzeige vom ###.##.2018 lägen zudem auch nicht vor.

Es bestehe kein Anspruch auf Zahlung des Auftragsbetrages, da es sich nicht um eine freie Kündigung handele, sondern eine aus wichtigem Grund nach § 3 Abs. 3, 6 VOB/B. Denn nach § 5 Abs. 4 VOB/B bestehe ein Kündigungsgrund deshalb, weil die Klägerin den Beginn der Arbeiten verzögert habe (vgl. auch Ziffer 5.1 BVB). Die erfolgte Fristsetzung sei sogar entbehrlich gewesen.

Die Klägerin auch habe keinen Anspruch auf Stillstandskosten, da sie (die Beklagte) die Verzögerung nicht im Sinne von § 6 Abs. 6 VOB/B zu verschulden habe. Zudem betrügen die Gerätekosten laut Angebot nur 22.827,44 EUR und seien nun von der Klägerin viel höher berechnet.

Für den weiteren Sach- und Streitstand wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle verwiesen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch mündliches und schriftliches Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing.- F.

Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Klage ist unbegründet.

1.

Der Antrag zu 1) ist unbegründet.

Mit dem Klageantrag zu 1) begehrt die Klägerin die kündigungsbedingte Vergütung in Höhe von 19.929,91 EUR nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB (Rechnung Anlage K17). Hiervon lässt sie sich ersparte Aufwendungen abziehen.

Es liegt jedoch keine freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B, wie es die Klägerin vorträgt, sondern eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vor. Damit steht der Klägerin nur eine Vergütung für bereits erbrachte Leistungen zu; diese macht sie jedoch nicht geltend und es ist auch unstreitig, dass die Klägerin bis zur Kündigung keine Leistungen bezüglich des Auftrages erbracht hat.

a) Es liegt eine wirksame Kündigung der Beklagten nach § 8 Abs. 3 VOB/B vor.

Mit Schreiben vom ###.###.2018 (Anlage K12) forderte die Beklagte die Klägerin auf, die Arbeiten unter Bezugnahme auf diese Norm unverzüglich aufzunehmen und drohte andernfalls Schadensersatzansprüche an. Sie ging auf die Behinderungsanzeige der Klägerin vom ###.###.2018 ein und stellte dar, warum aus ihrer Sicht keine Behinderung vorlag. Eine Fristsetzung („unverzüglich“) ist dem Schreiben daher zu entnehmen. Die hier unbestimmte Frist kann in eine angemessen lange umgedeutet werden; zumindest sind bis zur Kündigungserklärung zwei Wochen vergangen, in denen die Klägerin die Möglichkeit hatte, die Arbeiten aufzunehmen.

Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert auch nicht an einer fehlenden zuvor erklärten Kündigungsandrohung. Eine solche ist dem Schreiben vom ###.###.2018 nicht zu entnehmen, da dort als Folge nur Schadensersatzansprüche angedroht werden. Zwar kann die Kündigungsandrohung nicht allein aus der Fristsetzung geschlossen werden, sie ist schon dem Wortlaut nach

deutlich zu erklären und kann nur entbehrlich sein, wenn hierzu besondere Umstände vorliegen (vgl. Kappellmann/Messerschmidt/Sacher, 6. Aufl. 2017, VOB/B § 5 Rn. 132). Diese sind hier dadurch gegeben, dass die Kündigung vom ###.###.2018 einen Tag vor dem avisierten Endtermin ausgesprochen wurde und zu diesem Zeitpunkt die Arbeiten noch gar nicht begonnen wurden. Eine (weitere) Fristsetzung oder Androhung der Kündigung ist daher unter diesem Aspekt als Förmerei anzusehen, da mit einer fristgerechten Fertigstellung nicht mehr zu rechnen war. Unter diesem Aspekt ist eine Kündigungsandrohung am ###.###.2018 nach erfolgloser Leistungsaufforderung zuvor und angesichts dem unmittelbar bevorstehenden Fertigstellungstermin in einer Gesamtschau als überflüssig anzusehen. Dies benachteiligt die Klägerin auch nicht unangemessen. Denn auch wenn das Schreiben vom ###.###.2018 keine explizite Kündigungsandrohung enthält, so enthält es doch eine direkte Leistungsaufforderung, die auch bereits mit der Androhung ernster Konsequenzen und der Einleitung juristischer Schritte – dort in Form des Schadensersatzes benannt – einher geht. Die Klägerin war daher durch dieses Schreiben hinreichend vorgewarnt und musste den „Ernst der Lage“ erkennen und konnte ihr Verhalten daher bereits aufgrund des Schreibens vom ###.###.2018 entsprechend ausrichten. Auch ihr war der vereinbarte Fertigstellungstermin bekannt und die Schwierigkeit, die Arbeiten bis zu diesem fertigzustellen, wuchs für sie mit jedem weiteren Tag an. Damit musste sie auch die stetig steigende Gefahr erkennen, die Vertragspflichten nicht erfüllen zu können und musste als Folge dessen auch mit einer Kündigung rechnen.

Das Argument der Klägerin, durch den Termin vom ###.###.2018 sei das Schreiben vom ###.###.2018 gegenstandslos geworden, da sie davon ausgehen durfte, dass hierdurch die Beklagte ihre Bereitschaft zur Zusammenarbeit gezeigt hat, ist hingegen nicht durchgreifend. Denn die Beklagte hat im Schreiben vom ###.###.2018 Konsequenzen für eine Nichtausführung benannt, die Klägerin hat aber nach dem unstreitigen Vortrag Arbeiten nicht unmittelbar im Anschluss an diesen Termin bis zur Kündigungserklärung vom ###.###.2018 aufgenommen.

b) Es liegt zudem auch ein Grund für die Kündigung aus wichtigem Grund vor.

Dieser ergibt sich vorliegend aus § 5 Abs. 4 VOB/B, wonach eine verzögerte Aufnahme der Arbeiten nach angemessener Fristsetzung zur Kündigung berechtigt.

Eine verzögerte Aufnahme der Arbeiten liegt vor, da diese bis einen Tag vor dem avisierten Fertigstellungstermin noch nicht begonnen wurden. Diese Verzögerung ist auch weit überwiegend der Klägerin zuzurechnen.

aa) Zunächst einmal kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass sie aufgrund einer fehlenden Genehmigung der Pläne die Baumaßnahme schon aus formalen Gründen nicht hätte beginnen dürfen. Die Klägerin trägt hierzu vor, dass eine Übergabe der Pläne durch die Beklagte nicht ausreichend sei, die Beklagte diese vielmehr auch deutlich als genehmigte Pläne kennzeichnen müsse. Dies verfängt jedoch nicht. Der Passus „als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet“ in den ZVB spricht dem Wortlaut nach zwar für eine formale Sicht, also für eine explizite Kennzeichnung. Allerdings ist der Zweck dieser Regelung, dass nur nach autorisierten Plänen gearbeitet werden soll, was genauso bei einer Herausgabe durch die Beklagte selbst der Fall ist. Dadurch, dass ihr die Pläne von der Beklagten selbst zur Verfügung gestellt worden sind, und auch auf ihre Nachfrage hin von der Beklagten keine Zweifel an der Wirksamkeit der Pläne geäußert wurden, konnte und musste die Klägerin schließen, dass die Pläne von der Beklagten als verbindlich angesehen wurden. Die Herausgabe durch die Beklagte stellt dabei eine faktische Autorisierung dar. Sie erfolgte vorliegend durch den Zeugen E mit Mail vom ##.##.2018 (Anlage K6) und ##.##.2018 (Anlage K8), wobei der Zeuge in der Mail ausdrücklich für die Beklagte handelt, indem er in der Signatur deren Logo verwendet sowie eine dienstliche Adresse angibt und „im Auftrag“ unterzeichnet. Auch § 3 Abs. 1 VOB/B spricht nur davon, dass die Unterlagen zu übergeben sind, regelt aber nicht genauer in welcher Form. Hiernach genügt also die von der Beklagten gewählte Form der Übergabe ebenfalls.

bb) Auch war es für ein Fachunternehmen wie die Klägerin möglich, nach den von der Beklagten überlassenen Unterlagen das Bauvorhaben zu beginnen und auszuführen.

Dabei folgt das Gericht den Ausführungen des Sachverständigen F. Dieser hat sein Gutachten widerspruchsfrei, klar verständlich und sachlich erstattet. Er hat sich im Detail mit dem vorgelegten Bauplan auseinandergesetzt und seine im Einzelnen gefundenen Ergebnisse jeweils individuell begründet.

Der Sachverständige F kommt in seinem schriftlichen Gutachten zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich ein Bauen nach dem Plan Anlage K29 möglich war. Dieser

sei eine Modifizierung des Plans Anlage K28. Zwar kommt er bei seiner Analyse der einzelnen Bereiche des Plans dazu, dass bei den Bereichen 2, 6 und 7 eine Planausführung zum Teil, bei den Bereichen 3, 4, 11, 12 und 14 nicht möglich sei. Jedoch führt er in seinem Fazit (S. 9 f., 25 des Gutachtens) aus, dass es sich um ein äußerst schwieriges Vorhaben handele. In der Praxis sei daher „dauerhafte und qualifizierte Kommunikation der handelnden Baubeteiligten notwendig“. Es seien daher eine Baueinweisung sowie regelmäßige Treffen (Jour fixe) während der Bauausführung nötig. Bei diesen seien die örtlichen Gegebenheiten zu prüfen und offene Punkte der Pläne hieran auszurichten. Hierbei seien die fehlenden Angaben zu ermitteln und zu ergänzen (vor allem Ausbaulängen, topografische Besonderheiten im Bestand, Lage von Schächten). Im Rahmen seiner Tischvorlage für den Anhörungstermin (Bl. 311 ff. d.A.) bestätigte der Sachverständige seine Ausführungen. Zusammenfassend stellt er fest: „Spätestens nach der ersten Baubesprechung war den beteiligten Parteien nach Ansicht des Unterzeichners klar, welche Planänderungen zur Erstellung der neuen Verkehrsanlagen notwendig waren um mögliche Divergenzen zwischen Ausführungsplanung und örtlichen Gegebenheiten final zu klären.“

In der Anhörung in der mündlichen Verhandlung hat der Sachverständige das von ihm gefundene Ergebnis auf Nachfragen der Klägerin hin bestätigt. Er hat dabei präzisiert, dass es bezüglich der Planungen in mehreren Bereichen notwendig war, dass die Klägerin als Auftragnehmerin Rücksprache mit der Beklagten als Auftraggeberin oder dem zuständigen Bauleiter hätte halten müssen.

Damit kommt der Sachverständige teilweise bereits zu dem Ergebnis, ein Bauen nach dem Plan sein ohne weiteres allein unter Zuhilfenahme des Plans möglich gewesen.

Soweit der Sachverständige betreffend viele einzelne Bereiche – gerade auch nach der Klarstellung im Rahmen seiner Anhörung im Termin vom ##.##.2021 – dazu kommt, dass eine Ausführung dann möglich gewesen wäre, wenn die Parteien zu diesen Punkten vor Ort ein Gespräch geführt und die Gegebenheiten näher ermittelt hätten, ist dieser Beurteilung des Sachverständigen auch rechtlich zu folgen. Denn es besteht eine Kooperationspflicht der Parteien eines Bauvertrages.

Die Kooperationspflicht folgt aus dem Wesen eines komplexen Langzeitvertrages. Dieser stellt erhöhte Anforderungen an das Zusammenwirken der Parteien zum Zwecke der Durchführbarkeit des Vertrages, insbesondere an die gegenseitigen Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten (BGH NJW 1996, 2158; 2000, 807; Messerschmidt/Voit/von Rintelen, 3. Aufl. 2018, BGB § 631 Rn. 114). Die Abwicklung eines Bauvertrages mit einem in der Regel vorhandenen Langzeitcharakter sowie seinen aus der Baupraxis zwangsläufig sich ergebenden komplexen organisatorischen, bautechnischen und bauablauftechnischen Verzahnungen und wechselseitigen Abhängigkeiten verlangt nach einer vertrauensvollen Kooperation der Vertragspartner. Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information. Die Kooperationspflichten sollen unter anderem gewährleisten, dass in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrags an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden muss, entstandene Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden (BGH NJW 2000, 807). Unter Kooperation ist das Zusammenwirken der Vertragsparteien zur Erreichung des gemeinsam verfolgten Vertragszweckes zu verstehen, was (naturgemäß) die Mitwirkung beider Vertragsparteien voraussetzt (Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Vorbemerkung § 3 Rn. 9). Dies bedingt in der Baupraxis ein „ständiges Kommunizieren“ zwischen den Vertragspartnern, das insbesondere dem Informationsaustausch (gegenseitige Hinweise), der Klärung der auftretenden Probleme und dem Treffen der notwendigen Entscheidungen (Anordnungen) dient und damit der Beherrschung und Bewältigung der vielfältigen Risiken. Hierher gehört auch die Notwendigkeit zur Durchführung gemeinsamer Befundaufnahmen und eigener, bauunternehmer-typischer planlicher Arbeiten des Auftragnehmers (Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Vorbemerkung § 3 Rn. 11).

Diese Kooperationspflicht führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Klägerin sich nicht auf den Standpunkt stellen durfte, sie könne allein nach dem vorgelegten Plan nicht bauen und sei daher nicht verpflichtet, die Arbeiten aufzunehmen. Vielmehr hätte sie, nachdem sie nach ihrem Verständnis bestehende Abweichungen zwischen dem Plan und den vor Ort vorgefundenen Gegebenheiten bzw. Widersprüchen von Plan und sonstigem beschriebenen Leistungsinhalt entdeckt hatte, das Gespräch mit der Beklagten suchen müssen und hätte versuchen müssen, diese Detailpunkte im Einzelnen zu

klären. Dies wäre etwa – wie auch am ###.##.2018 geschehen – in einem Termin vor Ort möglich gewesen. Dies gilt vorliegend insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um ein Bauvorhaben handelt, das keine komplette Neugestaltung, sondern ein Bauen im vorhandenen Bestand betrifft und zudem aufgrund der Verkehrsbedeutung des Ortes als einem zentralen Platz der Stadt G insbesondere mit Bedeutung für den öffentlichen Nahverkehr ein Bauen mit aufwändiger Koordination der bestehenden Infrastruktur mit der neuen sowie der Baumaßnahme mit dem Straßenverkehr notwendig war.

Spätestens nach Erhalt des Schreibens der Beklagten vom ###.##.2018 (Anlage K12), das auf die Möglichkeit und Gebotenheit der Abstimmung vor Ort im Detail betreffend verschiedener Punkte hinweist, hätte die Klägerin erneut das Gespräch mit der Beklagten suchen müssen, um diese Punkte zu klären. Die Beklagte hingegen hat spätestens mit diesem Schreiben ihre Gesprächsbereitschaft deutlich erklärt und durfte daher darauf warten, dass die Klägerin das angebotene Gespräch auch sucht.

2.

Der Klageantrag zu 2) ist unbegründet.

Mit dem Klageantrag zu 2) begehrt die Klägerin Stillstandskosten vom ###.##. bis ###.##.2018 (Schlussrechnung Anlage K21). Eine Behinderungsanzeige liegt jedoch erst vom ###.##.2018 vor. Die Beklagte hat den Erhalt einer früheren Anzeige bestritten, für den Zugang (oder auch nur Versand) hat die Klägerin keinen Beweis angeboten. Diese ist jedoch nach § 6 Abs. 1 VOB/B nötig, da auf sie nur verzichtet werden kann, wenn die hindernden Umstände offenkundig sowie die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren. Dies ist jedoch aufgrund ihrer Streitigkeit gerade nicht der Fall. Es können daher grundsätzlich schon nur Ansprüche ab Zugang der (zweiten) Behinderungsanzeige geltend gemacht werden.

Darauf kommt es letztlich jedoch nicht an, da ein Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B (i.V.m. § 642 BGB) schon dem Grunde nach ausscheidet. Er ist nur gegeben, wenn ein Vertretenmüssen der Beklagten vorliegt. Daran fehlt es vorliegend. Denn wie unter 1. ausgeführt, war es der Klägerin möglich, ab dem ###.##.2018 Bauarbeiten auszuführen, da dies aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen möglich war. Dass sie die Arbeiten nicht ausführte und es daher zu Stillständen

kam, ist daher von ihr selbst und nicht der Beklagten zu vertreten.

3.

Der Klageantrag zu 3) teilt als Nebenforderung das Schicksal der Hauptforderungen. Gleiches gilt für die geltend gemachten Zinsansprüche.

II.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 ZPO.

Streitwert: 66.054,31 EUR.

OLG Bamberg zur Auswirkung eines Zielkonflikts zwischen vorgegebenem Kostenrahmen und anderen Beschaffenheiten des Bauvorhabens auf das Architektenhonorar

vorgestellt von Thomas Ax

Der Zielkonflikt, nämlich dass auch bei einer wirtschaftlichen, den Wettbewerbsbedingungen der Auslobung entsprechenden Planung (Ziel 1) der dort vorgegebene Kostenrahmen (Ziel 2) nicht einzuhalten war, führt zu einer Unmöglichkeit der beauftragten Leistung. Ist dieser Zielkonflikt – wie vorliegend – bereits im Vertrag angelegt, liegt anfängliche Unmöglichkeit i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB vor (Fuchs, IBR 2018, 633; Zahn, BauR 2019, 1513 [1518]). Verbindliche, einseitige Kostenvorstellungen des Bauherrn, denen der Architekt nicht widerspricht, sind auch dann im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme im Sinne einer Circa-Vorgabe (BGH, Urteil vom 06.10.2016 – VII ZR 185/13 = BauR 2017, 134 = NJW 2017, 386; Koeble, in: KKJS, Kompendium des Baurechts [2025], Rn. 11'935 ff.; BGH, Urteil vom 21.03.2013 – VII ZR 230/11 – BGHZ 197, 93 = BauR 2013, 1143). Nach dieser Rechtsprechung ist eine ausdrückliche zweiseitige Einigung nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass der Architekt der Kostenvorstellung des Bauherrn nicht widerspricht. Ob beide Parteien bei Änderungswünschen einvernehmlich davon ausgehen, dass diese hinsichtlich der Kosten noch von der Kostenobergrenze erfasst sind, ist Auslegungsfrage, wird aber im Regelfall zu verneinen sein (Koeble, in: KKJS, Kompendium des Baurechts [2025], Rn. 11'941). Eine Aufhebung des Kostenrahmens für

die Grundkonzeption (ohne Änderungs- und Ergänzungswünsche) hätte eine vertragsändernde Erklärung erfordert.

OLG Bamberg, Urteil v. 02.10.2025 – 12 U 123/24

Entscheidungsgründe:

I.

Die Parteien streiten über Architektenhonorar aus einem vorzeitig beendeten Architektenvertrag für das Vorhaben „Sanierung X-Bad D. Land“ der Beklagten. Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht (Abtretungsvereinbarung, Anlage K1) restliches Honorar geltend; die Beklagte verlangt im Wege der Drittwiderklage Rückzahlung einer geleisteten Abschlagszahlung.

1. Die Drittwiderbeklagte ist eine Architekten-Partnerschaftsgesellschaft, deren Partnerin die Klägerin ist. Die Beklagte betreibt ein Freibad, das saniert werden und durch eine Verbindung mit dem benachbarten Hallenbad des Landkreises E. zu einem attraktiven Kombibad umgestaltet werden sollte.

Zu diesem Zweck lobte die Beklagte im Jahre 2013 im Rahmen des nicht offenen Wettbewerbs „Kombibad D. Land“ als 1. Preis für den Wettbewerbsgewinner 16.800 € aus (Anlage B10, dort S. 18). An diesem Wettbewerb beteiligte sich die Drittwiderbeklagte.

In den Auslobungsbedingungen (Anlage B10, dort Seite 7) heißt es bereits unter Punkt A. 2.:

„Für das Projekt wurde ein Kostenrahmen für die Neukonzeption eines Kombibades (ohne Sanierung Hallenbad) von ca. 4,2 Mio € (brutto) KG 300-700 festgelegt.“

Als Beurteilungskriterium findet sich in den Auslobungsbedingungen (Anlage B10, dort Seite 16) zudem folgendes Kriterium: „Einhaltung der Kostenobergrenze bei Errichtung“

Die Beschreibung der Wettbewerbsaufgabe unter Punkt B. 3.2 „Allgemeine Aufgabenbeschreibung“ (Anlage B10, dort S. 32) enthält sodann folgende Formulierung:

„Für das Projekt wurde ein Kostenrahmen für die Generalsanierung des Freibades und Zubauten im Bereich des Hallenbades von 4,2 Mio. € (brutto) KG 300-700 festgelegt. Darin nicht enthalten sind die Sanierungsmaßnahmen des Hallenbades, die nicht Bestandteil des

Wettbewerbs sind.“ Unter 3.4 der Wettbewerbsaufgabe (Anlage B10, dort ab S. 34) findet sich ein Raumprogramm. Grundlage der Budgetvorgabe der Wettbewerbsauslobung war unter anderem eine im Auftrag der Beklagten erstellte Machbarkeitsstudie des Ingenieurbüros G. (Anlage 3.1 zur Anlage K16), die jedoch nicht vollständig mit der Wettbewerbsaufgabe übereinstimmte. In der Berufungsinstanz ist unstreitig, dass bereits die Vorgaben dieses Raumprogramms innerhalb des in den Auslobungsbedingungen genannten Kostenrahmens von circa 4,2 Mio. € brutto nicht zu realisieren waren.

Im Kolloquiumstermin zum Wettbewerb vom 12.02.2014 (Protokoll vorgelegt als Anlage K15) wurde nach einer Kostenobergrenze gefragt, wobei als Antwort Folgendes ausgeführt wurde:

„Die Wirtschaftlichkeit wird im Sinne eines Verhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag, Angemessenheit der vorgeschlagenen Maßnahmen zum Ergebnis, durch das Preisgericht beurteilt. Auf die Leistung der Kosten-schätzung wurde verzichtet, da die Angaben erfahrungsgemäß schwer vergleichbar sind. Die Teilnehmer sollen sich jedoch bewusst sein, dass es für die Realisierung ein begrenztes Budget gibt.“ (Hervorhebung durch den Senat)

Die Drittwiderbeklagte hat – in einer Arbeitsgemeinschaft mit einem Landschaftsarchitekten – den ersten Preis dieses Wettbewerbs gewonnen (vgl. Protokoll der Preisgerichtssitzung vom 20.05.2014, Anlage K75, dort S. 6).

Am 10.07.2014 fand eine Besprechung statt, an der für die Beklagtenseite der damalige Bürgermeister der Beklagten teilnahm. In dieser Besprechung äußerte er den Wunsch, die „tatsächlichen Kosten“, die für die Generalsanierung anfallen würden, zu ermitteln, wobei zwischen den Parteien streitig ist, wie dieser Wunsch aufzufassen war.

