

Hochbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des HochbauRechts



Heft 04 | April 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

04 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion 5 Rechtsprechung 7

BGH zur Frage der Zulässigkeit der Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln	7
OLG Stuttgart zu der Frage, ob der Statiker für Verzögerungsschäden infolge mangelhafter Pläne haftet	13
OLG Naumburg zu der Frage, dass eine unzureichende Betonfestigkeitsklasse wichtiger Kündigungsgrund ist	34
KG zu der Frage, dass ein VOB/B-Kündigungsrecht wegen Verzugs mit Vollendung wirksam ist	45
OLG Düsseldorf zu der Frage, dass der Auftragnehmer für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist	66
OLG Stuttgart zu der Frage, dass der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mangelbeseitigung (hier: Beseitigung des Mangels eines falschen Dämmmaterials durch vollständigen Rückbau und Neuerrichtung des Gebäudes) nicht dazu führen kann, dass der Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk (hier: Ringdrainage mit Hebepumpe) akzeptieren muss	82

Kurz belichtet 109

Notwendige Leistungen müssen bezahlt werden, auch wenn kein (wirksamer) Auftrag erteilt wurde	109
Wie sind tatsächlich erforderliche Kosten darzulegen?	109

Zwischenruf 110

Kann es im Rahmen eines Pauschalvertrages zur Anpassung des Vertragspreises kommen?	110
Wie kann man die Leistungsänderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B von der Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B abgrenzen?	110
Welche Leistungen sind von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst und welche nicht?	111

Ax Akademie - Schulungen 112

Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	112
Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	112

Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz 114

Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	114
Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	115
Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	116

Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax 118 Stellenanzeigen 119

Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	119
RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	120
Redakteure m/w/d gesucht:	121

BESTELLFORMULAR 122

Impressum 123

Von der Redaktion

Bei der Abwicklung eines Bauvertrags – gleichgültig, ob nach BGB oder VOB/B – hat die Bau- und Projektleitung erforderlichenfalls nicht nur umfangreichen Schriftverkehr zu führen, sondern auch zahlreiche Dokumentationspflichten. Wird nicht “richtig” geschrieben oder nur unzulänglich dokumentiert, kann dies ganz erhebliche (negative) Auswirkungen auf den finanziellen Projekterfolg haben. Wir vermitteln deshalb, in welchen Situationen Schriftverkehr erforderlich ist bzw. ein Vorgang dokumentiert werden muss. Wir zeigen auf, wie rechtssicherer Schriftverkehr zu führen ist bzw. wie eine gerichtsfeste Dokumentation aussehen kann. Wir wünschen gewinnbringende Lektüre.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

BGH zur Frage der Zulässigkeit der Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln

vorgestellt von Thomas Ax

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 19.01.2023 - VII ZR 34/20

Tatbestand

Die Beklagte war Hauptauftragnehmerin hinsichtlich eines Teils des Ausbaus der Stadtbahnlinie der S. GmbH. Mit den entlang der Stadtbahntrasse durchzuführenden Straßen- und Tiefbauarbeiten beauftragte die Beklagte im Jahr 2004 die Klägerin als Nachunternehmerin. Die Parteien unterzeichneten hierzu im Oktober 2004 ein Verhandlungsprotokoll, durch das unter anderem auch die VOB/B in der jeweils geltenden Fassung in den Vertrag einbezogen wurde. Die Auftragssumme belief sich auf 3.031.527,96 € netto.

In dem Leistungsverzeichnis, das von der S. GmbH stammte und von der Beklagten an die Klägerin weitergereicht wurde, heißt es in Bezug auf den Straßenbord unter anderem "Rückenstütze aus Beton B 25 nach Zeichnung herstellen" und "Unterbeton B 25 liefern und nach Zeichnung herstellen". Zwischen den Parteien ist streitig, ob sich die geschuldete Betonfestigkeitsklasse B 25 (entspricht der neuen Bezeichnung C 20/25) auf den Beton im angelieferten (Auffassung der Klägerin) oder im verbauten Zustand (Auffassung der Beklagten) bezieht.

Während der Bauausführung rügte die Beklagte am 3. August 2006 die Qualität des verbauten Betons an einem bestimmten Straßenabschnitt und verlangte von der Klägerin unter Fristsetzung bis zum 11. August 2006 Mangelbeseitigung. Mit weiteren Schreiben vom 4., 8., 10. und 11. August 2006 wiederholte und konkretisierte die Beklagte die Mängelrügen, setzte der

Klägerin Fristen zur Mangelbeseitigung bis zum 16. beziehungsweise 18. August 2006 (jeweils 10 Uhr) und drohte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die außerordentliche Kündigung des ganzen oder eines Teils des Auftrags sowie die Mangelbeseitigung auf Kosten der Klägerin an. Am 14. August 2006 übersandte die Klägerin der Beklagten ein Gutachten, aus dem hervorging, dass mit dem gelieferten Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 eine Endfestigkeit von B 15 beziehungsweise C 12/15 erreicht werden könne. Die Beklagte übersandte ihrerseits der Klägerin am 17. August 2006 ein Gutachten, wonach der Beton in sieben Fällen nur die Festigkeitsklasse C 12/15 und in vier Fällen die Festigkeitsklasse C 8/10 erreichte, somit die Endfestigkeit der Klasse C 20/25 nicht entspreche.

Die Klägerin kam dem Verlangen nach Beseitigung der behaupteten Mängel, welche mit einem Aufwand von ca. 6.000 € bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht nach. Die Beklagte kündigte nach Fristablauf am 18. August 2006 den Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten.

Die Klägerin begehrt in dem Rechtsstreit Restwerklohn in Höhe von 2.465.744,23 €. Die Beklagte verlangt widerklagend die Zahlung von 4.152.902,75 € als Kosten der Ersatzvornahme, ferner die teilweise Rückzahlung von Abschlagszahlungen (387.332,31 €), Schadenersatz (90.729,80 €), Ersatz von Avalgebühren (40.500 €) und -bezogen auf weitere von ihr behauptete Mängel - Ausgleich von Mängelbeseitigungskosten (209.382,83 €) sowie die Feststellung, dass die von ihr behaupteten Mängel vorliegen. Weiter haben die Parteien wechselseitig beantragt, durch Zwischenfeststellungsurteil festzustellen, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) (Antrag der Klägerin) beziehungsweise eine "berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund (Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B a.F.)" (Antrag der Beklagten) gewesen sei.

Das Landgericht hat durch Teilurteil festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) gewesen sei. Die Widerklage der Beklagten hinsichtlich der kündigungsbedingten Ersatzvornahmekosten sowie ihre Zwischenfeststellungswiderklage hat es abgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Teilurteil des Landgerichts abgeändert. Es hat die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin abgewiesen und auf die Zwischenfeststellungswiderklage der

Beklagten festgestellt, dass es sich bei der Kündigung um eine "Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B handelt". Des Weiteren hat es festgestellt, dass die Widerklage bezogen auf die Ersatzvornahmekosten in Höhe von 4.152.902,75 € dem Grunde nach begründet ist. Im Übrigen hat es das Teilurteil des Landgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Teilurteils.

Gründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31. Dezember 2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1, § 39 EGBGB.

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass die Klägerin als vertragliches Leistungssoll Beton der Festigkeitsklasse B 25 (C 20/25) im eingebauten Zustand geschuldet, aber nicht erreicht habe, weshalb die Beklagte den Bauvertrag nach Ablauf der unter Kündigungsandrohung gesetzten und angemessenen Frist zur Mangelbeseitigung mit Schreiben vom 18. August 2006 gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) wirksam habe kündigen können.

Eine von der Klägerin angeführte Unwirksamkeit von § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) wegen Verstoßes gegen AGB-Recht stehe der Kündigung nicht entgegen. Im Grundsatz gelte, dass dann, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart worden sei, eine isolierte Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Bestimmungen auf der Grundlage der §§ 305 ff. BGB nicht in Betracht komme. Diesen Grundsatz habe der Bundesgerichtshof dahingehend eingeschränkt, dass jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führe, dass diese nicht als Ganzes vereinbart sei und eine Inhaltskontrolle möglich werde. Werde die VOB/B gegenüber einem Unternehmer ver-

wendet, stelle sich seit dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes zum 1. Januar 2009 im Hinblick auf § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB die Frage, wann von einer substantiellen Änderung der VOB/B auszugehen sei, nicht mehr. Der streitgegenständliche Bauvertrag datiere allerdings aus der Zeit vor dem 1. Januar 2009.

Es sei nicht zu erkennen, dass die VOB/B in Bezug auf den streitgegenständlichen Vertrag substantiell abgeändert worden sei. Die Klägerin verweise zwar auf die Regelung der Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche in Nr. 19 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen. Eine solche Änderung der Frist unterstellt, stünde dies der Annahme nicht entgegen, dass die VOB/B als Ganzes vereinbart worden sei. Nehme man das an, dann gelte auch vor dem 1. Januar 2009 der allgemeine Grundsatz, dass eine Inhaltskontrolle einzelner Klauseln nicht statfinde, ohne dass es auf die Frage ankommen würde, ob die Beklagte überhaupt Verwenderin der VOB/B (2002) gewesen sei. Soweit in der Literatur der Standpunkt vertreten werde, dass gerade die § 4 Abs. 7, § 8 Abs. 3 VOB/B einer AGB-Inhaltskontrolle nicht standhielten, sei eine schlüssige Begründung für diese Annahme nicht erkennbar. Lasse sich nicht erkennen, dass durch den streitgegenständlichen Vertrag die VOB/B auch nur in Einzelpunkten substantiell habe geändert werden sollen, bestünden gegen die Wirksamkeit von § 8 Nr. 3, § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) keine Bedenken.

II.

Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann eine wirksame Kündigung des Vertrags durch die Beklagte nach § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) nicht angenommen werden. Deshalb können weder die Entscheidung über die wechselseitigen Zwischenfeststellungsklagen noch das Grundurteil betreffend die Ersatzvornahmekosten Bestand haben.

1. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Beklagte Verwenderin der VOB/B ist. Die Verwendereigenschaft der Beklagten ist daher revisionsrechtlich zu unterstellen.

2. Danach hat das Berufungsgericht die Eröffnung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB rechtsfehlerhaft abgelehnt.

a) Das Berufungsgericht hat zu Unrecht für die Eröffnung der Inhaltskontrolle eine substantielle Änderung

der VOB/B durch zwischen den Parteien vereinbarte vertragliche Regelungen verlangt.

aa) Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 1982 (VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135) unterlagen die Klauseln der VOB/B, die als vorformulierte Vertragsbedingungen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Juli 2008 - VII ZR 55/07 Rn. 10 m.w.N., BGHZ 178, 1), keiner Inhaltskontrolle, wenn der Verwender die VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen hatte. Begründet wurde das damit, dass die VOB/B im Gegensatz zu anderen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur die Interessen einer Vertragspartei verfolge, sondern im Ganzen einen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen enthalte (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, juris Rn. 27 ff.). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 22. Januar 2004 dahingehend modifiziert, dass jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist, unabhängig davon, welches Gewicht der Eingriff hat. Damit ist die Inhaltskontrolle auch dann eröffnet, wenn nur geringfügige inhaltliche Abweichungen von der VOB/B vorliegen. Ob eventuell benachteiligende Regelungen im vorrangigen Vertragswerk möglicherweise durch andere Regelungen "ausgeglichen" werden, ist unerheblich (BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346, juris Rn. 11).

bb) Danach ist - anders als vom Berufungsgericht angenommen - für die Eröffnung der Inhaltskontrolle eine substantielle Abänderung der VOB/B nicht erforderlich. Dies gilt auf Grund der vorgenannten Rechtsprechung ungeachtet des Umstands, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag aus der Zeit vor dem 1. Januar 2009 und damit vor Einführung von § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB datiert.

b) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eröffnet, weil nach dem zugunsten der Revision zu unterstellenden Sachverhalt die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart war. Das Berufungsgericht hat - wie die Revision zu Recht rügt - entscheidungserheblichen Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen, obwohl für die Beurteilung, ob die VOB/B (2002) als Ganzes zwischen den Parteien vereinbart worden ist, erheblich war. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2019 vorgetragen, dass in den ursprünglich zwischen der S. GmbH und der Beklagten vereinbarten Besonderen Vertragsbedingungen, die auch in das Ver-

tragsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten einbezogen worden seien, mehrere im einzelnen benannte Regelungen von denen der VOB/B (2002) abweichen. So weicht, was die Klägerin zutreffend aufgezeigt hat, Ziffer II. 2. Abs. 3, wonach die Einheitspreise fest und unveränderbar sind, von § 2 Nr. 3 VOB/B (2002) ab. Die Regelung in Ziffer II. 11. Abs. 1, der zufolge der Auftraggeber Abschlagszahlungen bis zu 90 % der nachgewiesenen Leistungen zu leisten hat, modifiziert § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002), da hiernach Abschlagszahlungen in Höhe von 100 % des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages zu gewähren sind.

Unter Berücksichtigung dieses Vortrags ist die VOB/B nicht mehr als Ganzes zwischen den Parteien vereinbart, ohne dass es auf die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage ankommt, welche Bedeutung der Regelung der Verjährungsfrist in Ziffer Nr. 19 der zusätzlichen Vertragsbedingungen zukommt.

III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO) dar.

1. Ist die Beklagte Verwenderin der VOB/B und ist diese nicht als Ganzes vereinbart, kann die Beklagte die von ihr am 18. Juni 2006 ausgesprochene Kündigung nicht auf § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) stützen. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) hält ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002), die inhaltlich den derzeit geltenden § 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2016) entspricht, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.

a) Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn im Falle des § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) die dem Auftragnehmer gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags). Die Klausel in § 4 Nr. 7 VOB/B (2002), auf die sich dieses Kündigungsrecht bezieht, sieht in Satz 1 vor, dass der Auftragnehmer Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen hat. Kommt der Auftragnehmer der

Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, kann ihm gemäß Satz 3 der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3). § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) enthält mithin nicht selbst einen Kündigungsgrund, sondern greift rückbeziehend das in § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) tatbestandlich geregelte Kündigungsrecht unter den dort niedergelegten Voraussetzungen auf. Die derart wechselbezüglich miteinander verknüpften Regelungen stellen allgemeiner Auffassung zufolge einen Anwendungsfall des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund dar (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 8 Rn. 93).

b) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist (für die Unwirksamkeit Ingenstau/Korbion/Sienz, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 3 Rn. 72; Kniffka/Jurgleit/Schmitz, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand: 15. November 2021, § 648a Rn. 89 ff.; Bolz/Jurgleit/Karczewski, *ibr-online Kommentar VOB/B*, Stand: 24. August 2022, § 4 Rn. 368, 372; Bedenken an der Wirksamkeit äußernd Gartz in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl., § 4 Rn. 209 f.; Messerschmidt/Voit/Voit, *Privates Baurecht*, 4. Aufl., § 4 VOB/B Rn. 38; Glöckner/v. Berg/Vogelheim, *Bau- und Architektenrecht*, 2. Aufl., Teil III, § 4 Rn. 28; Leinemann/Kues/Geheeb, *BGB-Bauvertragsrecht*, 1. Aufl., § 648a Rn. 92; Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp/Schmidt, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 48. EL. März 2022, "Bauvertrag", Rn. 22; Schenke, *BauR* 2008, 1972, 1977; für die Wirksamkeit OLG Koblenz, Urteil vom 28. Juli 2020 - 4 U 1282/17, juris Rn. 87 ff.; LG Bremen, Zwischenurteil vom 20. Juni 2019 - 2 O 2021/10, juris Rn. 122 ff.; OLG Bamberg, Beschluss vom 4. Juni 2007 - 3 U 31/07, juris Rn. 15 ff.; Schrader, *jurisPR-PrivBauR* 5/2020 Anm. 3).

c) Der Senat entscheidet die Frage dahingehend, dass § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen einer Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Die Klauseln benachteiligen den Auftragnehmer unangemessen und sind deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2017 - VII ZR 170/16 Rn. 17, *BauR* 2017, 1202). Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders wird nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vermutet, wenn eine klauselmäßige Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gegeben ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und damit für die Bestimmung der für die Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung heranzuziehenden wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist der Vertragsschluss (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13 Rn. 31 m.w.N., BGHZ 201, 363). Entscheidend sind die durch die Klausel konkret verdrängten gesetzlichen Vorschriften, die im Streitfall auf das vertraglich begründete Rechtsverhältnis anwendbar wären (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1987 - VII ZR 185/86, BGHZ 102, 41, juris Rn. 20). Die "gesetzlichen Regelungen" im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfassen dabei nicht nur Gesetze im materiellen Sinn, sondern auch ungeschriebenes Recht, wozu auch das Richterrecht sowie die von der Rechtsprechung und Rechtslehre durch Auslegung, Analogie oder Rechtsfortbildung aus den allgemeinen Grundgedanken eines Rechtsgebiets oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung aus der Natur eines Schuldverhältnisses erarbeiteten und anerkannten Rechtssätze gehören (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2002 - XI ZR 245/01, BGHZ 150, 269, juris Rn. 23). Die Vermutung ist widerlegt, wenn die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild auf Grundlage einer umfassenden Interessensabwägung sachlich gerechtfertigt und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist (BGH, Urteil vom 27. April 2021 - XI ZR 26/20 Rn. 24 m.w.N., BGHZ 229, 344).

bb) Die Regelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) unterliegt uneingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung. Zwar sind Allgemeine Geschäftsbedingungen keine Rechtsnormen, so dass ihre Auslegung grundsätzlich Sache des Tatrichters ist. Sie sind aber wie revisible Rechts-

normen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht freizulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 41, BGHZ 210, 206; Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 404/12 Rn. 25, BGHZ 200, 362; Urteil vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11 Rn. 15, BGHZ 195, 298).

cc) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Dabei ist in erster Linie der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgeblich. Diese Auslegungsgrundsätze gelten auch für die VOB/B (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - VII ZR 5/15 Rn. 26 m.w.N., BGHZ 206, 203).

Ist der Wortlaut nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 22, RdE 2022, 23). Dabei sind auch der Sinn und Zweck einer Klausel sowie systematische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Eine Formulklausel ist vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags zu interpretieren (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 23, RdE 2022, 23; Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 Rn. 30, MDR 2020, 1047, jeweils m.w.N.). Sind nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsregeln mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2022 - VII ZR 176/20 Rn. 30, NJW 2022, 2467; Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 19, BauR 2017, 1995; Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 59/14 Rn. 21 m.w.N., NJW 2016, 242). Nach diesen Grundsätzen ist auch im Individualprozess gemäß § 305c Abs. 2 BGB die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese im Rahmen einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Vertragspartner des Verwenders begünstigt (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 42, BGHZ 210, 206, jeweils m.w.N.).

dd) Nach diesen Grundsätzen ist für § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) von einem Klauselverständnis auszugehen, wonach bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln die Kündigung aus wichtigem Grund eröffnet ist.

(1) Nach dem Wortlaut von § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung in der Ausführungsphase aufgetreten ist, die der Auftragnehmer trotz Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht beseitigt hat. Weitere Voraussetzungen im Hinblick darauf, dass die Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) eine solche aus wichtigem Grund ist, enthalten weder § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) noch § 8 Nr. 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002).

Die Sanktion der Kündigung aus wichtigem Grund kann danach einschränkungslos in jedem denkbaren Fall festgestellter Vertragswidrigkeit oder Mangelhaftigkeit ausgesprochen werden. Diese Möglichkeit besteht losgelöst davon, welches Gewicht der Vertragswidrigkeit oder dem Mangel im Hinblick auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zukommt. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) differenziert nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels, so dass selbst unwesentliche Mängel, die den Auftraggeber nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würden, zur Kündigung aus wichtigem Grund führen können.

Die Fristsetzung und die Auftragsentziehungsandrohung sind lediglich als einzuhaltende Förmlichkeiten formuliert, so dass der Auftraggeber den Vertrag auch dann aus wichtigem Grund kündigen kann, wenn der Fristsetzung kein anerkanntes eigenes Interesse an der fristgerechten Beseitigung der vertragswidrigen oder mangelhaften Leistung zugrunde liegt oder die Auftragsentziehung angedroht wird, ohne dass ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Vertragsbeendigung besteht.

(2) Aus der systematischen Stellung und dem Regelungszusammenhang der Klauseln ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass ganz geringfügige und unbedeutende Vertragswidrigkeiten oder Mängel kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund begründen könnten. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) knüpft an das dem

Auftraggeber in § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B (2002) ausbedungene Recht an, bereits während der Ausführung die Beseitigung als vertragswidrig oder mangelhaft erkannter Leistungen fordern zu können. § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B (2002) differenziert seinerseits ebenfalls nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels.

(3) Bei anderem Klauselverständnis (vgl. zur Mehrdeutigkeit der Regelung von Kiedrowski, Festschrift für Leupert (2021), S. 333, 350 f.), wonach ein Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag nur bei Vertragswidrigkeiten oder Mängeln entziehen darf, welche so gewichtig sind, dass dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, wäre aufgrund der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB der Angemessenheitsprüfung nach § 307 Abs. 1, 2 BGB gleichwohl die Auslegung zugrunde zu legen, wonach die Kündigung als Reaktion auch auf eine nur geringfügige, unbedeutende oder unwesentliche Vertragswidrigkeit oder Mangelhaftigkeit in der Ausführungsphase möglich ist.

ee) Ausgehend von dem hiernach maßgeblichen Klauselverständnis widerspricht § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) dem gesetzlichen Leitbild im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

(1) Die Kündigungsregelung nach § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) ist anhand der richterrechtlich entwickelten Grundsätze zu messen, nach denen der Auftraggeber einen Werkvertrag aus wichtigem Grund kündigen kann.

Das Recht eines Auftraggebers, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, ist für ab dem 1. Januar 2002, aber vor Einführung von § 648a BGB geschlossene Verträge - wie dem streitgegenständlichen - richterrechtlich anerkannt und folgt aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB (BGH, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15 Rn. 40 m.w.N., BGHZ 210, 1).

(2) Voraussetzung einer Kündigung aus wichtigem Grund ist, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 - VII ZR 1/19 Rn. 23, 31, BGHZ

223, 260; Urteil vom 8. März 2012 - VII ZR 118/10 Rn. 22, BauR 2012, 949 = NZBau 2012, 357).

Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen. Solche können sich im Einzelfall aus Umständen ergeben, die einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen, sofern diese in der Gesamtabwägung so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann etwa aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.

(3) Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) weicht nach dem maßgeblichen Klauselverständnis von diesen wesentlichen Grundgedanken ab. Hiernach kann der Auftraggeber die Kündigung losgelöst von diesen Kriterien und - bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs - selbst bei Geringfügigkeit der Vertragswidrigkeiten oder Mängel während der Ausführungsphase aussprechen.

(4) Diese Abweichung von dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, denn die Vermutung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nicht widerlegt. Weder wird die unangemessene Benachteiligung durch andere der Klägerin von der Beklagten gewährte Vorteile kompensiert noch rechtfertigen besondere Umstände bezogen auf die Durchführung und Abwicklung von Bauleistungen diese.

ff) § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) behält im Übrigen - soweit die Bestimmung nicht auf § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) rückbezogen ist - seine Wirksamkeit. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen - unwirksamen - Regelungen stehen. Nur wenn der als wirksam anzusehende Teil im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam bean-

standete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel. Die inhaltliche Trennbarkeit einer Klausel und damit ihre Zerlegung in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil ist immer dann gegeben, wenn der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog. blue-pencil-test); ob beide Bestimmungen dem gleichen Regelungsgegenstand betreffen, ist dabei unerheblich (vgl. nur BGH, Urteil vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20 Rn. 45 m.w.N., NJW 2022, 1944).

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs erstreckt sich die Unwirksamkeit der ersten in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) geregelten Variante nicht auf die übrigen Kündigungstatbestände. Der Passus in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002), der die Bezugnahme auf den Kündigungsgrund des § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) enthält, kann gestrichen werden, ohne dass die Klausel des § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) insgesamt ihren Sinn einbüßt.

2. Der Senat kann nicht entscheiden, ob die Beklagte außerhalb des Anwendungsbereichs von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) nach dem gemäß § 306 Abs. 1 BGB zu prüfenden dispositiven Recht ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund hatte. Dazu, ob die Beklagte den Vertrag nach den richterrechtlich entwickelten Grundsätzen zur Kündigung aus wichtigem Grund kündigen konnte, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

OLG Stuttgart zu der Frage, ob der Statiker für Verzögerungsschäden infolge mangelhafter Pläne haftet

vorgestellt von Thomas Ax

1. Mangelbedingte Verzögerungsschäden sind Mangelfolgeschäden und deshalb auch vor Abnahme unabhängig von den Voraussetzungen des § 286 BGB nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen.

2. Bezüglich Mangelfolgeschäden, die aus der Zeit vor Abnahme des Architektenwerks geltend gemacht werden, trägt der Architekt die Darlegungs- und Beweislast, dass ein Erfüllungsdefizit in Form eines Mangels seines Werks nicht vorgelegen hat.

3. Diese Darlegungs- und Beweislast setzt voraus, dass der Auftraggeber substantiiert Erfüllungsdefizite/Mängel des Werks des Architekten gerügt hat.

4. Beruft sich ein Auftraggeber zur Mangelhaftigkeit der Werkleistung auf Beanstandungen des Prüflingenieurs, müssen diese im Prozess konkret vorgetragen werden. Dem Auftraggeber steht hierfür – je nach Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse – ein privatrechtlicher Auskunftsanspruch aus dem Werkvertrag mit dem Prüflingenieur oder ein öffentlich-rechtlicher Auskunftsanspruch bzw. ein Akteneinsichtsrecht gegen den Prüflingenieur zu.

5. Der Auftraggeber, der sich auf einen Schadensersatzanspruch aufgrund einer mangelbedingten Bauzeitverzögerung beruft, hat substantiiert im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität zu den dadurch entstandenen Behinderungen vorzutragen und bestrittene Tatsachen vollumfänglich gemäß § 286 ZPO zu beweisen.

6. Dies setzt in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung hinsichtlich der jeweiligen einzelnen Behinderung voraus (vgl. zu Ansprüchen des Auftragnehmers BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321). Der Vortrag muss so konkret sein, dass Verzögerungen u.a. durch die Tätigkeit anderer Baubeteiligter, Vorgaben des Auftraggebers und Nachträge als Ursache für die Bauzeitverzögerung ausgeschlossen werden können.

7. Die aufgrund eines Vergleichs mit einem Dritten erfolgte Zahlung ist ein zu ersetzender Schaden, wenn dessen Abschluss adäquat-kausale Folge der Pflichtverletzung des Vertragspartners ist. Dazu müssen zumindest schlüssig die Voraussetzungen einer Anspruchsnorm des Dritten vorgetragen werden.

OLG Stuttgart, 24.03.2026 - 10 U 72/25

Gründe

A.

Mit "Ingenieurvertrag Tragwerksplanung" vom 13./21.11.2017 (Anlage K4) beauftragte die Rechtsvorgängerin der Klägerin (dies war die Z1 GbR, die all ihre Ansprüche an die Klägerin abgetreten hat, vgl. Anlage K3 bzw. die Z2 GmbH & Co. KG, vgl. Anlage K90 - 92) die Beklagte damit hinsichtlich des Projekts Z in 60528 Frankfurt a. M. im Rahmen der Leistungsphasen 5 und 6 nach HOAI die Bewehrungspläne zu erstellen (vgl. Ziffer 3.5.1). Das von der Fa. X. im Auftrag der Klägerin als Generalunternehmerin zu verwirklichende Bauprojekt sollte auf einer tragenden Bodenplatte zunächst durch

eine durchgehende Tiefgarage und aufbauend darauf in vier einzelnen Bauteilen (A bis D) untergliedert erstellt werden. Die Baugenehmigung für das vorstehend beschriebene Bauvorhaben (Anlage K1_1 – 1_4) wurde unter Bezugnahme auf §§ 89, 75 Abs. 3 HBO unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass mit den Bauarbeiten erst begonnen werden dürfe, wenn die Konstruktionszeichnungen - also die beklagtenseits zu erstellenden Bewehrungspläne - vom Prüfsingenieur (insoweit war die "K. Ingenieure GmbH" in Form der Zeugen H. und R. tätig) geprüft und zur Ausführung freigegeben wurden (vgl. Bl. 27 Anlageheft Kl.). Hinsichtlich der Fertigstellung ihrer Planung und des Gesamtbauvorhabens vereinbarten die Parteien in Ziffer 6.4 und der in Bezug genommenen Anlage Fristen, die jedoch nachfolgend im Juli/August 2018 abgeändert wurden, wobei hinsichtlich der Frage, ob konkrete neue und verbindliche Fristen vereinbart wurden, Streit zwischen den Parteien besteht. Mit Abschluss des Vertrags vom 21.11.2017 wurden die Leistungen der Beklagten für die Tiefgarage abgerufen (vgl. Ziffer 3.6.3), im April 2018 diejenigen für die Bauteile A und B.

Die Klägerin behauptete in erster Instanz, bei Auftragserteilung an die Beklagte davon ausgegangen zu sein, dass diese zu einer fach- und termingerechten Erstellung der benötigten Bewehrungspläne im Stand sei, zumal die Generalunternehmerin hierauf ihre Personal- und Termindisposition eingerichtet habe. Entgegen dieser Erwartung seien die beklagtenseits gelieferten Pläne von Beginn an grob fehlerhaft gewesen. So seien unvollständige und fehlerhafte Erdbebennachweise vorgelegt und die Bodenplatte unzutreffend berechnet worden. Dies habe dazu geführt, dass die Pläne erst nach Nacharbeiten der Beklagten durch den Prüfsingenieur freigegeben worden seien. Hinsichtlich der dadurch eingetretenen Verzögerung verwies die Klägerin auf die Tabelle nach Bl. 23 LGA, wobei sich der notwendige Überarbeitungsprozess von Juli 2018 bis März 2019 in die Länge gezogen habe. An einer übertriebenen Sorgfalt der tätigen Prüfsingenieure habe es entgegen der Behauptung der Beklagten nicht gelegen, dass die Pläne der Beklagten von den Prüfsingenieuren mehrfach moniert und zurückgewiesen worden seien; teilweise habe ganz im Gegenteil die Beklagte Anmerkungen der Prüfsingenieure schlicht nicht umgesetzt, sondern die Pläne erneut ohne vorherige Bearbeitung an diese versandt. Insgesamt habe die Beklagte durch die zahlreichen erforderlichen und vorgenommenen Überarbeitungen anerkannt, dass ihre Leistungen mangelhaft gewesen seien. Die Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten habe sich bis in den Oktober 2018 fort-

gesetzt, weswegen der Bauablauf erheblich gestört gewesen sei und schließlich Anfang Dezember 2018 eine Einstellung der Bewehrungs- und Betonierarbeiten von der Klägerin eingeleitet worden sei.

Die Klägerin stellte sich vor diesem Hintergrund auf den Standpunkt, dass die Beklagte verpflichtet sei, die der Klägerin als Folge der mangelhaften Pläne entstandenen Schäden nach §§ 280, 249 BGB zu ersetzen. Einer bauablaufbezogenen Darstellung der Verzögerung bedürfe es hierfür nicht, da sich jeder "Verzug" der Beklagten unmittelbar auf die Bauzeit ausgewirkt habe. Insgesamt habe die Beklagte die vereinbarten Fristen nicht einzuhalten vermocht. Infolge der insgesamt mangelhaften Planung der Beklagten seien der Klägerin massive Schäden entstanden. Die beauftragte Generalunternehmerin habe die Rohbauarbeiten nicht wie geplant ausführen können, wodurch es zu Stillstandszeiten und Unproduktivitäten gekommen sei. Die Generalunternehmerin habe daher einen Betrag von über 4 Mio. € als Schadensersatz gegenüber der Klägerin geltend gemacht; in Anbetracht der drohenden Kündigung seitens der Generalunternehmerin habe die Klägerin im Vergleichswege plausible 2 Mio. € auf den geltend gemachten Anspruch nach § 642 BGB und § 6 VOB/B bezahlt (Anlage K86). Auf Basis einer durchgeführten Plausibilitätskontrolle sei ein Betrag von 2 Mio. € nachvollziehbar gewesen und sei daher von der Beklagten zu erstatten, ohne dass es darauf ankomme, ob die Forderung der Generalunternehmerin wirklich (in dieser Höhe) berechtigt gewesen sei. Da die Generalunternehmerin zur Reduzierung von Wartezeiten zu dem Armierungsstahl auf Basis einer Absprache der Parteien bereits vor Freigabe der Planungen durch die Prüfstatiker bestellt habe, führten die durch die Prüfsingenieure veranlassten Planänderungen zu abweichenden Armierungsstahl-Mengen, wodurch bestellter Stahl nicht mehr habe verwendet werden können. Der Mehrverbrauch an Bewehrungsstahl habe bei 75,46 to bzw. 75.035,47 € netto gelegen. Auch seien der Generalunternehmerin dadurch Mehraufwendungen in Höhe von 82.910,26 € netto entstanden, dass sie auf der Baustelle die fehlerhaften Pläne der Beklagten im Rahmen von Tagelohnarbeiten habe ausbessern müssen. Derartige Fehler seien auch nach Prüfung seitens des Prüfstatikers noch vorhanden gewesen, da sie nicht die Statik betroffen hätten. Vergleichsweise seien hierauf von der Klägerin an die Generalunternehmerin 75.000 € bezahlt worden.

Daneben sei dem Prüfsingenieur durch die stark mangelhaften Pläne der Beklagten ein zusätzlicher Aufwand entstanden, der sich auf der Klägerin gegenüber

abgerechnete 131.681,59 € belaufe. Auch seien Finanzierungsmehrkosten mit 232.412,83 € dadurch entstanden, dass die Laufzeit der von der Klägerin abgeschlossenen Finanzierungsverträge habe verlängert werden müssen, da die Baustelle infolge der Planungsmängel der Beklagten nicht binnen der geplanten Zeit habe fertiggestellt werden können. Neben den Zinsen sei der Klägerin dadurch ein weiterer Schaden entstanden, dass sie den teilweise vorausgezählten Kaufpreis auch gegenüber dem Endinvestor für den Verzugszeitraum von 5 bzw. 6 Monaten mit 2,5 % zu verzinsen gehabt habe (Anlage K74 - 78). Bis zur Übergabe der Bauteile A und B seien dadurch Kosten in Höhe von weiteren 248.047,24 € entstanden. Auch habe die Klägerin wegen der verspäteten Übergabe einzelner Wohnungen Vertragsstrafen von insgesamt 105.000 € an deren Erwerber zu bezahlen gehabt, wobei der Verzugszeitraum bei 2 Monaten gelegen habe und pro Wohnung und Monat 1.500 € bezahlt worden seien. Zudem seien Beratungskosten für die technische Bauherrenberatung mit 72.615,00 € netto angefallen, da die Laufzeit des Beratervertrags entsprechend den Verzögerungen bei der Fertigstellung des Bauprojekts habe ebenfalls verlängert werden müssen (Anlage K85 – K86). Schließlich seien Rechtsberatungskosten dadurch entstanden, dass sich die Klägerin angesichts der Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten baubegleitend habe beraten lassen, wobei eine 2,5-fache Geschäftsgebühr aus dem geltend gemachten Schaden von ca. 3,7 Mio. €, somit 38.142,48 € brutto, entstanden sei.

Die Klägerin beantragte vor diesem Hintergrund in erster Instanz:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.339.041,06 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2021 zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche über den unter 1 bezifferten Klageantrag hinausgehenden Schäden, die ihr durch die fehlerhaften Ausführungspläne und die verspätet eingereichten Pläne entstanden sind und / oder noch entstehen werden, zu ersetzen.

Die Beklagte beantragte in erster Instanz,

die Klage abzuweisen und begehrte im Wege der Hilfs-widerklage, die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte € 125.720,87 nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.07.2021 zu zahlen.

Die Beklagte erklärte die Hilfsaufrechnung und machte im Wege der Hilfs-widerklage restliche unstreitige Honoraransprüche mit 125.720,87 € geltend. Im Übrigen berief sie sich darauf, dass der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche nicht zustünden, da die klägerseits behaupteten Verzögerungen allein auf einen von Anfang an gestörten Planungs- und Bauablauf zurückzuführen seien, der seinerseits auf verspätete Beauftragungen von Objekt- und Fachplanern sowie einer verspäteten Beauftragung der Generalunternehmerin zurückzuführen sei. Daneben hätten unrealistische Terminplanungen, Änderungswünsche der Klägerin und dadurch bedingte Überarbeitungen der Ausführungsplanung, Änderungen des Bauablaufs durch die Generalunternehmerin, unberechtigte Monierungen der Prüferingenieure und lange Lieferzeiten von Einbauteilen letztlich zur Verzögerung geführt. Allenfalls bestehende kleine Unzulänglichkeiten in den Plänen der Beklagten seien daher nicht kausal für Verzögerungen und Mehrkosten, wobei Mängel am Erdbebennachweis und der Berechnung der Bodenplatte insgesamt nicht vorgelegen hätten. Da es der klägerischen Darstellung an einer baustellenbezogenen Darstellung der Ist- und Soll-Abläufe fehle, sei die behauptete Bauzeitverlängerung bereits im Ansatz nicht nachvollziehbar. Ungeachtet dessen seien nie verbindliche Termine zur Fertigstellung der Pläne vereinbart worden; solche zuzusagen sei bereits deswegen nicht möglich gewesen, da die Tragwerksplanung auf der Ausführungsplanung aufbaue, welche sich ihrerseits verzögert habe. Auch habe der Prüferingenieur mit bis zu 120 Tagen Prüfzeit ungewöhnlich lange für die Prüfung benötigt, widersprüchliche Korrekturen verlangt, die am Rande der Willkür angesiedelt gewesen seien, und daneben auch fachlich falsche Korrekturen verlangt. Abseits dessen, dass damit keine relevanten Planungsfehler vorlägen, habe der Prüferingenieur dadurch, dass er die Pläne nicht nach dem Prinzip "first in, first out" bearbeitet, sondern die Pläne nach Abruf seitens der Generalunternehmerin/Baustelle geprüft habe, den Verzug der Baustelle mitverursacht. Ungeachtet dessen, dass damit bereits nicht schlüssig dargelegt sei, in wie weit ein Verzug auf angebliche Planungsmängel der Beklagten zurückzuführen sei, habe die Klägerin auch nicht dargelegt, dass überhaupt relevante Mängel an den Plänen bestanden hätten. Zudem sei zu bestreiten, dass es nicht möglich gewesen sei, andere Arbeiten vorzuziehen und hierdurch einen Verzug der Baustelle zu kompensieren. Hinsichtlich der einzelnen Schadenspositionen bestritt die Beklagte die Schadensberechnung der Klägerin, die Erstattungsfähigkeit der von der Klägerin bezahlten Beiträge an Dritte und deren korrekte Berechnung.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des streitigen erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien gemäß § 540 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage mit Urteil vom 20.03.2025 insgesamt abgewiesen. Zur Begründung der erfolgten Klagabweisung führte das Landgericht aus, dass die Klage zwar insgesamt zulässig sei, es aber an der Begründetheit fehle. Soweit die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche auf § 280 Abs. 1 BGB stütze, könne dahingestellt bleiben, ob einzelne Pläne oder Plansätze mangelhaft gewesen seien, da es jedenfalls an der haftungsbegründenden Kausalität fehle. So bleibe insgesamt unklar, ob und in welchem Umfang sich eine behauptete Mangelhaftigkeit der beklagten-seits erstellten Pläne auf die Freigabe durch den Prüfenieur und damit auf das Bauvorhaben ausgewirkt habe. Es fehle an einer bauablaufbezogenen Darstellung und damit Ausführungen dazu, wann die Plansätze der Bodenplatten hätten beim Prüfenieur abgeliefert werden müssen, wann sie demgegenüber tatsächlich an ihn versandt und sodann von ihm freigegeben worden seien und wie sich die Verzögerung der Ablieferung der einzelnen Planabschnitte auf den Bauablauf ausgewirkt habe. Auch sei der Vortrag der Klägerin dazu, zu welchem zeitlichen Verzug es infolge der Versäumnisse der Beklagten gekommen sei, nicht stringent, da die angeblichen Verzugszeiträume sowohl mit unterschiedlicher Länge als auch mit unterschiedlichem Beginn und Ende benannt worden seien. Zudem sei hinsichtlich des angeblichen Mehrverbrauchs an Stahl nicht nachvollziehbar, wann die Stahlbestellungen erfolgt seien und inwiefern Planungsmängel der Beklagten zu einem Mehrverbrauch geführt hätten.