Diese Kostenermittlung geschah jedoch vor Abschluss des Architektenvertrages am 04. /07.08.2014 (Anlage K3) nicht mehr. Gegenstand dieses Vertrages waren Architektenleistungen für folgendes Bauvorhaben (Ziff. 1.1.1 des Vertrages):

- „Sanierung Freibad und Teilbereiche des Hallenbades, Neubau des Eingangsbereichs des Kombibades auf Grundlage des Wettbewerbsbeitrags zum ‚X-Bad D. Land‘ mit Umbau des Hallenbades, Eingangsgebäude, Tor und Umkleiden, neue Wasserbecken

- Lamellenscreen als Zaun bis zur östl. Einfahrt u. Verkleidung Bestandsgebäude, weiterhin Pergolen mit verfahrbarem Sonnenschutz;

- Solaranlagen integriert in Dächer Eingangsgebäude, Bestand Ost und Umkleide

- Wasserfeature als Identifikation stiftendes Alleinstellungsmerkmal“

Weiterhin (Ziff. 1.1.2 des Vertrages) sollten neue Edelstahlbecken in die Bestandskorpusse der Schwimm- und Spielbecken eingesetzt werden.

Ziff. 1.1.3 des Vertrages lautete:

„Planung gemäß Wettbewerbsauslobung und Wettbewerbsbeitrag, [...]“

Die Vertragsziele waren in Ziff. 1.2 des Vertrages näher definiert. Unter Ziff. 1.4 hieß es zudem:

„Im Rahmen seiner vertraglichen Aufgaben hat der Architekt gegenüber dem Bauherrn eine Unterrichtungspflicht. Wenn erkennbar wird, dass die ermittelten Baukosten oder der vom Bauherrn bekanntgegebene wirtschaftliche Rahmen überschritten werden, ist der Architekt verpflichtet, den Bauherrn unverzüglich zu informieren. Gleichzeitig kann der Architekt dem Bauherrn eine angemessene Frist (10 Werktage) zur schriftlichen Erklärung setzten, ob die neu ermittelten Kosten Grundlage der weiteren Leistungen des Architekten sein sollen.“ (Hervorhebung durch den Senat)

In § 10 des Architektenvertrages war geregelt:

„Der Vertrag ist für den Bauherrn jederzeit, für den Architekten zum Ende der jeweiligen Leistungsphase kündbar. Die Kündigung bedarf der Schriftform. Hat der Architekt die Kündigung zu vertreten, so hat er nur Anspruch auf Vergütung der bis dahin erbrachten Leistungen, wenn die Leistungen brauchbar sind und einen selbstständigen Wert besitzen. In allen anderen Fällen steht dem Architekten trotz Kündigung das vertraglich vereinbarte Honorar zu; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.“ (Hervorhebung durch den Senat)

Nach dem Wettbewerb zeigte sich, dass es bauliche Probleme wegen des Baugrundes (Moorgebiet) gab,

was weitere Bestands- und Bodenuntersuchungen auslöste. Die mit den Untersuchungen beauftragten Sachverständigen haben einen Sanierungs- und Gründungsbedarf ermittelt und den hieraus resultierenden Bauaufwand aufgezeigt, der in diesem Umfang im Rahmen der Wettbewerbsauslobung noch nicht bekannt war.

Im weiteren Verlauf wurde zusätzlich zur Wettbewerbsaufgabe ein Erweiterungsbaukörper im Westen des Hallenbades vorgesehen, in dem das Kinderplanschbecken, die Badeaufsicht, der Erste-Hilfe Raum und die Umkleiden des Hallenbades Platz finden sollten. Dieser Erweiterungsbaukörper wurde schlussendlich jedoch nicht realisiert. Weiter wurde in Abweichung zur Wettbewerbsaufgabe zwischen den Architekten, dem Fachplaner und der Beklagten über eine Unterkellerung für die Unterbringung der technischen Ausrüstung unterhalb des Beckens gesprochen, die im Ergebnis aber ebenfalls nicht realisiert wurde.

Unter dem 19.10.2014 stellte die Drittwiderbeklagte eine Abschlagsrechnung über 81.946,55 € (Anlage B2), die die Beklagte vollständig beglich.

Die Gesamtkosten wurden entsprechend dem Wunsch des Bürgermeisters der Beklagten ermittelt und am 20.10.2014 im Rahmen eines Besprechungstermins vollständig vorgestellt. Die ermittelten Gesamtinvestitionskosten beliefen sich zu diesem Zeitpunkt auf 13.486.894 € (vgl. Gesprächsnotiz, Anlage K4, dort unter 2.1.1). In der vorgenannten Gesprächsnotiz heißt es zudem unter Ziff. 3: „Die Gemeinde kann maximal 3 Mio. € selbst tragen.“ Im Übrigen strebte die Beklagte eine Klärung mit weiteren Förderverantwortlichen an.

Mit E-Mail vom 28.10.2014 (Anlage K60) teilte der Bürgermeister der Beklagten der Drittwiderbeklagten u. a. mit, dass eine Umsetzung der vorgestellten Planung auch bei einer Kostenreduktion um rund 2 Mio. € finanziell nicht möglich sei. Spätestens am 18.11.2014 wurden die Architekten gebeten, ihre Leistung zunächst ruhen zu lassen. Am 09.12.2014 fand ein weiterer Termin vor Ort statt, in dem zwischen den Beteiligten Varianten und Einsparpotenziale erörtert wurden, was eine Kostenreduktion auf rund 9 Mio. € ergab (Ziff. 6.1 der Gesprächsnotiz, Anlage K6).

Im Nachgang dazu bemühte sich die Beklagte unter Einbeziehung des Landratsamtes darum, die Fördermöglichkeiten zu eruieren und doch noch die Finanzierung für die reduzierte Planung (Kosten: 9 Mio. €) zu ermöglichen, was jedoch nicht gelang.

Am 05.03.2015 kündigte die Beklagte den Architektenvertrag mit sofortiger Wirkung, wobei in der Kündigung (Anlage K6a) ausgeführt wurde:

„In der Besprechung aller fachlich beteiligten Planer am 09.12.2014 wurde vom Auftraggeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass für die ermittelten Kosten in Höhe von ca. 13,5 Mio. Euro keine Finanzierung der Stadt D. möglich ist.

Von der Stadt wurde bei diesem Vorhaben ein Gesamtkostenvolumen gem. der Auslobung des Architektenwettbewerbs von ungefähr 4,2 Mio. Euro angesetzt.

Erneute Vorsprachen der Stadt D. bei den möglichen Zuwendungsgebern führten zum Ergebnis, dass eine Erhöhung der Fördermittel nicht möglich ist und somit auch die bei der Besprechung am 09.12.2014 reduzierten Kosten von 9 Mio. Euro weiterhin nicht finanzierbar sind.“

Mit Schreiben vom 17.03.2015 stellte die Drittwiderbeklagte ihre Teilschlussrechnung (Anlagenkonvolut K9) für die Leistungsphasen 1 bis 3, aus der sich für die erbrachten Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 ein offenes Resthonorar von 30.001,34 € sowie ein Honorar für die nicht erbrachten Leistungen der Leistungsphase 3 von 148.730,52 €, mithin ein Gesamtbetrag von 178.731,86 €, ergab. Eine Zahlung hierauf erfolgte zunächst nicht.

Die Beklagte realisierte das Vorhaben – in geringerem Umfang – mit einem anderen Architekten. Dabei wurde u. a. das Schwimmerbecken in das Nichtschwimmerbecken integriert, wie es auch die Klägerin zur Kostenreduzierung vorgeschlagen hatte, was die Beklagte damals jedoch abgelehnt hatte.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte haben erstinstanzlich behauptet, der räumliche Planungsumfang sei im Vergleich zur Wettbewerbsaufgabe erweitert worden. Sowohl das Ingenieurbüro G. als auch die Beklagte selbst hätten gewusst, dass sämtliche Wünsche der Beklagten („nice to have“) mit dem Budget von rund 4,2 Mio. € nicht machbar gewesen seien. Es sei aber erklärtes Ziel des (damaligen) Bürgermeisters gewesen, alle möglichen Maßnahmen und Kosten zusammenzutragen, um die höchstmöglichen Förderbeträge auszuloten.

Im Vertrag habe es keine feste Budgetvorgabe gegeben. Das in der Wettbewerbsaufgabe genannte „ca.“-

Budget sei keinesfalls als feste Obergrenze zu verstehen gewesen. Vielmehr habe der damalige Bürgermeister der Beklagten die tatsächlichen Kosten wissen wollen, weil diese vorher nicht von Relevanz gewesen seien („Papier ist geduldig.“). Es sei nur maßgeblich gewesen, dass anhand der Planung eine gute Kosten-/Nutzen-Relation zu erwarten sei.

Der erhöhte Aufwand, aus dem sich die Honorarforderung ergebe, sei zusätzlich erst im Verlauf der Planung bekannt geworden. Dies sei verschiedenen Umständen geschuldet gewesen, beispielsweise der Gründungsproblematik und des erhöhten Sanierungsaufwands für den Bestand inklusive technischer Anlagen.

Die Beklagte sei über die Kostenentwicklung immer zeitnah auf dem Laufenden gehalten worden. Vorge-schlagene Einsparpotenziale seien aber durch die Beklagte immer wieder abgelehnt worden. Nichtsdestoweniger hätte die Beklagte dann ein Vorhaben unter Rückgriff auf die Planunterlagen der Drittwiderbeklagten realisiert (Zusammenlegung von Nichtschwimmer- und Schwimmerbecken).

Die Klägerin und Drittwiderbeklagte sind übereinstimmend der Auffassung, dass die Drittwiderbeklagte keine Pflichtverletzung begangen habe, die zur Versagung des Honoraranspruchs führe. Auch das erhaltene Preisgeld müsse die Drittwiderbeklagte bei der Honorarermittlung nicht als Abzugsposten berücksichtigen.

Die Klägerin hat zunächst mit ihrer Klage Zahlung des offenen Rechnungsbetrages der Teilschlussrechnung (178.731,86 €) verlangt. Im Laufe des erstinstanzlichen Rechtsstreits hat die Beklagte am 02.10.2018 einen weiteren Betrag von 45.000,00 € an die Klägerin bezahlt, den diese schlussendlich auf die bis dahin geltend gemachte Hauptforderung von 178.731,86 € verrechnet und in dieser Höhe den Rechtsstreit für erledigt erklärt hat. Die Beklagte hat dieser teilweisen Erledigungserklärung widersprochen.

Die Klägerin hat deshalb in der ersten Instanz zuletzt beantragt,

(1) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 133.731,86 zuzüglich Zinsen i. H. v. 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz – aus EUR 178.731,86 vom 20.04.2015 bis 02.10.2018 und – aus EUR 133.731,86 ab dem 03.10.2018 zu bezahlen.

(2) Die Beklagte wird weiter verurteilt, EUR 3.395,00 an vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zuzüglich Zinsen

i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

(1) Klageabweisung.

(2) Die Drittwiderbeklagte wird verurteilt, an die Beklagte € 81.946,55 zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Drittwiderbeklagte hat beantragt,

die Drittwiderklage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet,

der Kostenrahmen von 4,2 Mio. € sei als verbindliche Kostenobergrenze vorgegeben worden.

Dies gehe aus den Wettbewerbsunterlagen zweifelsfrei hervor. Sofern hierüber Zweifel bestanden hätten, wäre es die Pflicht der Drittwiderbeklagten gewesen, aktiv die Kostenobergrenze zu erfragen.

Es habe gegenüber der Machbarkeitsstudie eines renommierten Ingenieurbüros keine wesentlichen Planänderungen oder unvorhergesehenen Ereignisse gegeben, die die erhebliche Überschreitung des Kostenrahmens hätten rechtfertigen können. Es sei nur eine zusätzliche Option zu prüfen gewesen und zwar ein neues Kinderplanschbecken im Hallenbad, wofür Kosten von 150.000,00 € durch das Landratsamt veranschlagt worden seien. Die Planung der Drittwiderbeklagten sei jedoch vollständig an der Wettbewerbsaufgabe vorbeigegangen, worauf die Beklagte aber – trotz vertraglicher Verpflichtung – nicht hingewiesen worden sei. Sie sei vielmehr erst drei bis vier Tage vor der Vorstellung der Gesamtkosten überhaupt informiert worden, dass das Budget von 4,2 Mio. € nicht gehalten werden könne.

Nach Kündigung sei die Wettbewerbsaufgabe mit einem anderen Planer innerhalb des Budgetrahmens umgesetzt worden. Auf die Planungsleistungen der Drittwiderbeklagten sei dabei nicht zurückgegriffen worden. Diese seien für die Beklagte vollständig unbrauchbar gewesen, sodass der Klägerin auch keinerlei Vergütungsanspruch zustehe.

Die Drittwiderklage wurde der Drittwiderbeklagten am 02.03.2017 zugestellt.

Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2. Das Landgericht hat mehrfach mündlich zur Sache verhandelt und die Parteien informatorisch angehört. Es hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H. (geb. J.) und K.. Weiterhin hat es Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. L. eingeholt (schriftliche Sachverständigengutachten vom 25.05.2020 nebst Ergänzungsgutachten vom 07.02.2023, Sonderband „Sachverständigengutachten“).

Es hat sodann mit Endurteil vom 30.08.2024 festgestellt, dass sich die Hauptsache im Umfang von 45.000 € erledigt habe, und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin weitere 81.062,17 € zzgl. Rechtshängigkeitszinsen ab 10.01.2017 zu bezahlen. Eine Klageabweisung ist hinsichtlich der Klage im Übrigen und hinsichtlich der Drittwiderklage erfolgt.

Seine Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen wie folgt begründet:

a) Die Klägerin habe Anspruch auf restliche Kündigungsvergütung aus – wirksam (S. 12 d. LGU.) – abgetretenem Recht. Die Kündigung der Beklagten sei mangels Nacherfüllungsfristsetzung und zeitnaher Kündigungserklärung keine außerordentliche, sondern eine freie Kündigung gewesen, sodass nach § 648 Satz 2 BGB abzurechnen sei (S. 10 f. d. LGU.).

b) Die Höhe der Kündigungsvergütung sei aus einem Gesamtinvestitionsvolumen von rund 6,89 Mio. € zu ermitteln.

Auch wenn die Kostenermittlung der Drittwiderbeklagten (Anlage K25) in Teilen nicht auf der DIN 276 beruhe, könne diese der Honorarermittlung zugrunde gelegt werden. Denn die Beklagte habe eine möglichst genaue, vorgezogene vertiefte Kostenschätzung haben wollen; diese habe nach dem Parteiwillen die Grundlage der Honorarberechnung werden sollen.

Das Gesamtinvestitionsvolumen sei wie folgt zu ermitteln:

- Im Ausgangspunkt sei eine Kostenobergrenze von 4,2 Mio. € wirksam vereinbart worden (Beschaffensvereinbarung). Diese sei zumindest ungefähr einzuhalten gewesen („ca.“). Nichts anderes ergebe sich daraus, dass der Bürgermeister – unstreitig – die tatsächlichen Kosten habe wissen wollen. Damit seien – was

sich aus der Aussage H. ergebe – die Kosten gemäß der Wettbewerbsaufgabe zuzüglich der (unstreitigen) Änderungen und Ergänzungen gemeint gewesen, nicht die Kosten für Maximalwünsche; es hätten Überraschungen durch unerwartete Kostensteigerungen vermieden werden sollen (S. 12 ff. d. LGU.).

- Budgeterhöhend seien folgende Umstände zu berücksichtigen:

o Machbarkeit der Wettbewerbsaufgabe innerhalb des Budgets (S. 15 ff. d. LGU.):

Wenn die Wettbewerbsaufgabe aufgrund einer fehlerhaften Machbarkeitsstudie schon nicht innerhalb des festgelegten Budgets zu erfüllen sei, lasse die Budgetüberschreitung den Honoraranspruch nicht entfallen (keine Pflichtverletzung des Architekten). Nach dem Gutachten L. stehe fest, dass die Machbarkeitsstudie teils – auch hinsichtlich der Budgetvorgabe – nicht nachvollziehbar sei, so dass folgende „Ansätze aus der Wettbewerbsauslobung überschritten werden bzw. zusätzlich hinzukommen“ hätten dürfen (nicht aber Kinderplanschbecken und optionales Wasserelement, Küche und Versorgungsbereich, Außenanlagen, Rückbaumaßnahmen):

- Kasse/Bistro-Ausgabe/Kiosk (S. 17 d. LGU.)

- Kollektorfläche (S. 18 d. LGU.)

- KG 300 und KG 400: Die Ansätze für die beiden Kostengruppen in der Machbarkeitsstudie seien nicht nachvollziehbar (S. 19 f. d. LGU.).

- Herrichten (S. 20 d. LGU.)

o Änderungen gegenüber der Wettbewerbsauslobung:

Abweichungen, Ergänzungen und Erweiterungen des Planungsauftrages, die zu einer Kostensteigerung führten, seien von der Kostenobergrenze nicht erfasst. Folgende Änderungen seien teils budgeterhöhend zu berücksichtigen:

- Gründungsprobleme: Diese hätten sich erst nach der Machbarkeitsstudie und dem Wettbewerb herausgestellt. Die von der Klägerin insofern veranschlagten Kosten von 1,154 Mio. € seien nach sachverständiger Prüfung plausibel (S. 20 f. d. LGU.).

- Schwimmerbecken: Die weiteren Kosten von 413.600 € für zusätzlichen Gründungsaufwand seien

nicht ansatzfähig. Die Kosten seien nicht nachvollziehbar und deshalb nicht zu berücksichtigen (S. 21 f. d. LGU.).

- Kinderbecken: Die Kosten für die Gründung (120.400 €) habe der Sachverständige zwar als plausibel eingestuft. Allerdings seien diese bereits im Gesamtkostenaufwand für die Gründung (s. o.) enthalten und könnten deshalb nicht erneut berücksichtigt werden (S. 22 d. LGU.).
- Unterkellerung neuer Eingangsbaus (zur Vermeidung einer Doppelberücksichtigung jedoch ohne Gründungskosten, S. 22 ff. d. LGU.).
- Erweiterungsbaukörper: Diese Kosten seien von der Wettbewerbsaufgabe unstreitig nicht erfasst gewesen. Nach der Aussage des Zeugen K. stehe fest, dass der Beklagten klar gewesen sei, dass es den Erweiterungsbau nicht umsonst gebe. Es wäre deshalb an der Beklagten gewesen, die Kostenauswirkungen bei dem Architekten zu erfragen oder insofern Vorgaben zu machen, was nicht geschehen sei. Die von der Klägerin veranschlagten Kosten von 394.832,39 € für die KG 300 seien – nach Prüfung des Sachverständigen – nachvollziehbar. Nicht nachvollziehbar seien die Kosten der KG 400 (991.265 €), die die Klägerin auch im Rechtsstreit nicht näher dargelegt habe. Diese könnten nicht berücksichtigt werden (S. 25 f.).

o Mehrkosten, die auf Fachplaner zurückgehen:

Die von den Fachplanern in Höhe von 715.612 € ermittelten zusätzlichen Kosten für die technische Ausrüstung der Becken seien ergänzend in die Gesamtinvestitionskosten einzustellen gewesen. Von dieser Kostenmehrung habe die Klägerin keine Kenntnis haben müssen. Nicht hinzuzusetzen seien allerdings die Kosten des Fachplaners M. (Landschaftsarchitekt). Die Freianlagenplanung sei von untergeordneter Bedeutung gewesen. Insofern hätten die Architekten den Landschaftsarchitekten darauf hinweisen müssen, dass für die Freianlagen keine 1,61 Mio. € zur Verfügung stünden (S. 26 f. d. LGU.).

o Beschränkungen im Hinblick auf nachvollziehbare Kostenansätze und angemessene Kostenkennwerte (S. 27 ff. d. LGU.):

Die Klägerin dürfe nur die Kostenkennwerte derjenigen Kostenansätze in die Honorarberechnung einstellen, die nachvollziehbar und angemessen seien, wofür sie

auch die Beweislast trage. Den erforderlichen Nachweis habe sie nur teilweise erbracht. Nach den sachverständigen Feststellungen sei die Kostenkalkulation grundsätzlich nicht nachvollziehbar. Auch sei die Kostengruppengliederung nach DIN 276 teilweise nicht eingehalten. Jedenfalls die Einzelkostenansätze „35E: Weitere Maßnahmen Wasserhaltung“, „3E4: Weitere Kosten für die Sanierung Schwimmbecken“, „3312: Betonstahl“, „3325: Betonsockel Betonstahl“, „36A: fahrbarer Sonnenschutz“, „3726E: Fettabscheider“, „3726F: Lagerflächen“ und „379: Baukonstruktive Einbauten“ seien nicht nachvollziehbar und deshalb unberücksichtigt zu lassen. Auch die Kostenkennwerte seien zu hoch und zu kürzen (Bauwerk – Baukonstruktionen [KG 300, dort KG 43A; S. 29 f. d. LGU.]; Regionalfaktor und Indexzuschlag [S. 30 d. LGU.]).

c) Das Honorar sei nach alledem aus anrechenbaren Kosten von 4.784.076,40 € zu berechnen. Daraus ergebe sich eine berechnete Gesamthonorarforderung von 208.008,72 € (Rechenweg gemäß Anlage K26). Zu den Einzelheiten der Honorarberechnung wird auf S. 32 ff. d. LGU. Bezug genommen. Der Honoraranspruch von 208.008,72 € sei durch Zahlungen von 81.946,55 € (brutto), freigegeben am 28.10.2014, und während des Rechtsstreits am 02.10.2018 von weiteren 45.000,00 € erloschen. Der Restanspruch belaufe sich damit auf 81.062,17 € (S. 35 d. LGU.). Im Hinblick auf die während des Rechtsstreits geleistete Zahlung sei Erledigung eingetreten (S. 37 d. LGU.).

Zu einzelnen Positionen der Honorarberechnung führt das Landgericht aus:

Für die vertiefte Kostenberechnung sei kein Honorar anzusetzen. Diese sei nicht nachvollziehbar gewesen. Eine nur partiell nachvollziehbare Berechnung, die nicht die erforderliche Tiefe aufweise, könne in der Leistungsphase 2 keine weiteren Kosten auslösen. Vielmehr gehe diese in der Kostenermittlung der Leistungsphase 3 auf.

Die Klägerin habe zu ihren ersparten Aufwendungen und ihrem anderweitigen Erwerb ausreichend Vortrag gehalten (keine ersparten Aufwendungen). Sie habe sich kulanzhalber 10% des Honorars anrechnen lassen und auch zu einzelnen Kostenfaktoren vorgetragen. Hiergegen habe die Beklagte nichts Substantielles vorgebracht (S. 35 d. LGU.).

Eine weitere Anrechnung des Preisgeldes – teilweise habe sich die Klägerin dieses ohnehin anrechnen lassen – finde nach den Vertragsbedingungen (unveränderte

Umsetzung des Wettbewerbsentwurfs) nicht statt (S. 36 d. LGU.).

d) Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten bestehe nicht. Es habe kein Verzug vorgelegen. Denn die Zahlungsaufforderung (Teilschlussrechnung vom 17.03.2015, Anlage K9) sei erheblich überhöht gewesen und habe deshalb nicht verzugsbegründend wirken können. Die Einschaltung eines Rechtsanwalts zur Durchsetzung einer überhöhten Forderung sei auch nicht erforderlich gewesen (S. 36 d. LGU.). Die Klägerin könne aus diesem Grund auch erst ab Rechtshängigkeit Verzugszinsen verlangen (S. 37 d. LGU.).

e) Die Drittwiderklage sei abzuweisen, da der Beklagten kein Schadensersatzanspruch gegen die Drittwiderbeklagte zustehe. Gelingt es dem Architekten nicht, das Baukostenbudget einzuhalten, hafte er nur, wenn ihm eine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Die Überschreitung der Gesamtinvestitionskosten sei maßgeblich auf Änderungswünsche und eine unzureichende Budgetvorgabe wegen einer defizitären Machbarkeitsstudie zurückzuführen, wofür die Drittwiderbeklagte nicht die Verantwortung trage. Außerdem hätte die Drittwiderbeklagte zur Nachbesserung aufgefordert werden müssen, was nicht geschehen sei.