Ungeachtet dessen, dass damit bereits der Vortrag der Klägerin zur haftungsausfüllenden Kausalität nicht schlüssig sei, habe sie auch die ihr angeblich entstandenen Schäden nicht schlüssig dargelegt. Allein daraus, dass die Klägerin mit der tätigen Generalunternehmerin einen Vergleich über 2.000.000,00 € abgeschlossen habe, könne nicht geschlossen werden, dass die Beklagte für diesen Betrag eintrittspflichtig gewesen sei. Es fehle insoweit an Vortrag der Klägerin dazu, welche Forderungen diesem Vergleichsabschluss zugrunde lägen. Hinsichtlich der mit 749.803,24 € bezifferten Preissteigerungen für Lohn und Material fehle es mit Blick auf § 6 Abs. 6 VOB/B an einer Pflichtverletzung der Klägerin gegenüber der Generalunternehmerin und bezüglich § 642 Abs. 1 BGB daran, dass die geltend gemachten Schäden nicht erfasst würden. Gleiches gelte für die begehrten Mehrkosten der Nachunternehmer "A." und "B.", wobei die diesbezügliche Forderungsaufstellung in sich bereits nicht schlüssig sei.

Auch die Position in Höhe von 72.214,12 € wegen erhöhten Stahlverbrauchs sei nicht schlüssig dargelegt, da die Klägerin eingeräumt habe, dass Stahl von der Generalunternehmerin verkauft worden sei, der Verkaufserlös jedoch nicht bekannt und "gegengerechnet" worden sei. Der Betrag in Höhe von 82.910,26 € für Tagelohnarbeiten sei wiederum nicht nachvollziehbar. Die mit 131.681,59 € bezifferten Mehrkosten des Prüfenieurs seien nicht den 14 Bodenplattenabschnitten zugeordnet und zudem sei nicht ersichtlich, warum von den vom Prüfenieur geltend gemachten 311.832,17 € gerade 131.681,59 € auf eine mangelhafte Leistung der Beklagten entfallen sollten. Die geltend gemachten Finanzierungsmehrkosten mit 248.047,24 € seien Sowieso-Kosten, da sie für einen Zeitraum angefallen seien, in dem eine Fertigstellung des Gebäudes sowieso nicht zu realisieren gewesen sei. Hinsichtlich des mit 105.000 € bezifferten Schadens, der den Erwerbern der Wohnungen angeblich für deren verspätete Fertigstellung habe bezahlt werden müssen, fehle es an Vortrag dazu, wann welche Wohnung habe übergeben werden können, so dass der Betrag nicht nachvollziehbar sei. Die auf eine Verlängerung der Laufzeit der technischen Bauherrenberatung gestützten Mehrkosten mit 72.615 € seien schließlich nicht erstattungsfähig, da es auch unabhängig von der Beklagten zu Bauzeitverlängerungen gekommen sei, und die Klägerin nicht konkret darlege, wie dieser Betrag der Beklagten anzulasten sei. Ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten bestehe schließlich deswegen nicht, da die Klägerin den diesbezüglichen Gegenstandswert nicht schlüssig dargelegt habe. Einer Prüfung der geltend gemachten Schadenspositionen als Verzugsschaden nach §§ 280 Abs. 1, 286 BGB stehe schließlich entgegen, dass die Klägerin ihre Schäden gerade nicht auf ein verspätetes Hochladen von Plänen auf den Planserver zurückführen wolle.

Da seitens des Landgerichts zunächst versäumt worden war, den Hilfswiderklageantrag der Beklagten in das Urteil aufzunehmen und über diesen zu entscheiden, wurde auf Tatbestandsberichtigungs- und Urteilsergänzungsantrag der Beklagten (Bl. 589 LGA) zunächst mittels Beschlusses vom 09.05.2025 (Bl. 614 LGA) der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils dahingehend berichtigt, dass der übergangene Hilfswiderklageantrag aufgenommen wurde, und anschließend mittels Ergänzungsurteil vom 26.06.2025 (Bl. 627 LGA) die Klägerin auf die Hilfswiderklage hin zur Zahlung in Höhe von 125.720,87 € verurteilt. Zudem wurde auf entsprechenden Antrag der Klägerin der Tatbestand des Urteils

durch Beschluss vom 21.05.2025 (Bl. 619 LGA) berichtigt.

Mit ihrer am 25.04.2025 eingelegten Berufung wendet sich die Klägerin gegen das ihr am 28.03.2025 zugestellte landgerichtliche Urteil. Sie ist der Auffassung, dass die von ihr geltend gemachten Ansprüche – mit Ausnahme der nicht mehr weiterverfolgten Ansprüche wegen Personalkosten in Höhe von 363.603,39 € - zu Unrecht aberkannt worden seien. Nach Abzug ihrer auf die Hilfswiderklage hin erfolgten Verurteilung über 125.720,87 € errechnet die Klägerin einen ihr zustehenden Betrag in Höhe von 2.844.873,36 € (2.970.594,23 € - 125.720,87 €).

In der Sache verweist die Klägerin darauf, dass die Bewehrungsplanung der Beklagten so mangelhaft gewesen sei, dass der Prüfstatiker diese Pläne nicht freigegeben habe, die Beklagte die von ihr gelieferten Pläne habe nachbessern müssen und hierdurch das gesamte Bauvorhaben erst später habe fertiggestellt werden können. Dass die Pläne zunächst womöglich termingerecht vorgelegt worden seien, sei in Anbetracht ihrer Mangelhaftigkeit nicht entscheidend, da ein ungestörter Bauablauf so habe nicht realisiert werden können und es zu einer Verzögerung von mindestens 140 Tagen gekommen sei.

Soweit das Landgericht konkrete Ausführungen zur haftungsbegründenden Kausalität vermisste, treffe dies nicht zu. Denn dadurch, dass die Beklagte mangelhafte Planungsunterlagen erstellt habe und diese wegen ihrer Mangelhaftigkeit nicht vom Prüfsingenieur freigegeben worden seien, habe sich deren bauliche Umsetzung erheblich verzögert. Erst nach mehrfachem Hin und Her zwischen der Beklagten und den Prüfsingenieuren habe schließlich eine Freigabe erteilt werden können. Es komme insoweit auch nicht auf die Mangelhaftigkeit einzelner Pläne, sondern immer nur von ganzen Plansätzen an, da erst auf deren Grundlage weitergearbeitet werden können. Zum Beweis der Verzögerung durch die Beklagte seien die Prüfsingenieure R. und H. benannt, vom Landgericht aber fehlerhaft nicht vernommen worden. Zudem habe das Landgericht verkannt, dass ohne fehlerfreie Bewehrungspläne für die Bodenplatte nicht mit dem Bau habe begonnen werden können und sich die anfängliche Verzögerung durch das gesamte Bauvorhaben hindurchgezogen habe; auch sei die Terminplanung der tätigen Generalunternehmerin (Anlagen K111 und 112) vorgelegt und erläutert worden. Aus dem Vergleich der ursprünglichen Terminplanung VTP und dem Terminplan Index g

ergebe sich die genaue Verzögerung bei der Ausführung durch die Generalunternehmerin infolge der beklagten verursachten Mängel. Soweit das Landgericht die Abweisung der Klage ferner darauf gestützt habe, dass der Prüfsingenieur die Pläne nicht nach Eingang, sondern nach Abruf seitens der Baustelle geprüft habe, und hierdurch nicht nachvollziehbar sei, ob allein die verspätete Erstellung seitens der Beklagten zu den behaupteten Verzögerungen geführt habe, verkenne dies, dass dieses Vorgehen in Abstimmung der Parteien nur deswegen gewählt worden sei, um noch größere Verzögerungen zu verhindern. Die Monierung des Landgerichts, wonach nicht stringent zum Stillstand der Baustelle vorgetragen worden sei, treffe ebenfalls nicht zu; einen Stillstand der Baustelle habe es nur Ende 2018 gegeben.

Hinsichtlich der einzelnen Schadenspositionen sei es so, dass die Klägerin die Vergleichssumme von 2.000.000 € nur deswegen an die Generalunternehmerin habe zahlen müssen, da es durch Mängel in der Planung der Beklagten zu deutlichen Verzögerungen gekommen sei. Die Klägerin sei in einer Drucksituation gewesen, da die Generalunternehmerin mit einer Kündigung gedroht habe. Der Vergleichsabschluss stelle letztlich eine Maßnahme der Schadensminderung dar und sei wirtschaftlich plausibel gewesen; mehr könne nicht erwartet werden, zumal zumindest eine Schadensschätzung habe vorgenommen werden können. Denn die Klägerin habe Anhaltspunkte für eine Schätzung geliefert. Zu Unrecht habe das Landgericht auch die Voraussetzungen des § 6 Abs. 6 VOB/B verneint, die Beklagte habe nicht nur eine Obliegenheit, sondern eine Pflicht zur zeitigen Planerstellung gehabt. Bezüglich des mit 72.214,12 € bezifferten Stahlmeherverbrauchs habe das Landgericht verkannt, dass die Generalunternehmerin zunächst auf Basis der Pläne mit dem Index F Stahl bestellt, dieser wegen geänderter Planung nicht verwendet und sodann neuer Stahl habe bestellt werden müssen, wie sich exemplarisch aus der Anlage 118 ergebe. Soweit das Landgericht darauf verweise, dass sich die Klägerin den Schrotterlös des zunächst angeschafften, dann aber nicht verwendbaren Stahl hätte anrechnen lassen müssen, habe es hierauf zuvor nie hingewiesen und damit seine Hinweispflicht verletzt.

Mit der Position Tagelohnarbeiten mache die Klägerin Mehrkosten geltend, die dadurch entstanden seien, dass die Beklagte immer wieder falsche Pläne geliefert habe und so ad hoc auf der Baustelle Änderungen hätten durchgeführt werden müssen. Insoweit sei auf die

Anlage K 99 zu verweisen, aus der sich der geltend gemachte Betrag mit 82.110,26 € ergebe, der im Wege einer mit der Generalunternehmerin herbeigeführten Einigung auf 75.000 € habe reduziert werden können. Die mit 131.681,59 € bezifferten Mehraufwendungen für den Prüfsachverständigen (Anlage K61) seien darin begründet, dass ausschließlich die mangelhafte Planung der Beklagten zu verlängerten Prüfzeiten und Mehrfachprüfungen geführt habe; andere Beteiligte des Bauvorhabens seien nicht durch diesen Prüfsachverständigen geprüft worden, es sei daher eine zweifelsfreie Zuordnung möglich. Die vom Landgericht vermisste Zuordnung zu einzelnen Bodenplattenabschnitten sei daher entbehrlich. Die Finanzierungsmehrkosten in Höhe von 232.412,38 € seien auf Zinsschäden zurückzuführen, die die Klägerin wegen längerer Vorhaltung des Grundstücks habe bezahlen müssen. Auch die mit 248.047,24 € angefallene zusätzliche Verzinsung des Kaufpreises des Endinvestors der Bauteile A und B sei beklagten-seits zu ersetzen, da sich die Klägerin dem Endinvestor gegenüber vertraglich verpflichtet habe, dessen Vorauszahlung mit 2,5 % p. a. bis zur Übergabe zu verzinsen; infolge der mangelhaften Planung der Beklagten habe sich die Übergabe verspätet und damit der Zinszahlungszeitraum verlängert. Die Vertragsstrafenzahlungen an die Käufer der Wohnungen des Bauteils C beliefen sich auf 105.000 €. 35 Wohnungen seien je 2 Monate zu spät übergeben worden, wobei pro Wohnung und Monat 1.500 € bezahlt worden seien; so ergebe sich die geltend gemachte Summe (Anlage K82 + 83). Vor diesem Hintergrund habe eine Vernehmung der Zeugin F. erfolgen müsse, die bestätigen könne, dass diese Zahlungen erfolgt seien. Die Mehrkosten der Bauherrenberatung mit 72.615,00 € ergäben sich daraus, dass mit der Generalunternehmerin eine Fertigstellung des Bauvorhabens zum 01.06.2021 vereinbart gewesen sei. Infolge der mangelhaften Planung der Beklagten habe dieser Zeitpunkt auf den 20.10.2021 verlegt werden müssen, was eine Verzögerung von 4,6 Monaten ergebe (Anlage K86). Schließlich bestehe zumindest hinsichtlich der in der Berufungsinstanz noch geltend gemachten Ansprüche auch aus § 280 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, also aus 2.936.970,78 €.

Letztlich verweist die Klägerin noch darauf, dass der für das Bauvorhaben eingesetzte Prüfsachverständigen nicht im Rahmen eines Werkvertrags tätig geworden, sondern von der Stadt Frankfurt im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses eingesetzt worden sei und ihr daher gegenüber diesem kein Auskunfts-/Herausgabeanspruch in Bezug auf die mangelhaften Pläne der Beklagten zustehe. Ungeachtet dessen, dass

daher ausreichend zur Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten vorgetragen und alles weitere im Rahmen einer dahingehenden Beweisaufnahme zu klären sei, stelle es auch eine Überspannung der Darlegungsanforderungen dar, wenn von ihr eine bauablaufbezogene Darstellung verlangt werde, zumal eine solche keinesfalls für alle geltend gemachten Schadenspositionen erforderlich sei, da es sich vielfach um schlichte Verzugsschäden handle und auch die zitierte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München der Klägerin zu Gute komme. Auch ansonsten sei hinreichend zu den maßgeblichen Kausalitätszusammenhängen vorgetragen und diesbezüglich Beweis vor allem durch Vernehmung des Prüfsachverständigen einzuholen.

Die Klägerin beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 20.03.2025 (Az.: 26 O 509/21) wird teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von € 2.844.873,36 nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2021 zu bezahlen.

Hilfsweise: Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Zurückverweisung.

Zulassung der Revision für den Fall, dass die Berufung nicht vollumfänglich begründet sein sollte.

Die Beklagte beantragt:

Zurückweisung der Berufung.

Zur Begründung ihres Zurückweisungsantrags verweist die Beklagte darauf, dass das Landgericht zutreffend weder die Voraussetzungen von § 280 Abs. 1 BGB noch diejenigen von §§ 280, 286 BGB als erfüllt angesehen habe. Die Klägerin habe wiederholt erklärt, keinen Verzugsschaden, sondern lediglich einen mangelbedingten Schadensersatz zu begehren. Allein eine verspätete Planvorlage sei damit nicht Grund für die klageweise geltend gemachten Ansprüche, sondern mangelbedingte Verzögerungen. Daher habe es einer bauablaufbezogenen Darstellung des Bauablaufs mit Darlegung der angeblichen Behinderungen der anderen Baubeteiligten unter Gegenüberstellung der Soll- und Ist-Abläufe sowie der dadurch angeblich entstandenen Schäden, Baustillstände oder Produktionsverluste unter Benennung der jeweiligen Behinderungsanzeigen bedurft. In Anbetracht dessen, dass die Beklagte für das streitgegenständliche Bauvorhaben mehr als 265 Be-

wehrungspläne erstellt und diese bis zu acht Mal überarbeitet habe, sei es ihr ohne konkrete Ausführungen der Klägerin, welcher angeblich mangelhafte Plan zu welchem Schaden geführt haben solle, nicht möglich, konkret zu erwidern. Insbesondere sei an den Ausführungen der Klägerin zu monieren, dass sie es nicht geschafft habe zu begründen, warum nicht einzelne Bodenplattenabschnitte getrennt nacheinander freigegeben werden konnten; es sei daher jeder einzelne Bewehrungsplan getrennt in den Blick zu nehmen. Da die Klägerin zu einer angeblichen Mangelhaftigkeit der einzelnen Bewehrungspläne nicht vorgetragen habe, wäre eine Beweisaufnahme auf eine unzulässige Ausforschung hinausgelaufen.

Ein mangelbedingter Schadensersatzanspruch könne ungeachtet des Fehlens von konkretem Vortrag zu Mängeln nur auf den Schaden gestützt werden, der kausal auf den Zeitraum von der ersten berechtigten Beanstandung durch den Prüfsingenieur bis zur Vorlage des überarbeiteten Bewehrungsplans beim Prüfsingenieur einschließlich der vereinbarten Prüffrist von zwei Wochen für den Korrekturplan zurückzuführen sei. Da Pläne aber zum Teil erst 69 Tage nach Eingang vom Prüfsingenieur geprüft worden seien, könne dies der Beklagten nicht angelastet werden. Zudem habe die Klägerin auch nicht dargelegt, dass die Soll-Termine von der Generalunternehmerin im Falle der Anreichung mangelfreier Pläne hätten eingehalten werden können. Auch blende der klägerische Vortrag aus, dass es Verzögerungen in der Objektplanung und der TGA-Planung gegeben habe und damit Verzögerungen unabhängig von angeblichen Mängeln der Pläne der Beklagten im Raum stünden. Wie die Klägerin daher auf den angeblichen Verzug von 140 Tagen komme, lege sie nicht dar. Auch die in Bezug genommene Anlage K111 helfe da nicht weiter, da sich ihr bereits keine Beginn- und Endtermine für die Bodenplatte entnehmen ließen, sondern nur der "Rohbau-Tiefgarage" insgesamt. Die Bewehrungspläne seien jedenfalls deutlich vor diesem Termin vom Prüfsingenieur freigegeben worden. Auch habe sie es außenvorgelassen, dass die der Bewehrungsplanung zugrunde liegenden Schalpläne zum Teil bis zu zwölf Mal hätten angepasst werden müssen, was wiederum bedingt habe, dass auch die Bewehrungspläne hätten angepasst werden müssen. Auch sei an den Ausführungen der Klägerin zu monieren, dass sie zu keiner Zeit vorgetragen habe, wann und wie lange welche Arbeitskolonne der Generalunternehmerin wo mit welchen Arbeiten unproduktiv eingesetzt worden sei.

Hinsichtlich den einzelnen Schadenspositionen habe es die Klägerin versäumt, den geltend gemachten Schaden mit 2.000.000,00 € dem Grunde und der Höhe nach konkret nachzuweisen. Der diesbezügliche Verweis der Klägerin auf eine Entscheidung des OLG München helfe nicht weiter, da im dortigen Fall eine für plausibel gehaltene Forderung lediglich unter Vorbehalt etwaiger Rückforderungen bezahlt, sodann an den Planer abgetreten und diesem somit ein Regressanspruch verblieben sei; die Klägerin habe sich vorliegend hingegen endgültig und abschließend mit der Generalunternehmerin geeinigt und so der Beklagten eine Rückforderung abgeschnitten. Zudem seien die in den Vergleich mit der Generalunternehmerin einbezogenen Positionen weder über § 642 BGB noch nach § 6 Abs. 6 VOB/B ersatzfähig, da die rechtzeitige Übergabe mangelfreier Pläne bereits keine Vertragspflicht der Klägerin gegenüber der Generalunternehmerin, sondern lediglich eine Obliegenheit darstelle; dies ergebe sich vorliegend explizit aus § 2 Abs. 1 des zwischen Klägerin und Generalunternehmerin abgeschlossenen Vertrags.

Zum Stahlmehrverbrauch habe das Landgericht auf die fehlende Nachvollziehbarkeit des klägerischen Vortrags bereits in der Verhandlung vom 29.02.2024 hingewiesen; gleichwohl habe die Klägerin bis heute nicht dazu vorgetragen, wie sie den angeblichen Stahlmehrverbrauch ermittelt und betragsmäßig bewertet habe. Auch habe die Klägerin bis heute nicht vorgetragen, aus welchen Planungsmängeln die geltend gemachten Stundenlohnarbeiten resultieren, obwohl sie auch hierauf vom Landgericht hingewiesen worden sei. Der Verweis auf Anlage K 99 ver helfe ohne Vortrag nicht weiter. Gleiches gelte, soweit die Klägerin 131.681,59 € wegen angeblicher Mehraufwendungen des Prüfsingenieurs begehre, auch insoweit fehle es an konkretem Vortrag, welche Mängel zu welchen Mehraufwendungen geführt hätten. Im Übrigen stünden Mehraufwendungen der Prüfsingenieure mit baulichen Änderungen und nicht mit angeblichen Mängeln der Arbeit der Beklagten in Verbindung. Da die Bauzeitverlängerung nicht auf Arbeiten der Beklagten zurückzuführen sei, sei diese auch nicht für Finanzierungsmehrkosten verantwortlich, zumal eine Fertigstellung vor Januar 2019 sowieso nicht möglich gewesen wäre. Auch Mehrkosten im Zusammenhang mit der vertraglich zugesagten Verzinsung des Kaufpreises würden an der fehlenden Kausalität scheitern, zumal eine Fertigstellung vor März 2019 nicht zu erreichen gewesen wäre. Hinsichtlich der angeblich geleisteten Vertragsstrafen in Höhe von 105.000 € fehle es an Vortrag dazu, an wen diese ent-

sprechend einer diesbezüglichen vertraglichen Regelung im Einzelnen tatsächlich bezahlt worden seien. Bezüglich den mit 72.615,00 € bezifferten Kosten der Bauherrenberatung erschließe sich nicht, wie die Klägerin auf den zugrunde gelegten Zeitraum von 4,7 Monaten komme; darüber hinaus fehle es an einer diesbezüglichen Pflichtverletzung der Klägerin; auch insoweit handle es sich nur um Obliegenheiten. Ein Anspruch auf Ersatz der Rechtsberatungskosten scheide in der Folge daher mangels Pflichtverletzung der Beklagten ebenso aus.

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist insgesamt nicht begründet, weswegen sie zurückzuweisen ist.

I.

Die Berufung der Klägerin sowohl gegen das landgerichtliche Urteil vom 20.03.2025 als auch gegen das Ergänzungsurteil vom 26.06.2025 ist zulässig.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts vom 20.03.2025 ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthaft und die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwerde ist erreicht. Die Form- und Fristvorschriften der §§ 517, 519 und 520 ZPO sind gewahrt.

Daneben ist auch die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Ergänzungsurteil vom 26.06.2025, mit dem sie auf die Hilfswiderklage der Beklagten hin verurteilt wurde, 125.780,87 € an die Beklagte zu bezahlen, zulässig. Da es sich bei einem Ergänzungsurteil im Sinne des § 321 ZPO um ein selbständiges Urteil handelt, ist dieses selbständig mit Rechtsmitteln und damit auch der Berufung anfechtbar, wobei gesondert die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 517, 511 ZPO) erfüllt sein müssen (BGH, Beschluss vom 20.06.2000 – VI ZR 2/00 = NJW 2000, 3008; vgl. MüKo-ZPO/Musielak/Hüntemann, 7. Auflage 2025, ZPO § 321 Rn. 16; BeckPFormB/Tonner, 16. Auflage 2026, Form. I. N. 3. Anm. 10; Anders/Gehle/Hunke, 84. Auflage 2026, ZPO § 321 Rn. 30). Da die Berufung gegen das der Klägerin am 01.07.2025 zugestellte Ergänzungsurteil am 01.08.2025 einging (§ 517 ZPO) und sie dieses infolge Verurteilung zur Zahlung in Höhe von 125.780,87 € selbständig beschwert (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), sind diese beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Zwar enthält die Akte keine explizite Berufungsbegründung im Sinne des § 520 ZPO in Bezug auf das Ergänzungsurteil, doch verweist die Berufungsschrift bezüg-

lich des Ergänzungsurteils auf die Berufungsbegründung für das Urteil vom 20.03.2025. Dort findet sich auf Seite 2 eine Tabelle zur Berechnung des mit der Klage geltend gemachten Betrags. In der zweitletzten Zeile dieser Tabelle ist die Position "abzgl. zugestandener Honoraranspruch" in Höhe von 125.720,87 € und damit in Höhe der Verurteilung durch das Ergänzungsurteil enthalten. Die Klägerin stellt daher nicht den Bestand der Forderung, zu deren Begleichung sie durch das Ergänzungsurteil verurteilt wurde, an sich in Frage, sondern verweist lediglich darauf, dass diese Forderung infolge bereits in erster Instanz erklärter Aufrechnung mit der Klageforderung im Rahmen eines Abrechnungsverhältnisses erloschen sei und sie daher nicht mehr entsprechend zu verurteilen bzw. das Ergänzungsurteil aufzuheben sei. Dies stellt eine noch ausreichende Berufungsbegründung dar.

II.

Die Berufung ist unbegründet, da der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche auf Basis ihres unsubstantiierten Vortrags unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen und die Verurteilung auf die Widerklage zu Recht erfolgte.

1. Als Anspruchsgrundlage kommt vorliegend lediglich § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, nachdem die Klägerin ausdrücklich darauf hinweist, die geltend gemachten Ansprüche nicht unter Verzugsgesichtspunkten geltend zu machen und hierzu auch keinen schlüssigen Vortrag leistet.

Weder unter dem Gesichtspunkt eines mit der Beklagten abgeschlossenen Garantievertrags hinsichtlich der Baufertigstellung, einer bestehenden Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich der Baufertigstellung noch eines Verzugs mit der Ablieferung einzelner Bewehrungspläne stehen der Klägerin Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu. Als Anspruchsgrundlage kommt daher lediglich § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.

a. Von einem Garantievertrag mit einem Architekten oder einem Gebäudeplaner über einen auf die Fertigstellung des Gebäudes bezogenen Termin kann nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden, da die Fertigstellung sich der Möglichkeit der Einflussnahme des planenden Architekten weitgehend entzieht. Nur dann, wenn im Rahmen der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) deutlich erkennbar sein sollte, dass sich der Architekt zum Ersatz der infolge Terminüberschreitung entstandenen Schäden verpflichten möchte, ohne dabei

einwenden zu können, die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins sei nicht von ihm zu vertreten, kann von einem Garantievertrag ausgegangen werden (OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611 Rn. 28; OLG Celle, Urteil vom 28.09.2006 – 14 U 201/05 = BeckRS 2007, 3440). Zwar findet sich im Ingenieurvertrag vom 13./21.11.2017 (Anlage K4) unter § 6.4 die Bestimmung, wonach die Beklagte "folgende Termine als verbindliche Vertragstermine einzuhalten" habe, wobei sodann auf eine "Baufertigstellung: Mitte 2020" verwiesen wird. Allerdings spricht bereits der Umstand, dass der Termin für die Baufertigstellung mit "Mitte 2020" und damit einem nicht exakt bestimmbareren Termin bezeichnet wurde, gegen die Verbindlichkeit. Zudem wird die Verbindlichkeit des Termins durch die nachfolgenden Textpassagen dadurch relativiert, dass er nur "zu berücksichtigen" und damit gerade nicht "einzuhalten" ist, wenn es sich nicht um einen Termin handelt, der für die Leistung des Auftragnehmers und damit der Beklagten vereinbart ist. Damit ist die Baufertigstellung zwischen den Parteien nicht verbindlich vereinbart worden.

b. Die Parteien haben keine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend abgeschlossen, dass die Baufertigstellung bis Mitte 2020 erfolgen müsse, weswegen die Klägerin die von ihr geltend gemachten Ansprüche nicht auf §§ 280 Abs. 1, 283 BGB stützen kann. Ungeachtet dessen, dass bereits streitig ist, ob bestimmte Zeitangaben überhaupt zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden können (vgl. hierzu OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611), folgt aus den Ausführungen zum abgelehnten Abschluss eines Garantievertrags, dass für eine Beschaffenheitsvereinbarung infolge Unverbindlichkeit der sich auf die Baufertigstellung beziehenden Angaben kein Raum ist.

c. Daneben kann die Klägerin die von ihr geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf Schadensersatz infolge Schuldnerverzugs stützen (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB), da es am Vorliegen von Schuldnerverzug fehlt. Der Architektenvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Architekt eine Planungs- oder Überwachungsleistung verspricht, die nur als Grundlage für die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks geeignet ist. Er verspricht hingegen nicht, dass das Bauwerk tatsächlich mangelfrei – in diesem Sinne also bis zu einem bestimmten Termin – errichtet wird (BGH, Beschluss vom 08.10.2020 – VII ARZ 1/20 = NJW 2021, 53 Rn. 76; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611 Rn. 32). Macht der Auftraggeber daher einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286

BGB wegen Schuldnerverzugs geltend, so muss er darlegen und beweisen, dass bestimmte Handlungen des Architekten zu einem bestimmten Zeitpunkt erforderlich gewesen wären, um eine termingerechte Errichtung des Bauwerks zu erreichen. Erforderlich ist insoweit eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Verzögerungen unter Gegenüberstellung der Ist- und Soll-Abläufe. Allein aus der Überschreitung eines vereinbarten Termins auf einen Verzug des Architekten zu schließen, greift daher zu kurz (OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611 Rn. 37).

Wie bereits ausgeführt, liegt eine Vereinbarung mit der Beklagten hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu dem das Bauwerk fertiggestellt sein muss, nicht vor, so dass sich darauf ein Schuldnerverzug nicht begründen lässt. Hinsichtlich der verspäteten Lieferung von einzelnen Plänen als Anknüpfungspunkt für einen Schuldnerverzug gilt, dass dieser nur dann begründet werden kann, wenn hinsichtlich der einzelnen Planungsleistung des Architekten Fälligkeit eintritt, der Fälligkeitszeitpunkt überschritten wird und der Architekt sodann erfolglos gemahnt wurde bzw. für eine konkrete Planungsleistung ein bestimmter Fertigstellungszeitpunkt verbindlich vereinbart wurde und daher eine Mahnung entbehrlich ist (vgl. Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Koeble Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 11. Teil Rn. 886). Hinsichtlich der Fälligkeit gilt im Werkvertragsrecht allgemein und auch in Bezug auf den Architekten, dass der Auftragnehmer im Zweifel nach Vertragsabschluss mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen hat. Dabei ist die für die Herstellung notwendige Zeit in Rechnung zu stellen; mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungsfrist tritt sodann Fälligkeit ein (OLG Celle, Urteil vom 06.01.2011 – 16 U 37/10 = NZBau 2011, 238). Zur Frage, ob die Parteien vorliegend verbindliche Termine für die Ablieferung von einzelnen Plänen vereinbart haben, trägt die Klägerin vor, dass die beim Vertragsabschluss anvisierten Termine (vgl. hierzu Anlage K4: "Termine gemäß Protokoll/Gesprächsnotiz Anlage 2 vom 14.08.2017 Punkt 3.0") später einvernehmlich abgeändert worden seien und an deren Stelle Termine entsprechend den Anlagen K5 – K7 vereinbart worden seien.

Unabhängig davon, dass die Beklagte die Verbindlichkeit dieser Termine in Abrede stellt, räumt die Klägerin ein, dass die Beklagte die dort genannten Termine zum Teil eingehalten habe und zu diesen Terminen Pläne vorgelegt habe, die jedoch erheblich mangelhaft gewe-

sen seien. Sie stützt daher den von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch letztlich konsequent nicht darauf, dass die Beklagte Pläne zu spät erstellt habe, sondern darauf, dass die rechtzeitig eingereichten Pläne derart mangelhaft gewesen seien, dass sie vom Prüfenieur nicht freigegeben worden seien, einer umfangreichen Überarbeitung bedurft hätten und schließlich erst mit erheblichem Zeitverzug nach erneuter Prüfung durch den Prüfenieur freigegeben worden seien.

d. Damit macht die Klägerin letztlich keinen Verzögerungsschaden, sondern einen Mangelfolgeschaden geltend, der sich in einer behaupteten mangelbedingten Verzögerung der Fertigstellung des Bauwerks verwirklicht haben soll. Zwar könnte insoweit § 286 BGB mit der Argumentation als richtige Anspruchsgrundlage herangezogen werden, dass jede Schlechterfüllung zugleich eine zeitliche Verzögerung der mangelfreien, vertragsgemäßen Erfüllung darstellt (vgl. MüKoBGB/Ernst, 10. Auflage 2025, § 280 Rn. 65), doch ist es vorzugswürdig, insoweit direkt § 280 Abs. 1 BGB heranzuziehen und auf das Erfordernis des Verzugseintritts zu verzichten. In diese Richtung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19. Juni 2009 (BGH, Urteil vom 19.06.2009 – V ZR 93/08 = NZBau 2009, 715) für das Kaufrecht bereits entschieden, dass aus dem fehlenden Verweis von § 437 BGB auf § 286 BGB zu schlussfolgern sei, dass mangelbedingte Verzögerungen unabhängig von den Voraussetzungen des § 286 BGB direkt über § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen seien. Seine dahingehende Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der Folge vom Kaufrecht auf das Werkvertragsrecht und aus diesem geltend gemachte Ansprüche für die Zeit nach der Abnahme übertragen (BGH, Urteil vom 13.11.2025 – VII ZR 187/24 = ZfBR 2026, 40; vgl. auch für Nutzungsausfall: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 5. Teil Rn. 500). In Abgrenzung zu der vorstehend zitierten Entscheidung macht die Klägerin vorliegend jedoch Ansprüche geltend, die sich auf bereits vor Abnahme erkannte Mängel und aus diesen bereits realisierte Schäden beziehen, die auch durch eine Beseitigung des Mangels am Werk nicht mehr rückgängig gemacht werden können und daher nicht § 281 BGB unterfallen (vgl. zur Abgrenzung zwischen § 280 und § 281 BGB: BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 = NJW 2018, 1463 Rn. 58; BGH; Urteil vom 16.02.2017 – VII ZR 242/14 = NJW 2017, 1669 Rn. 23). Hieraus folgt, dass §§ 634 Nr. 4 iVm. § 280 Abs. 1 BGB nicht anwendbar sind. An der Verortung entsprechender Schäden in § 280 Abs. 1 BGB anstatt in § 286 Abs. 1 BGB ändert sich allein dadurch,

ob bereits eine Abnahme erklärt ist, jedoch nichts. Daher ist vorliegend direkt auf § 280 Abs. 1 BGB abzustellen. Denn maßgeblich ist die Pflichtverletzung durch mangelhafte Werkleistung, wohingegen die dadurch entstehende Bauverzögerung und die hierdurch angeblich begründeten Mangelfolgeschäden lediglich Folgen dieser Pflichtverletzungen und damit nicht das die Haftung auslösende Moment sind. Die Pflichtverletzung und die an sie geknüpfte Haftung beruhen daher nicht auf der Verzögerung einer Leistung, sondern auf dem Mangel der Leistung.

2. Zwischen den Parteien besteht unter Berücksichtigung der vorgetragenen Rechtsnachfolgen der Ingenieurvertrag nach Anlage K4, durch welchen die Beklagte verpflichtet wurde, die Bewehrungs- und Schalungspläne für die Bodenplatte, die Tiefgarage und die Bauabschnitte A – D zu erstellen. Dieser Vertrag ist als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB einzustufen, da die Beklagte mit den Plänen einen konkreten Erfolg schuldete. Erstellt das nach § 280 Abs. 1 BGB den Ausgangspunkt des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs bildende erforderliche Schuldverhältnis dar.

3. Hinsichtlich der daneben erforderlichen Pflichtverletzung in Form der behaupteten Mangelhaftigkeit der beklagten erstellt Pläne obliegt es vor Abnahme der Beklagten, auf konkrete Mängelrügen der Klägerin die fehlende Pflichtverletzung darzulegen und zu beweisen, wohingegen die Klägerin die haftungsbegründende Kausalität und den ihr entstandenen Schaden darzulegen und zu beweisen hat; insbesondere an letzten Voraussetzungen fehlt es vorliegend. Da die Beklagte nichts zu einem fehlenden Vertreten-Müssen vorgetragen hat, wird dieses nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

a. Im Rahmen des primären Erfüllungsanspruchs obliegt die Darlegungs- und Beweislast für den Erfüllungseinwand dem Schuldner (vgl. BeckOK BGB/Dennhardt, 77. Edition vom 01.02.2026, BGB § 363 Rn. 1). Für Sekundäransprüche nach §§ 280 ff BGB ist die Pflichtverletzung als positive Anspruchsvoraussetzung ausgestaltet und nicht als rechtsvernichtende Einwendung. Da es jedoch ganz herrschender Meinung entspricht, dass die Beweislast für Primär- und Sekundärrechte synchron verteilt sein muss, hat der Schuldner auch im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, dass er die ihm obliegenden Pflichten erfüllt hat, mithin eine Pflichtverletzung nicht vorliegt (vgl. BeckOGK/Riehm, 01.08.2023, BGB § 280 Rn. 345). Weist daher im Bereich des Werkvertrags-

rechts der Gläubiger/Besteller das Werk des Schuldners/Unternehmers wegen des Vorliegens eines Mangels bereits vor Abnahme zurück, so hat der Schuldner die Ordnungsmäßigkeit und damit die Mangelfreiheit seines Werks darzulegen und zu beweisen. Insoweit greift allerdings zu Gunsten des Unternehmers eine sekundäre Darlegungslast des Bestellers ein, derzufolge er das Vorliegen von Mängeln substantiiert behaupten muss, um es so dem Unternehmer überhaupt erst zu ermöglichen, die konkret gerügten Mängel zu widerlegen; der Unternehmer ist daher auch im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB nicht dazu verpflichtet, schlechthin insgesamt die Mangelfreiheit seiner gesamten Leistung zu beweisen (vgl. BeckOGK/Riehm, 01.08.2023, BGB § 280 Rn. 346; zur sekundären Darlegungslast: Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 5. Auflage 2026, BGB § 634 Rn. 75 ff; Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen 4. Auflage 2024, § 4 Rn. 486).

Hat der Besteller anhand dieser Maßstäbe einen Mangel dargelegt und ist es dem Unternehmer nicht gelungen, die Mangelfreiheit seines Werks zu beweisen, hat der Besteller darzulegen und zu beweisen, dass ihm aus der damit feststehenden Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Den Besteller trifft für die haftungsbegründende Kausalität die volle Darlegungs- und Beweislast des § 286 ZPO. Da die Klägerin vorliegend einen Schaden aus einer mangelbedingten Bauzeitverzögerung geltend macht, hat sie im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität darzulegen und zu beweisen, dass sie durch die Pflichtverletzung der Beklagten in Form der behaupteten Mängel an den Planungsunterlagen geschädigt wurde. Hierzu reicht es nicht aus, schlicht eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen, sondern die Klägerin muss als Gläubigerin des von ihr behaupteten Anspruchs substantiiert zu den durch die angeblichen Pflichtverletzungen der Beklagten entstandenen Behinderungen vortragen. Dies setzt in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung hinsichtlich der jeweiligen Behinderung voraus. Weder der Umstand, dass überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt, noch die Ursächlichkeit derselben für eine Behinderung ist einer einschätzenden Bewertung im Sinne des § 287 ZPO zugänglich (BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321 Rn. 36). Die Darstellung muss so detailliert sein, dass andere in Betracht kommende Ursachen für die geltend gemachten Schäden, wie etwa die Verzögerung der Werkplanung, die Grundlage für die streitgegenständliche Tragwerksplanung ist, Änderungswünsche des Bauherrn, Verzögerungen durch andere Unternehmer wie den Prüfsingenieur oder den Generalunternehmer

oder Verzögerungen durch Nachträge bei der Bauausführung ausgeschlossen werden können und der Pflichtverletzung der Beklagten eine konkrete Bauzeitverzögerung zugeordnet werden kann.

b. Die Klägerin ist der ihr als Bestellerin obliegenden sekundären Darlegungslast in Bezug auf die Rüge konkreter Mängel an den Planungsleistungen der Beklagten nicht nachgekommen, weswegen die Beklagte die Mangelfreiheit ihrer Werkleistung nicht zu beweisen brauchte.

i. Die Klägerin verweist zum Nachweis der Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten nur auf beispielhaft von ihr vorgelegte vereinzelte Pläne mit "Grüneintragungen" der Prüfsingenieure, wodurch sie der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht genügt. Die Klägerin verweist im Rahmen des Rechtsstreits zwar darauf, dass "die vollständigen Plansätze [...] elektronisch abgelegt" seien und inklusive der Grüneintragungen vom Prüfsingenieur dem Gericht und einem zu bestellenden Sachverständigen übergeben werden können (Bl. 261 + 291 LGA). Wenig später stellt sie aber klar, dass ihr die ursprünglichen/mangelhaften Pläne gar nicht (mehr) vorliegen (Bl. 431 LGA, Seite 2 des Protokolls vom 29.02.2024), sondern sie nur über die letzten Endes von den Prüfstatikern freigegebenen Pläne verfüge (die sie aber ebenfalls nicht vollständig vorlegt); die ursprünglichen/mangelhaften Pläne würden ggf. noch beim Prüfstatiker vorliegen (Bl. 396 LGA) und seien der Klägerin von diesem lediglich auszugsweise in Form der Anlage K9a überlassen worden (Bl. 446 LGA). Welche Planfassungen demgegenüber im Rahmen des Anlagenkonvoluts K106 vorgelegt werden, erläutert die Klägerin nicht einmal. Dem vorgenannten Anlagenkonvolut können zwar Pläne mit Grüneintragungen entnommen werden, auch finden sich Hinweise darauf, dass die vorgelegten Pläne vom Prüfstatiker moniert, eine Neubearbeitung und anschließend erneute Einreichung angeordnet wurde (vgl. Bl. 883 Anlagenheft Kl.). Was sich jedoch konkret aus den Plänen ergeben soll, ist weder ersichtlich noch von der Klägerin vorgetragen. Die Klägerin beruft sich daher zur Substantiierung der von ihr behaupteten Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten insgesamt lediglich auf wenige Auszüge aus beklagtenseits erstellten Plänen, die mit "Grüneintragungen" der von ihr beauftragten Prüfsingenieure versehen sind (vgl. Bl. 28 – 31 LGA und auch das den gleichen Inhalt aufweisende Anlagenkonvolut K9a) und bezieht sich daneben auf Prüfberichte und Stellungnahmen der tätigen Prüfsingenieure gemäß der Anlagen K9, K10, K11, K12, aus denen sich Hinweise auf Mängel der Pläne der Beklagten ergeben. Das Anlagenkonvolut

K21a (vgl. zur Erläuterung durch die Klägerin Bl. 51 LGA) gibt zwar verschiedene Pläne wieder, die Klägerin verweist insoweit jedoch nur darauf, dass sich aus den Plä-
nindexen ergebe, dass diese hätten öfter überarbeitet werden müssen; zum Grund der Überarbeitung trägt sie jedoch nichts vor.

ii. Da die Klägerin ohne Kenntnis des Inhalts der beklag-
tenseits erstellten und von den Prüfsingenieuren mo-
nierten Pläne außerstande ist, zu deren Mangelhaf-
tigkeit konkret vorzutragen, hat sie sich darauf beru-
fen, dass der Beklagten die Vorlage der Pläne nach
§ 421 ZPO aufzuerlegen sei. Damit dringt sie jedoch
nicht durch.