3. Hiergegen richten sich die Berufung der Beklagten vom 02.10.2024 (taggleicher Eingang) und die Anschlussberufung der Klägerin vom 18.12.2024 (taggleicher Eingang), die sie innerhalb der für sie bis 19.12.2024 verlängerten Berufungserwiderungsfrist erhoben hat. Die Klägerin und die Beklagte verfolgen mit ihren Berufungen ihre erstinstanzlichen Anträge unvermindert weiter.

Beide Parteien greifen dabei die Einordnung des Landgerichts, dass lediglich eine ordentliche Kündigung vorliege, nicht an.

a) Berufung der Beklagten

Die Beklagte bringt mit ihrer Berufungsbegründung vom 21.10.2024 (taggleicher Eingang) im Wesentlichen vor, dass der Klägerin – schon wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung – kein Honoraranspruch zustehe, sondern vielmehr der Beklagten gegen die Drittwiderbeklagte ein Rückzahlungsanspruch aufgrund Überzahlung.

Lege man die Sichtweise der Klägerin und des Sachverständigen zugrunde, sei von einer anfänglichen Unmöglichkeit der Architektenleistung auszugehen, da die Wettbewerbsaufgabe im vorgegebenen Kostenrahmen von rund 4,2 Mio. € (Beschaffensvereinbarung durch unwidersprochen gebliebene Kostenvorstellung) nicht umsetzbar gewesen sei, was auch für die Drittwiderbeklagte von Anfang an erkennbar gewesen sei. Die Kostenobergrenze sei zu keinem Zeitpunkt aufgehoben worden; sie sei insbesondere in den Architektenvertrag aufgenommen gewesen, da eine „Planung gemäß Wettbewerbsauslobung“ vereinbart gewesen sei. Auch im Besprechungstermin vom 10.07.2014 sei sie so kommuniziert worden (S. 4 ff. d. Berufungsreplik vom 11.02.2025, im Folgenden: BR.). Die Beklagte habe auch keine Pflicht – jedenfalls nicht schuldhaft – verletzt, indem sie eine unmögliche Planungsaufgabe gestellt habe (S. 8 d. BR.). Aufgrund der Unmöglichkeit habe die Drittwiderbeklagte nicht leisten müssen (§ 275 Abs. 1 BGB); ihr Honoraranspruch sei deshalb nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB entfallen (S. 10 d. BR.). Zudem stehe der Beklagten aber ein Schadensersatzanspruch aus § 311a BGB (Inhalt: Befreiung von Honoraransprüchen und Anspruch auf Rückzahlung des bisher gezahlten Honorars) zu, es sei denn, die Drittwiderbeklagte habe bei Vertragsschluss das Leistungshindernis schuldlos nicht gekannt. Den Entlastungsbeweis habe die Klägerin zu führen, wobei ihr eine solche Entlastung schon nach dem eigenen Vortrag nicht gelingen könne. Dies habe das Landgericht verkannt (S. 3 ff. d. Berufungsbegründung vom 21.10.2024, im Folgenden: BB.). Die Drittwiderbeklagte habe das Problem dadurch lösen können, dass sie eine Anpassung der Aufgabenstellung angeregt hätte, wozu sie spätestens in der Leistungsphase 1 auch verpflichtet gewesen sei; der Zielkonflikt zwischen Planungsaufgabe und Budgetvorgabe sei aufgrund des Wettbewerbs bereits vor Auftragsvergabe erkennbar gewesen (S. 6 d. BB.).

Selbst wenn man keine Unmöglichkeit annehmen würde, wäre die Leistung der Drittwiderbeklagten jedenfalls wegen der Budgetüberschreitung mangelhaft gewesen (S. 9 d. BR.). Außerdem sei die Honorarermittlung des Landgerichts für diesen Fall fehlerhaft. So könne die nicht vollständig nachvollziehbare Kostenschätzung nicht Grundlage für die Honorarermittlung sein. Auch von der unterbliebenen Klärung der Aufgabenstellung (s. o.) dürfe die Drittwiderbeklagte nicht profitieren. Schließlich überdehne das Landgericht die Anforderungen an das Wissen eines nicht fachkundigen Bestellers zu Gunsten der Hinweispflichten des Architekten; die Kostenüberschreitung sei für die Beklagte nicht absehbar gewesen; sie habe davon erst bei

Vorlage der Kostenschätzung vom 21.10.2014 erfahren. Demgegenüber habe die Drittwiderbeklagte – entgegen der Ansicht des Landgerichts – gerade bei eventuell nicht nachvollziehbaren Ansätzen der Machbarkeitsstudie (z. B. bei KG 300) diese hinterfragen und ggf. hierauf hinweisen müssen; nicht nachvollziehbare Vorgaben entbänden den insofern schuldhaft handelnden Architekten jedenfalls nicht von der Einhaltung der Kostenobergrenze (S. 7 ff. d. BB.).

Auch bei den „Abweichungen, Ergänzungen und Erweiterungen des Planungsauftrages“ und deren Auswirkungen auf die Kostenobergrenze weise das Urteil erhebliche Fehler auf. Insbesondere müsse der Architekt in der Leistungsphase 2 die Leistungen der Fachplaner koordinieren und integrieren, so dass eine Abstimmung zu den Teilbudgets für KG 300 und KG 400 hätte erfolgen müssen (dazu auch S. 12 d. BR.). Die zusätzlichen Kosten der Fachplaner könnten daher nicht einfach budgeterhöhend angesetzt werden.

Insgesamt sei nicht nachzuvollziehen, wie das Landgericht auf anrechenbare Kosten von 4.784.076,40 € gekommen sei und wie sich dieser Betrag zum „Gesamtinvestitionsvolumen“ von 6,89 Mio. € (S. 12 d. LGU.) verhalte (S. 12 d. BB.). Richtig wäre es gewesen, allein die Baukostenobergrenze zur Honorarberechnung heranzuziehen. Bei deren Überschreitung hätte die Drittwiderbeklagte hierauf hinweisen müssen, was nicht geschehen sei. Bei einer solchen Honorarberechnung ergebe sich eine Überzahlung der Beklagten von 25.619,81 € (S. 13 d. BB.) bzw. bei Anrechnung des Preisgeldes (16.800 € netto/19.992 € brutto) von 45.611,82 € (S. 17 d. BR.).

Die Beklagte beantragt,

1.

Das Endurteil des Landgerichts Bamberg vom 30.08.2024, Az. 2 O 569/16, wird in Ziffer 2 insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von € 81.062,17 nebst Zinsen verurteilt worden ist.

2.

Das Endurteil des Landgerichts Bamberg vom 30.08.2024, Az. 2 O 569/16, wird in den Ziffern 1, 3 und 4 aufgehoben.

3.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

4.

Die Drittwiderbeklagte wird verurteilt, an die Beklagte € 81.946,55 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über Basiszins seit 22.02.2017 zu bezahlen.

Die Klägerin und Drittwiderbeklagte beantragen,

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Berufungsbeklagten verteidigen die erstinstanzliche Entscheidung. Eine anfängliche Unmöglichkeit liege nicht vor, da das Schwimmbad grundsätzlich habe errichtet werden können; auf den Preis oder die wertbildenden Faktoren komme es für die Unmöglichkeitsbeurteilung nicht an (S. 2 f. d. Berufungserwiderung/Anschlussberufungsbegründung vom 18.12.2024, im Folgenden: BE., und S. 1 des ergänzenden Schriftsatzes vom 19.12.2024). Ein solches Ergebnis wäre auch absurd, da der Architekt – nachdem die konkreten Kosten erst in der Leistungsphase 2 oder 3 bekannt würden – regelmäßig kein Honorar erhalte; es komme allenfalls eine Teilunmöglichkeit in Betracht (S. 2 ff. d. Berufungsduplik vom 10.09.2025, im Folgenden: BD.). Im Übrigen fehle es an einer Beschaffenheitsvereinbarung (Baukostengarantie oder Baukostenobergrenze von „ca.“ 4,2 Mio. €), da sich der benannte „Kostenrahmen“ auch aus zahlreichen Leistungen anderer Planer (KG 400 bis 700), die der Architekt nicht beeinflussen könne, zusammensetze (S. 5 ff. d. BD.) und zu unbestimmt sei (S. 10 d. BD.). Jedenfalls wären vom Architekten nicht beeinflussbare Mehrkosten (z. B. wegen des Baugrunds oder allgemeiner Kostensteigerungen) bei der Baukostenobergrenze nicht zu berücksichtigen, sondern es wäre mit Durchschnittskosten zu rechnen (S. 18 f. d. BD.); außerdem sei dem Architekten ein Spielraum von mindestens 20 Prozent (tatsächliche Obergrenze also: 5.040.000 €) zugestehen (S. 19 f. d. BD.). Die Passage zum Kostenrahmen in den Wettbewerbsbedingungen (Auslobung nach RPW 2013) halte auch einer AGB-Kontrolle wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot und wegen eines Verstoßes gegen § 305c Abs. 1 BGB nicht stand (S. 7 ff. d. BD.). Die Einhaltung einer Kostenobergrenze sei zudem gerade nicht Teil der Wettbewerbsleistung (nur: Wirtschaftlichkeitsfrage) gewesen; es habe keine Budgetvorgabe gegeben (Verweis auf Anlage K15, S. 3 d. BE.). Eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung sei auch nicht durch einen Hinweis auf das Budget der Beklagten zustande gekommen, da sich die Drittwiderbeklagte hiermit nicht einverstanden erklärt habe (S. 10 f. d. BD.). Auch nach Vertragsschluss sei kein Kostenrahmen – trotz Nachfrage

nach einem „betragsmäßig eindeutig fixierten Kostenrahmen“ – vereinbart worden („Papier ist geduldig.“; S. 12 f. d. BD.), jedenfalls sei eine Kostenobergrenze für die Leistungsphasen 1 bis 3 wieder aufgegeben worden, weshalb sich die Beklagte dann auch um Bereitstellung eines Budgets von immerhin 9 Mio. € bemüht habe (S. 15 d. BD.). Außerdem sei die Wettbewerbsaufgabe mit der späteren Planungsaufgabe nicht identisch gewesen, sondern der spätere Auftrag viel weitergehend (z. B. Unterkellerung des Schwimmbads), so dass eine evtl. Obergrenze, die im Architektenvertrag (Anlage K2) auch gar nicht genannt gewesen sei, überholt gewesen oder konkludent aufgehoben worden sei; denn es sei damit – auch ohne insofern nicht erforderlichen Hinweis – klar gewesen, dass das Vorhaben innerhalb der knapp bemessenen Kostenobergrenze nicht realisierbar wäre (S. 16 f. d. BD.). Es sei zudem die Kostengruppe 400 (Haustechnik) betroffen gewesen, auf die die Berufungsbeklagten keinen Einfluss hätten. Das Erfordernis der statischen Ertüchtigung des Bodens sei außerdem zunächst nicht bekannt gewesen (S. 4 d. BE.).

Folge einer Unmöglichkeit wäre auch nicht der Entfall eines Vergütungsanspruchs, da der Umstand, der zur Nichterreichbarkeit der Leistungsziele führe, von der Beklagten zu vertreten sei (§ 645 BGB i. V. m. § 326 Abs. 2 BGB). Die Drittwiderbeklagte habe sich auf die Richtigkeit der Machbarkeitsstudie ohne eigene Prüfung verlassen dürfen. Vor der Kostenschätzung in Leistungsphase 2 habe für die Drittwiderbeklagte keinerlei Chance bestanden zu erkennen, dass die Kostenvorgaben nicht einhaltbar seien. Deshalb bestehe auch kein Schadensersatzanspruch aus § 311a Abs. 2 BGB oder §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (S. 21 ff. d. BD.).

Es sei der Wunsch der Beklagten gewesen, die Kosten für ihre maximalen Planungswünsche ermitteln zu lassen, um sich von der Förderstelle möglichst viel genehmigen zu lassen; hierfür habe es folglich keine Kostenvorgabe gegeben („Papier ist geduldig.“). Eine Pflichtverletzung der Drittwiderbeklagten liege deshalb nicht vor; vielmehr habe sie auf die Kostensteigerung hingewiesen, die Beklagte aber trotzdem die Fertigstellung der Kostenschätzung gewünscht. Zudem sei eine Kostenobergrenze nicht zwingend eine Beschaffenheitsvereinbarung (S. 4 f. d. BE. und S. 2 des Schriftsatzes vom 19.12.2024). Im Übrigen habe die Beklagte selbst ihre Pflichten (aus dem VGV bzw. der VOB/A; § 97 GWB, S. 23 d. BD.) verletzt, indem sie für die Bauaufgabe im Zuge der Ausschreibung des Wettbewerbs eine unmögliche Leistung gefordert habe; sie müsse

sich die falschen Kostenangaben aus der Studie G. zu rechnen lassen (S. 6 d. BE.). Es könnten auch nicht bereits im Rahmen der Leistungsphase 1 (Klärung der Aufgabenstellung) die Kosten ermittelt werden, da Architekten bekanntlich keine Hellseher seien, insbesondere nicht wissen könnten, welche Anforderungen sich aus den Bestandsuntersuchungen ergäben. Dieses Wissen bestehe erst in der Leistungsphase 2 (S. 6 f. d. BE.).

b) Anschlussberufung der Klägerin

Die Klägerin begründet ihre Anschlussberufung mit Schriftsatz vom 18.12.2024 im Wesentlichen wie folgt:

„Das Landgericht hätte Zinsen bereits ab Fälligkeit der Rechnung (30 Tage nach Rechnungsstellung, d. h. ab 20.04.2015) zusprechen müssen. Eine „erhebliche Zuvielforderung“ liege nicht vor, da das Landgericht 71% des Rechnungsbetrages als berechtigt angesehen habe, führe aber ohnehin trotzdem zur Fälligkeit; ein Ausnahmefall einer unverhältnismäßig hohen Zuvielforderung liege nicht vor. Die Beklagte habe die berechtigte Forderung mit ihrer eigenen Bauabteilung auch ermitteln können (S. 24 d. BD.). Aus diesem Grund seien auch die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu erstatten (S. 8 f. d. BE.).“

Da keine Kostenobergrenze vereinbart gewesen sei (s. o.) und die Beklagte zunächst sämtliche Kosten für all ihre Wünsche habe ermitteln haben wollen, sei das Landgericht unzutreffend als Ausgangspunkt für die Honorarberechnung von einem Budget von 4,2 Mio. € ausgegangen; der Beklagten sei auch klar gewesen, dass für die letztliche Planungsaufgabe dieses Budget nicht ausreiche. Deshalb sei die Honorarermittlung gemäß Teilschlussrechnung der Drittwiderbeklagten richtig gewesen (S. 10 d. BE.). Jedenfalls seien die Kürzungen der anrechenbaren Kosten durch das Landgericht unzutreffend, zumal die Kosten erst nach entsprechenden Planungen feststehen würden. Die Beklagte habe eine Anpassung der Planung erst gewünscht, nachdem alle Varianten und Wünsche geplant und mit Kosten bepreist gewesen seien. Die Berechnung der „Budgeterhöhung“ durch das Landgericht sei unzutreffend (S. 11 ff. d. BE.). Das Landgericht gehe bei einzelnen Kostenansätzen zu Unrecht von einer fehlenden Nachvollziehbarkeit aus (S. 14 ff. d. BE. mit weiteren Einzelheiten).

Bei der Ermittlung des zutreffenden Honorars sei auch die vertiefte Kostenschätzung zu berücksichtigen. Das Wettbewerbshonorar sei nicht abzuziehen (S. 19 d. BE.).

Die Klägerin beantragt im Wege der Anschlussberufung:

1. Unter Abänderung des Endurteils des Landgerichts Bamberg vom 30.08.2024, Az. 2 O 2569/16, in Ziff. 2. wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere EUR 52.669,69 zuzüglich Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 20.04.2015 zu bezahlen.

2. Weiterhin wird die Beklagte unter Abänderung des Endurteils des Landgerichts Bamberg vom 30.08.2024, Az. 2 O 2569/16, in Ziff. 2. verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von EUR 3.395,00 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basisatz seit 10.01.2017 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

Die Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte sieht den weitergehenden Zinsanspruch der Klägerin wie das Landgericht wegen der erheblichen Zuvielforderung als unbegründet an, zumal die Beklagte den tatsächlich geschuldeten Betrag nicht ohne weiteres habe berechnen können.

Selbst wenn es kein vorgegebenes Budget gegeben hätte, hätte sich die Klägerin nach den zur Verfügung stehenden Mitteln erkundigen müssen. Soweit die Klägerin von Einsparmaßnahmen spreche, seien die Kostenauswirkungen nicht mitgeteilt worden (S. 14 d. BR).

Dass die Freianlagenplaner das ihnen zur Verfügung stehende Budget ebenfalls überschritten hätten, sei ohne Belang, da die Klägerin selbst bereits das vorgegeben Budget weit überschritten habe (S. 15 d. BR.). Soweit die Klägerin zusätzliche Ansätze bei der Budgetermittlung erstrebe, seien diese nicht berechtigt. Das Wettbewerbshonorar sei in jedem Fall – entgegen der Ansicht des Landgerichts – abzuziehen. Dies ergebe sich aus Ziff. 13.1 des Architektenvertrages (Anlage K2).

c) Hinsichtlich des weiteren Berufungsvorbringens wird auf die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat mündlich verhandelt. Beweis wurde im Berufungsrechtszug nicht erhoben.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 26.09.2025 lag dem Senat bei Abfassung des Urteils vor.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nahezu vollständig begründet. Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist unbegründet.

1. Der Klägerin steht wegen anfänglicher Unmöglichkeit kein (weiterer) Vergütungsanspruch aus abgetretenem Recht der Drittwiderbeklagten gemäß §§ 631 Abs. 1, 632 BGB i. V. m. den Regelungen der HOAI 2013 zu. Vielmehr ist die Drittwiderbeklagte zur Rückzahlung des den Gegenstand der Drittwiderklage bildenden Betrages von 81.946,55 € aus § 326 Abs. 5 BGB i. V. m. §§ 323, 346 BGB verpflichtet.

a) Die von der Drittwiderbeklagten geschuldete Leistung war von Anfang an unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Denn es war nicht möglich, den Vertragsgegenstand „Planung gemäß Wettbewerbsauslobung und Wettbewerbsbeitrag“ innerhalb des von der Beklagten gewünschten Kostenrahmens zu erreichen. Die Drittwiderbeklagte brauchte die beauftragte Planungsleistung (Grundlagenermittlung, Vorplanung, Entwurfsplanung) deshalb nicht zu erbringen.

aa) Bei dem vorgegebenen Kostenrahmen von „ca. 4,2 Mio. €“ handelt es sich um eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB.

So heißt es in der Auslobung wörtlich, dass für das Projekt ein „Kostenrahmen für die Neukonzeption eines Kombibades (ohne Sanierung Hallenbad) von ca. 4,2 Mio. € (Brutto) KG 300-700 festgelegt“ sei. Der Vertrag (Anlage K1) greift diese Vorgabe auf. Dort heißt es unter Ziff. 1.1.3:

„Planung gemäß Wettbewerbsauslobung und Wettbewerbsbeitrag, [...]“

Nichts anderes ergibt sich aus den Aussagen im Kolloquiumstermin (Anlage K15). Dort war lediglich erneut ausgeführt worden, dass auf eine Kostenschätzung verzichtet werde, dass aber nur ein „begrenztes Budget“ bestehe.

Verbindliche, einseitige Kostenvorstellungen des Bauherrn, denen der Architekt nicht widerspricht, sind auch dann im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung

beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme im Sinne einer Circa-Vorgabe (BGH, Urteil vom 06.10.2016 – VII ZR 185/13 = BauR 2017, 134 = NJW 2017, 386; Koeble, in: KKJS, Kompendium des Baurechts [2025], Rn. 11'935 ff.; BGH, Urteil vom 21.03.2013 – VII ZR 230/11 – BGHZ 197, 93 = BauR 2013, 1143). Nach dieser Rechtsprechung ist – entgegen der Ansicht der Klägerin – eine ausdrückliche zweiseitige Einigung nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass der Architekt der Kostenvorstellung des Bauherrn nicht widerspricht. Ein solcher Widerspruch der Drittwiderbeklagten ist auch nicht vorgetragen.

Bedenken gegen eine Unwirksamkeit dieser Vereinbarung aufgrund AGBrechtlicher Vorschriften bestehen nicht. Es handelt sich um eine Bestimmung einer Hauptleistungspflicht, die der AGB-Kontrolle entzogen ist (BGH, Urteil vom 11.07.2019 – VII ZR 266/17 = NJW 2019, 2997 [Rn. 18 ff.]; Koeble, in: KKJS, Kompendium des Baurechts [2025], Rn. 11'937; Zahn, BauR 2019, 1513 [1516]). Die Regelung ist auch ausreichend bestimmt und nicht intransparent, weil sie hinsichtlich der Baukosten ausdrücklich auf die Kostengruppen 300 bis 700 Bezug nimmt (BGH, a. a. O. [Rn. 38]).

Ob beide Parteien bei Änderungswünschen einvernehmlich davon ausgehen, dass diese hinsichtlich der Kosten noch von der Kostenobergrenze erfasst sind, ist Auslegungsfrage, wird aber im Regelfall zu verneinen sein (Koeble, in: KKJS, Kompendium des Baurechts [2025], Rn. 11'941). Damit dürfte es zwar möglicherweise für die geänderten oder ergänzten Leistungen keine explizite Kostenvorgabe im Sinne einer Beschaffensvereinbarung mehr gegeben haben. Damit steht im Einklang, dass der Zeuge K. hinsichtlich des Erweiterungsbaukörpers berichtet hat, dass klar gewesen sei, dass es diesen „nicht umsonst gibt“ (Protokoll vom 05.04.2018). Allerdings ändert dies nichts daran, dass für die – vertraglich vereinbarte – Wettbewerbsleistung, also für die basale Planungsleistung der Beklagten, der dort genannte Kostenrahmen eingehalten werden musste.

bb) Die Beklagte hat diesen Kostenrahmen – anders als die Klägerin meint – nicht aufgegeben.

Eine Aufhebung des Kostenrahmens für die Grundkonzeption (ohne Änderungs- und Ergänzungswünsche) hätte eine vertragsändernde Erklärung der Beklagten erfordert. Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Vertragsänderung trifft – nach allgemeinen

Grundsätzen – die Klägerin. Eine solche Vertragsänderung ist weder ausreichend dargelegt noch nachgewiesen.