Soweit die Klägerin auf § 421 ZPO abstellt, sind dessen
Voraussetzungen nicht gegeben. Zwar sieht § 421 ZPO
einen Beweisantritt der beweisbelasteten Partei
dadurch vor, dass dem Gegner die Vorlegung der Ur-
kunde aufgegeben werden kann, wenn sich diese nach
der Behauptung des Beweisführers in den Händen des
Gegners befindet; doch setzt § 421 ZPO zumindest vo-
raus, dass der Gegner der beweisbelasteten Partei ent-
weder im Besitz der Urkunde ist oder ihm jedenfalls ein
privatrechtlicher Herausgabeanspruch gegen einen
Dritten zusteht (vgl. BeckOK ZPO/Krafka, 58. Edition
vom 01.09.2025, ZPO § 421 Rn. 2) und der Gegner in
Bezug auf die beweisbelastete Partei zur Vorlegung der
Urkunde verpflichtet ist (vgl. BeckOGK/Schossier,
01.12.2025, ZPO § 421 Rn. 11). Nicht nur, dass die Be-
klagte vorliegend bereits erklärt hat, im Hinblick auf die
von ihr vorgenommenen Überarbeitungen der Pläne
anhand der Grüneintragungen der Prüfsingenieure
nicht mehr im Besitz der ursprünglichen Planfassungen
zu sein, und nicht ersichtlich ist, woraus ihr in Bezug auf
die Prüfsingenieure ein Herausgabeanspruch zustehen
sollte, betreffen §§ 421 ff ZPO eine Vorlagepflicht des
Gegners der beweisbelasteten Partei. Vorliegend geht
es jedoch darum, dass die Klägerin die von ihr behaup-
teten Mängel nicht substantiiert vorgetragen hat und
es so der Beklagten unmöglich ist, die behauptete
Mangelhaftigkeit auszuräumen. Der Anwendungsbe-
reich der §§ 421 ff ZPO ist daher nicht eröffnet. Da zu-
dem §§ 421 ff ZPO eine zivilprozessuale Ausnahme dar-
stellen und es keine allgemeine Aufklärungspflicht der
Parteien im Zivilprozess gibt, hat auch keine Partei ih-
rerseits der gegnerischen Partei Material für deren pro-
zessualen Erfolg zu verschaffen (vgl. BeckOGK/Schos-
sier, 01.12.2025, ZPO § 421 Rn. 2); eine erweiternde
Auslegung von §§ 421 ff ZPO kommt daher nicht in Be-
tracht. Letztlich scheitert der Erlass einer Vorlagean-
ordnung auch daran, dass die Klägerin die von der Be-
klagten vorzulegenden Unterlagen nicht genau genug

bezeichnet hat. Auch eine Vorlageanordnung gegen-
über der Beklagten über § 142 ZPO kommt vorliegend
nicht in Betracht, da die Beklagte – wie bereits ausge-
führt – darauf hingewiesen hat, selbst nicht im Besitz
der ursprünglichen Planfassungen zu sein (vgl. zur Vo-
oraussetzung des unmittelbaren Besitzes: BeckOK
ZPO/von Selle, 58. Edition vom 01.09.2025, ZPO § 142
Rn. 8) und zudem ist eine Vorlageanordnung nur mög-
lich, wenn konkreter Tatsachenvortrag in Bezug auf die
vorzulegende Urkunde existiert, woran es vorliegend
aber gerade fehlt (vgl. BeckOK ZPO/von Selle, 58. Edi-
tion vom 01.09.2025, ZPO § 142 Rn. 11).

iii. Auch greifen vorliegend keine Beweiserleichterun-
gen in Form einer sekundären Darlegungslast zu Gun-
sten der Klägerin. Die Darlegungslast einer Partei wird
nur dann zulasten des Prozessgegners erleichtert,
wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des
von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und
daher keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsa-
chen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und
ihm nähere Angaben zumutbar sind (BGH, Urteil vom
18.05.2005 – VIII ZR 368/03 = NJW 2005, 2395; vgl. Zöl-
ler, 36. Auflage 2026, § 138 Rn. 8b; BeckOK ZPO/Ba-
cher, 59. Edition vom 01.12.2025, ZPO § 284 Rn. 85).
Unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen im
Zusammenhang mit § 412 ZPO scheitert das Eingreifen
der dahingehend beschriebenen Beweiserleichterung
vorliegend schon daran, dass nicht feststeht, dass die
Beklagte über die ursprünglichen Pläne mit den Grü-
neintragungen noch verfügt und daher bereits nicht
nachgewiesen ist, dass sie Kenntnis der maßgebenden
Tatsachen hat und ihr nähere Angaben hierzu zumut-
bar sind.

Daneben lässt sich vorliegend auch nicht feststellen,
dass die Klägerin außerhalb des von ihr darzulegenden
Geschehensablaufs steht und sie daher keine nähere
Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt. Denn
die Klägerin trägt nichts dazu vor, dass sie auch nur ver-
sucht hätte, über die Prüfsingenieure an die Pläne mit
den (ursprünglichen) Grüneintragungen heranzukom-
men, obwohl ihr insoweit entweder ein vertraglicher
Auskunfts-/Herausgabeanspruch oder zumindest ein
Akteneinsichtsrecht nach öffentlichem Recht zusteht.
Der Prüfsingenieur wird in der Regel und insbesondere
bei einer Beauftragung durch die Baurechtsbehörde
hoheitlich auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Auf-
tragsverhältnisses mit der Verwaltungsbehörde als Be-
liehener tätig und steht daher meist nicht in einem Ver-
tragsverhältnis zum Bauherrn, weswegen auch ver-
tragsrechtliche Ansprüche des Bauherrn gegen den

Prüfingenieur regelmäßig nicht bestehen (vgl. Ganten/Jansen/Voit/Junghenn, 4. Auflage 2023, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 89 + 91; MüKoBGB/Busche, 9. Auflage 2023, BGB § 650p Rn. 45; für den Standsicherheitsnachweis ausdrücklich einen Werkvertrag annehmend: BeckOK BGB/Voit, 77. Edition vom 01.02.2024, BGB § 631 Rn. 43; Fuchs/Berger/Seifert/Fuchs, 3. Auflage 2022, BGB § 650p Rn. 43). Entscheidend für die Einordnung seiner Tätigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen oder privaten Rechts sind letztlich aber stets die Bestimmungen der jeweiligen Landesbauordnungen (BVerwG, Urteil vom 25.11.1971 – I C 7.700 = BeckRS 1971, 31275625; vgl. Messerschmidt/Voit/Ohler, 5. Auflage 2026, Teil 1 D. Rn. 399). So werden in Baden-Württemberg Prüfingenieure regelmäßig von der Gemeinde oder der Verwaltungsgemeinschaft hoheitlich beauftragt und die hierdurch anfallenden Gebühren entweder von der prüfenden Stelle beim Bauherrn oder seitens der Baurechtsbehörde als Auslage neben der Gebühr für das Baugenehmigungsverfahren erhoben, § 17 Abs. 3 Satz 2 LBOVVO BW iVm. §§ 73 Abs. 3 und 5 Nr. 2, 8 Abs. 1 bis 3 BWBauPrüfVO (vgl. BeckOK BauordnungsR BW/Gassner, 34. Edition vom 01.02.2026, BW LBO, § 47 Rn. 74 – 74.2). Anders sieht dies die Landesbauordnung Hessen vor, da dort der Prüfingenieur in der Regel vom Bauherrn zu beauftragen ist und dieser daher kein öffentliches Amt als Beliehener wahrnimmt, sondern in der Regel rein privatrechtlich im Rahmen eines Werkvertrags tätig wird (vgl. Messerschmidt/Voit/Ohler, 5. Auflage 2026, Teil 1 D. Rn. 399; Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Auflage 2024, § 8 Rn. 190).

Dahingehend hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich entschieden, dass der vom Bauherrn mit der Prüfung der Standsicherheit nach § 59 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 HBO 2002 und der Bauüberwachung gemäß § 73 Abs. 2 Satz 1 HBO 2002 beauftragte Sachverständige kein öffentliches Amt wahrnehme, seine Arbeit vielmehr mit der Verwaltungstätigkeit der Bauaufsichtsbehörde nicht derart eng zusammen hänge, dass sie als Bestandteil der hoheitlichen Tätigkeit der Behörde anzusehen wäre (BGH, Urteil vom 31.03.2016 – III ZR 70/15 = ZfBR 2016, 468). Begründet wurde dies damit, dass durch die HBO 2002 dem Bauherrn vorgegeben werde, welche Nachweise er einzuholen habe, dass er hierfür die erforderlichen Sachverständigen auszuwählen und zu beauftragen habe und die auszustellenden Nachweise auf ihn auszustellen seien, §§ 47, 48, 59 HBO 2002 (BGH a. a. O.). Auf die vorstehend dargestellte Rechtslage ist es ohne Einfluss, dass die HBO 2002 inzwischen überholt ist, da die genannten §§ 59 Abs. 1, Satz 2, 47 HBO weitgehend wortlautidentisch in

§§ 68 Abs. 1 Satz 2, 55 HBO 2018 überführt wurden (in § 68 Abs. 1 Satz 1 HBO 2018 wird noch deutlicher, dass der Prüfingenieur im Auftrag des Bauherrn tätig wird, da dort ausgeführt ist, dass Bescheinigungen "gegenüber der Bauherrschaft" auszustellen sind) und somit die privatrechtliche Tätigkeit des Prüfstatikers noch immer der gesetzlichen Konzeption entspricht.

Soweit die Klägerin darauf hinweist, dass es sich vorliegend um Sonderbauten nach § 2 Abs. 9 Nr. 1 HBO 2018 handle und deswegen der Prüfingenieur nach § 68 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 Satz 3 HBO 2018 bzw. § 59 Abs. 1 Satz 3 HBO 2002 entgegen der gesetzlichen Grundkonzeption doch öffentlich-rechtlich tätig geworden sei, was sich zudem bereits daraus ergebe, dass in Anlage K96 vom Prüfingenieur als "Auftraggeber" die "Bauaufsicht Frankfurt am Main" genannt werde (wie auch in Anlage K62, K63, K64 und K65), schließt dies nicht aus, dass der Prüfingenieur damit zwar hinsichtlich der zu erbringenden Nachweise öffentlich-rechtlich, im Übrigen hinsichtlich der Bauüberwachung oder sonstigen Tätigkeiten aber privatrechtlich tätig gewesen ist (vgl. zur stets bestehenden Möglichkeit einer privatrechtlichen Beauftragung: MüKoBGB/Busche, 9. Auflage 2023, BGB § 650p Rn. 45). Vorliegend hat der Prüfingenieur gemäß Anlage K62 für Tätigkeiten im Rahmen der Bauüberwachung nach § 73 HBO 2002 auf Stundenlohnbasis Arbeiten und Baubesprechungen abgerechnet; dass er auch insoweit ausschließlich im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses tätig werden darf, ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung nach § 73 HBO 2002 im Gegensatz zu § 59 HBO für die bautechnischen Nachweise jedoch nicht. Es spricht daher noch immer viel dafür, dass der Prüfingenieur vorliegend jedenfalls auch privatrechtlich im Rahmen eines Werkvertrags tätig wurde; die der Tätigkeit des Prüfingenieurs zugrunde liegenden Dokumenten hat die Klägerin im Übrigen bis heute nicht vorgelegt.

Selbst, wenn jedoch der Prüfingenieur vorliegend nicht (auch) im Rahmen eines privatrechtlichen Werkvertrags, sondern ausschließlich öffentlich-rechtlich tätig geworden sein sollte, schließt dies nicht aus, dass die Klägerin gegenüber dem Prüfingenieur einen Anspruch auf Herausgabe der ursprünglich beanstandeten Pläne hat und diesen Anspruch zur Behebung ihrer Darlegungsprobleme geltend machen könnte. Nicht nur, dass die Klägerin selbst vorträgt, dass ihr die bruchstückhaft vorgelegten Pläne mit Grüneintragungen in tatsächlicher Hinsicht bereits vom Prüfingenieur zur Verfügung gestellt wurden, sie aber nichts zu entfalteten Bemühungen diesem gegenüber vorträgt, auch an weitere Pläne zu kommen. Daneben würde aus einer

(rein) öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Prüfsingenieurs wie bereits dargestellt folgen, dass dieser als Beliehener anzusehen wäre. Mit der Kategorisierung als Beliehener geht einher, dass die jeweilige Person als Behörde im Sinne des öffentlichen Rechts anzusehen ist (vgl. BeckOGK/Bieresborn, 01.11.2025, SGG § 119 Rn. 34; Troidl Akteneinsicht, 2. Auflage 2020, Rn. 348) und der Beteiligte ihr gegenüber ein Akteneinsichtsrecht hat, vgl. etwa § 29 VwVfG. Damit hat die Klägerin nicht nur nichts dazu vorgetragen, dass sie wenigstens versucht hätte, beim Prüfsingenieur die ursprünglichen/mangelhaften Pläne mit der Grüneintragungen anzufordern, ihr steht zudem entweder ein privatrechtlicher Auskunftsanspruch zumindest als vertragliche Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB oder ein öffentlich-rechtliches Akteneinsichtsrecht/Auskunftsrecht zu, über welches sie sich hätte die Kenntnis verschaffen können, welche Pläne konkret welchen Mangel aufwiesen. Diese Ansätze hat sie jedoch insgesamt nicht verfolgt, was zu ihren Lasten geht.

Ungeachtet dessen soll sich nach dem Vortrag der Klägerin bereits zu Beginn der Zusammenarbeit mit der Beklagten gezeigt haben, dass die von dieser erstellten Pläne mangelhaft sind, sie vom Prüfsingenieur nicht freigegeben werden und es in Folge dessen zu Bauzeitverzögerungen und damit potentiell auch Schäden kommen wird. Vor diesem Hintergrund war die Klägerin gehalten, schon frühzeitig die Beweise als Grundlage ihrer Ansprüche zu sichern und den Prüfsingenieur anzuhalten, auch ihr die mangelhaften Werkplanungen der Beklagten vorzulegen. Dies hat die Klägerin jedoch offensichtlich unterlassen und sich anstatt dessen bis heute darauf zurückgezogen, die Mangelhaftigkeit der Pläne letztlich vollkommen pauschal zu behaupten.

Der wiederholt gehaltene Vortrag der Klägerin, es komme nicht auf die Mangelhaftigkeit einzelner Pläne an, da diese immer nur als ganzer Plansatz umgesetzt werden könnten, verhilft der Klägerin in diesem Zusammenhang nicht weiter, da sich die Pflichtverletzung auf jeden einzelnen Plan bezieht. Erst im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität für die von der Klägerin begehrten Schäden könnte es dann bei feststehender Mangelhaftigkeit einzelner Pläne (vgl. zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bereits oben) eine Rolle spielen, dass aufgrund der Mangelhaftigkeit einzelner Pläne der ganze Plansatz nicht freigegeben und damit durch Erstellung eines Bauabschnitts umgesetzt werden konnte. Ungeachtet dessen hat die Klägerin auch zur Mangelhaftigkeit von ganzen Plansätzen nicht substantiiert dargelegt, welcher Mangel jeweils bestand. Es verbleibt daher dabei, dass die Klägerin im

Hinblick auf die Pflichtverletzung die Mangelhaftigkeit einzelner Pläne rügen muss, um der Beklagten die Möglichkeit zu geben, die Mangelfreiheit ihrer Planung und die fehlende Berechtigung der Einwendungen der Prüfsingenieure (aus den Grüneintragungen alle in folgt nicht die Mangelhaftigkeit der Pläne, sondern die Berechtigung der Grüneintragungen ist im gerichtlichen Verfahren gesondert zu prüfen: OLG Naumburg, Urteil vom 20.04.2005 – 6 U 93/04 = LSK 2005, 490162) vorzutragen und beweisen zu können. Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität müsste die Klägerin sodann vortragen, welche Folgen die Mangelhaftigkeit des einzelnen Plans gehabt hat, also welches Planpaket und damit welcher Bauabschnitt nicht umgesetzt werden konnte. Hierauf hat bereits das Landgericht abgestellt und in seinem Urteil auf Seite 11 gerügt, dass die von der Klägerin behaupteten Gesamtverzögerungszeiten des Bauvorhabens nicht den behaupteten Verspätungen der Plansätze zugeordnet werden können.

Nachdem es an ausreichendem Vortrag der Klägerin zur Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten und einem erst hiernach möglichen substantiierten Vortrag der Beklagten zur Mangelfreiheit der Pläne und entsprechendem Beweisantritt fehlt, ist eine Beweisaufnahme durch die Vernehmung der Prüfsingenieure als (sachverständige) Zeugen und/oder durch Sachverständigenbeweis entgegen der Auffassung der Klägerin nicht durchzuführen, zumal ihr dahingehender Beweisantritt verkennt, dass es die Beklagte ist, die auf Basis substantiierter Mängelrügen die Mangelfreiheit ihrer Pläne zu beweisen hat. Da es vorliegend an substantiiertem Vortrag der Klägerin fehlt, bedarf es keiner Beweisaufnahme; die Klägerin begehrt diese letztlich, um ihr im Anschluss substantiierten Vortrag erst zu ermöglichen. Die Beweiserhebung wäre daher eine unzulässige Ausforschung (vgl. für den Sachverständigenbeweis: BeckOGK/Walter, 01.01.2026, ZPO § 403 Rn. 5).

c. Darüber hinaus scheitert die Berufung auch am ungenügenden Vortrag der Klägerin zur haftungsbegründenden Kausalität.

Bereits oben wurde ausgeführt, dass die Klägerin für die haftungsbegründende Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten und der hieraus angeblich resultierenden Bauzeitverzögerungen die Darlegungs- und Beweislast trägt (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.02.2018 – 5 U 135/16 = BeckRS 2018, 57982 Rn. 73). Um nachvollziehbar darzustellen, ob und inwiefern die von der Klägerin geltend gemachten Schäden mit Mängeln der Pläne der Beklagten im Zusammenhang ste-

hen, hätte die Klägerin darstellen müssen, wann die Beklagte welchen Plan beim Prüfeningenieur eingereicht hat, welche Mängel an diesem Plan bestanden haben, welcher Bauabschnitt deswegen nicht ausgeführt werden konnte und welche Zeit in der Folge verging, bis die Beklagte die gerügten Mängel abgestellt hatte, sowie, wie sich dieser Verzug bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens durchgezogen hat (vgl. zu den Anforderungen an eine bauablaufbezogene Darstellung im Allgemeinen: OLG Oldenburg, Urteil vom 20.08.2019 – 2 U 81/19 = BeckRS 2019, 18353 Rn. 36 ff). Irgendwelche aus § 287 ZPO ableitbaren Darlegungserleichterungen kommen dabei nicht zum Tragen, soweit es sich um Tatsachen zum Haftungsgrund handelt, die allein nach § 286 ZPO zu beurteilen sind. Die damit einhergehenden Schwierigkeiten, die Kausalität darzustellen und zu beweisen, rechtfertigt es auch bei Großvorhaben nicht, hiervon abzuweichen. Sofern es mangels einer ausreichenden Dokumentation der angeblichen Mängel und der durch sie bedingten Bauzeitverzögerung nicht zu einer den Anforderungen entsprechenden Darstellung kommt, geht dies zu Lasten des Anspruchstellers (allgemein: BGH, Urteil vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = NJW 2002, 2716; OLG Oldenburg a. a. O.).