(1) Bereits das Landgericht hat auf S. 13 seines Urteils herausgearbeitet, dass die von der Klägerin immer wieder bemühte Forderung des damaligen Bürgermeisters der Beklagten nach einer Kostenermittlung („Papier ist geduldig“) nicht eine Aufgabe des Kostenrahmens belegt. Diese Forderung sei vielmehr erfolgt, um erstmalig die genauen Kosten des Vorhabens (zzgl. der Änderungen) zu erfahren. Damit war der Kostenrahmen für den ursprünglichen Umfang aber nicht aufgegeben worden. Es mag sein, dass für zusätzliche Maßnahmen Zusatzkosten von der Gemeinde hätten gestemmt werden können; dies allerdings freilich unter der Prämisse, dass die ursprüngliche Planung den gesteckten Kostenrahmen einhält. Die Aussage des Bürgermeisters, Papier sei geduldig, ist ohne Weiteres in diesem Sinne zu verstehen. Bislang lag nämlich keine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vor. Vielmehr ergab sich für die Beklagte allein aus der Teilnahme der Drittwiderbeklagten am Wettbewerb die unkonkretisierte Aussage, der Entwurf der Drittwiderbeklagten sei innerhalb des gesteckten Kostenrahmens von 4,2 Mio. € realisierbar. Eben diese bislang nur vage und indirekte Aussage sollte durch eine vertiefte Kostenberechnung untermauert werden.

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang ausführt, es wäre ein Leichtes gewesen, den Kostenrahmen zu bekräftigen, verkennt sie ihre Darlegungs- und Beweislast. Nicht die Beklagte hat die Änderung des Kostenrahmens darzulegen, sondern die Klägerin.

(2) Soweit die Klägerin zudem die Aufhebung des Kostenrahmens darauf gründen möchte, dass die Beklagte versucht habe, zumindest ein Budget von 9 Mio. € bereitzustellen, übersieht sie, dass auch hiermit keine rechtsgeschäftliche Änderung des Kostenrahmens verbunden war. Ein entsprechender Rechtsbindungswille der Beklagten kann nicht festgestellt werden. Vielmehr dienten die Versuche der Beklagten, eine Erhöhung der Fördermittel zu erreichen, allenfalls dazu, möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt – nämlich bei Gelingen der ergänzenden Verhandlungen – den ursprünglich vereinbarten Kostenrahmen zu erweitern.

Dies zeigt auch die Aussage des Bürgermeisters der Beklagten im Termin vom 08.02.2018 (Protokoll, S. 3), wonach nach Abschluss des Wettbewerbs – wenn auch vor Vertragsschluss am 10.07.2014 – kommuniziert

worden sei, dass das Gesamtbudget von 4,2 Mio. € zwingend einzuhalten sei.

In der Gesprächsnotiz vom 20.10.2014 (Anlage K4) hieß es dann erneut, dass die Gemeinde maximal 3 Mio. € an Baukosten selbst tragen könne. Im Protokoll zum Besprechungstermin vom 09.12.2014 (Anlage B6), welches von der Beklagtenseite stammt, findet sich die Aussage, dass bei allen Terminen vor Vertragsschluss ein „Kostenrahmen von brutto 3 Millionen Euro (max. 4 Millionen) für das Projekt Kombi Bad mit der beschriebenen Aufgabenstellung“ genannt worden sei. Auch bei Umsetzung von Einsparmöglichkeiten, sei bei einer „Größenordnung von jetzt möglich erscheinenden 6 – 7 Millionen Euro ein[e] Finanzierbarkeit und damit Umsetzung der Maßnahme nicht gesichert, bzw. nur dann möglich [...], wenn Fördermittelgeber die Mehrkosten abdecken“.

Eine vollständige Aufhebung des Kostenrahmens, also auch im Hinblick auf diejenigen Bauleistungen, die Gegenstand des Wettbewerbs waren, lag nach alledem nicht vor. Andernfalls wäre die Anweisung des Bürgermeisters der Beklagten, die Planung einzustellen, auch nicht nachvollziehbar.

cc) Die Verwirklichung der im Wettbewerb bezeichneten Baumaßnahmen mit dem dort vorgegebenen Budget war jedoch von Anfang an unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB).

(1) Dies ist in der Berufungsinstanz unstreitig. Die Beklagte hat sich ausdrücklich den entsprechenden Sachvortrag der Klägerin in erster Instanz zu eigen gemacht. Dort hatte die Klägerin u. a. in ihrer Replik vom 07.05.2017 (dort S. 10) Folgendes vorgetragen:

„Die später erstellte Wettbewerbsauslobung überschritt dieses damals ermittelte, bereits bauherrnseits verworfene Raumprogramm erheblich. Dieser Betrag von EUR ca. 4,2 Mio. ist somit fälschlicherweise in der Wettbewerbsauslobung genannt worden, [...]“ (Hervorhebung durch den Senat)

Ergänzend hat sie mit Schriftsatz vom 04.09.2017 (dort S. 3) vorgetragen:

„Die Wettbewerbsaufgabe war somit erheblich umfangreicher als die Studie des Büros G.. Trotzdem wurden die Kostenangaben aus dieser viel geringeren Studie entnommen, wobei der Beklagtenseite von Anfang an bewusst war, dass diese Kosten nicht richtig waren

und für den gewünschten Leistungsumfang keinesfalls ausreichen konnten.“

Ähnliches Vorbringen findet sich im Schriftsatz der Klägerin vom 28.03.2018, dort auf S. 5 und S. 11 f., vom 30.04.2019, dort auf S. 3, und ausdrücklich im Schriftsatz vom 11.04.2023, dort auf S. 1 und S. 8.

Das Vorbringen der Klägerin deckt sich auch mit den Feststellungen des Gerichtssachverständigen. So führte der Sachverständige L. in seinem Ergänzungsgutachten auf S. 31 unter 3.14 aus, dass die Budgetvorgabe von 4,2 Mio. € nicht mit den textlichen Vorgaben (z. B. Raumprogramm) aus der Auslobung machbar sei, sondern zu gering vorgegeben gewesen sei. Diese Aussage traf er auch bereits im Ausgangsgutachten (dort S. 78 unter Ziff. 4.1).

Dieser Zielkonflikt, nämlich dass auch bei einer wirtschaftlichen, den Wettbewerbsbedingungen der Auslobung entsprechenden Planung (Ziel 1) der dort vorgegebene Kostenrahmen (Ziel 2) nicht einzuhalten war, führt zu einer Unmöglichkeit der an die Drittwiderbeklagte beauftragten Leistung. Ist dieser Zielkonflikt – wie vorliegend – bereits im Vertrag angelegt, liegt anfängliche Unmöglichkeit i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB vor (Fuchs, IBR 2018, 633; Zahn, BauR 2019, 1513 [1518]).

Soweit die Klägerin demgegenüber ausführen lässt, dass es für die Unmöglichkeitsbeurteilung lediglich darauf ankomme, ob – unabhängig vom vorgegebenen Kostenrahmen – die Baumaßnahmen technisch umsetzbar seien, beachtet sie nicht, dass die Planungsaufgabe nur dann erfüllt ist, wenn alle verbindlich vereinbarten Planungsziele erreicht werden. Die Umsetzung der Planungsaufgabe ist folglich nur dann möglich, wenn sich technische Realisierbarkeit und einzuhalten der Kostenrahmen miteinander in Einklang bringen lassen, es sei denn, es kann festgestellt werden, dass der technischen Realisierbarkeit der Vorrang gegeben werden sollte (Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess [2023], Rn. 2273). Letzteres war jedoch nicht der Fall. Vielmehr war bereits in der Wettbewerbsaufgabe das Budget der Beklagten verbindlich benannt; der Wettbewerbsbeitrag hatte diese Vorgabe zwingend einzuhalten. Für die Verbindlichkeit der Budgetvorgabe spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass es sich bei der Beklagten um eine öffentliche Auftraggeberin handelt. Die Beklagte unterliegt als Stadt bereits aus kommunalrechtlichen Gründen einem besonderen Wirtschaftlichkeitsgebot. Sie war zudem – was der Drittwiderbeklagten unstreitig bekannt war – für die Durchführung

der zu planenden Maßnahmen auf Fördermittel angewiesen. Für einen Architekten ergibt sich daraus nicht nur die Pflicht, bei seiner Planung übermäßigen, unnötigen Aufwand zu vermeiden (BGH, Urteil vom 09.07.2009 – VII ZR 130/07 = NZBau 2009, 722 [Rn. 7]); er muss vielmehr in besonderem Maße die Finanzierbarkeit der zu planenden Maßnahmen für seine Auftraggeberin im Blick behalten (OLG Brandenburg, Urteil vom 14.01.2015 – 4 U 27/13 = IBRRS 2015, 0231). Der Budgetvorgabe kam damit maßgebliches Gewicht im Sinne einer verbindlichen Vorgabe zu. Die Klägerin kann in diesem Zusammenhang auch nicht damit gehört werden, sie habe vor Abschluss der Leistungsphase 2 die Baukosten überhaupt nicht kennen können. Denn bereits bei Vorlage ihres Wettbewerbsbeitrages hätte sie ermitteln müssen, ob ihr Beitrag innerhalb des vorgegebenen Budgets realisiert werden kann, was offensichtlich nicht geschehen war.

(2) Anders als die Klägerin meint, führen diese Umstände nicht lediglich zu einer Teilunmöglichkeit. Denn dadurch, dass bereits die Basisplanung im Sinne der Auslobung den vorgegebenen Kostenrahmen nicht einhalten konnte, war die Planung auch der Zusatzwünsche der Beklagten und der möglicherweise nicht vorhersehbaren erforderlichen Zusatzmaßnahmen unter Zugrundelegung des vorgegebenen Budgets nicht möglich. Die Architektenleistung ist nicht teilbar. Denn die gesamte Baumaßnahme gründete auf dem nicht einhaltbaren Kostenrahmen des Wettbewerbs, so dass eine Realisierung des Projekts insgesamt nicht innerhalb des gesteckten – wenn auch ggf. durch die Zusatzmaßnahmen – erhöhten Preisrahmens möglich war (gegen eine Teilunmöglichkeit auch Zahn, BauR 2019, 1513 [1518]).

b) Soweit die Drittwiderbeklagte ihre Leistung unstreitig nicht erbracht hat, mithin die Leistungen der Leistungsphase 3, erlischt ihr Gegenleistungsanspruch nach § 326 Abs. 1 BGB. Ihr steht deshalb hierfür kein Vergütungsanspruch zu.

Ihr Vergütungsanspruch bleibt nicht ausnahmsweise gemäß § 326 Abs. 2 BGB aufrechterhalten.

Ein von § 326 Abs. 2 BGB erfasster Fall ist von der insofern darlegungs- und beweisbelasteten (Herresthal, in: BeckOGK-BGB [Stand: 01.03.2025], § 326 Rn. 374) Klägerin nicht nachgewiesen worden.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (auch) auf die nicht im Kosten-

rahmen umsetzbare Auslobungsbeschreibung der Beklagten zurückzuführen war, die wiederum auf der Machbarkeitsstudie des Ingenieurbüros G. beruhte. Diese Problematik hätte die Drittwiderbeklagte jedoch – anders als die Klägerin insbesondere in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 26.09.2025 meint – bereits vor Abschluss des Architektenvertrages erkennen können und müssen. Denn im Rahmen des Wettbewerbs hätte sie – wie bereits oben ausgeführt – ermitteln müssen, ob das von ihr geplante Konzept innerhalb des gesteckten Kostenrahmens realisierbar ist. Dies war zwingende Vorgabe der Auslobung. Bei einer entsprechenden Prüfung hätte sie festgestellt, dass die Auslobung innerhalb des gesteckten Kostenrahmens wegen fehlerhafter Angaben im Raumprogramm nicht umsetzbar war.

So führte der Sachverständige L. bereits in seinem Ausgangsgutachten auf S. 15 f. zum Kinderplanschbecken aus:

„Gemäß tabellarischer Aufstellung der Wettbewerbsaufgabe (Raumprogramm) ist das Kinderplanschbecken als Option mit 20 m² Fläche abgebildet. Mit diesen 20 m² soll eine Wasserfläche, ein Kinderplanschbecken mit Bereichen für die unterschiedlich alten Kleinkinder mit Strand, Kurzrutsche, Wasserpilz, Schiffskanal und Wasserfall geschaffen werden. Hinzu soll genügend Aufenthaltsfläche für Eltern sowie ein angemessener Beckenumgang geschaffen werden.

Dazu kann aus sachverständiger Sicht festgestellt werden, dass diese Fläche mit 20 m² als unzureichend bezeichnet werden kann, wenn die notwendigen Verkehrsflächen berücksichtigt werden. Die in der textlichen Ausführung der Wettbewerbsauslobung genannten Funktionen lassen sich nicht insgesamt auf 20 m² Fläche unterbringen. Der [...] Planauszug aus dem klägerseitigen Vorentwurf zeigt, dass mit einer Fläche von 20 m² das Wettbewerbsprogramm nur unvollständig erreicht werden könnte. Die hier klägerseitig geplante Lösung liegt flächenmäßig deutlich über den Angaben aus der Wettbewerbsauslobung. [...] Da die 20 m² Fläche bei der Bildung des Budgets mit 4,2 Mio.€ berücksichtigt wurden, ist festzuhalten, dass diesbezüglich bereits aufgrund der Wettbewerbsaufgabe eine Überschreitung des Budgets absehbar war. [...]“ (Hervorhebung durch den Senat)

Gleichermaßen führt der Sachverständige zum Bereich „Kasse/Bistro-Ausgabe/Kiosk“ auf S. 16 f. seines Ausgangsgutachtens aus:

„Dieser Bereich ist im Raumprogramm zur Wettbewerbsaufgabe mit einer Fläche von 20 m² ausgewiesen. Gemäß den textlichen Hinweisen soll damit ein zentraler Multifunktionsraum zwischen Eingangshalle und Freibad geschaffen werden, der gleichzeitig als Freibadkasse, Hallenbadkasse, Ausgangstresen für Getränke, kleine Speisen und sonstige Kioskartikel (in die Eingangshalle sowie ins Freibad mit direkter Anbindung an die Küche) funktionieren soll. Darüber hinaus soll disponiert werden, dass gewisse Ausstellungen, Zeitungsstände usw. in die Eingangshalle geschoben werden können (offenes Konzept). Der Raum sollte nach Ladenschluss abschließbar sein.“

Dazu kann aus sachverständiger Sicht festgestellt werden, dass die Flächenangabe mit 20 m² für eine solche Nutzung zu klein ist. In der Vorentwurfszeichnung des Klägers ist diese Fläche deutlich größer dargestellt [...]. Da die 20 m² Eingang in die Kostenermittlung (Budgetvorgabe in Höhe von 4,2 Mio.€) gefunden haben, ist festzuhalten, dass diesbezüglich bereits aufgrund der Wettbewerbsaufgabe eine Überschreitung des Budgets absehbar war.“ (Hervorhebung durch den Senat)

Die im Architektenvertrag, der nach Beendigung des Wettbewerbs abgeschlossen wurde, angelegte Unmöglichkeit der Leistung der Drittwiderbeklagten war damit zum einen nicht auf eine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit der Beklagten zurückzuführen, sondern auch auf die – unter Kostengesichtspunkten – unzureichende Bearbeitung der Wettbewerbsaufgabe durch die Drittwiderbeklagte. Es kommt daher nicht darauf an, welche Kostenerhöhungen sich bei Leistungen einzelner Kostengruppen, die von Sonderplanern geplant worden waren, oder aus Zusatzwünschen oder unbekannten kostenerhöhenden Problemen ergaben. Denn die Kostenüberschreitung war schon ungeachtet all dieser Umstände aufgrund der Wettbewerbsaufgabe vorherzusehen.

Zum anderen beruhte die Auslobung mit einem fehlerhaft zu niedrigem Budget auch nicht auf einem eigenen Verschulden der Beklagten, sondern ergab sich letztlich aus der Machbarkeitsstudie des Ingenieurbüros G.. Von der dieser zugrunde liegenden Kostenermittlung hatte die Beklagte keine detaillierte Kenntnis, was sich aus der als Anlage K64 vorgelegten E-Mail der Beklagten an die Drittwiderbeklagte vom 21.11.2014 ergibt, mit der die Beklagte die Anfrage der Drittwiderbeklagten nach der Kostenermittlung, die zu der Budgetvorgabe von 4,3 Mio. € geführt hatte, wie folgt beantwortete:

„Die Kostenermittlung wurde von H. T., G., im Rahmen der Machbarkeitsstudie festgelegt. Eine detaillierte Berechnung liegt uns hier nicht vor, da auch in der Machbarkeitsstudie nur eine Komplettschätzung genannt wurde. Diese Kostenermittlung müsste eigentlich das Büro G. in ihren Unterlagen haben.“

Ein evtl. Fremdverschulden des Büros G. ist aber der Beklagten im Rahmen des § 326 Abs. 2 BGB nicht über § 278 BGB zuzurechnen. Für die Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB kommt es vielmehr darauf an, ob die Beklagte – zumindest konkludent – das Unmöglichkeitserisiko übernommen hat (BGH, Urteil vom 18.10.2001 – III ZR 265/00 = NJW 2002, 595). Das ist jedoch nicht der Fall, weil es gerade der Auftrag der Drittwiderbeklagten war, eine Planungsleistung zu erbringen, die sich im Kostenrahmen halten würde. Dass eben dies die Vorgabe der Beklagten war, zeigt auch der nach Durchführung des Wettbewerbs und noch vor Abschluss des Architektenvertrages geäußerte Wunsch des damaligen Bürgermeisters der Beklagten, die konkreten Kosten für die geplante Baumaßnahme zu erfahren. Die Beklagte wollte mithin nicht unabhängig von einer Realisierbarkeit des Vorhabens innerhalb des gesteckten Kostenrahmens die Vergütungspflicht auf sich nehmen und auch für Fehler der Ersteller der Machbarkeitsstudie einstehen. Deswegen hat sie im Architektenvertrag unter Ziffer 1.4 auch geregelt, dass der Architekt verpflichtet ist, den Bauherren unverzüglich zu informieren, wenn der vom Bauherrn bekanntgegebene wirtschaftliche Rahmen überschritten wird. Der Architekt sollte dem Bauherrn dann eine Frist zur Erklärung setzen können, ob die neu ermittelten Kosten Grundlage der weiteren Leistungen des Architekten sein sollen.

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass nach alledem eine schuldhaftige Pflicht- oder auch nur Obliegenheitsverletzung der Beklagten bei der Ausschreibung, die die Beklagte unkongretisiert aus den Vorschriften der VGV, VOB/A und § 97 GWB ableiten will, nicht ersichtlich ist. Anders als die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 26.09.2025, S. 10, ausführt, war die Beklagte auch nicht bösgläubig, denn ihr waren, wie die Klägerin ebenfalls vorträgt, die Hintergründe der im Wettbewerb genannten Kosten nicht bekannt (Schriftsatz vom 26.09.2025, S. 24).

c) Soweit die Drittwiderbeklagte teilweise geleistet hat, nämlich unstreitig die Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 erbracht hat, sind diese Leistungen nicht vertragsgemäß, sondern aufgrund der Verletzung der Beschaffungsvereinbarung (Baukostenrahmen) man-

gelhaft. Insoweit besteht für diese Leistungen der Vergütungsanspruch der Drittwiderbeklagten zwar grundsätzlich nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB fort; er ist jedoch durch die als Rücktrittserklärung auszulegende Kündigungserklärung erloschen.

aa) Aufgrund der mangelhaft erbrachten Leistung stand der Beklagten ein Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB i. V. m. § 323 BGB ohne Fristsetzungserfordernis zu (Rechtsgrundverweisung).

Nach einer Schlechtleistung erfordert ein Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 Abs. 5 BGB, dass die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist. Eine derartige Unerheblichkeit lag schon aufgrund der deutlichen Überschreitung der Budgetvorgabe und der Nichtrealisierbarkeit des Projekts aus finanziellen Gründen nicht vor.

bb) Dass die Klägerin keinen Rücktritt vom Vertrag erklärt, sondern eine (unwirksame) außerordentliche Kündigung mit Schreiben vom 05.03.2015 (Anlage K6a) ausgesprochen hat, ist unerheblich.

Denn die – unstreitig als außerordentliche Kündigung keine Wirkung entfaltende – Kündigungserklärung ist in eine Rücktrittserklärung umzudeuten. Dies ist möglich, wenn der Auftraggeber bei Kündigung zum Ausdruck bringt, dass die bis zum Zeitpunkt der Erklärung erbrachten Leistungen für ihn ohne Wert sind (OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.04.2015 – 21 U 181/14 = BeckRS 2016, 2840).

Dies war der Fall. In der Kündigungserklärung vom 05.03.2015 (Anlage K6a) heißt es ausdrücklich, dass die Sanierung auch innerhalb des reduzierten Kostenrahmens von 9 Mio. € nicht finanzierbar, ein Budget von ungefähr 4,2 Mio. € angesetzt gewesen und die Finanzierung der Planung der Beklagten von 13,5 Mio. € nicht möglich sei. Damit hat die Beklagte – wie bereits zuvor in Besprechungen (vgl. z. B. Gesprächsnotiz vom 20.10.2014, Anlage K4, dort unter Ziff. 3, und Protokoll zur Besprechung am 09.12.2014, Anlage B6 und K24: „Aufgabe verfehlt“; selbst die Klägerin schreibt in ihrer E-Mail vom 27.10.2014, Anlage K49, an das Büro G., der Bauherr sei wegen der Baukostensteigerung „sehr schockiert“) – zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der Planung der Drittwiderbeklagten nichts anfangen kann, deshalb die Planung einstellen und den Vertrag mit der Drittwiderbeklagten auch nicht mit den bisherigen Planungszielen fortsetzen will.

cc) Durch die Rücktrittserklärung hat sich der zwischen den Parteien bestehende Architektenvertrag in ein

Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt (§ 346 BGB), die beiderseitigen Erfüllungsansprüche sind erloschen (BGH, Urteil vom 22.05.2025 – VII ZR 129/24 = NJW 2025, 2401 [Rn. 26]; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB [2025], Vor § 346 Rn. 3).

Der Klägerin steht mithin kein weiterer Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu, sodass ihre Klage insgesamt abzuweisen war. Ihre Anschlussberufung hat deshalb keinen Erfolg, während die Berufung der Beklagten, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zu einer weiteren Zahlung an die Klägerin richtet, Erfolg hat.

d) Der Beklagten steht darüber hinaus aus § 346 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der Abschlagszahlung von 81.946,55 € zu.

Denn im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses sind auch die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 Abs. 1 BGB). Dies bedeutet, dass die Beklagte von der Drittwiderbeklagten die als Abschlagszahlung bezahlten Beträge zurückfordern kann.

aa) Zwar schuldet die Beklagte im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses auch die Rückgabe der empfangenen Planungsleistungen der Drittwiderbeklagten, wobei die wechselseitigen Rückgewährpflichten gemäß § 348 BGB Zug um Zug zu erfüllen sind. Eine Zugum-Zug-Verurteilung hatte jedoch nicht zu erfolgen, da die Drittwiderbeklagte ihren Rückgewähranspruch nicht geltend gemacht hat, was jedoch erforderlich gewesen wäre (BGH, Urteil vom 12.10.2017 – IX ZR 288/14 = NJW-RR 2018, 48 [Rn. 45]).

bb) Dem Rückgewähranspruch der Beklagten steht auch kein Wertersatzanspruch gegenüber. Ein solcher wurde ebenfalls nicht geltend gemacht. Er bestünde aber auch dem Grunde nach nicht (dazu unter (1)), würde aber jedenfalls die Höhe des im Rechtsstreit verfolgten Rückzahlungsanspruchs der Beklagten gegen die Drittwiderbeklagte weder ganz noch teilweise tangieren (dazu unter (2)).