Da die Klägerin jedoch unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen bereits nicht dargelegt hat, welche konkreten Mängel die Pläne der Beklagten aufgewiesen haben, ist nicht nachvollziehbar, ob die geltend gemachten Schäden auf die mangelhafte Planung der Beklagten zurückzuführen sind. Der Vortrag der Klägerin müsste so detailliert sein, dass Verzögerungen durch Fehler anderer Baubeteiligter wie dem Gebäudeplaner, dem Prüfeningenieur oder dem Generalunternehmer und dadurch hervorgerufene Verzögerungen abgegrenzt werden können von Verzögerungen aufgrund der Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten. Weiter müssen Verzögerungen durch Planungsfehler der Beklagten abgegrenzt werden von Verzögerungen des Baues durch Änderungswünsche der Klägerin und sonstige Nachträge, die es gemäß den klägerseits vorgelegten Unterlagen ganz offensichtlich gegeben hat (vgl. hierzu die vom Prüfeningenieur geltend gemachten Zusatzkosten nach Anlage K61, wo beispielsweise Mehrleistungen wegen Planänderungen seitens des Bauherrn oder auch Mehrleistungen für nachträgliche Änderungen durch den Planer gesondert mit erheblichen Kosten abgerechnet wurden). Allein mit dem Verweis auf eine verzögerte Planvorlage genügt die Klägerin ihrer Darlegungslast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität daher bei weitem nicht (vgl. zum Ganzen: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit, Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 7. Teil Rn. 102 + 103;

Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Auflage 2024, § 5 Rn. 357).

Soweit die Klägerin in der Klageschrift auf Seite 23 durch Abdruck einer Tabelle über die erwartete Planlieferung und dem tatsächlichen Vorliegen freigegebener Pläne versucht, Kausalitätszusammenhänge im Ansatz darzustellen, verhilft dies nicht entscheidend weiter. Denn die Beklagte rügt zu Recht, dass es im Rahmen des auf § 280 Abs. 1 BGB gestützten Anspruchs allein darauf ankommt, welcher Zeitraum zwischen der Lieferung mangelhafter Pläne durch die Beklagte und der Nachlieferung mangelfreier Pläne durch die Beklagte liegt und wie sich dieser Zeitraum im weiteren Verlauf der Bauausführung und Fertigstellung ausgewirkt hat. Soweit die Klägerin in der Tabelle darauf abstellt, wann die Pläne nach dem Terminplan hätten vorliegen müssen, übersieht sie, dass sie keinen Verzugschaden nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB, sondern einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB geltend macht; für letzteren kommt es jedoch nicht auf die ursprünglich womöglich vereinbarten Planliefertermine an. Auch zieht die Klägerin in ihrer Tabelle die Zeiten mit ein, die der Prüfeningenieur für die Prüfung der Pläne tatsächlich benötigt hat; warum diese Zeit der Beklagten anzulasten sein soll, legt die Klägerin nicht dar. Schließlich ist der Tabelle nicht zu entnehmen, wie sich eine eventuelle mangelbedingte Verzögerung des Vorliegens freigegebener Pläne auf den Bauablauf ausgewirkt hat. Da die Bodenplatte unstreitig in einzelnen Bauabschnitten hergestellt wurde, wäre es ohne weiteres beispielsweise denkbar, dass die Reihenfolge der Herstellung der einzelnen Bodenplatten-Abschnitte gegenüber der ursprünglichen Planung geändert wird und hierdurch Bauzeitverzögerungen vermieden werden könnten, wenn zwar nicht für die an sich beabsichtigte Realisierung eines Bodenplatten-Abschnitts bereits freigegebene Pläne der Beklagten vorlagen, für einen anderen Abschnitt solche aber möglicherweise bereits vorlagen und umgesetzt werden konnten.

Auch die Anlagen K111 und K112 helfen über den unzureichenden Vortrag der Klägerin bezüglich der haftungsbegründenden Kausalität nicht hinweg. Denn soweit Abweichungen zwischen dem Ist-Ablauf (Anlage K112) und dem Soll-Ablauf (Anlage K111) vorliegen, ist den entsprechenden Übersichten nicht zu entnehmen, inwieweit dies auf Mängel der Planerstellung durch die Beklagte beruhen soll. Danach bleiben andere Ursachen für die Bauverzögerung als die Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten möglich und offen.

Da bereits das Landgericht auf Seite 11 und 12 seines Urteils deutlich auf die Vortragsdefizite hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität hingewiesen hat und die Klägerin dies nicht zum Anlass genommen hat, mit der Berufung ihren diesbezüglichen Vortrag zu substantiieren, bedurfte es keines weiteren Hinweises an die Klägerin mehr und die erhobene Klage ist ungeachtet des unzureichenden Vortrags zur Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten auch wegen unzureichendem Vortrag zur haftungsbegründenden Kausalität abzuweisen.

4. Im Folgenden wird auf die klageweise geltend gemachten einzelnen Schadenspositionen nur noch ergänzend eingegangen.

a. Der mit 2 Mio. € bezifferte Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten haben will, dass sie infolge beklagten-seits verzögerter Ablieferung mangelfreier Pläne und dadurch bei der Generalunternehmerin eingetretener Baustillstände und Ablaufstörungen zur Verhinderung von deren Kündigung im Vergleichswege 2 Mio. € an diese bezahlt habe, steht der Klägerin nicht zu.

Die Klägerin verweist zur Begründung der dahingehenden Schadensposition im Einzelnen darauf, dass die tätige Generalunternehmerin den mit ihr vereinbarten Bauzeitenplan nicht habe einhalten können, da die Beklagte mangelhafte Pläne geliefert habe; trotz Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit der Generalunternehmerin sei es zum Teil zum Stillstand auf der Baustelle gekommen, ein Ausweichen auf andere Arbeiten sei nicht möglich gewesen, da das gesamte Bauprojekt ja erst auf der Bodenplatte habe aufgebaut werden und diese wiederum ohne Bewehrungspläne nicht habe erstellt werden können (Bl. 61 LGA). Der gestörte Bauablauf habe dazu geführt, dass die Generalunternehmerin eine Zahlung in Höhe von 4.679.257,27 € von der Klägerin gefordert und zugleich eine Kündigung des Vertrags in den Raum gestellt habe; vergleichsweise sei es der Klägerin gelungen, diese Summe auf 2 Mio. € herunterzuhandeln (Bl. 66 LGA; Zahlungsbeleg K87).

Zur Erstattungsfähigkeit der von ihr an die Firma X. als Generalunternehmerin bewirkten Zahlung in Höhe von 2 Mio. € verweist die Klägerin auf das Urteil des OLG München (OLG München, Endurteil vom 13.04.2021 – 9 U 2715/20 = BeckRS 2021, 54496). Im vorgenannten Urteil hat das OLG München ausgeführt, dass eine an den dortigen Generalunternehmer vom Auftraggeber geleistete Zahlung im Rahmen des verfolgten Scha-

densersatzes gegen den planenden Architekten adäquat kausal auf die vom dortigen Beklagten verursachten Planungsmängel beziehungsweise auf die darauf beruhende Bauzeitverlängerung zurückzuführen sei. Das OLG München stellte sich auf den Standpunkt, dass die dortige Auftraggeberin in der bestehenden Drucksituation, um größeren Schaden von sich und ihrem Bauvorhaben abzuwenden, auch eine Forderung habe begleichen dürfen, die nicht in voller Höhe begründet oder schlüssig vorgerechnet gewesen sei, wenn und soweit nur feststehe, dass ein Entschädigungsanspruch bzw. ein Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers dem Grunde nach bestehe und eine Abwägung zwischen der Angemessenheit der Zahlung und dem möglichen Schaden des Bauherrn bei Nichtzahlung, der ihm bei Abzug des Unternehmers von der Baustelle mit der Folge eine dadurch möglicherweise eintretenden Baustillstands mit ungewissem Baufortgang drohe, ein überwiegendes Interesse des Bauherrn an der ungehinderten Fortsetzung des Bauvorhabens bestehe. Das OLG München hat damit für den von ihm zu entscheidenden Fall lediglich dargestellt, wann es die Voraussetzungen für einen adäquat kausal verursachten Schaden als gegeben ansieht und deswegen auch ein durch einen Vergleichsabschluss erlittener Schaden zu ersetzen ist.

Der Verweis auf die Entscheidung des OLG München verhilft der Klägerin jedoch bereits deswegen nicht weiter, da es vorliegend an der zwingenden Voraussetzung für eine Erstattungsfähigkeit dahingehend fehlt, dass ein Entschädigungsanspruch bzw. ein Mehrvergütungsanspruch des Generalunternehmers gegenüber der Klägerin als Bauherrin dem Grunde nach feststehen muss. In Anbetracht dessen, dass der Generalunternehmervertrag vorliegend von der Klägerin nicht vorgelegt wurde, ist bereits offen, ob die VOB/B in den Vertrag zwischen der Klägerin und der Generalunternehmerin überhaupt einbezogen wurde. Für den Fall, dass eine Einbeziehung erfolgt sein sollte, könnte sich ein entsprechender Anspruch der Generalunternehmerin gegenüber der Klägerin aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B wegen verspäteter Übermittlung der Bewehrungsplanung ergeben (BGH, Urteil vom 19.09.2020 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321 Rn. 34). Ein dahingehender Ersatzanspruch setzt jedoch voraus, dass die Vorlage der Bewehrungsplanung gegenüber der Generalunternehmerin eine Vertragspflicht und nicht nur eine Obliegenheit ist, wobei sich dies nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien richtet (vgl. hierzu: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 7. Teil Rn. 83; BeckOF/Nadine Gebauer BauR, 52. Edition vom 01.11.2024, Form.

2.2.6.4 Anm. 4). Vorliegend haben die Parteien in Abweichung zu § 3 Abs. 1 VOB/B in Ziffer 2.1 des Generalunternehmervertrags (vgl. Anlage K91) vereinbart, dass "dem AG [...] die Erbringung der noch erforderlichen Planungsleistungen der Leistungsphase 5 HOAI (Grundleistungen)" obliege. Damit ist die Vorlage von Planungsunterlagen durch die Klägerin vorliegend ausweislich des Generalunternehmervertrags – der zwischen bauverfahren Beteiligten abgeschlossen wurde – gerade nicht als Vertragspflicht, sondern als bloße Obliegenheit ausgestaltet. Soweit die Klägerin demgegenüber zur Begründung einer vertraglichen Verpflichtung zur Planvorlage auf Ziffer 2.3.5 des Generalunternehmervertrags und die dort geregelte Pflicht zur Vorlage von Unterlagen abstellt, verkennt sie, dass die dortige Regelung Pflichten der "AN", also des Auftragnehmers und damit der Generalunternehmerin statuiert. Für etwaige Pflichten der Klägerin gegenüber der Generalunternehmerin ist diese Regelung daher ohne Belang. Es verbleibt daher dabei, dass die Klägerin nur im Rahmen einer Obliegenheit die beklagtenseits zu erstellenden Planunterlagen an die Generalunternehmerin weiterzureichen hatte. Eine solche Obliegenheit kann jedoch nicht Anknüpfungspunkt für eine Haftung der Klägerin nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B sein, da die Verletzung von Obliegenheiten bereits generell für den Vertragspartner weder Erfüllungsansprüche noch Schadensersatzansprüche begründet (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306-321 Rn. 30; Grüneberg/Grüneberg, 85. Auflage 2026, vor § 241 Rn. 13). Für den Fall, dass die VOB/B vorliegend nicht in den Vertrag zwischen der Klägerin und der Generalunternehmerin einbezogen worden sein sollte, gilt entsprechendes mit Blick auf die als Anspruchsgrundlagen in Betracht kommenden § 280 BGB und § 281 BGB.

Ungeachtet dessen, dass damit ein Schadensersatzanspruch der Generalunternehmerin gegenüber der Klägerin dem Grunde nach bereits an einer fehlenden Pflichtverletzung scheitert, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Generalunternehmerin den von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Baubehinderungen und -verzögerungen durch eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen unterlegt hat, wie es die höchstgerichtliche Rechtsprechung verlangt (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321 Rn. 36).

Daneben hat die Klägerin jedoch auch einen der Generalunternehmerin gegen sie zustehenden Anspruch nach § 642 Abs. 1 BGB nicht dargelegt. Der Anspruch

nach § 642 Abs. 1 BGB umfasst lediglich eine angemessene Entschädigung für die Zeit des Annahmeverzugs und daher keinen umfassenden Schadensersatz, wie er vorliegend verlangt wird, insbesondere gewährt § 642 Abs. 1 BGB keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn und auch nach Ende des Annahmeverzugs – etwa wegen Verschiebung des Ausführungszeitraums – eintretende Kostensteigerungen werden ebenso wenig erfasst (BeckOK BGB/Voit, 76. Edition vom 01.02.2024, BGB § 642 Rn. 14) wie zusätzliche Aufwendungen. Es wird von der Klägerin weder vorgetragen noch ist es ersichtlich, dass die Generalunternehmerin ihren Anspruch nach Maßgabe des unproduktiven Vorhalts von Produktionsmitteln während der Dauer eines Annahmeverzugs der Beklagten bemessen hat, sondern sie hat Mehrkosten aufgrund der Verlängerung der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit geltend gemacht (BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = NJW 2024, 3716 Rn. 40).

Damit kann insgesamt nicht festgestellt werden, dass die Generalunternehmerin gegenüber der Klägerin den geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz gehabt hätte, sodass der Vergleichsbetrag in Höhe von 2 Mio. € nicht adäquat kausal durch die (behauptete) Pflichtverletzung der Beklagten und die hierdurch angeblich eingetretene Bauzeitverzögerung oder Baubehinderung geführt haben sollte, veranlasst worden ist. Da damit bereits die Voraussetzungen eines Anspruchs dem Grunde nach nicht gegeben sind, kann die Schadenshöhe nicht nach § 287 ZPO geschätzt und im Anschluss die Angemessenheit des Vergleichsabschlusses beurteilt werden.

b. Der mit 72.214,12 € bezifferte Schadensposten "Stahlmehrverbrauch" steht der Klägerin ebenfalls nicht zu.

Die Klägerin führt zu dieser Schadensposition aus, dass infolge der mangelhaften Bewehrungsplanung der Beklagten der bereits auf Basis einer einvernehmlichen Regelung vor Freigabe durch den Prüfenieur bestellte Bewehrungsstahl oftmals nicht so hätte eingebaut werden können, wie beklagtenseits zunächst geplant, wodurch bereits auf der Baustelle befindlicher Bewehrungsstahl nicht habe genutzt werden, sondern neuer habe bestellt werden müssen. Insgesamt seien 75,46 Tonnen (bzw. 72,6281 nach Bl. 88) an zusätzlichem Bewehrungsstahl benötigt worden, was einen Schaden mit 75.035,47 € netto (bzw. 72.214,12 € netto nach Bl. 88 LGA) bedinge (Bl. 84 LGA).

Dazu, dass die Bestellung des Bewehrungsstahls bereits vor Freigabe der Pläne durch den Prüfsingenieur im Interesse einer Vermeidung weiteren Verzugs einer gemeinsamen Absprache entsprochen habe, verweist die Klägerin auf die Anlage K26. Aus dieser ergibt sich die Absicht der Klägerin, entsprechend vorzugehen; ein Einverständnis der Beklagten mit diesem Vorgehen ist jedoch aus der Anlage nicht ersichtlich, sondern die Klägerin weist in dem Schreiben darauf hin, dass für den Fall, dass sie "keine gegenteilige Resonanz erhalte", entsprechend verfahren werde (vgl. Bl. 173 Anlagenheft Kl.), bittet die Beklagte aber zugleich, bis zum 08.11.2018 ihre Zustimmung zu erteilen. Hierauf hat die Beklagte zu keiner Zeit reagiert. Da das bloße Schweigen nicht als Zustimmung zu der klägerseits beabsichtigten Vorgehensweise gewertet werden kann (vgl. zum fehlenden Rechtsgehalt eines Schweigens BeckOGK/Günther, 01.03.2026, BGB § 626 Rn. 735; BeckOK BGB/H.-W. Eckert, 77. Edition vom 01.02.2026, BGB § 146 Rn. 13), kann der Abschluss einer dahingehenden Vereinbarung nicht festgestellt werden. Allerdings war die Fortführung der Bauarbeiten auf der Grundlage der vom Prüfstatiker noch nicht freigegebenen Pläne eine adäquat kausale Reaktion zur Schadensminderung, sodass die Beklagte für dadurch eingetretene Schäden einzustehen hätte. Dies würde jedoch in Anknüpfung an die bisherigen Ausführungen voraussetzen, dass die Klägerin vorträgt, in welchem Umfang aufgrund welchen Mangels später nicht benötigter Baustahl bestellt wurde. Diesen Darlegungsanforderungen hat sie mit ihrem pauschalen Vortrag nicht genügt.

Ungeachtet dessen hat aber auch das Landgericht bereits zu Recht darauf hingewiesen, dass die Klägerin die Höhe des insoweit von ihr begehrten Schadensersatzes nicht ausreichend dargelegt habe. Denn im Rahmen der Vorteilsausgleichung ist der Erlös für den Verkauf des unnütz bestellten Stahls bei der Ermittlung der Schadenshöhe von der Klägerin nicht berücksichtigt worden, obwohl ein solcher Verkauf erfolgt sein soll. Dies greift die Klägerin mit der Berufungsbegründung zwar auf, nimmt aber hierzu nicht konkret Stellung und macht insbesondere keine Ausführungen zu einem konkreten Verkaufserlös. Stattdessen verweist die Klägerin auf Seite 20 der Berufungsbegründung nur darauf, dass sie den Schrotterlös nicht nachgefragt habe, da die durch die Beklagte verursachten Planänderungen sowohl bei der Klägerin als auch bei der Generalunternehmerin enorme Aufwendungen verursacht hätten, die ihrerseits mit dem Schrotterlös zu verrechnen seien (vgl. Seite 20 der Berufungsbegründung). Hiermit macht die Klägerin zwar die Aufrechnung mit

einem Aufwendungsersatzanspruch geltend, trägt jedoch weder zur Höhe der Einnahmen aus dem Stahlverkauf noch zum Grund und der Höhe der angeblichen enormen Aufwendungen, mit denen aufgerechnet werden soll, konkret vor. Ihr dahingehender Vortrag ist daher nach wie vor unschlüssig.

c. Auch die mit 75.000,00 € bezifferten Tagelohnarbeiten stehen der Klägerin nicht als Schadensersatzanspruch zu, da ihr diesbezüglicher Vortrag nicht hinreichend substantiiert ist.

Als weitere Schadensposition führt die Klägerin an, dass der Generalunternehmerin dadurch ein erheblicher Mehraufwand entstanden sei, dass sie die – trotz Freigabe durch den Prüfsingenieur – fehlerhaften Pläne der Beklagten habe korrigieren lassen müssen, was mit Umbau- und Rückbaumaßnahmen von bereits fertiggestellten Schalungsarbeiten einhergegangen sei und zu zusätzlichem Aufwand durch Zuschneiden und Biegen von Bewehrungsseisen geführt habe (Bl. 95 LGA). Die in diesem Zusammenhang bestehenden Mängel bestünden nicht im statischen Bereich, der ja durch den Prüfsingenieur abgedeckt sei, sondern in baukonstruktiven Fehlern und Widersprüchen zwischen Schal- und Bewehrungsplänen. Die entsprechenden Fehler hätten im Rahmen einer internen Qualitätskontrolle bei der Beklagten festgestellt und behoben werden müssen. Konkret verweist die Klägerin auf die Kostenaufstellungen nach Anlage K56 + 57 ihrer Subunternehmer, sowie die Anlagen K99-1 und K99-2, wonach durch beklagten-seits zu verantwortende Planungsfehler Kosten mit 82.910,26 € (62.731,55 € durch Fa. B. und 20.178,71 € durch Fa. A.) entstanden seien. Die Klägerin behauptet, sich schließlich mit der Generalunternehmerin auf eine Zahlung von 75.000 € verständigt zu haben.