(1) Der Bundesgerichtshof führt in seinem Urteil vom 23.11.2006 – VII ZR 110/05 (NJW-RR 2007, 378 [Rn. 28]), aus:

„Nach der Feststellung des LG, auf welche das BerGer. verweist, hat die Bekl. der Kl. die von ihr erhaltenen Planungsunterlagen zurückgegeben. Ob damit alle empfangenen Leistungen zurückgewährt worden sind, hängt davon ab, ob die Bekl. die Unterlagen verwertet

hat. Soweit eine Verwertung nicht stattgefunden hat, muss es mit der Rückgabe der Unterlagen sein Bewenden haben. Insoweit dagegen die Bekl. Unterlagen verwertet hat, ist eine Rückgewähr der empfangenen Leistung ausgeschlossen, weil sie nicht möglich ist. Lediglich in diesem Rahmen kommt anstelle der Rückgewähr ein Wertersatz für die erbrachte und verwendete Teilleistung in Betracht.“

Eine Verwertung der Planung der Drittwiderbeklagten durch die Beklagte ist weder substantiiert dargelegt noch ersichtlich. Die Beklagte hat vorgetragen, die Planungsleistungen seien für das durch einen dritten Architekten betreute geänderte Sanierungsprojekt nicht verwendet worden. Die Realisierung einer „Ein-Becken-Planung“ gehe nicht auf Vorschläge der Drittwiderbeklagten zurück, sondern beruhe auf einer früheren Planung eines Dritten aus dem Jahre 2013. Diese Planung habe sie zwar eigentlich nicht ausführen wollen, es aber nun notgedrungen doch getan. Diesem Vorbringen ist die – für ihren Wertersatzanspruch darlegungs- und beweisbelastete – Drittwiderbeklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Ihr Vorbringen erschöpft sich vielmehr in der bloßen Behauptung, ihre „Planungsleistungen“ seien auch bei der geänderten Sanierung durch Dritte berücksichtigt worden. Es ist aber nicht ersichtlich, welche Erkenntnisse aus der Planung der Drittwiderbeklagten für ein Bauvorhaben, das weit außerhalb der Budgetvorstellungen der Beklagten lag, verwertbar gewesen sein sollen. Etwas anderes ergäbe sich auch nicht, wenn die Planung der Drittwiderbeklagten – worauf die Klägerin im Schriftsatz vom 26.09.2025 abstellen will – bei Verhandlungen der Beklagten über weitere Fördermittel herangezogen worden wäre. Denn diese Verhandlungen blieben ohne Erfolg. Die Planung der Drittwiderbeklagten war für die Beklagte wirtschaftlich nutzlos. Sie musste von neuem – nunmehr unter Zugrundelegung des richtigen Kostenrahmens – begonnen werden.

(2) Nähme man an, dass die Beklagte Erkenntnisse aus der Grundlagenermittlung der Drittwiderbeklagten verwertet hätte, ergäbe sich für diese Leistungen der Leistungsphase 1 selbst auf der Grundlage der von der Klägerin veranschlagten anrechenbaren Kosten von (höchstens) 7.225.988,84 €, dem Ansatz aller weiteren, in der Teilschlussrechnung ausgewiesenen Kosten der Drittwiderbeklagten und ohne Abzug des Wettbewerbshonorars (vgl. Anlage K26) – lediglich ein Honorar-/Wertersatzbetrag von 27.418,98 €, der sich wie folgt errechnen würde:

Honorar Lph 1 netto	17.084,75 €
Besondere Leistung (vertiefte Berechnung)	1.320,19 €
Besondere Leistung nach h 6 h a 100,- €/Std.	600,00 €
Besondere Leistung nach h 12 h a 75,- €/Std.	900,00 €
Reisekosten, 580 km a 0,4 €/km	232,00 €
Tagespauschale B., J.	1.600,00 €
Zwischensumme Lph 1 netto	21.736,94 €
6% Nebenkosten aus Nettohonorar (§ 3.8)	1.304,22 €
Gesamthonorar Lph 1 netto	23.041,16 €
zzgl. 19% USt.	4.377,82 €
Gesamthonorar Lph 1 brutto	27.418,98 €

Dieser Betrag liegt deutlich unter den 45.000 €, die die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits auf das Honorar der Drittwiderbeklagten gezahlt hat und die sie nicht zurückverlangt.

2. Aber auch wenn man die Kündigungserklärung der Beklagten nicht als Rücktrittserklärung auffassen wollte, stünde der Drittwiderbeklagten aufgrund der Regelung in § 10 des Architektenvertrages (Anlage K1) keine Vergütung für die von ihr erbrachten Leistungen zu.

Die Beklagte hat, wie es § 10 verlangt, schriftlich gekündigt (Anlage K6a).

Die Drittwiderbeklagte hat die Kündigung zu vertreten. Denn sie hat eine Planung vorgelegt, die sich schon, was den Rahmen der Wettbewerbsleistungen betrifft, nicht innerhalb des ausgeschriebenen Budgets bewegt hat. Sie hat zudem ihre Pflichten aus der Leistungsphase 1 verletzt. Denn dort trifft den Architekten die Pflicht, die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Bauherrn festzustellen und sich nach dessen Finanzierungsmöglichkeiten zu erkundigen. Beginnt der Architekt ohne verlässliche Kenntnis von den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Bauherrn mit der Planung, verletzt er regelmäßig seine Vertragspflichten (BGH, Urt. v. 21.03.2013 – VII ZR 230/11 – BGHZ 197, 93 = BauR 2013, 1143 = NJW 2013, 1593 = NZBau 2013, 386; Löfelmann / Keldungs / Baldringer, Architektenrecht,

8. Auflage 2024, C. Baukostenobergrenze, Rn. 8), gerade bei öffentlichen Auftraggebern (OLG Brandenburg, Urteil vom 14.01.2015 – 4 U 27/13 = IBRRS 2015, 0231). Diese schuldhafte Pflichtverletzung der Drittwiderbeklagten bedingte die Kündigung der Beklagten.

Die Leistung der Drittwiderbeklagten war für die Beklagte auch nicht brauchbar; vielmehr überschritt sie deutlich das Budget der Beklagten. Die Beklagte hat die Leistung der Drittwiderbeklagten – wie bereits ausgeführt – auch nicht verwertet.

Da jedenfalls eine der Drittwiderbeklagten möglicherweise zustehende Vergütung für die Leistungen der Leistungsphase 1 unterhalb des der Drittwiderbeklagten auch in Anbetracht des Erfolgs der Drittwiderklage verbleibenden Betrages liegt (s. o.), steht ihr auch aus § 10 des Architektenvertrages kein weiterer Vergütungsanspruch zu. Vielmehr ist sie aufgrund des Vertrages (BGH, Urteil vom 30.09.2004 – VII ZR 187/03 = NJW-RR 2005, 129) zur Rückzahlung der Überzahlung an die Beklagte in der geforderten Höhe verpflichtet.

3. Zu den geltend gemachten Nebenforderungen sind lediglich folgende Bemerkungen veranlasst:

Aufgrund der vollständigen Klageabweisung hat die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten oder Zinsen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Drittwiderbeklagte die Beklagte wirksam in Verzug setzen konnte oder nicht.

Die Drittwiderbeklagte schuldet der Beklagten jedoch die Zahlung von Zinsen für den geltend gemachten Rückzahlungsbetrag in der beantragten Höhe (§§ 288 Abs. 1, 291 BGB). Zinsen stehen der Beklagten aber erst ab Zustellung der Drittwiderklage zu. Die Zustellung der Drittwiderklage erfolgte am 02.03.2017 (zu Bl. 37 Rs.). Soweit die Beklagte in der Berufung darüber hinaus – schon ab 22.02.2017 – Zinsen verlangt, war ihre insofern zweitinstanzlich erweiterte Klage abzuweisen und die Berufung zurückzuweisen.

KG zur Frage der Vergütung eines Gerüstbauunternehmens bei vorzeitiger Beendigung des Gerüstbauvertrags

vorgestellt von Thomas Ax

Die Vergütung eines Gerüstbauers verringert sich jedenfalls dann auf die „große“ Kündigungsvergütung gemäß § 648 BGB, soweit sie werkvertragliche Leis-

tungen abgilt und die vorzeitige Beendigung des Gerüstbauvertrags dazu führt, dass diese Leistungen reduziert werden.(Rn.83) Einigen sich die Parteien eines Gerüstbauvertrags darauf, dass ein bereits gestelltes Gerüst anstelle des Bestellers von einem Dritten übernommen wird, von dem der Gerüstbauer sodann für den noch ausstehenden Abbau bezahlt wird, so liegt in dieser Vergütung anderweitiger Erwerb, den der Gerüstbauer durch den Einsatz seiner für den Abbau erforderlichen Arbeitskräfte erzielt.(Rn.92) Dieser anderweitige Erwerb ist auf die große Kündigungsvergütung nur bis zur Höhe der Kosten anzurechnen, die dem Gerüstbauer durch den Einsatz seiner Arbeitskräfte für den entfallenen Abbau gegenüber dem ersten Auftraggeber entstanden wären.(Rn.103) Haben die Parteien des Gerüstbauvertrags einen Grundpreis vereinbart, der Auf- und Abbau des Gerüsts sowie eine vierwöchige Grundvorhaltezeit abgilt, ist es zulässig, wenn der Gerüstbauer den durch den anderweitig beauftragten Abbau des Gerüsts erzielten Erwerb mit einem pauschalen Abschlag von 30 % auf die Grundpreise veranschlagt.(Rn.99)

Ein Gerüstbauvertrag ist ein gemischttypischer Vertrag. Er umfasst eine werkvertragliche Komponente in Form von Auf- und Abbau des Gerüsts und eine mietvertragliche Komponente in Form der Überlassung des aufgebauten Gerüsts für eine bestimmte Dauer. Aus dieser Mischnatur ergibt sich, dass ein Gerüstbauvertrag auf unterschiedliche Weise gekündigt bzw. vorzeitig beendet werden kann, nämlich durch vorzeitige Beendigung der mietvertraglichen Komponente oder der werkvertraglichen Komponente.(Rn.78) (Rn.79) Das Gerüstbauunternehmen kann nach der Beendigung des Gerüstbauvertrags durch den Einsatz seiner dadurch freigestellten Arbeitskräfte anderweitigen Erwerb erzielen haben. Dieser anderweitige Erwerb ist grundsätzlich nach der Formel $AWE = T \times A$ zu berechnen, wobei T die Summe der Arbeitsstunden darstellt, in denen der Unternehmer seine Arbeitskräfte für einen anderen Auftrag anstelle des beendeten Vertrags einsetzen konnte. Der Faktor A entspricht den Bruttogesamtkosten, die dem Unternehmer durch den Einsatz der anderweitig eingesetzten Arbeitskraft pro Stunde entstehen (Anschluss KG Berlin, Urteil vom 4. Juli 2025 - 21 U 129/23).(Rn.96) § 648 BGB regelt, dass sich der Unternehmer nur den Erwerb anrechnen lassen muss, den er durch den anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft erwirtschaftet. Bei den Gerüstbauteilen eines Gerüstbauers handelt es sich nicht um seine "Arbeitskraft", sondern sein Kapital. Daher hat hiermit eventuell erzielter anderweitiger Erwerb bei der großen Kündigungsvergütung au-

ßer Betracht zu bleiben.(Rn.101) Die große Kündigungsvergütung nach § 648 BGB zielt darauf ab, den Unternehmer so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag vollständig durchgeführt worden wäre. Daraus ergibt sich, dass ihm der Gewinn, den er dann erzielt hätte, in vollem Umfang erhalten bleiben muss. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn er sich den anderweitigen Erwerb, den er mit seinen Arbeitskräften erzielt, nur bis zur Höhe der Kosten anrechnen lassen muss, die ihm durch den Einsatz dieser Arbeitskräfte im Rahmen des beendeten Vertrages entstanden wären.(Rn.103)

KG, Urteil vom 18.11.2025 - 21 U 16/25

Gründe:

I.

Die Klägerin, ein Gerüstbauunternehmen, nimmt die Beklagte aus zwei Gerüstbauverträgen auf Vergütung in Anspruch.

Die Beklagte ließ im Jahr 2022 auf der Immobilie S in Berlin (im Folgenden: Bauvorhaben S bzw. S-Straße) und auf der Immobilie O in Berlin (im Folgenden: Bauvorhaben O bzw. O-Straße) Bauarbeiten durchführen.

Mit Vertrag vom 3./11. Mai 2022 beauftragte die Beklagte die Klägerin, ein näher spezifiziertes Gerüst für das Bauvorhaben S-Straße aufzubauen und ihr für die Dauer der Bauarbeiten zu überlassen. Die Parteien bezeichneten den Vertrag als "VOB-Bauvertrag" zu dem "Gewerk: 01. Gerüstarbeiten" und erklärten unter anderem, die VOB/B und die VOB/C zu Grundlagen und Bestandteilen der Vereinbarung. Das Leistungsverzeichnis enthält Positionen für Anlieferung, Aufbau, Abbau des Gerüsts bzw. einzelner gesondert ausgewiesener Bestandteile, die nach Längen- oder Flächenmaßen (qm, lfd m oder – bei Treppen – stg m) abzurechnen sind. Diese Auf- und Abbaupositionen gelten jeweils auch eine vierwöchige Überlassungszeit ab, sie werden im Folgenden als Grundpositionen bzw. Grundpreise bezeichnet. Daneben enthält das Leistungsverzeichnis gesonderte Positionen für die Überlassung des Gerüsts bzw. der gesondert ausgewiesenen Bestandteile für jede Woche, die über die Basiszeit von vier Wochen hinausgeht. Diese Positionen werden im Folgenden als Mietpositionen bzw. Mietpreise bezeichnet. Ihre Abrechnung richtet sich nach der dazugehörigen Grundposition multipliziert mit der Dauer der Überlassung in Wochen, also beispielsweise im Fall der Grundposition für das nach qm abzurechnende Gerüst

nach qmWo. Wegen der Einzelheiten wird auf den Gerüstbauvertrag (Anlage K 1) verwiesen.

Die Klägerin baute das beauftragte Gerüst auf und überließ es der Beklagten. Am 16. Dezember 2022 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit dem "Nachtrag 001 Abfangen des Gerüsts" zu einem Preis von 2.415,20 € (einschließlich Umsatzsteuer). Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 8 verwiesen. Per Mail vom 11. Juli 2023 forderte die Beklagte die Klägerin auf, das Gerüst bis zum 17. Juli 2023 vollständig abzubauen und zu entfernen. Die Klägerin kam dem nach.

Über Auf- und Abbau sowie Überlassung des Gerüsts rechnete die Klägerin unter dem 24. Juli 2023 mit einer Schlussrechnung ab, die unter Berücksichtigung von Zahlungen der Beklagten eine offene Vergütung in Höhe von 56.167,37 € (einschließlich Umsatzsteuer) auswies. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 3 verwiesen. Die Beklagte leistete hierauf keine weiteren Zahlungen.

Mit Vertrag vom 11./12. Oktober 2022 beauftragte die Beklagte die Klägerin, ein näher spezifiziertes Gerüst auf dem Bauvorhaben O-Straße aufzubauen und ihr für die Dauer der Bauarbeiten zu überlassen. Auch diesen Vertrag bezeichneten die Parteien als "VOB-Bauvertrag" zu dem "Gewerk: 01. Gerüstarbeiten" und erklärten unter anderem, die VOB/B und die VOB/C zu Grundlagen und Bestandteilen der Vereinbarung. Das zu dem Vertrag gehörende Leistungsverzeichnis weist wie der Gerüstbauvertrag S-Straße Grundpreise und Mietpreise auf. Wegen der Einzelheiten wird auf den Gerüstbauvertrag O-Straße (Anlage K 4) verwiesen.

Die Klägerin baute das beauftragte Gerüst auf und überließ es der Beklagten. Zu einem späteren Zeitpunkt einigten sich die Parteien, dass das Gerüst mit Ablauf des 12. Oktober 2023 vom Auftraggeber der Beklagten übernommen werde und die Beklagte aus dem Vertrag ausscheide. Das Gerüst blieb somit auf dem Bauvorhaben O-Straße stehen und wurde vom Auftraggeber der Beklagten weiter genutzt, der die Klägerin dafür in unbekannter Höhe bezahlte. Unter dem 14. November 2023 legte die Klägerin Schlussrechnung gegenüber der Beklagten über die Zeit bis zum 12. Oktober 2023. Dabei berechnete sie die Grundpositionen nur mit jeweils 70 %, da sie auch den Abbau des jeweiligen Gerüstbestands abgelten, für den die Klägerin nun vom Auftraggeber der Beklagten vergütet wird. Nach Anrechnung der geleisteten Zahlungen weist die Schlussrechnung

nung eine offene Vergütung von 141.949,00 € (einschließlich Umsatzsteuer) aus. Die Beklagte leistete keine weiteren Zahlungen.

Zur Durchsetzung des offenen Betrags aus den beiden Schlussrechnungen hat die Klägerin vor dem Landgericht Berlin II Klage erhoben.

Die Beklagte ist der Klage insbesondere mit den folgenden Argumenten entgegengetreten: Die Schlussrechnungen seien nicht prüfbar, da Aufmaßblätter fehlten bzw. nicht nachvollziehbar seien. Der Nachtrag 1 zum Vertrag S-Straße sei falsch abgerechnet. Die Klägerin habe die Gerüste mangelhaft aufgebaut. Bei dem Gerüst S-Straße habe ihr die Klägerin die Überlassung bis zum 24. Juli 2023 in Rechnung gestellt; tatsächlich hätte dies nur bis zum 17. Juli 2023 abgerechnet werden dürfen, da die Beklagte das Gerüst per Mail vom 11. Juli 2023 zu diesem Tag freigegeben hatte. Die Klägerin könne die Grundpositionen des Gerüsts O-Straße nicht mit 70 % ansetzen, da sie den Abbau von ihrem neuen Auftraggeber, dem vormaligen Auftraggeber der Beklagten, bezahlt erhalten habe und die Quote nicht nachvollziehbar sei. Schließlich stehe der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zu, da die Klägerin keine aktuelle Freistellungsbescheinigung gemäß § 48b EStG vorgelegt habe.

Nachdem die Klägerin ihre Klage wegen des Bauvorhabens O-Straße um 1.446,53 € auf 140.502,37 € (jeweils einschließlich Umsatzsteuer und nebst Zinsen) zurückgenommen hatte, hat ihr das Landgericht mit Urteil vom 7. Januar 2025 in der sich daraus ergebenden Gesamthöhe von 196.669,74 € stattgegeben. Die Argumente der Beklagte hat das Landgericht zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung sowie weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf das Urteil verwiesen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung, zu deren Begründung sie ihr Vorbringen aus der ersten Instanz aufrechterhält.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Klage abgewiesen wird.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II.

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Das Urteil des Landgerichts ist dahin abzuändern, dass die Beklagte lediglich zur Zahlung von 172.624,96 € zuzüglich Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen wird. Nach Auffassung des Berufungsgerichts beläuft sich der Vergütungsanspruch der Klägerin für das Gerüst S-Straße auf einen etwas geringeren Betrag als vom Landgericht zuerkannt. Hinsichtlich des Bauvorhabens O-Straße bleibt die Entscheidung des Landgerichts unverändert.

1. Bauvorhaben S-Straße

Aus dem Gerüstbauvertrag für das Bauvorhaben S-Straße steht der Klägerin ein offener Vergütungsanspruch von lediglich 32.122,59 € (einschließlich Umsatzsteuer) zu und nicht, wie von ihr in der Schlussrechnung Anlage K 3 ermittelt, in Höhe von 56.167,37 € (einschließlich Umsatzsteuer).

a) Die Schlussrechnung ist prüffähig

Die Schlussrechnung der Klägerin für das Gerüst S-Straße ist prüffähig. Ihre Rechnung nimmt auf die Grund- und Mietpreise des vertraglichen Leistungsverzeichnisses Bezug, bringt die Mengen und Zeiten in Ansatz, die die Klägerin jeweils erbracht haben will und multipliziert sie mit den Einheitspreisen. Das so erstellte Zahlenwerk kann ohne Weiteres mit Hilfe der beigefügten Aufmaßblätter nachvollzogen werden, wie es das Gericht im Termin mündlich erläutert hat. In den Aufmaßblättern werden die einzelnen Fassaden, vor denen die Klägerin das Gerüst bzw. Gerüstbestandteile aufgebaut hatte, nach ihrer Himmelsrichtung bezeichnet ("Nord Ost", "Nord West" etc.). Sodann werden die Maße der dort jeweils abgerechneten Gerüstbestandteile angegeben. So kann der Rechnung entnommen werden, dass vor der Nordost-Fassade ein Gerüst über eine Länge von 38,20 m Länge gestellt wurde (teilweise in Segmente von 23,00 m und 15,20 m unterteilt), vor der Nordwest-Fassade ein Gerüst über eine Länge von 21,00 m usf. Wertet man außerdem die Spalten "Höhe" und "Vorhaltebeginn" aus, so ist der Rechnung weiter zu entnehmen, dass das Gerüst über die Länge der jeweiligen Fassade hinweg offenbar in Etappen erhöht wurde, wobei Maximalhöhen von 18,20 m, 20,50 m und 23,50 m erreicht wurden, was angesichts der in Berlin verbreiteten Traufhöhe von 22 m plausibel ist. Das Entsprechende gilt für die anderen Bestandteile des Gerüsts.

b) Korrektur der abgerechneten Gesamtvergütung

Allerdings erweist sich die von der Klägerin für das Bauvorhaben S-Straße in Rechnung gestellte Gesamtvergütung von 172.450,36 € (netto) als überhöht und ist um einen Korrekturbetrag von 20.618,07 € (netto) zu verringern. Auf die aus seiner Sicht insoweit bestehenden Unzulänglichkeiten in Schlussrechnung bzw. Parteivorbringen hat das Berufungsgericht die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung hingewiesen. Der Klägerin war keine Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu einzuräumen, da sie darauf verzichtet hat (vgl. Terminsprotokoll vom 8. Oktober 2025, S. 1).

Der Korrekturbetrag, um den die Schlussrechnung überhöht ist und der von der geltend gemachten Vergütung abgezogen werden muss, ermittelt sich wie folgt:

aa) Grundpreis Gerüst LK 4 (Position 003)

Der Grundpreis für Auf- und Abbau sowie die vierwöchige Grundstellzeit, abgerechnet als Position 003, ist um 17.222,70 € zu mindern. Die Klägerin hat hier einen Mengenvordersatz von 6.839,36 qm in Ansatz gebracht. Dieser Wert ist ohne nähere Aufklärung unplausibel, wenn er sich nicht sogar als falsch erweisen sollte. Jedenfalls beim aktuellen Streitstand ist demgegenüber eine um 2.026,20 qm geringere Gesamtfläche von 4.813,16 qm zutreffend. Bei einem Einheitspreis von 8,50 €/qm errechnet sich somit eine Überhöhung um $2.026,20 \text{ qm} \times 8,50 \text{ €/qm} = 17.222,70 \text{ €}$.