Den klägerseits insoweit in Bezug genommenen Anlagen lässt sich zwar entnehmen, dass die entsprechenden Arbeiten und die hierdurch verursachten Kosten auf Planänderungen oder Planungsfehler zurückgehen sollen, worin jedoch die Planänderung oder der Planungsfehler liegen soll, kann den Anlagen nicht entnommen werden. Es bleibt daher offen, ob sich hier Fehler der Gebäudeplanung oder Änderungen der Gebäudeplanung (möglicherweise auf Wunsch der Klägerin) ausgewirkt haben. Zudem bleibt offen und kann nicht überprüft werden, ob tatsächlich ein Planungsfehler vorgelegen hat oder die Generalunternehmerin womöglich nur fälschlicherweise einen Planungsfehler angenommen hat, wofür eine Verantwortlichkeit der Beklagten von vornherein ausscheiden würde. Der Vor-

trag der Klägerin ist daher nicht ausreichend substantiiert, sondern bleibt pauschal. Insbesondere fehlt es an Vortrag dazu, welche konkreten Fehler oder Widersprüche in der Planung der Beklagten zu welchen Mehrarbeiten geführt haben sollen und welche Kosten damit einhergegangen sind. Hierauf wurde die Klägerin bereits durch das Landgericht ausweislich Seite 6 des Verhandlungsprotokolls vom 29.02.2024 hingewiesen, da dort ausgeführt ist, die Klägerin habe darzulegen, welche Planmängel zu den Mehrarbeiten geführt haben sollen. Zudem hat das Landgericht im Urteil auf Seite 19 festgehalten, dass der ursprüngliche Zahlbetrag in Höhe von 82.910,26 € nicht nachvollzogen werden könne. Gleichwohl hat die Klägerin ihren unzureichenden Vortrag in der Berufungsinstanz nicht ergänzt, weswegen er bis heute an den aufgezeigten Mängeln leidet.

d. Auch der mit "Mehraufwendungen Prüfingenieur" in Höhe von 131.681,59 € bezifferte Schadensersatzbetrag steht der Klägerin nicht zu, da es auch insoweit an ausreichend substantiiertem Vortrag fehlt.

Als weitere Schadensposition beziffert die Klägerin gemäß Anlage K61 131.681,59 €, die ihr dadurch entstanden seien, dass die beauftragten Prüfingenieure wegen der beklagtenseits erstellten mangelhaften Planung verlängerte Prüfzeiten und zur Koordination abgehaltene Jour-Fixe-Besprechungen abgerechnet haben (Anlagen K59 – 65); die Kosten seien klägerseits auch bezahlt worden. Dem diesbezüglichen Vortrag der Klägerin und den von ihr insoweit in Bezug genommenen Anlagen fehlt es insgesamt an einer Darstellung, welcher Planungsmangel der Beklagten zu welchem Zusatzaufwand geführt haben soll. Es bleibt insgesamt offen, ob sich in dem angeblichen Mehraufwand des Prüfingenieurs Fehler der Gebäudeplanung oder Änderungen der Gebäudeplanung, möglicherweise auf Wunsch der Klägerin, ausgewirkt haben. Es bleibt weiter offen und kann nicht überprüft werden, ob tatsächlich ein Planungsfehler vorgelegen hat oder ob der Prüfingenieur nur fälschlicherweise einen solchen angenommen hat (vgl. zur fehlenden Aussagekraft von Grüneintragungen eines Prüfingenieurs im Zusammenhang mit angeblichen Planungsfehlern bereits oben). Sollten tatsächlich gar keine Planungsfehler vorgelegen haben, so wäre der vom Prüfingenieur abgerechnete Mehraufwand beklagtenseits auch nicht zu erstatten. Es wäre Vortrag erforderlich, der zwischen jedem einzelnen Planungsmangel als eigenem anspruchsauslösendem Sachverhalt unterscheidet und sodann konkret darlegt, zu welchem Mehraufwand des Prüfingenieurs genau dieser Mangel geführt hat. Auch hierauf wurde die Klägerin

bereits durch das Landgericht ausweislich Seite 6 des Sitzungsprotokolls vom 29.02.2024 hingewiesen, ohne dass sie dies zum Anlass genommen hat, ergänzend vorzutragen.

Hinzu kommt, dass ausweislich der Anlage K61 nur ein Teil der Mehrkosten des Prüfingenieurs (131.681,59 € von 311.932,17 €) durch den Tragwerksplaner verursacht worden sein soll. Die angeblich auf den Tragwerksplaner zurückgehenden Mehrkosten werden zwar in die Kategorien Statik, Pläne, koordinierte Prüfung der Bewehrungspläne und Erdbebennachweise aufgeteilt sowie den verschiedenen Bauteilen A bis D zugeordnet, die jeweiligen Kostenansätze sind jedoch weder nachvollziehbar noch kann ein konkreter Bezug zu angeblichen Mängeln der Planung der Beklagten hergestellt werden. In den Anlagen K62 bis K64 wird der geltend gemachte Aufwand des Prüfingenieurs zwar weiter aufgeschlüsselt, ein Bezug zu bestimmten Mängeln der Planung der Beklagten wird jedoch auch dort nicht hergestellt. Welche Teile des abgerechneten Gesamtaufwands des Prüfingenieurs auf die angebliche Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten entfallen sollen, ist den weiteren Anlagen insgesamt nicht zu entnehmen. Gegenteilig ergibt sich beispielsweise aus der Anlage K63, dass es Nachtragspläne gegeben hat. Eine Abgrenzung zwischen Nachträgen und Mängeln fehlt jedoch, obwohl beides zu einem Zusatzaufwand führt, aber lediglich bei Mängeln eine Verantwortlichkeit der Beklagten denkbar wäre. Der Vortrag der Klägerin ist daher auch zu dieser Schadensposition nicht ausreichend substantiiert.

e. Hinsichtlich der begehrten Finanzierungsmehrkosten über 232.412,83 € ist der Vortrag der Klägerin ebenfalls unschlüssig, worauf die Klägerin bereits im landgerichtlichen Termin vom 29.02.2024 hingewiesen wurde (vgl. Seite 6 des Protokolls).

Als weiteren Schadensersatzposten begehrt die Klägerin Finanzierungsmehrkosten in Höhe von 232.412,83 €, die dadurch entstanden seien, dass die Klägerin zur Finanzierung des Bauvorhabens Darlehensverträge mit einer bestimmten Laufzeit abgeschlossen habe und diese Laufzeit infolge fehlerhafter Planung der Beklagten und dadurch bedingter Bauzeitverzögerung nicht ausgereicht habe. Sie stellt auf einen Zinsschaden für Juli 2018 bis Januar 2019 mit 232.412,83 € ab, den sie durch entsprechende Kontoauszüge belegt (Anlagen K66 – 73). Die Beklagte weist diesbezüglich darauf hin, dass diese Kosten auch ohne die behauptete mangelhafte Planung der Beklagten entstanden wären, da

eine Fertigstellung selbst nach der ursprünglichen Planung vor Januar 2019 nicht geschuldet gewesen sei (Bl. 159 LGA).

Zwar umfasst der Schadensersatzanspruch neben der Leistung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch die durch eine Verzögerung angefallenen Finanzierungsmehrkosten (vgl. Korbion/Mantscheff/Vygen/Rehbein, 10. Auflage 2024, IngALG Kap. 2 Rn. 866), doch war eine Fertigstellung des gesamten Bauvorhabens nach der ursprünglichen Planung der Klägerin erst zum 01.06.2021 geplant (vgl. die diesbezügliche Vereinbarung im Rahmen des GU-Vertrags, Anlage K27). Inwiefern daher ein Zinsschaden für die Zeit von Juli 2018 bis Januar 2019 Folge der beklagten Planungs- und Ausführungsfehler sein soll, erschließt sich auf Basis des Vortrags der Klägerin nicht. Ein Zinsschaden für den tatsächlich behaupteten Verlängerungszeitraum wird von der Klägerin nicht dargelegt.

Unabhängig davon, dass die Haftung der Beklagten bereits dem Grunde nach daran scheitert, dass die haftungsbegründende Kausalität der behaupteten Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten für die Bauzeitverlängerung nicht schlüssig dargelegt und bewiesen ist, steht dem mit 232.412,83 € bezifferten Schaden in Form der Finanzierungsmehrkosten somit auch die fehlende Kongruenz der zugrunde gelegten Zeiträume entgegen.

f. Die mit 248.047,24 € bezifferten Kosten für die Verzinsung des Kaufpreises des Endinvestors der Bauteile A und B in Höhe von 2,5 % sind ebenfalls nicht schlüssig dargelegt, worauf bereits das Landgericht im Termin vom 29.02.2024 und im Urteil hingewiesen hatte.

Die Klägerin verweist hinsichtlich dieser Schadensposition darauf, dass ihr ein weiterer Schaden dadurch entstanden sei, dass sie mit der Käuferin der Bauteile A und B des Gesamtvorhabens vereinbart habe, dass sie deren Vorauszahlung auf den Kaufpreis (die Höhe der Vorauszahlung wird nicht genannt, ergibt sich aber aus den Anlagen K75 und 76) mit 2,5 % bis zur Übergabe der Bauteile verzinsen werde. Da die Übergabe entgegen der Vereinbarung mit der Käuferin nicht zum 18.08. und 18.12.2020, sondern erst zum 14.01. und 16.06.2021 erfolgen können, sei ein Zinsschaden mit 248.047,24 € entstanden (Bl. 106 LGA), der durch die Anlagen K74 – 78 belegt wird. Für das Bauteil A ergibt sich für die Zeit vom 01.10. bis 31.12.2018 ein Zahlungsbetrag in Höhe von 97.319,80 € (Anlage K75) sowie für die identische Zeit für Bauteil B ein Zahlungsbetrag von

109.386,23 € (Anlage K76); ein entsprechender Zahlungsnachweis über die vorgenannten Zahlungen liegt ebenfalls vor (Anlage K78). Für die weiteren Zahlungen über 41.341,21 € (Anlage K77) fehlt ein "Abrechnungsschreiben", aus dem sich der Zeitraum ergibt, für den die Verzinsung gezahlt wird und zudem eine Erläuterung erfolgt, für welches Bauteil die Verzinsung bezahlt wird, diesbezüglich liegt nur ein Kontoauszug vor. Ungeachtet des insoweit fehlenden "Abrechnungsschreibens" ist der diesbezügliche Vortrag der Klägerin bereits insoweit un schlüssig, als sie einerseits eine verspätete Übergabe der Bauteile erst im Jahr 2021 anstatt entsprechend der mit der Käuferin der Bauteile vertraglich vereinbarten Übergabe bereits im Jahr 2020 darlegt, zugleich aber ihren Zinsschaden anhand einer Berechnung für das Jahr 2018 darlegt. Ein eventueller Zinsschaden könnte allenfalls für die Zeit geschuldet sein, hinsichtlich derer die Klägerin die Bauteile A und B verspätet an den "Endinvestor" übergeben konnte und nicht bereits für Oktober bis Dezember 2018. Die Klägerin nimmt diesen Einwand, der auch bereits von der Beklagten erhoben wurde, teilweise auf und verweist darauf, dass sie die Zinsen für die bis zum Zeitpunkt des Beginns der Störungen durch die Beklagte ausbezahlten Kaufpreistraten berechnet habe, da andernfalls (bei Berechnung anhand der bis zum Bauende anfallenden Raten) noch höhere Kosten auf die Beklagte zukämen (Bl. 303 LGA). Ungeachtet dessen, dass diese Überlegung der Klägerin nicht geprüft werden kann, vermag die Klägerin damit nicht zu erklären, warum sie bei einer behaupteten Bauverzögerung von 5 bis 6 Monaten einen Zinsschaden für Oktober bis Dezember 2018 begehrt.

Ungeachtet der damit fehlenden Schlüssigkeit des Vortrags der Klägerin ist auch an dieser Stelle wieder darauf zu verweisen, dass eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach bereits daran scheitert, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, die haftungsbegründende Kausalität zwischen der behaupteten Mangelhaftigkeit der Planungen der Beklagten, der behaupteten Bauzeitverlängerung und letztlich dem begehrten Zinsschaden darzulegen und zu beweisen.

g. Soweit die Klägerin darüber hinaus die Zahlung von 105.000 € mit der Begründung begehrt, sie habe die Eigentumswohnungen des Bauteils C infolge beklagten zu verantwortender Planungs- und Ausführungsfehler erst verspätet zum 01.10.2020 und 28.02.2021 und nicht wie vertraglich vereinbart bereits am 31.08. bzw. 31.12.2020 an die jeweiligen Käufer übergeben können und sei deswegen verpflichtet gewesen, an die 35 Wohnungseigentümer jeweils 1.500 € pro angefangenem Monat

des Verzugs zu bezahlen, ist auch dieser Anspruch nicht schlüssig dargelegt.

Unter Anknüpfung an die obigen Ausführungen zum Erfordernis einer bauablaufbezogenen Darstellung fehlt es auch hinsichtlich des insoweit begehrten Schadensersatzanspruchs an schlüssigem Vortrag der Klägerin dazu, dass beklagtenseits zu verantwortende Planungsmängel zu einer Verzögerung der Bauzeit geführt haben und diese sich letztlich dahingehend ausgewirkt habe, dass die 35 benannten Wohnungen erst mit 2-monatiger Verspätung übergeben werden konnten. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht weiter darauf an, ob die Klägerin mit allen Eigentümern der betroffenen 35 Eigentumswohnungen Vertragsstrafenversprechen eingegangen ist, wie sie sich aus den beispielhaft vorgelegten Verträgen nach den Anlagen K80 – K81 ergeben.

h. Hinsichtlich der mit 72.615,00 € bezifferten Mehrkosten der Bauherrenberatung scheitert der klageweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch ebenfalls daran, dass der Vortrag der Klägerin nicht schlüssig ist.

Als weiteren Schadensersatzposten begehrt die Klägerin Beratungskosten für die technische Bauherrenberatung mit 72.615,00 € netto. Zum Hintergrund der dahingehenden Kosten verweist die Klägerin darauf, dass sie zum Zwecke der Wahrung der Interessen der Bauherren Herrn Y. mit der Bauherrenberatung beauftragt habe. Der mit diesem abgeschlossene Vertrag habe über eine Laufzeit verfügt, die an die mit der Generalunternehmerin vereinbarten Fertigstellungstermine geknüpft gewesen sei und spätestens am 31.03.2021 geendet habe. Da die beklagtenseits verursachten Planungsmängel dazu geführt hätten, dass die Fertigstellungstermine des Generalunternehmer-Vertrags nicht hätten eingehalten werden können, habe es auch einer Verlängerung des Beratervertrags bedurft (vgl. Nachtrag Nr. 1 zum Beratervertrag, Anlage K85 letzte Seite). Da der Bauherrenberater 15.000 € pauschal/Monat netto zzgl. 3 % Nebenkosten erhalten habe (vgl. Ziffer 2.2 des Bauherrenberatervertrags nach Anlage K85), sei es für 4,6 Monate zu Mehrkosten mit 72.615,00 € gekommen, wobei die Zeit zwischen dem 01.06. und dem 20.10.2021 angesetzt werde.

Auch dieser Anspruch ist angesichts der vorstehenden Zusammenfassung des insoweit gehaltenen klägerischen Vortrags nicht schlüssig dargelegt. Es ist insgesamt nicht nachvollziehbar, dass die behauptete Bau-

zeitverlängerung und damit die Verlängerung der Laufzeit des Bauherrenberatervertrags auf Planungsfehler der Beklagten zurückzuführen ist. Die Klägerin hat zu der erforderlichen haftungsbegründenden Kausalität zwischen behaupteter Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten, der angeblichen Bauzeitverlängerung und dem hierdurch angeblich entstandenen Schaden nicht schlüssig vorgetragen. Im Übrigen berücksichtigt die Klägerin bei ihren Ausführungen nicht, dass der Generalunternehmer-Vertrag eine Fertigstellung bis zum 01.06.2021 vorsah (vgl. § 5.2 des GU-Vertrags nach Anlage K21), der Bauherrenberatervertrag aber bereits am 31.03.2021 endete. Dessen Verlängerung bis zur Fertigstellung des Bauprojekts kann daher keinesfalls insgesamt der Beklagten angelastet werden.

i. Abschließend beziffert die Klägerin Rechtsanwaltskosten in Höhe von 33.623,45 €, die ihr dadurch entstanden seien, dass sie Ende August 2018 ihre jetzige Prozessbevollmächtigte mit einer baubegleitenden Beratung beauftragt habe, nachdem die Planungsmängel der Beklagten erkennbar geworden seien. Auf Basis einer abrechenbaren 2,5-fachen Gebühr und eines mit 3,7 Mio. € zu bewertenden Schadens stünden der Klägerin 38.142,48 € brutto zu.

Die Erstattung der insoweit geltend gemachten Kosten kommt nur dann in Betracht, wenn die Beauftragung der jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin adäquat kausal durch Planungsmängel der Beklagten verursacht worden ist. Planungsmängel der Beklagten sind aber unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen vorliegend gerade nicht hinreichend konkret vorgetragen worden, weshalb sich Planungsmängel nicht feststellen lassen. Ungeachtet dessen sind Rechtsanwaltskosten nur dann als Schadensersatzanspruch über § 280 Abs. 1 BGB zu erstatten, wenn sie sich als erforderlich und zweckmäßig zur Abklärung der Ursächlichkeit und des Ausmaßes der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel darstellen (BGH, Urteil vom 17.02.1999 – X ZR 40/96 = NJW-RR 1999, 813; vgl. MüKoBGB/Busche, 9. Auflage 2023, § 634 Rn. 60; BeckOK BGB/Voit, 77. Edition vom 01.02.2024, BGB § 635 Rn. 10; Glöckner/Manteufel/Rehbein/Rehbein PrivBauR-HdB, 7. Auflage 2025, § 15 Rn. 1072; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 5. Teil Rn. 389). Das bleibt hier angesichts des unzureichenden Vortrags der Klägerin offen.

5. Nachdem der Klägerin kein Anspruch zusteht, daher die beklagtenseits eingewandte Vergütungsforderung

in Höhe von 125.720,87 € nicht infolge Aufrechnungserlöschen ist, erfolgte die Verurteilung der Klägerin auf die Hilfswiderklage zu Recht. Das Ergänzungsurteil ist daher nicht zu beanstanden.

OLG Naumburg zu der Frage, dass eine unzureichende Betonfestigkeitsklasse wichtiger Kündigungsgrund ist

vorgestellt von Thomas Ax

1. Der Hauptauftragnehmer ist auch dann AGB-Verwender, wenn er ohne eigene Mehrfachverwendungsabsicht die vom Hauptauftraggeber mit Mehrfachverwendungsabsicht gestellten Vertragsbedingungen an seinen Nachunternehmer "durchstellt".

2. Weist die Leistung des Auftragnehmers nicht die vereinbarte Betonfestigkeitsklasse auf, ist sie mangelhaft. Bei der Auslegung, welche Betonfestigkeitsklasse vereinbart ist, kommt es auf die objektive Sicht eines mit dem Leistungsverzeichnis konfrontierten (hier: Tiefbau-)Unternehmers an.

3. Die Nachfrist zur Mängelbeseitigung kann in der Regel wesentlich kürzer sein als die vertragliche Herstellungsfrist. Angemessen ist die Frist bereits dann, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größter Anstrengung des Auftragnehmers beseitigt werden können.

4. Ein Recht des Auftraggebers zur Kündigung aus wichtigem Grund kann bestehen, wenn durch die Mangelhaftigkeit der Leistung das Vertrauen des Auftraggebers in die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung des Auftragnehmers zerstört wird und die Art der Mängel befürchten lässt, dass die Leistung insgesamt nicht mangelfrei erbracht werden kann (hier bejaht).

OLG Naumburg, Urteil vom 27.02.2024 - 1 U 6/14 (Hs)

Gründe

I.

Die Parteien streiten über die Abrechnung eines durch die Kündigung der Beklagten vom 18. August 2006 beendeten Bauvertrages.

Die Beklagte war Hauptauftragnehmerin hinsichtlich eines Teils des Ausbaus der Stadtbahnlinie der Stadtbahn S. GmbH und beauftragte die Klägerin als Nachunternehmerin mit den entlang der Stadtbahntrasse durchzuführenden Straßen- und Tiefbauarbeiten.