Diese Überhöhung lässt sich der Schlussrechnung einschließlich der Aufmaßblätter entnehmen, gerade weil diese prüffähig sind. Sie ergibt sich wie folgt:

Betrachtet man die Aufmaßblätter zur Schlussrechnung S-Straße entsteht der Eindruck, die Gesamtfläche von 6.839,36 qm sei die Gesamtsumme der Werte in der Spalte "Massen", den die Klägerin durch Addition der dort eingetragenen Teilmengen errechnet hat. Dieses Vorgehen wäre unrichtig. Denn offenbar ist ein und dasselbe Gerüstsegment mehrfach in unterschiedlichen Zeilen eingetragen und würde bei Addition sämtlicher Werte in der Spalte "Massen" mehrfach in Ansatz gebracht. Darauf deuten die Werte in den Spalten "Vorhalt Beginn" und "Vorhalt Ende" hin. Bei den Fassaden "Nord Ost" und "Süd Ost" ist bei mehreren Aufmaßblättern, also Gerüstsegmenten, als Ende des Vorhalts nicht der 24. Juli 2023, sondern ein früheres Datum eingetragen (30. August 2022 oder 23. Februar 2023), während es weitere Zeilen mit gleich großen

oder sogar größeren Flächen gibt, bei denen der Vorhalt am selben Tag oder erst danach beginnt. Im Zweifel ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin während der Stellzeit ein und dasselbe Gerüstsegment ab- und wieder aufbaute. Vielmehr ist anzunehmen, dass sie ein und dasselbe durchgängig gestellte Gerüstsegment sukzessive erhöhte und es in seinen unterschiedlichen nacheinander erreichten Höhen auf unterschiedliche Zeilen der Aufmaßtabelle verteilte. Da sich die Stellzeiten unterschiedlicher Zeilen in der Tabelle nicht überschneiden, ist dieses Vorgehen unschädlich für die Ermittlung der Mietpreise, die in qmWo ermittelt werden. Wird ein und dasselbe Gerüstsegment aber auf mehrere Zeilen verteilt, darf die Grundpauschale nicht durch Addition sämtlicher Werte in der Spalte "Massen" errechnet werden, weil sonst einzelne Segmente mehrfach in Ansatz gebracht werden, obwohl die Klägerin sie nur einmal auf- und abbauete.

Bei genauerem Hinsehen ergibt sich zwar, dass der Gesamtwert der Grundposition 003 von 6.839,36 qm entgegen dem ersten Anschein doch nicht die Summe der Einzelwerte der Spalte Massen ist, diese beläuft sich auf 8.148,02 qm. Der in seiner Zusammensetzung nicht nachvollziehbare Wert von 6.839,36 qm ist aber dennoch unrichtig. Denn ausgehend von der Grundannahme, dass das Gerüst während der Stellzeit im Zweifel nicht zwischenzeitlich ab- und wieder aufgebaut wurde, sondern allenfalls mit den Arbeiten "wuchs", muss sich der Gesamtwert der Grundpauschale auf die Gesamtfläche der eingerüsteten Fassaden belaufen. Diese Gesamtfläche ermittelt sich auf Grundlage der Angaben im Aufmaßblatt wie folgt:

S-Straße:

Fassade Nord Ost: $38,20 \text{ m} \times 20,50 \text{ m} = 783,10 \text{ qm}$

Fassade Nord West: $21,00 \text{ m} \times 23,50 \text{ m} = 493,50 \text{ qm}$

Fassade Süd Ost: $64,80 \text{ m} \times 20,50 \text{ m} = 1.328,40 \text{ m}$

Fassade Süd West: $38,20 \text{ m} \times 20,50 \text{ m} = 783,10 \text{ m}$

A-Straße:

Fassade Hofseite: $60,50 \text{ m} \times 18,20 \text{ m} = 1.101,10 \text{ qm}$

Fassade Straßenseite: $17,80 \text{ m} \times 18,20 \text{ m} = 323,96 \text{ qm}$

Als Gesamtfläche der eingerüsteten Fassade errechnen sich somit in Summe 4.813,16 qm. Dieser Wert ist um

2.026,20 qm geringer als die von der Klägerin in Ansatz gebrachte Gesamtfläche von 6.839,26 qm.

bb) Sonstige Grundpositionen

Bei der sonstigen Grundpositionen der Schlussrechnung hat das Berufungsgericht keine Unstimmigkeiten festgestellt.

cc) Mietpreise (Positionen 004, 006, 008, 010, 020 und 022)

Allerdings erweisen sich alle Mietpositionen um insgesamt 1.856,37 € (netto) überhöht. Dies folgt daraus, dass die Klägerin überall eine Überlassung des Gerüsts bis zum 24. Juli 2023, also einschließlich der 29. KW 2023 in Ansatz gebracht hat. Tatsächlich war sie nur berechtigt, die Überlassung des Gerüsts bis zum 17. Juli 2023, also um eine Kalenderwoche weniger zu berechnen. Es ergibt sich eine Überhöhung der Mietpositionen um 1.856,37 €.

(1) Ermittlung der abrechenbaren Gebrauchsüberlassung

Die abrechenbare Dauer der Gebrauchsüberlassung ergibt sich aus Ziff. 5.4.3.2 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) für Gerüstarbeiten (DIN 18451, im Folgenden: ATV Gerüstarbeiten). Da diese ATV Teil der VOB/C sind, haben die Parteien in zweifacher Weise in § 2 Abs. 1 des Gerüstbauvertrag S-Straße (Anlage K 3) ihre Geltung vereinbart: Direkt, indem sie dort die VOB/C zu Vertragsgrundlage erklärten, und indirekt, indem sie die VOB/B in ihren Vertrag einbezogen, wodurch die in den VOB/C enthaltenen ATV auch über § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B Vertragsbestandteil werden.

Nach Ziff. 5.4.3.2 der ATV Gerüstarbeiten endet die abrechenbare Gebrauchsüberlassung mit der Freigabe des Gerüsts durch den Auftraggeber, jedoch frühestens drei Werktagen nach Zugang dieser Erklärung beim Gerüstbauer. Handelt es sich wie im vorliegenden Fall um ein Arbeitsgerüst, zählt die Dauer des Abbaus nicht in die Überlassungszeit, wie sich aus Ziff. 5.4.3.4 der ATV Gerüstarbeiten ergibt, wo nur bei Traggerüsten eine abweichende Vereinbarung vorgesehen ist.

Die Beklagte forderte die Klägerin am Dienstag, den 11. Juli 2023, auf, das Gerüst bis zum 17. Juli 2023 vollständig abzubauen und zu entfernen. Nach dieser Erklärung sollte die Klägerin schnellstmöglich mit dem Abbau beginnen und also die Überlassung beenden.

Die Nennung des 17. Juli 2023 ist ohne Bedeutung, denn die Beklagte gab diesen Termin nur als spätestes Ende, nicht aber als frühesten Beginn des Abbaus vor. Somit bleibt es dabei, dass die Überlassung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Zugang der Freimeldung bei der Klägerin endet. Da die Klägerin die Freimeldung unstreitig auch am 11. Juli 2023 erhielt, endet die Überlassungszeit folglich mit Ablauf des 14. Juli 2023, einem Freitag. Die Klägerin ist folglich nicht berechtigt, die 29. KW 2023 vom 17. bis zum 23. Juli 2023 als Überlassungszeit abzurechnen.

(2) Ermittlung des Korrekturbetrags

Folglich sind alle Mietpositionen um eine Woche Überlassungsdauer zu kürzen. Zur Ermittlung des Korrekturbetrags ist mangels anderen Vortrags davon auszugehen, dass der betreffende Gerüstbestandteil am Ende der Stellzeit in maximalem Umfang, also mit maximaler Fläche oder Länge aufgebaut war. Somit ist jede Mietposition pro Woche um den Flächen- bzw. Längensatz der dazugehörigen Grundposition multipliziert mit einer Woche zu kürzen. Dabei ist der Mengenvordersatz der dazugehörigen Grundposition heranzuziehen, der der Schlussrechnung Anlage K 3 zu entnehmen ist. Einzige Ausnahme ist die Position 004 "Miete für Gerüst LK 4". Für diese ist der korrigierte Mengensatz von 4.813,16 qm maßgeblich (vgl. oben aa)).

Das Berufungsgericht hat auf diese Weise die folgenden Kürzungsbeträge für die einzelnen Mietpositionen errechnet:

Position 004: 1.058,90 €

Position 006: 143,33 €

Position 008: 157,34 €

Position 010: 97,50 €

Position 020: 235,42 €

Position 0222: 163,88 €

In Summe ergibt sich der Kürzungsbetrag von 1.856,37 €.

dd) Nachträge

Insoweit ist ein Korrekturbetrag von 1.539,00 € (netto) in Ansatz zu bringen. Zwischen den Parteien ist mittlerweile unstreitig, dass die Beklagte die Klägerin nur mit

dem Nachtrag 001 "Abfangen des Gerüsts" beauftragte. Die Klägerin hat das entsprechende Auftragschreiben als Anlage K 7 vorgelegt. Somit ist die Klägerin auch nur zur Abrechnung der Nachtragsvergütung berechtigt, die sich aus diesem Schreiben ergibt. Sie beläuft sich auf 2.071,00 € (netto). In ihre Schlussrechnung hat sie hingegen eine Nachtragsvergütung von insgesamt 3.610,00 € (netto) in Ansatz gebracht (vgl. Anlage K 3). Die Überhöhung von 1.539,00 € muss somit als Korrekturbetrag abgezogen werden.

ee) Ermittlung des Korrekturbetrags

Weitere Korrekturen sind an der Schlussrechnung für das Bauvorhaben S-Straße nicht vorzunehmen. Somit ermittelt sich der folgende Korrekturbetrag:

Korrektur Position 003: 17.222,70 €
Korrektur Überlassungszeit: 1.856,37 €
Korrektur Nachtrag 1: 1.539,00 €
Summe: 20.618,07 €

c) Ermittlung der offenen Vergütung für das Bauvorhaben S-Straße

Der offene Vergütungsanspruch der Klägerin aus dem Gerüstbauvertrag für das Bauvorhaben S-Straße ermittelt sich somit ausgehend von der Schlussrechnung Anlage K 3 wie folgt:

Gesamtvergütung (netto) nach der Schlussrechnung:
147.873,75 €
abzüglich des Korrekturbetrags:
- 20.618,07 €
Zwischensumme korrigiert:
127.255,68 €
abzüglich des Nachlasses von 2 %:
2.545,11 €
Gesamtvergütung (netto) korrigiert:
124.710,57 €
19 % Umsatzsteuer:
23.695,01 €
Gesamtvergütung (brutto) korrigiert:
148.405,58 €
abzüglich geleisteter Zahlungen (brutto):
116.282,99 €
Offene Vergütung (brutto):
32.122,59 €

d) Keine Gegenrechte der Beklagten

Der Beklagten stehen gegenüber diesem Vergütungsanspruch keine Gegenrechte zu.

aa) Keine Mängelrechte

Solche Gegenrechte ergeben sich nicht daraus, dass sich die Beklagte auf Mängel am Gerüst beruft. Nachdem das Gerüst mittlerweile vollständig wieder abgebaut ist, können Mängel nur insoweit Relevanz haben, wie sie der Nutzung des Gerüsts während der Überlassungszeit entgegenstanden. Ein Mangel am Gerüst mag dann eventuell dazu führen, dass für die Dauer seines Fortbestands die Überlassung des mangelbehafteten Gerüstteils nicht abgerechnet werden kann. Derartige lässt sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Es ist schon unklar, welche Mängel es gegeben haben soll. Erst recht ist nicht nachvollziehbar, inwieweit und wie lange hierdurch die Nutzung welcher Gerüstteile beeinträchtigt gewesen sein soll.

bb) Keine Berechtigung zum Steuerabzug

Die Beklagte ist gegenüber der Vergütungsforderung auch nicht zum Steuerabzug gemäß § 48 Abs. 1 EStG berechtigt, denn die Klägerin verfügt unstreitig über eine bis zum 9. Dezember 2024 gültige Freistellungsbescheinigung nach § 48b Abs. 1 S. 1 EStG. Dass der 9. Dezember 2024 mittlerweile verstrichen ist, ist unerheblich, da die Freistellungsbescheinigung nur zum Zeitpunkt der Leistung des Unternehmers gültig sein muss, nicht aber zum Zeitpunkt der Zahlung, vgl. § 48 Abs. 2 S. 1 EStG.

2. Bauvorhaben O-Straße

Aus dem Gerüstbauvertrag für das Bauvorhaben O-Straße steht der Klägerin ein offener Vergütungsanspruch von 140.502,37 € (einschließlich Umsatzsteuer) zu. Diese Summe entspricht dem offenen Betrag ihrer Schlussrechnung für dieses Vorhaben (Anlage K 6) von 141.949,00 € (einschließlich Umsatzsteuer) abzüglich des Teilbetrags von 1.446,53 € (einschließlich Umsatzsteuer), in Höhe dessen sie vor dem Landgericht ihre Klage zurückgenommen hat (vgl. Terminsprotokoll des Landgerichts vom 1. Oktober 2024, S. 2).

a) Die Schlussrechnung ist prüffähig

Die Schlussrechnung für das Bauvorhaben O-Straße ist ebenfalls prüffähig. Es gelten die Ausführungen unter Ziff. 1. a) entsprechend.

b) Ansatz der Grundpositionen mit 70 % ist nicht zu beanstanden

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Klägerin sämtliche Grundpositionen mit 70 % angesetzt hat. Die Klägerin muss weder im Einzelnen herleiten, wie sie diesen Ansatz von 70 % ermittelt hat, noch ist sie verpflichtet, eine geringere Quote in Ansatz zu bringen.

aa) Verringerung der Grundpreise auf die "große" Kündigungsvergütung

Bei den Grundpositionen, die Auf- und Abbau des betreffenden Gerüstbestandteils sowie die Vorhaltung für eine Dauer von vier Wochen abgelten, hat sich der Vergütungsanspruch der Klägerin auf die große Kündigungsvergütung gemäß § 648 BGB abgesenkt.

Ein Gerüstbauvertrag ist ein gemischttypischer Vertrag. Er umfasst eine werkvertragliche Komponente in Form von Auf- und Abbau des Gerüsts und eine mietvertragliche Komponente in Form der Überlassung des aufgebauten Gerüsts für eine bestimmte Dauer.

Aus dieser Mischnatur folgt, dass ein Gerüstbauvertrag auf unterschiedliche Weise gekündigt bzw. vorzeitig beendet werden kann, nämlich durch vorzeitige Beendigung der mietvertraglichen Komponente oder eben der werkvertraglichen Komponente.

Zur vorzeitigen Beendigung der mietvertraglichen Komponente kommt es, wenn der Besteller während einer fest vereinbarten Überlassungszeit des Gerüsts den Gerüstbauer zum vorzeitigen Abbau des Gerüsts auffordert. Hier führt die Kündigung dazu, dass das mietvertragliche Leistungselement, die Überlassung des Gerüsts, durch Kündigung oder Aufhebungsvereinbarung vermindert wird. Ein solcher Fall scheidet außerhalb der Grundüberlassungszeit von vier Wochen aus, wenn die Parteien wie häufig (und auch vorliegend) keine feste, sondern eine unbestimmte Überlassungszeit vereinbart haben.

Um eine vorzeitige Beendigung der werkvertraglichen Komponente des Gerüstbauvertrags geht es, wenn das vertragliche Leistungsprogramm um ein werkvertragliches Leistungselement vermindert wird. So verhält es sich etwa, wenn die Parteien darin übereinkommen, dass der Unternehmer die Werkleistung des Gerüstbaus anders als vertraglich vorgesehen nicht mehr ausführen soll. Da der Besteller die Wegnahme des dem Gerüstbauer gehörenden Gerüsts nicht durch einsei-

tige Kündigungserklärung verhindern kann, ist eine solche vorzeitige Vertragsbeendigung vor Gerüstabbau nur einvernehmlich durch Vereinbarung zwischen Besteller und Gerüstbauer möglich, etwa indem sich die Vertragsparteien vor Abbau des Gerüsts darauf einigen, dass das Eigentum am Gerüst auf den Besteller übergehen soll oder dass an seiner Stelle eine andere Person auf Auftraggeberseite in den Gerüstbauvertrag eintreten soll.

Ob in den Fällen der mietvertraglichen Kündigung eines Gerüstbauvertrags § 648 BGB die Vergütungsfolge regelt, erscheint dem Berufungsgericht zweifelhaft, wenngleich der Bundesgerichtshof dies für einen anderen, aber seiner Struktur nach nicht unähnlichen Fall eines gemischttypischen Vertrags mit miet- und werkvertraglichen Komponenten angenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2011, VII ZR 133/10). Diese Frage kann im vorliegenden Fall aber dahinstehen.

Im Fall der vorzeitigen Beendigung des werkvertraglichen Elements eines Gerüstbauvertrags ist die Anwendung der werkvertraglichen Vergütungsfolge des § 648 BGB indes grundsätzlich angezeigt. Auch wenn dem Besteller kein Grund zur Seite steht, der ihn zur außerordentlichen Kündigung des Gerüstbauvertrags berechtigt, führt die vorzeitige Vertragsbeendigung dazu, dass die vom Gerüstbauer zu erbringende Werkleistung reduziert wird, wodurch er Aufwendungen ersparen oder mit seinen kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräften anderweitigen Umsatz erzielen kann. Es ist nicht ersichtlich, warum sich der Gerüstbauer, die darin liegenden Vorteile nicht wie auch sonst im Rahmen eines Werkvertrags auf seine Vergütung anrechnen lassen sollte (für die Anwendung von § 648 auch OLG Köln, Urteil vom 26. März 1999, 4 U 47/98).

Dass wie bereits erwähnt eine solche vorzeitige Beendigung des werkvertraglichen Vertragselement in aller Regel gar nicht einseitig durch Kündigung, sondern nur einvernehmlich möglich ist, ist unerheblich. Denn auch wenn ein reiner Werkvertrag nicht durch Kündigung, sondern durch Aufhebungsvereinbarung zwischen den Parteien beendet wird, richtet sich die Vergütungsfolge dieser Vereinbarung nach § 648 BGB, solange dem Besteller nicht ein wichtiger Kündigungsgrund für eine außerordentliche Kündigung des Vertrags zur Seite gestanden hätte (BGH, Urteil vom 26. April 2018, VII ZR 82/17).

bb) Anwendung dieser Überlegungen auf den vorliegenden Fall

Aus diesen Überlegungen folgt für den vorliegenden Rechtsstreit:

Die Parteien haben sich unstreitig dahin geeinigt, dass das Leistungsprogramm der Klägerin um ein werkvertragliches Element verringert wird, indem sie übereinkamen, dass die Beklagte aus dem Vertrag ausscheiden und ein anderer Auftraggeber - vermutlich ein vom Bauherrn anstelle der Beklagten beauftragter neuer Generalunternehmer - in den Vertrag eintreten solle.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Beklagten ein wichtiger Grund zur Seite gestanden hätte, um den Vertrag in einer Form außerordentlich zu kündigen, die zum Wegfall der Vergütung der Klägerin für den noch nicht erbrachten Gerüstabbau geführt hätte.

Somit ist § 648 BGB auf den Gerüstbauvertrag mit der Folge anzuwenden, dass sich die Vergütung der Klägerin, soweit sie auf werkvertragliche Leistungen entfällt auf die große Kündigungsvergütung absenkt.

Die vertraglichen Werkleistungen der Klägerin bestehen im Auf- und Abbau des Gerüsts. Diese Leistungen werden durch die Grundpreise abgegolten. Somit senkt sich bei dieser Teilvergütung der Anspruch der Klägerin auf die große Kündigungsvergütung des § 648 BGB ab. Das bedeutet, dass sie sich auf die Grundpreise anrechnen lassen muss, was sie durch den absprachegemäß entfallenen Gerüstabbau an Aufwendungen erspart bzw. was sie durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskräfte erwerben kann.

(1) Keine ersparten Aufwendungen

Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin durch die vorzeitige Beendigung des Gerüstbauvertrags Aufwendungen erspart hätte. Weil sie nicht mehr gegenüber der Beklagten zum Abbau des Gerüsts verpflichtet war, ersparte sie den Einsatz ihrer Arbeitskräfte für eben diesen Abbau. Diese entfallene Arbeitslast stellt aber keine ersparten Aufwendungen dar, zumal die Klägerin jedenfalls gegenüber fest angestellten Mitarbeitern durch den Wegfall des Abbaus in aller Regel auch nicht von Gehaltszahlungen befreit wird. Vielmehr ist der Umstand, dass für die Klägerin der Aufwand des Abbaus entfallen ist und sie die hierfür vorgesehenen Arbeitskräfte anders nutzen konnte im Rahmen des anderweitigen Erwerbs zu berücksichtigen (vgl. Retzlaff, BauR 2023, 1036 ff).

Dass die Klägerin das Gerüst über den Zeitpunkt der Beendigung des Vertrags mit der Beklagten hinaus nicht

mehr für diesen Vertrag verwenden musste, ist ebenfalls unerheblich. Dieses Ersparnis ist keine spezifische Folge der (werkvertraglichen) Vertragsaufhebung. Zu dieser Ersparnis wäre es - jedenfalls nach Ablauf von drei Werktagen - auch gekommen, wenn die Beklagte das Gerüst regulär, d.h. gemäß Ziff. 5.4.3.2 der ATV Gerüstarbeiten zum Abbau freigegeben hätte.

(2) Anderweitiger Erwerb

(a) Berechnung nach der Formel $AWE = T \times A$

Allerdings kann die Klägerin nach der Beendigung des Gerüstbauvertrags mit der Beklagten durch den Einsatz ihrer dadurch freigestellten Arbeitskräfte anderweitigen Erwerb erzielt haben. Dieser anderweitige Erwerb ist nach Auffassung des Senats grundsätzlich nach der Formel $AWE = T \times A$ zu berechnen, wobei T die Summe der Arbeitsstunden darstellt, in denen der Unternehmer seine Arbeitskräfte für einen anderen Auftrag anstelle des beendeten Vertrags einsetzen konnte. Der Faktor A entspricht den Bruttogesamtkosten, die dem Unternehmer durch den Einsatz der anderweitig eingesetzten Arbeitskraft pro Stunde entstehen (KG, Urteil vom 4. Juli 2025, 21 U 129/23, Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, § 648 BGB, Rn. 9; ders. BauR 2023, 1036 ff und 1168 ff).

Auf Grundlage des Vorbringens der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit können die Faktoren T und A nicht beziffert werden. Dies ist allerdings unschädlich. In geeigneten Einzelfällen kann auf eine solche Darlegung verzichtet werden, wenn eine hinreichend zuverlässige Schätzung der Höhe des anderweitigen Erwerbs möglich ist.

(b) Pauschalierter Abzug von 30 % ist hier möglich

Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend gegeben: Die Werkleistungen der Klägerin werden ausschließlich durch die Grundpreise abgegolten. Diese stellen die Vergütung für Auf- und Abbau des Gerüsts sowie für den vierwöchigen Grundvorhalt dar. Bedenkt man, dass die Klägerin somit Aufbau und Grundvorhalt erbracht hat und der entfallene Abbau eines Gerüsts etwas weniger aufwändig ist als der Aufbau, ist es sachgerecht, die Reduktion des Grundpreises um den anderweitigen Erwerb auf die große Kündigungsvergütung mit einem Abschlag von 30 % anzusetzen, wie es die Klägerin getan hat. Das Berufungsgericht schließt sich somit gemäß § 287 Abs. 2 ZPO dieser Bewertung an.

(c) Umsatz durch anderweitige Verwendung der Gerüstbauteile ist irrelevant.

Ob und inwieweit die Klägerin nach Beendigung des Vertrags mit der Beklagten Umsatz durch die anderweitige Verwendung der Gerüstbauteile erzielte, ist irrelevant. Die Überlassung von Gerüstbauteilen ist eine Aufwendung, die die Klägerin für den mietvertraglichen Leistungsteil des Vertrags tätigt, nicht aber für den werkvertraglichen, um dessen vorzeitige Beendigung es an dieser Stelle geht. Zudem sieht § 648 BGB vor, dass sich der Unternehmer nur den Erwerb anrechnen lassen muss, den er durch den anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft erwirtschaftet. Bei den Gerüstbauteilen eines Gerüstbauers handelt es sich aber nicht um seine "Arbeitskraft", sondern sein Kapital, so dass hiermit eventuell erzielter anderweitiger Erwerb, auch aus diesem Grund bei der großen Kündigungsvergütung außer Betracht zu bleiben hat (Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, § 648 BGB, Rn. 10).

(d) Gewinnmarge der Klägerin beim Anschlussvertrag ist ebenfalls irrelevant

Ebenfalls ohne Bedeutung ist, welchen Gewinn die Klägerin durch den anderweitigen Einsatz ihrer Arbeitskräfte im Rahmen des Anschlussvertrags über das Gerüst O-Straße erzielte. Es ist unstreitig, dass die Klägerin von ihrem neuen Vertragspartner, der das aufgebaute Gerüst übernahm, eine Vergütung erhalten hat. Es ist denkbar, dass diese Vergütung höher war als die 2,46 €/qm (= 30 % von 8,20 €/qm), die sich die Klägerin als anderweitigen Erwerb gegenüber der Beklagten abziehen ließ. Aber selbst wenn die Klägerin durch den Einsatz ihrer kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräften anderweitig Umsätze erzielte – hier, in dem sie den gegenüber der Beklagten entfallenden Abbau des Gerüsts gegenüber einem neuen Vertragspartner durchführte und abrechnete – muss sie sich diesen Umsatz nur bis zur Höhe der Kosten anrechnen lassen, die ihr durch den Ersatz der Arbeitskräfte für die Durchführung der weggefallenen Arbeiten im Rahmen des gekündigten Vertrages entstanden wären. Denn die große Kündigungsvergütung nach § 648 BGB zielt darauf ab, den Unternehmer so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag vollständig durchgeführt worden wäre. Daraus folgt, dass ihm der Gewinn, den er dann erzielt hätte, in vollem Umfang erhalten bleiben muss. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn er sich den anderweitigen Erwerb, den er mit seinen Arbeitskräften erzielt, nur bis zur Höhe der Kosten anrechnen lassen muss, die ihm durch den Einsatz dieser Arbeitskräfte im

Rahmen des beendeten Vertrages entstanden wären, also bis zur Höhe des Faktors A in der oben genannten Formel $AWE = T \times A$. Müsste sich der Unternehmer anderweitigen Erwerb auch über die Kosten der Arbeitskräfte beziehungsweise den A-Wert hinaus anrechnen lassen, könnte dies nur zu Lasten des in der Kündigungsvergütung enthaltenen Gewinns geschehen, so dass ihm dieser nicht ungeschmälert erhalten bliebe (vgl. näher zum A-Wert: Retzlaff, BauR 2023, 1170 ff).

Die Orientierungsgröße für den anderweitigen Erwerb der Klägerin ist deshalb nicht die Vergütung, die sie für den Gerüstabbau von ihrem neuen Vertragspartner erhalten hat, sondern es sind die Kosten, die ihr durch ihre Arbeitskräfte entstanden wären, wenn Sie den Abbau gegenüber der Beklagten erbracht hätte. Wie bereits erwähnt erachtet es das Berufungsgericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO für sachgerecht und angemessen, diese Kosten mit 30 % der betreffenden Grundpauerschale zu veranschlagen.

c) Sonstige Einwendungen der Beklagten

Die sonstigen Einwendungen, die die Beklagte gegen die Vergütungsforderung der Klägerin aus dem Gerüstbau Vertrag O-Straße vorbringt, sind ebenfalls unbegründet. Es kann auf die Ausführungen zum Gerüstbauvertrag S-Straße verwiesen werden.

3. Berechnung der Hauptforderung

Somit ermittelt sich die Höhe der Klageforderung wie folgt:

Bauvorhaben S-Straße:	32.122,59 €
Bauvorhaben O-Straße:	140.502,37 €
Summe:	172.624,96 €

4. Zinsen

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280, 286, 288 Abs. 2 BGB.

Im Spannungsfeld zwischen unklarer Rechtsprechung und Mandanteninteressen wählen wir im Zweifel den sichersten Weg, klären weitgehend auf und agieren umsichtig

vorgestellt von Thomas Ax

Wir gehen den Sachverhalten auf den Grund – das ist mitunter für den Mandanten anstrengend, aber notwendig

Zwar gehört die vollständige und wahrheitsgemäße Erteilung der maßgeblichen Sachverhaltsinformationen und die Überlassung bzw. Mitteilung der zu ihrem Beleg erforderlichen Beweismittel zu den vornehmsten Pflichten der rechtssuchenden Mandanten. Auch mag daraus abgeleitet werden, dass der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit und die Vollständigkeit der tatsächlichen Angaben seines Auftraggebers vertrauen darf.

Den vorstehend formulierten Grundsatz relativiert der BGH aber in der Weise, dass jedenfalls beim unbeschränkten Mandat von Beginn an eine Sachverhaltsaufklärungspflicht des Anwalts besteht und dass vom Anwalt kein Vertrauen in die Richtigkeit und die Vollständigkeit mitgeteilter sog. Rechtstatsachen und rechtlicher Wertungen gesetzt werden kann, da solche Angaben der regelmäßig rechtsunkundigen Mandanten unzuverlässig sind, BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01 – Rn 22, juris = NJW-RR 2006, 923 = WM 2006, 927; Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95 – Rn 26, jurion = NJW 1996, 2929 = VersR 1997, 187 = WM 1996, 1832; 22.

Der Anwalt hat dann die zugrunde liegenden, für die rechtliche Prüfung bedeutsamen Umstände und Vorgänge zu klären, indem er seinen Mandanten unter Berücksichtigung dessen Bildungs- und Verständnishorizont gezielt befragt und von diesem einschlägige Unterlagen erbittet; der BGH nimmt in diesem Zusammenhang einen Anscheinsbeweis der Vermutung richtiger und vollständiger Information durch den Mandanten an, BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95 – Rn 31, jurion = NJW 1996, 2929 = VersR 1997, 187 = WM 1996, 1832; Urt. v. 10.2.1994 – IX ZR 109/93 – Rn 37, 44, jurion = NJW 1994, 1472 = VersR 1994, 938 = WM 1994, 1194.

Falls den Umständen nach mit Rücksicht auf die – ebenfalls genau zu klärenden – Zielsetzungen des Mandanten für eine zutreffende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich und deren

Bedeutung für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, muss sich ein Anwalt um zusätzliche Aufklärung bemühen, BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95 – Rn 31, jurion = NJW 1996, 2929 = VersR 1997, 187 = WM 1996, 1832; Urt. v. 10.2.1994 – IX ZR 109/93 – Rn 37, 44, jurion = NJW 1994, 1472 = VersR 1994, 938 = WM 1994, 1194.

Wenn die Befragung des Mandanten bzw. die an diesen heran getragene Bitte um weitere Informationen keine zuverlässige Klärung verspricht, ist der Anwalt nach Auffassung des BGH sogar zu weiteren Ermittlungen gehalten, wenn sie erforderlich und zumutbar sind, BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95 – Rn 26, jurion = NJW 1996, 2929, = VersR 1997, 187 = WM 1996, 1832.

Wir prüfen den maßgeblichen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht umfassend und kommen zu einer belastbaren Beurteilung

Kardinalpflicht des Anwalts ist es sodann, den maßgeblichen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen und zu beurteilen. Denn Rechtsprüfung und Rechtsberatung sind ureigene Aufgaben eines jeden Rechtsanwalts. Dies erfordert zwingend die Kenntnis der einschlägigen – höchstrichterlichen – Rechtsprechung und aller berührten Rechtsnormen.

Was die konkrete Rechtsanwendung und Rechtsauslegung in Rechtsprechung und Schrifttum angeht, so haben Anwälte die so genannte Rechtsprechungspyramide zu beachten, d.h. sich an der Rechtspraxis zuerst der höchst- und instanzgerichtlichen Rechtsprechung bzw. – soweit einschlägige Judikatur fehlt – an der herrschenden Literaturmeinung zu orientieren.

Kompliziert wird es, wenn die Beurteilung einer Rechtsfrage in der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt ist und unterschiedliche Rechtsauffassungen der mit der Sache befassten Gerichte denkbar sind

Die Bearbeitung eines Mandats durch den Anwalt wird immer dann besonders kompliziert, wenn die Beurteilung einer Rechtsfrage in der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt ist und unterschiedliche Rechtsauffassungen der mit der Sache befassten Gerichte denkbar sind. In diesen Fällen gilt das „Gebot des sichersten Weges“, das heißt, der Anwalt muss die **Maßnahmen mit dem für seinen Mandanten geringsten rechtlichen Risiko einleiten**.

In diesem Kontext kommt noch einmal das Gebot des sichersten Weges zum Tragen, weil der Anwalt „dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg

vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären [hat], damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist.“, So BGH, Urt. v. 13.3.2008 – IX ZR 136/07 – Rn 14, jurion = BGHRep. 2008, 796 = MDR 2008, 890 = WM 2008, 1560.

Nach der Judikatur des IX. Zivilsenats des BGH hat der Anwalt „den Mandanten auch innerhalb eines eingeschränkten Mandats vor Gefahren zu warnen, die sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich dieser Gefahr nicht bewusst ist.“, So BGH, Urt. v. 13.3.2008 – IX ZR 136/07 – Rn 14, jurion = BGHRep. 2008, 796 = MDR 2008, 890 = WM 2008, 1560.

In einer Leitentscheidung vom 1.3.2007 hat der BGH aber auch betont, dass sich die anwaltliche Beratung und Belehrung darin erschöpfen muss, dass den Mandanten eigene, „eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“)“ in ihren Angelegenheiten möglich sind. Das zutreffend ermittelte Bild von der Sach- und Rechtslage ist zwar den Mandanten verständlich darzustellen. Eine rechtliche und tatsächliche „Fundamentalanalyse“ fordert der BGH schon deshalb nicht, weil dies die Verbraucher überfordern könnte, Zit. aus BGH, Urt. v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03 – Rn 10 f., jurion = BGHZ 171, 261 = NJW 2007, 2485.

Sonderfall 1

Der mit der Prozessführung betraute Rechtsanwalt ist mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums verpflichtet, **nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken**. Ist für den Rechtsanwalt bspw. erkennbar, dass das Gericht die tatsächlich erfolgte Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses übersieht, hat er dieses Missverständnis auszuräumen, um die Zustellung der Klage sicherzustellen, bevor eine Frist abläuft (BGH, Urteil vom 17.09.2009 – IX ZR 74/08).

Sonderfall 2

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer Grundsatzentscheidung strenge Anforderungen an die anwaltliche Beratungspflicht bei Vergleichen gestellt: Rechtsanwältinnen und –anwälte müssten ihre Mandantinnen und Mandanten grundsätzlich in die Lage versetzen, eine **eigenverantwortliche und sachgerechte Ent-**

scheidung über den Abschluss eines Vergleichs zu treffen. Hierzu müssten sie über die **Vor- und Nachteile des Vergleichs beraten**. Die Beratungsbedürftigkeit entfalle erst dann, wenn der Mandant bzw. die Mandantin aus anderen Gründen über die Vor- und Nachteile des Vergleichs im Bilde ist; dies habe jedoch deren Rechtsbeistand darzulegen und zu beweisen (Urt. v. 20.04.2023, Az. IX ZR 209/21).

„Der Anwalt hätte seinen Mandanten über den Inhalt des Vergleichs, insbesondere im Hinblick auf die Abgeltungsklausel beraten müssen – hierzu habe das OLG aber keine Feststellungen getroffen und müsse dies nun nachholen. Ebenfalls müsse es prüfen, ob dem Kläger das aufgrund der Abgeltungsklausel des Vergleichs bestehende Risiko, einen ganz erheblichen Teil der Mangelbeseitigungskosten selbst zu tragen, tatsächlich bekannt war.“

Auf eine besondere Beratungspflicht wegen der Abgeltungsklausel komme es – anders als die Vorinstanz meinte – nicht an. Bereits der Anwaltsvertrag verpflichte den Rechtsberater, seinen Mandanten über Vor- und Nachteile und damit auch über die rechtlichen Wirkungen des Vergleichs aufzuklären. Inhalt und Komplexität des Vergleichs sowie das Vorhandensein einer risikoreichen Abfindungsklausel beeinflussten lediglich Art und Umfang der Beratungspflichten.

Es treffe auch nicht zu, dass es vor Abschluss des Vergleichs keine Prognoseschwierigkeiten im Hinblick auf eine mangelhafte Leistung und mögliche Beschädigungen des Eigentums gegeben habe. Das hätte erst der Abschluss des Beweisverfahrens klären können. Die unklare Lage im Zusammenspiel mit der Abgeltungsklausel verpflichte den Anwalt, seinen Mandanten über bestehende konkrete Risiken aufzuklären.“

Rechtsanwältinnen und –anwälte seien grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung über den sichersten und gefahrlosesten Weg verpflichtet. Ziel sei es, der Mandantschaft eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Zu den entscheidenden Weichenstellungen zähle die Frage, ob diese durch einen Vergleich beendet werden soll. Dazu bedürfe es in aller Regel einer anwaltlichen Beratung insbesondere über dessen Vor- und Nachteile. Diese Pflicht bestehe unabhängig vom vorgesehenen Inhalt des Vergleichs und unabhängig davon, ob ein Abfindungsvergleich geschlossen werde. Allerdings wachse der notwendige

Beratungsaufwand mit der Komplexität des vorgesehenen Vergleichs und dessen (Abfindungs-)Folgen.

Dennoch sei nicht jeder Mandant bzw. jede Mandantin beratungsbedürftig. Die Pflicht entfalle, wenn er oder sie aus anderen Gründen über die erforderlichen Informationen verfüge und deshalb in der Lage sei, eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung über den Vergleich zu treffen. Weil dies aber die Ausnahme und nicht die Regel sei, habe ein Anwalt bzw. eine Anwältin grundsätzlich von der Beratungsbedürftigkeit auszugehen. Dies gelte selbst gegenüber rechtlich vorgebildeten und wirtschaftlich erfahrenen Mandantinnen und Mandanten. Den Rechtsanwalt bzw. die –anwältin treffe daher auch im Regressprozess insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

Kurz belichtet

OLG München zu der Frage, dass das Leistungsverweigerungsrecht in der Regel auf das Doppelte der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten beschränkt ist, es aber im Ausnahmefall auf den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten beschränkt sein kann, wenn sich der Besteller mit der Annahme der vom Unternehmer angebotenen Mängelbeseitigung in Verzug befindet (hier bejaht)

vorgestellt von Thomas Ax

Sind die vom Unternehmer erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Dabei trägt der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Leistungserbringung, die Mangelfreiheit seiner Leistungen und auch die Mängelbeseitigungskosten, wenn er sich darauf berufen will, sie seien geringer als vom Besteller behauptet. Das Leistungsverweigerungsrecht ist in der Regel auf das Doppelte der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten beschränkt. Es kann im Ausnahmefall auf den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten beschränkt sein, wenn sich der Besteller mit der Annahme der vom Unternehmer angebotenen Mängelbeseitigung in Verzug befindet (hier bejaht).

OLG München, Beschluss vom 04.04.2025 - 28 U 2940/24 Bau

OLG Hamburg zur Abrechnung des gekündigten Pauschalpreisvertrags

vorgestellt von Thomas Ax

Der Auftraggeber (AG) beauftragte den Auftragnehmer (AN) mit der Errichtung einer Doppelhaushälfte zum Pauschalpreis von 135.800 Euro. Nachdem es zu Differenzen kam, kündigte der AG den Bauvertrag. Unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen errechnete der AN - für seine bis zur Kündigung erbrachten Leistungen - eine Forderung i.H.v. 46.178,45 Euro. Der AN hatte vorgetragen, die geltend gemachte restliche Werklohnforderung ergebe sich aus der vorgelegten Kalkulation. Der AG behauptete, dass die Kalkulationsabrechnungen des AN nicht prüfbar seien. Der AN erhebt Klage.

Beim gekündigten Pauschalpreisvertrag hat der Unternehmer die erbrachten Leistungen darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Der Unternehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen (BGH NJW 2014, 3778, Rdnr. 10). Diese Kalkulation muss nicht bereits bei Vertragsschluss vorliegen. Vielmehr reicht es, dass der Unternehmer, wenn zuvor eine solche Kalkulation nicht erstellt worden ist, diese nachträglich erarbeitet oder in anderer Weise darlegt, wie die erbrachten Leistungen bei Vertragsschluss zu bewerten sind (Werner/Pastor, a.a.O., Rdnr. 1555 m.w.N.).

OLG Hamburg, Urteil vom 08.01.2020 - 4 U 134/18

Begriffsklärungen rund um das Flächen- und Grundstücksmanagement

Betrieb

Der Betrieb von Gebäuden ist Teil des Gebäudemanagements und umfasst speziell das Betreiben der technischen Anlagen mit (nach DIN 32451) Inbetriebnahme, Bedienung, Instandhaltung (Wartung, Inspektion, Instandsetzung, Verbesserung) sowie Außerbetriebnahme. Der Begriff „Betriebskosten“ in der DIN 18960 (Nutzungskosten im Hochbau) umfasst neben den Kosten für Bedienung, Instandhaltung u. a. auch die Kosten der Reinigung, der Überwachungsdienste etc.

Bewirtschaftung

Bewirtschaftung ist ein Begriff, der in der II. Berechnungsverordnung verwendet wird und der dem Begriff Gebäudemanagement gleichzusetzen ist.

Flächenmanagement

Das Flächenmanagement ist ein wichtiger Bestandteil des Gebäudemanagements, das dazu dient, Flächenressourcen effizient zu nutzen, d. h. unnötige Investitionen für Flächen und sich daraus ergebende Nutzungskosten zu vermeiden.

Gebäudemanagement

Das Gebäudemanagement umfasst nach DIN 32736 „die Gesamtheit aller Leistungen zum Betreiben und

Bewirtschaften von Gebäuden einschließlich der baulichen und technischen Anlagen auf der Grundlage ganzheitlicher Strategien. Dazu gehören auch die infrastrukturellen und kaufmännischen Leistungen.“ Es wird unterteilt in Kaufmännisches Gebäudemanagement (KGM), Infrastrukturelles Gebäudemanagement (IGM), Technisches Gebäudemanagement (TGM) sowie Flächenmanagement (FLM). Einzelne Aufgaben sind z. B. Betreiben der Technischen Anlagen, Gebäudereinigung, Hausmeisterdienste, Ver- und Entsorgung, Flächenmanagement, Controlling und Kostenrechnung.

Instandhaltung

Die Instandhaltung umfasst gemäß DIN 31051 alle „Maßnahmen zur Bewahrung und Wiederherstellung des Soll-Zustandes sowie zur Feststellung und Beurteilung des Ist-Zustandes von technischen Mitteln eines Systems“ (= technischen Anlagen). Diese Maßnahmen werden seitens der DIN 31051 in vier Grundmaßnahmen untergliedert:

1. Inspektion
2. Wartung
3. Instandsetzung
4. Verbesserung (Steigerung der Funktionssicherheit ohne die festgelegte Funktion zu ändern)

Ax Akademie - Schulungen

Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen

Schulungsleiter

RA Dr. Thomas Ax

Teilnehmerkreis

Mitarbeitende aus Vergabestellen, aus der Vertragsverwaltung bzw. dem Vertragsmanagement, aus dem Einkauf und dem Lieferantenmanagement sowie ausdrücklich auch Betroffene aus Fachbereichen, die die Leistungsbeschreibung erstellen.

Ziel der Schulung

Die Leistungsbeschreibung ist das „Herzstück“ eines jeden Vergabeverfahrens. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Zusammenarbeit zwischen Bedarfsträger und Vergabestelle. Die Auswirkungen von Fehlern, Ungenauigkeiten und Widersprüchen sind sehr weitreichend und können den Erfolg der gesamten Vergabe gefährden oder die Beschaffung verzögern. Die Veranstaltung zeigt im Rahmen eines interaktiven Formats (Fragen und Impulse sind ausdrücklich erwünscht!), wie Vergabebereiche und Fachbereiche ihre jeweiligen Rollen ideal umsetzen können und wie die Zusammenarbeit gelingt. Verschiedene Arten von Leistungsbeschreibungen werden ebenso berücksichtigt wie die typischen Inhalte von Leistungsbeschreibungen. Aktuelle Entwicklungen werden berücksichtigt, insbesondere Fragen der Nachhaltigkeit (umweltbezogene und soziale Aspekte). Die gesamte Veranstaltung unterliegt dem Motto „aus der Praxis, für die Praxis“ und enthält daher auch zahlreiche Praxisbeispiele.

Themen

- Rechtliche Grundlagen der Leistungsbeschreibung
- Nachhaltigkeit & Leistungsbeschreibung
- Interne Organisationsmöglichkeiten für die Erstellung von Leistungsbeschreibungen beim Auftraggeber (Verhältnis Vergabe - Fachbereiche)
- Fehlerquellen und Fallstricke beim Verfassen von Leistungsbeschreibungen
- Praxisbeispiele für erfolgreiche Leistungsbeschreibungen und auch für typische Praxisfehler („Dos and Don'ts“)
- Richtige Gliederung von Leistungsbeschreibungen
- Konkrete Formulierungshilfen!

Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer

Schulungsleiter

RA Dr. Thomas Ax

Teilnehmerkreis

Öffentliche Auftraggeber, interessierte Bieter, Architekten, Ingenieure, Projektsteuerungsunternehmen, Beratungsunternehmen und Rechtsanwälte.

Ziel der Schulung

Bauzeitverlängerungen und explodierende Kosten bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand werden häufig auch mit dem Zwang der Auftraggeber in Verbindung gebracht, selbst komplexe Bauvorhaben kleinteilig in zahlreichen Losen ausschreiben zu müssen. Allerdings eröffnen die vergaberechtlichen Regelungen dem Auftraggeber durchaus die Möglichkeit, Planungs- und Bauleistungen an Generalübernehmer („Totalübernehmer“) zu vergeben. Hierfür muss der Auftraggeber (lediglich) feststellen können, dass eine gemeinsame Vergabe von Planung und Bauausführung nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist. Generalübernehmer-Vergaben können somit nicht nur bei Großbauvorhaben der öffentlichen Hand durchgeführt werden, sondern auch bei kleineren bzw. Standard-Objekten, wie z. B. Schulen und Kindergärten. Auch Generalunternehmer-Vergaben sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

In der Schulung wird zunächst gegenübergestellt, welche Gründe für und gegen eine klassische losweise Vergabe bzw. eine Generalüber- oder -unternehmer-Vergabe sprechen. Die rechtlichen Voraussetzungen werden ebenso dargestellt wie die von der VOB/A-EU dafür vorgesehenen Verfahrensarten. Erläutert wird der Ablauf eines Vergabeverfahrens von der Vorbereitung über den Teilnahmewettbewerb bis hin zur Angebotsphase und zum Zuschlag. Zahlreiche Praxisbeispiele und die Erfahrungen aus durchgeführten Vergabeverfahren runden die Schulung ab.

Themen

1. Baubetriebliche und prozessorientierte Grundlagen

- Grundlagen der Bedarfsplanung
- Stakeholdermanagement
- Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen GU und GÜ
- Losweise Vergabe vs. GU- oder GÜ-Vergabe: Vor- und Nachteile der Projektorganisationsformen

- Risikoallokation in den verschiedenen Vertragsmodellen

2. Vergaberechtliche Grundlagen

- Voraussetzungen für eine Generalüber- und -unternehmer-Vergabe
- Mögliche Verfahrensarten: Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog - Unterschiede und Gemeinsamkeiten

3. Die Vorbereitung des Vergabeverfahrens

- Definition der Ziele der Beschaffung
- Ermittlung des Bedarfs
- Erstellung der Vergabeunterlagen
- Entwurf des Generalübernehmervertrages

4. Der Teilnahmewettbewerb

- Eignungskriterien und Eignungsprüfung
- Auswahlkriterien und Auswahl unter den geeigneten Bewerbern
- Verfahren ohne Auswahl unter den Teilnehmern/Bietern

5. Die Angebots- bzw. Dialogphase

- Ablauf der Verfahren
- Abwicklung des Verfahrens in aufeinanderfolgenden Phasen
- Darstellung möglicher Wertungskriterien
- Vorgabe eines Pauschalfestpreises durch den Auftraggeber?
- Die Zusammensetzung der Jury
- Die Einbindung externer Fachleute in die Wertung
- Auswahlkriterien und Auswahl unter den geeigneten Bewerbern

6. Sonderfragen

- Beteiligung der Öffentlichkeit
- Ausstellung der nicht berücksichtigten Entwürfe nach Zuschlag
- Nachhaltigkeitsanforderungen
- BIM-Vorgaben

Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz

Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden

Teilnehmerkreis

(Bau)Ingenieure/ Architekten die Vergaben erstellen und/oder durchführen, für die Ausschreibung verantwortliche Leitende / Mitarbeitende der Vergabestelle eines öffentlichen Auftraggebers oder auch Bietervertreter (Kalkulatoren/ Angebotsersteller/ Angebotsverantwortliche).

Ziel der Schulung

Die Teilnehmenden werden anhand vieler Beispiele für typische und wiederkehrende Stolpersteine und Fallstricke bei Bauvergaben sensibilisiert. Es bleibt Zeit, Dos und Dents zu diskutieren und Lösungen zu besprechen. Praktische Erfahrungen bei Vergaben bzw. beim Einkauf von Bauleistungen werden vorausgesetzt.

Themen

Start des Verfahrens in der Vorbereitungsphase

- Finanzierung
- Anforderungen an die Kostenschätzung
- Wahl der Verfahrensart -> Konsequenzen auf den Verfahrensablauf
- Ankündigung / Öffentlichkeitsarbeit? / Frühzeitige Information des Marktes?
- Markterkundung -> Möglichkeiten und Hemmnisse

Vorbereitung der Vergabeunterlagen

- Vorbefasstheit – noch relevant? – wer darf Vergabeunterlagen erstellen/ wo ist die Grenze
- Produktneutralität
- Produktangaben
- Verweis auf Zertifizierungen
- Beispiele aus der Praxis

Bekanntmachung / Angebotserstellungsphase

- „Mit Angebotsabgabe vorzulegen“
- „In Pos xyz einzukalkulieren“
- Weitergabe unvollständiger LVs an Nachunternehmer etc... (Mischkalkulation)

Kommunikation mit dem Auftraggeber

- Bieterfragen und deren Beantwortung
- Beispiele

Angebotsabgabefrist

- Ausschlussgründe und wie man sie vermeidet
- Umgang mit „säumigen Bietern“ aus AG Sicht
- Elektronische Vergabemanagementsysteme und deren Tücken - AG Sicht
- Elektronische Vergabemanagementsysteme und deren Tücken - AN Sicht

Weitere formale Hürden

- Signatur, Unterschrift, elektronisch in Textform
- Vorzulegende Unterlagen
- Auf Verlangen vorzulegende Unterlagen
- Nachforderung – Frist
- Elektronische Formatvorgaben

Eignungsprüfung / Anforderung an Unterlagen

- PQ und Referenzen
- Vorgabe von Mindeststandards
- Nachunternehmer oder Eignungsleihe?
- Möglichkeit der Vorgaben für Nachunternehmer
- Umgang mit Nachunternehmern
- Umgang mit Mehrfachbeteiligungen (als NU, als BIEGE Partner)
- Von der BIEGE zur ARGE

Preisbildung und Preisprüfung

- Tücken bei der Preisaufklärung
- EFB Preisblätter 221 – 223

Die Rückversetzung nach Angebotseingang

- Risiken
- Mögliche Angriffspunkte
- Beispiele aus der Praxis

Wertung der Angebote mit nicht preislichen Zuschlagskriterien

- Mögliche nicht preisliche Zuschlagskriterien
- Festlegung und Wertung
- Wertung von „Konzepten“
- Probleme bei nicht hinreichenden Konzepten
- Beispiele aus der Praxis

Berücksichtigung der nicht preislichen Zuschlagskriterien in der Vertragsabwicklung

- Was wird Vertragsbestandteil - Relevanz
- Beispiele aus der Praxis

Umgang mit Rügen

- Aus Sicht des ANs
- Aus Sicht des AGs

Möglichkeiten zur beschleunigten Abwicklung eines Vergabeverfahrens

- Mindestfristen
- Stellschrauben zur Beschleunigung
- Wahl von „alternativen“ Verfahrensweisen

Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden

Teilnehmerkreis

Leiter/innen und Beschäftigte von Vergabestellen der öffentlichen Hand; geeignet für Mitarbeitende ohne Vorkenntnisse wie auch für vergabekundige Praktiker/innen, für die sich nach der Einführung der UVgO vieles geändert hat. Gleichmaßen sind auch Zuwendungsempfänger angesprochen, die durch Zuwendungen Vergaberecht anwenden müssen.

Ziel der Schulung

Ziel der Schulung ist es, die Teilnehmenden für vergaberechtliche Grundsatzthemen zu sensibilisieren. Häufig zu erkennende Fehler werden aufgezeigt, notwendiger vergaberechtlicher Kontext entsprechend vermittelt.

Im Ergebnis werden die Seminarteilnehmer/innen in die Lage versetzt, rechtssicher(er) auszuschreiben, um Prüfungsinstanzen zufrieden zustellen und (an Zuwendungsempfänger adressiert) Rückforderungen zu vermeiden.

Themen

- Offenkundige Verstöße gegen vergaberechtliche Grundprinzipien
- Falsche Verfahrenswahl
- Fehler in den Ausschreibungsunterlagen
- Fehler im Kontext von Rahmenvereinbarungen
- Unrechter Umgang mit Bieterfragen (falsch gedeutet, falsch beantwortet)
- Folgeschwere Fehler in Verhandlungen
- Fehler im Zuge der Angebotsprüfung und -wertung
- Die Wertungsmatrix - was ist erlaubt?
- Dokumentation - was ist hier nötig?
- Beurteilungsspielraum unzureichend oder rechtsfehlerhaft genutzt

Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen

Teilnehmerkreis

LeiterInnen einer Vergabestelle oder diejenigen, die es in naher Zukunft werden sollen bzw. zum/zur VergabemanagerIn aufsteigen. Grundlagen im Vergaberecht sollten vorhanden sein, spezialisierte vergaberechtliche Kenntnisse werden vertieft.

Ziel der Schulung

Diese Schulung hilft (angehenden) Vergabestellen- bzw. VergabeteamleiterInnen bei ihrer Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht über die Beschäftigten der Vergabestelle. Ziel ist es, sich besser auf die (neuen) inhaltlichen Aufgaben, aber auch auf die Führung eines Teams zu konzentrieren und zu bewältigen. Bei der Auswahl und Behandlung der Themen wurde bedacht, dass besonders schwierige, nicht täglich auftretende Fragen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgelegt werden.

Themen

Modul 1 - Vergaberecht:

1. Tag: Auffrischung und Aktualisierung der Fachkenntnisse der im Vergaberecht einschlägigen Rechtsvorschriften, Richtlinien und Vergabebestimmungen

1. Einführung

2. Rechtsgrundlagen

- Oberschwellenrecht
- Unterschwellenrecht
- Spezialregelungen (z.B. VO 1370/2007; Saub-FahrzeugBeschG; WRegG; LkSG)

3. Verfahrensgrundlagen, insbesondere

- Auftragswertschätzung
- Wahl der Verfahrensart – insb. Alleinstellungsmerkmale und Dringlichkeitsvergaben
- Losvergabe
- Besonderheiten bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

4. Rahmenvereinbarungen

- Konsequenzen aus der EuGH-Rechtsprechung (Pflicht zur Angabe einer verbindlichen Obergrenze)

5. Eignung und Eignungsprüfung

- Festlegung von Eignungskriterien
- Eignungsprüfung
- Ausschlussgründe
- Nachforderungsmöglichkeiten fehlender Unterlagen und Grenzen

6. Angebotsprüfung

- Angebotsprüfung
- Ausschlussgründe
- Preisprüfung
- Nachforderungsmöglichkeiten fehlender Unterlagen / Preise und Grenzen

7. Dokumentation

8. Ausblick

- Reformbestrebungen (Vergabetransformationspaket)

2. Tag: Vertiefung bei Spezialfragen zum Leistungsverzeichnis und Wertung von Angeboten

1. Leistungsbeschreibung

- Bedeutung der Leistungsbeschreibung
- Grundsatzanforderungen an eine Leistungsbeschreibung
- Möglichkeiten und Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts
- Typische Stolpersteine
- Arbeit am konkreten Fall

2. Qualitätswertung

- Qualität vs. Preis?
- Das 1 x 1 der Kriterienauswahl
- Unterkriterien und Erwartungshorizont
- Bieterpräsentationen
- Durchführung der Bewertung
- Dokumentation der Bewertung
- Arbeit am konkreten Fall

3. Tag: Strategischer Umgang mit Rügen und Begleitung von Rechtsstreitigkeiten (Vergabenachprüfungsverfahren)

1. Umgang mit Rügen

- Rüge oder Bieterfrage? Wir grenzen Begriffe ab.

- Reaktionsmöglichkeiten auf eine Rüge (Abhilfe, Nichtabhilfe, Ignorieren)
- Auswirkungen auf den Fortgang des Vergabeverfahrens
- Die Nichtabhilfe-Entscheidung:
 - Was sagt man, was sagt man (besser) nicht?
 - Taktik auf der Zeitschiene
- Sonderfall „Nichtabhilfe bei Angebotsausschluss“ – Ausschluss schreiben und Vorinformation notwendig?
- Strategisches Ziel: Verhinderung eines (erfolgreichen) Nachprüfungsverfahrens
 - Erkennbarkeit und Rügepräklusion als Instrumente
 - Schutzschrift – einreichen oder nicht?

2. Im Fall der Fälle: Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren

- Nachprüfungsantrag
 - Statthaftigkeit und Antragsbefugnis
 - Form und Inhalt des Antrags
 - Anträge richtig stellen
 - Zuschlagsverbot und aufschiebende Wirkung
 - Verfahrensbeteiligte und Beiladung
 - Akteneinsicht – wer bekommt was zu sehen?
 - Untersuchungsgrundsatz und Beschleunigungsmaxime
 - Erledigung des Nachprüfungsantrags – was jetzt?
- Sofortige Beschwerde
 - Form, Frist und Inhalt
 - Wirkung des Rechtsmittels (§ 173 GWB)
 - Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung
 - Sofortige Beschwerde als Zwischenverfahren
 - Anwaltszwang – wen trifft er, wen nicht?

Modul 2 - Soft Skills:

4. Tag: Effiziente Führung im öffentlichen Einkauf

1. Schärfung des Bewusstseins für Führungsaufgaben von Führungskräften

2. Lernen Sie Ihre Führungskompetenz unter Berücksichtigung von Unternehmenskultur, Mitarbeitern, Vorgesetzten und Betriebs- bzw. Personalrat zu verbessern!
3. Kennenlernen erfolgreicher Führungsinstrumente (z. B. Umgang mit mangelnder Verbindlichkeit, Umgang mit Schlechtleistung bei Mitarbeitern, Vermeidung von Rückdelegation)
4. Statusbewertung und Optimierung der öffentlichen Einkaufsorganisation (z. B. Effizienzsteigerung der Einkaufsabteilung über den Einsparerfolg hinaus, rechtskonforme Arbeitsweisen, Umgang mit Gremien und Prüfungsinstanzen, Changemanagement, Wissensmanagement)

5. Tag: Verhandlungstaktik und -strategien bei Vergaben

1. Vorbereitung der Verhandlung

- Zieldefinition; Unterscheidung zwischen Interessen und Positionen
- Inhaltliche Vorbereitung
- Festlegung von Strategie und Taktik

2. Ablauf der Verhandlung, u.a.

- Übernahme der formalen Verhandlungsführung
- Gestaltung und Steuerung der verschiedenen Verhandlungsphasen
- Zugeständnisse einfordern, machen und zurücknehmen
- Umgang mit schwierigen Verhandlungssituationen
- Ergebnissicherung

3. Verhandlungspsychologie, u. a.

- Typische Charaktere in Verhandlungen
- Schwierige Typen und versteckte Motive erkennen und nutzen
- Gründe für Widerstände in Verhandlungen
- Emotionen in Verhandlungen steuern
- Zeichen von Sicherheit und Souveränität setzen
- Unsicherheiten beim Verhandlungspartner verstärken

Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax

ist Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt im Privaten Baurecht mit besonderem Fokus auf Vertragsgestaltung, Vergabe- und Vertragsmanagement Bau, Mängelrechte, Sicherheiten, Bauzeit, Nachtrags- und Schlussrechnungsprüfung und Streitlösung. Aufgrund seiner Fachkompetenz und der Fähigkeit, selbst komplexe Rechtsfragen verständlich und anschaulich zu vermitteln, ist Herr Dr. Ax insbesondere bei Baupraktikern ein gefragter Schulungsleiter und Referent rund um alle Fragen des Bauvertragsrechts. Herr Dr. Ax ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Herausgeber zahlreicher Zeitschriften und Kommentare.

Stellenanzeigen

Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg

Wir suchen ab sofort einen Rechtsanwalt (w/m/d).

AxRechtsanwälte bietet eine Alternative zur anonymen Großkanzlei.

Wir verstehen uns nicht nur als rechtlicher, sondern auch als wirtschaftlicher und strategischer Berater unserer Mandanten.

Zu unserem Mandantenstamm gehören öffentliche und private Auftraggeber ebenso wie mittlere und große Bauunternehmen. Einer unserer Tätigkeitsschwerpunkte ist das private Baurecht einschließlich Honorar- und Haftungsrecht für Architekten. Daneben beraten wir auch in allgemeinen zivilrechtlichen Fragestellungen und unterstützen unsere Mandanten bei der Prozessführung. Für die Erweiterung unserer Kanzlei bei Heidelberg suchen wir ab sofort einen

**Rechtsanwalt (w/m/d)
im privaten Baurecht / Immobilienrecht
(mind. 30 Stunden/Woche)**

Ihre Aufgaben

- Rechtliche Beratung unserer Mandanten in komplexen baurechtlichen Mandaten
- Durchführung von Vertragsverhandlungen sowie außergerichtlichen Schlichtungen
- Prozessführung einschließlich bundesweiter Vertretung, speziell im Rahmen größerer Bauprozesse
- Entwicklung von Strategien zur Durchsetzung und Abwehr haftungsrechtlicher Ansprüchen

Ihr Profil

- Zwei überdurchschnittliche juristische Staatsexamen
- Promotion, Master und/oder Auslandserfahrung
- Berufserfahrung im Baurecht
- Erweiterte Kenntnisse im Baurecht
- Exzellente kommunikative Fähigkeiten und wirtschaftliches Verständnis

- Ausgeprägtes Gespür für die Bedürfnisse anspruchsvoller Mandanten
- Unternehmerisch denkende Anwaltpersönlichkeit
- Durchsetzungsfähigkeit und Verhandlungskompetenz
- Freundliches und souveränes Auftreten

Wir bieten

- Spannende und vielseitige Mandate und die Möglichkeit, schnell Verantwortung zu übernehmen
- Ein sehr persönliches und partnerschaftliches Arbeitsumfeld
- Flexible Arbeitszeiten mit der Möglichkeit des mobilen Arbeitens
- Unterstützung beim Ausbau Ihrer Kenntnisse im Baurecht
- Arbeiten in repräsentativen Büroräumen
- Mentoring sowie Unterstützung bei Ihrer persönlichen Weiterentwicklung
- Attraktive Vergütung sowie zusätzliche Benefits

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Möglichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Partnerschaft sowie langfristig der Übernahme der Kanzlei.

Haben wir Ihr Interesse geweckt?

Dann senden Sie uns gerne Ihren Lebenslauf per E-Mail an t.ax@ax-vergaberecht.de und geben Sie Ihren frühestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvorstellung an.

RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg

Für unseren Kanzleisitz **in bester Lage bei Heidelberg** suchen wir

RECHTSANWÄLTE (m / w / d)

mit ausgezeichneter juristischer Qualifikation – ausgewiesen z. B. durch Prädikatsexamen, Promotion oder spezielle Kenntnisse und Erfahrungen im Rechtsgebiet – zur Verstärkung unseres Dezernats:

Vergaberecht

Ihre Aufgaben

Es erwarten Sie anspruchsvolle und interessante Aufgaben mit direktem Mandantenkontakt und eigener Mandatsbearbeitung, insbesondere Beratung im Bereich

- Vergaberecht

Ihr Profil

Sie verfügen über die geforderten juristischen Qualifikationen. Sie haben Freude daran, unternehmerisch zu denken und kreative Lösungsansätze zu entwickeln. Gleichzeitig liegt Ihnen die wissenschaftliche Herangehensweise an komplexere Fragestellungen.

Unsere Zusammenarbeit

Wir bieten eine langfristig angelegte, abwechslungsreiche Zusammenarbeit in freundlicher und kollegialer Atmosphäre bei guter Bezahlung. Unsere Arbeitszeiten werden es Ihnen erlauben, Ihren Freizeitaktivitäten weiterhin nachzugehen. Wir möchten unser Team zum nächstmöglichen Zeitpunkt verstärken und freuen uns auf Ihre Bewerbung.

Bei erfolgreicher Zusammenarbeit besteht die Möglichkeit der unternehmerischen Beteiligung und Partnerschaft sowie langfristig der Übernahme der Kanzlei.

Haben wir Ihr Interesse geweckt?

Dann senden Sie uns gerne Ihren Lebenslauf per E-Mail an t.ax@ax-vergaberecht.de und geben Sie Ihren frühestmöglichen Eintrittstermin sowie Ihre Gehaltsvorstellung an.

Redakteure m/w/d gesucht:**VergabePrax, Tiefbaurecht, Hochbaurecht**

Zeitschriften sind ein alter Hut? Von wegen!

2020 stiegen die Auflagen unserer drei Zeitschriften VergabePrax, Tiefbaurecht und Hochbaurecht im 6. Jahr in Folge.

Umso mehr Freude hatten wir an den bereits stattgefundenen Redaktionssitzungen für 2021.

Hier warten viele aktuelle Themen und Praxisempfehlungen auf unsere LeserInnen.

Ein schöner Mix von vergaberechtlichen und vertragsrechtlichen Themenstellungen aus der Praxis für die Praxis.

Von PraktikerInnen für PraktikerInnen, abgerundet durch aktuelle Rechtsprechung als Volltexturteil oder Leitsätze oder kommentiert.

Ihre Aufgaben:

- Eigenständige Themenfindung und redaktionelle Umsetzung nach den Leserbedürfnissen im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Schreiben und Redigieren von Beiträgen, Artikeln, Kommentaren
- Durchführung von Recherchen und Interviews
- Betreuung und Koordination freier Fachautoren im Bereich Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Redaktionelle Mitgestaltung des Internetauftritts/Contentmanagement
- Betreuung von redaktionellen Sonderprojekten
- Pflege und Ausbau unserer Kontakte zu Verbänden etc.

Ihr Profil:

- Abgeschlossenes Redaktionsvolontariat
- Branchenkenntnisse bzw. Affinität zu unseren Zielgruppen
- Erfahrungen im Themengebiet Vergaberecht, Tiefbaurecht, Hochbaurecht
- Fähigkeit, komplizierte Sachverhalte attraktiv, verständlich und prägnant darzustellen
- Gespür für aktuelle Themen
- Erfahrung mit neuen Medientechnologien und mobilen Medien
- Kommunikations- und Organisationsstärke
- Teamfähigkeit, Flexibilität und Belastbarkeit

Wir bieten:

- Ein kollegiales Team
- Offene, transparente Kommunikation
- 30 Tage Urlaub + flexible Arbeitszeiten incl. Homeoffice
- Einen interessanten Aufgabenbereich in einem erfolgreichen, internationalen Unternehmen

- Und vieles mehr

Haben Sie Lust, diese spannende Aufgabe in unserem Verlag mit Leben zu füllen?

Dann freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung mit der Bitte um Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung und des frühestmöglichen Eintrittstermins!

BESTELLFORMULAR

HochbauRecht

- ☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die Hochbau-Recht mit 12 digitalen Ausgaben pro Jahr für nur 72 € Jahresgebühr (zzgl. MwSt). Die Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.
- ☐ JA, hiermit bestelle ich das kostenlose Schnupper-Abo der HochbauRecht. Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der HochbauRecht. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der HochbauRecht kostet dann 6 € inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe – VOB

- ☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vertrag und Vergabe - VOB für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978-3-9819970-5-7

VOB - konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen

- ☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig das VOB - konzentriert und aktuell für 29,90 € (zzgl. Versandkosten*) ISBN 978 3 9819970-4-0

Meine Daten (bitte ausfüllen):

Rechnungsanschrift (=Lieferanschrift)

Institution/Firma	
Name, Vorname	
Straße/Nr.	
PLZ/Ort	
Telefon	
E-Mail	

Bestellannahme:

Ax Verlag

für Vergabe und Vertragsrecht

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

oder per

Fax-Nr.: 06223-8688614

E-Mail: mail@ax-verlag.de

Datenschutz - Garantie

Ihre Kontaktdaten werden auf unseren Servern gespeichert. Wir setzen diese Daten jedoch ausschließlich für den Versand von E-Mail-Benachrichtigungen bzw. des News-Letters ein. Es findet keine personenbezogene Verwertung statt. Insbesondere geben wir keine Daten an Dritte weiter und werden diese weder für eigene Marketingzwecke missbrauchen noch mit anderen Datenquellen verknüpfen. Die statistische Auswertung anonymisierter Datensätze bleibt vorbehalten.

Impressum

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax

Maîtruse en Droit International Pubik (Paris X-Nanterre)

Redaktion:

Sivan Novotny

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtssetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.



Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

ISSN 1862-9458