Hierzu unterzeichneten die Parteien am 21. Oktober 2004 ein Verhandlungsprotokoll (K 3), durch das unter anderem auch die VOB/B in der jeweils geltenden Fassung in den Vertrag einbezogen wurde. Die Auftragssumme belief sich auf 3.031.527,96 EUR netto. Unter 4. heißt es zum Leistungsumfang auszugsweise: "siehe Auftrags-LV vom 15.10.2004. Grundlage sind die kompletten Ausschreibungsunterlagen vom 05.03.2004 der Stadtbahn S. GmbH mit sämtlichen Anlagen und Bedingungen, die der Fa. Z. vorliegen." Unter 5. sind als Vertragsbestandteile in nachstehender Reihen- und Rangfolge aufgeführt:

- Auftrags- oder Bestätigungsschreiben von LW
- das vorliegende Verhandlungsprotokoll
- die Anlage zum Einsatz deutscher und ausländischer Nachunternehmer
- der Bauzeitenplan/ Terminplan vom 21.10.2004
- das Auftrags-LV vom 15.10.2004
- die zugehörigen Planungsunterlagen
- die VOB Teil B und Teil C in der jeweils geltenden Fassung
- alle einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und technischen Vorschriften
- das Angebot des Bieters vom 15.10.2004

Anschließend heißt es unter 5. "Vertragsbedingungen des Bieters werden nicht Bestandteil des Vertrages."

Nach den Besonderen Vertragsbedingungen der Stadtbahn S. GmbH, die als Teil der Vergabebedingungen zu den Ausschreibungsunterlagen gehörten und Bestandteil des Angebotes wurden, sind die Einheitspreise fest und werden auch bei einer Veränderung der Kostengrundlage nicht revidiert (II. 2. Abs. 3) und leistet der Auftraggeber Abschlagszahlungen bis zu 90 % der nachgewiesenen Leistungen auf der Grundlage nachgewiesener Zwischenrechnungen (II. 11. Abs. 1).

In dem Leistungsverzeichnis (B 17), das von der Stadtbahn S. GmbH stammte und von der Beklagten an die Klägerin weitergereicht wurde, heißt es in Bezug auf den Straßenbord unter anderem "Rückenstütze aus Beton B 25 nach Zeichnung herstellen" und "Unterbeton

B 25 liefern und nach Zeichnung herstellen". In den Detailzeichnungen der Regelprofile ist der Bereich der Rückenstützen und des Unterbetons mit "B 25" gekennzeichnet (B 18, Unterlage 6.9). Nach der Änderung der Bezeichnung von B 25 in Tabelle 1 der DIN 1045 in C 20/25 in Tabelle 7 der DIN EN 206-1 Tabelle 7 gab die Beklagte einen aktualisierten Ausführungsplan (B 27) weiter, in dessen Maßstabszeichnungen zum Fahrbahnrand der Unterbeton mit "C 20/25" gekennzeichnet ist.

Im Zeitraum von November 2004 bis August 2006 erbrachte die Klägerin Arbeiten und leistete die Beklagte Abschlagszahlungen in Höhe von 2.013.541,78 EUR.

Mit dem am 3. August 2006 per Fax an die Klägerin übermittelten auf den 12. Juli 2006 datierten Schreiben (B 2) rügte die Beklagte die Qualität des Betons der Rückenstützen und der hinteren Randsteine in den Baubereichen A. bis B. Straße, linker Straßenbord und hinterer Randstein Gehwegbereich ca. km 16,356 bis 16,372 und ca. 16,392 bis 16,461 als nicht fachgerecht und verlangte die Mängelbeseitigung bis zum 11. August 2006. Für alle ausgeführten Rückenstützen forderte sie Nachweise für die ausgeschriebene Beton-
güte.

Die Beklagte wiederholte die Rüge am Folgetag (B 3), verlangte die technische Zustandsfeststellung der nachgebesserten Bauteile vor dem Beginn weiterer Arbeiten und wies darauf hin, dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag im Wege der außerordentlichen Kündigung ganz oder teilweise entziehen und die Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen lassen werde.

Mit Schreiben vom 8. August 2006 (B 30) rügte die Beklagte, dass im Baubereich H. bis A. rechts der Unterbeton zwischen Ende Bahnsteig und der oberen Ausfahrt Edeka auf einer Länge von rd. 60 m die geforderte Betonfestigkeit von B 25 im eingebauten Zustand nicht aufweise, setzte eine Frist zur Mängelbeseitigung bzw. Nachweis der Mangelfreiheit bis 16. August 2006 um 10.00 Uhr und wies darauf hin, dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag im Wege der außerordentlichen Kündigung ganz oder teilweise entziehen und die Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen lassen werde.

Mit weiterem Schreiben vom 8. August 2006 (B 63) nahm die Beklagte auf die Mängelanzeigen B 2 und B 3 Bezug und reagierte auf ein Schreiben der Klägerin vom

selben Tag. Bei einer gemeinsamen Begehung sei festgestellt worden, dass der Beton die geforderte Festigkeit nicht aufweise. Die Klägerin habe mit der Mängelbeseitigung begonnen, indem sie die Randsteine zurückgebaut habe. Die Beklagte forderte zur Mängelbeseitigung bis zur gesetzten Frist 11. August 2006 auf, erst danach könne der geplante Einbau der Binderschicht am 10. August 2006 erfolgen.

Mit Schreiben vom 10. August 2006 (B 5) reagierte die Beklagte auf ein Schreiben der Klägerin vom 4. August 2006 nebst Fotos und Lieferscheinen für Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 betreffend den Bauabschnitt EMB H. Straße bis Zufahrt H. und hielt fest, dass die geforderte B 25 im eingebauten Zustand nicht vorhanden und der Unterbeton auf der linken Außenseite zur Straße hin entgegen der Ausführungsplanung nicht mit geraden Kanten für einen sauberen Anschluss an die Tragschicht, sondern in unregelmäßiger Form hergestellt sei. Sie setzte eine Frist zur Mängelbeseitigung bzw. Nachweis der Mangelfreiheit bis 18. August 2006 um 10.00 Uhr und wies darauf hin, dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag im Wege der außerordentlichen Kündigung ganz oder teilweise entziehen und die Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen lassen werde.

Die Klägerin wies die Schreiben der Beklagten vom 3., 4. und 8. August 2006 (B 2, B 3 und B 63) mit Fax vom 10. August 2006 (K 61) zurück und vertrat die Auffassung, der eingebaute Beton sei ausreichend fest. Der Rückbau von Randsteinen auf einer Länge von 5 m sei aufgrund eines Fehlers bei der Einmessung erforderlich geworden. Für die Anweisung zum Ziehen von Bohrkernen werde ein Nachtragsangebot übermittelt. Die Bauhinderungszeit werde mitgeteilt und die Mängelanzeige zurückgewiesen.

Mit Schreiben vom 11. August 2006 (B 4) stellte die Beklagte den fruchtlosen Fristablauf fest, setzte für die Beseitigung der Mängel in den in den Schreiben B 2 und B 3 genannten Bereichen hinsichtlich der (gefordert B 25) eine Nachfrist bis zum 16. August 2006 um 10.00 Uhr und forderte die Klägerin zum Nachweis der Mangelfreiheit ihrer Leistungen innerhalb der Frist auf und wies darauf hin, dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag im Wege der außerordentlichen Kündigung ganz oder teilweise entziehen und die Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen lassen werde.

Am 14. August 2006 (K 26) übersandte die Klägerin der Beklagten ein Gutachten des Dipl.-Ing. Sch., aus dem

hervorging, dass mit dem gelieferten Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 eine Endfestigkeit von B 15 beziehungsweise C 12/15 erreicht werden könne. Die Beklagte übersandte ihrerseits der Klägerin am 17. August 2006 (K 16) ein Gutachten des Ingenieurbüros P. (B 1), wonach die entnommenen elf Betonproben nicht der Festigkeitsklasse C 20/25 entsprachen, sondern in sieben Fällen der Festigkeitsklasse C 12/15 und in vier Fällen der Festigkeitsklasse C 8/10. Weitere Proben zerbrachen nach der Entnahme und einige Bohrkeme konnten aufgrund von Vielfachbrüchen nicht entnommen werden.

Am Vormittag des 18. August 2006 kam es zu einem kurzen Gespräch zwischen dem Oberbauleiter der Klägerin und dem Bauleiter der Beklagten. In der anschließenden Baustellenberatung erörterten die Parteien die Frage der Betonqualität nicht, sondern die weitere Bauausführung und die dabei einzuhaltenden Termine.

Die Klägerin kam dem Verlangen nach Beseitigung der behaupteten Mängel, welche mit einem Aufwand von rd. 6.000,00 EUR bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht nach. Die Beklagte kündigte nach Fristablauf am 18. August 2006 den Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten.

Die Beklagte ließ von Dipl.-Ing. W. ein Gutachten über Schäden an den Arbeiten der Klägerin erstellen. Am 21. September 2006 führten die Parteien eine Teilabnahme durch.

Mit dem Hauptzahlungsantrag begehrt die Klägerin die Forderung aus ihrer ersten Schlussrechnung vom 19. Dezember 2006 über 2.465.744,32 EUR, welche die Beklagte mit Schreiben vom 19. Februar 2007 (K 18) als überwiegend nicht prüffähig zurückwies.

Von einer weiteren Schlussrechnung über 71.041,41 EUR vom 9. Januar 2007 erkannte die Beklagte mit Schreiben vom 15. März 2007 einen Betrag in Höhe von 65.550,23 EUR an, behielt ihn aber im Hinblick auf den bereits laufenden Prozess ein.

Die Beklagte verlangt widerklagend 4.152.902,75 EUR als Kosten der Ersatzvornahme gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B, ferner die teilweise Rückzahlung von Abschlagszahlungen (387.332,31 EUR), Schadensersatz (90.729,80 EUR), Ersatz von Avalgebühren (40.500 EUR) und bezogen auf weitere von ihr behauptete Mängel den Ausgleich von Mängelbeseitigungskosten (209.382,83 EUR) sowie die Feststellung, dass die von

ihr behaupteten Mängel vorliegen. Die Parteien haben wechselseitig beantragt, durch Zwischenfeststellungsurteil festzustellen, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) bzw. eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund bzw. Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B a. F. gewesen sei. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob Beton der Festigkeitsklasse B 25 (entspricht der neuen Bezeichnung C 20/25) im angelieferten (Auffassung der Klägerin) oder eingebauten Zustand (Auffassung der Beklagten) geschuldet war.

Die Klägerin hat behauptet, ihr Oberbauleiter habe dem Bauleiter der Beklagten vormittags am 18. August 2006 vorgeschlagen, ein Schiedsgutachten zur Betonqualität einzuholen. Dem habe der Bauleiter der Beklagten zugestimmt.

Nach Vernehmung von Zeugen zu dem Inhalt dieses Gesprächs und Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Qualität des Betons der Rückenstützen und des Unterbetons hat das Landgericht mit dem angefochtenen Teilurteil, auf das wegen der weiteren Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, festgestellt, dass die Kündigung vom 18. August 2006 eine freie Kündigung gewesen sei. Die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten sowie ihre Widerklage hinsichtlich der kündigungsbedingten Ersatzvornahmekosten hat das Landgericht abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten. Sie macht die Mangelhaftigkeit der Arbeiten geltend und meint, sie habe nach fruchtlosem Ablauf der zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist nach § 8 Nr. 3 VOB/B kündigen dürfen.

Die ausgeführte Betonqualität genüge weder den damals geltenden anerkannten Regeln der Technik (DIN 18318 der VOB/C) noch der vertraglich vereinbarten Druckfestigkeit von B 25 (bzw. C 20/25 gemäß der neuen Bezeichnung). Das Landgericht habe die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Fristsetzung überspannt. Der Inhalt des unverbindlichen Gesprächs am Morgen des 18. August 2006 führe nicht dazu, dass die Beklagte ihr Kündigungsrecht an diesem Tag nicht habe ausüben dürfen. Es liege weder eine unzulässige Rechtsausübung, noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Sofern die mit Schreiben vom 3. August 2006 zunächst gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis 11. August 2006 zu kurz bemessen gewesen sei, sei eine angemessene Frist in Gang

gesetzt worden und bei Ausspruch der Kündigung abgelaufen. Die Teilkündigung habe zudem die mildeste Maßnahme dargestellt. Von einer Kündigung der Arbeiten, bei denen die Klägerin unmittelbar vor dem Abschluss gestanden habe, habe die Beklagte ausdrücklich Abstand genommen. Es seien nur die Arbeiten gekündigt worden, bei denen die Problematik der Betonqualität bereits nachgewiesen gewesen sei. Entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts sei es nicht erforderlich gewesen, vor der Kündigung die Mängel sachverständig feststellen zu lassen. Streitig sei die Frage der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit. Nicht die Beklagte, sondern die Klägerin habe gegen das Kooperationsgebot verstoßen. Sie hätte sich eventual nachbeauftragen lassen können. Die Selbstvornahme der Beklagten sei ohne Kündigung nicht möglich gewesen.

§§ 8 Abs. 3, 4 Abs. 7 VOB/B hielten der AGB-Kontrolle stand und benachteiligen die Klägerin insbesondere nicht unangemessen. Auf die Unwirksamkeit von § 4 Nr. 7 S. 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 S. 1 Var. 1 VOB/B (2002) könne sich die Klägerin nicht berufen, denn beide Parteien bezögen die VOB/B regelmäßig in ihre Bauverträge ein und hätten sie auch hier einbezogen. Beide Parteien seien Verwender der VOB/B, denn sie hätten um die öffentliche Ausschreibung, an der sie zunächst als ARGE teilnehmen wollten, mit Einbeziehung der VOB/B gewusst und die Einbeziehung gewollt. Der Vertragsschluss der Hauptauftraggeberin mit der Beklagten einerseits und der Beklagten mit der Klägerin andererseits führe nicht dazu, dass die Beklagte im Verhältnis zur Klägerin Verwenderin geworden wäre. Die Ausschreibungsbedingungen verwende die Beklagte nicht üblicherweise, sondern dieses eine Mal.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und meint, die Beklagte habe als Verwenderin durch die Vorgabe aus den Ausschreibungsunterlagen die Geltung der VOB/B vorgegeben. § 4 Abs. 7 VOB/B sei unwirksam, denn die Regelung sei mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werde, nicht vereinbar. Die VOB/B sei nicht als Ganzes vereinbart, so dass § 310 BGB nicht gelte.

Die außerordentliche Kündigung sei unwirksam, weil die Rüge einen wirtschaftlich und technisch völlig untergeordneten Teilbereich der Gesamtleistung betroffen habe, der im Rahmen der noch Monate andauernden Arbeiten ohne weiteres und ohne zeitliche Verzögerung hätte nachgebessert werden können. Die Kündigung sei rechtsmissbräuchlich und unter massivem

Verstoß gegen die Kooperationspflicht erfolgt. Die Klägerin habe ihre Pflicht zur Prüfung der Mängelrügesehr ernst genommen und sei zum Austausch bereit gewesen, wenn sich dafür nach der Überprüfung ein Anlass ergeben hätte. Der Vorschlag zur Einholung eines gemeinsamen Gutachtens verdeutliche die Vertragstreue der Klägerin und ihre Bereitschaft zur Kooperation. Eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung sei am 18. August 2006 noch nicht abgelaufen, denn neben der eigentlichen Nachbesserung hätte die Klägerin auch Zeit benötigt, um Ansprüche gegen den Betonlieferanten zu prüfen und neues Material zu ordern.

Ein Mangel sei nicht festgestellt. Da die Beklagte unmittelbar nach der Kündigung die Rückenstützen ersetzt habe, sei eine Beweiserhebung durch eine Materialprüfung nicht mehr möglich. Die Klägerin bestreite daher nach wie vor, dass die vertraglich geschuldete Betonqualität mit dem tatsächlich von ihr eingebauten Beton nicht erreicht worden sei. Dass sie bei ihren Arbeiten systematisch keine Endfestigkeit B 25 bzw. C 20/25 erreicht habe, sei nicht auf Ausführungsfehler oder mangelnde Sorgfalt, sondern ausschließlich auf das klägerseitige Verständnis der geschuldeten Betonqualität und darauf zurückzuführen, dass derart hohe Festigkeiten bei Bordsteinfundamenten weder nach den Vorgaben der maßgeblichen DIN in den verschiedenen Fassungen der letzten 30 Jahre üblich noch technisch erforderlich seien.

Nach der Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. E. unter Mitwirkung des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. G., das mehrfach schriftlich ergänzt und mündlich erläutert wurde, hat der Senat mit Teil-, Feststellungs- und Grundurteil vom 20. Februar 2020 das angefochtene Teilurteil abgeändert, die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin abgewiesen, festgestellt, dass es sich bei der Kündigung der Beklagten um eine Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B handelt, die Widerklage bezogen auf Ersatzvornahmekosten in Höhe von 4.152.902,75 EUR dem Grunde nach für begründet erachtet und im Übrigen das Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19. Januar 2023 (VII ZR 34/20) aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückverwiesen.

Die Parteien haben ihr Vorbringen insbesondere zu den Fragen, ob die Beklagte Verwenderin der nicht als Ganzes vereinbarten VOB/B und ob die Kündigung der Beklagten vom 18. August 2006 eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist, ergänzt und vertieft.

Die Beklagte beantragt,

1. das Teilurteil des Landgerichts Halle vom 13. Dezember 2013, 11 O 64/06 abzuändern,
2. den Antrag der Klägerin auf Erlass eines Zwischenfeststellungsurteils als Teilurteil abzuweisen,
3. im Wege des Zwischenfeststellungsurteils als Teilurteil festzustellen, dass das Vertragsverhältnis der Parteien durch eine außerordentliche Kündigung der Beklagten aus wichtigem Grund beendet worden ist,
4. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte (neben dem noch vom in 1. Instanz anhängigen Zahlungsantrag umfassten Betrag) einen Betrag von 4.152.902,75 EUR nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen,

hilfsweise, die Sache hinsichtlich des von Antrag Ziffer 4. umfassten Gegenstandes, also des abgewiesenen Widerklage-Zahlungsantrags gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten/ Widerklägerin/ Berufungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Halle, 11 O 64/06 vom 13.12.2013 mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass sich die Zwischenfeststellung auf das Vorliegen einer freien Kündigung als Grund der Vertragsbeendigung beschränkt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften der ersten und zweiten Instanz Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg, denn das Urteil des Landgerichts beruht auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung, § 513 Abs. 1 ZPO.

Soweit die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen, führt die Berufung unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu der, der Zwischenfeststellungsklage entgegenstehenden Feststellung (§ 256 II ZPO), dass die vertragsbeendende Kündigung der Beklagten vom 18. August 2006 ihrer Rechtsnatur nach eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist. Dementsprechend erweist sich die Widerklage auch bezogen auf die in Höhe von 4.152.902,75 EUR geltend gemachten Ersatzvornahmekosten als dem Grunde nach gerechtfertigt (§§ 525, 304 ZPO). Im Hinblick auf die fehlende Entscheidungsreife zur Höhe der Widerklageforderung ist das angefochtene Urteil auf den Hilfsantrag der Beklagten aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO).

1. Die wechselseitig beantragte Zwischenfeststellung ist nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig, denn die Frage, ob es sich bei der den Bauvertrag der Parteien beendenden Kündigung der Beklagten vom 18. August 2006 ihrer Rechtsnatur nach um eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund oder um eine freie Kündigung handelt, stellt ein streitiges Rechtsverhältnis dar, das für die mit Klage und Widerklage geltend gemachten Ansprüche der Parteien vorgreiflich ist. Von der Rechtsnatur der Kündigung – freie Kündigung gemäß § 649 Abs. 1 S. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B (2002) einerseits oder einer berechtigten Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB bzw. gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B (2002) andererseits – hängen unterschiedliche Rechtsfolgen ab (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 7. März 2013, VII ZR 223/11, Rn. 16, zitiert nach juris).

2. Begründet ist der Zwischenfeststellungsantrag der Beklagten, denn sie hat den Bauvertrag aus wichtigem Grund wirksam außerordentlich gekündigt. Die Klägerin kann die beantragte Zwischenfeststellung dementsprechend nicht beanspruchen.

a) Allerdings handelt es sich bei der mit Schreiben vom 18. August 2006 ausgesprochenen Kündigung nicht um eine Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B (2002), denn § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher bei Verwendung durch den Auftraggeber unwirksam. Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ist eröffnet, denn die Beklagte ist Verwenderin der nicht als Ganzes vereinbarten VOB/B.

Verwender ist, wer die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Benutzt eine Vertragspartei die von einem Dritten für eine mehrfache Verwendung formulierten Bedingungen, ist es für die Verwendereigenschaft nicht erforderlich, dass die Partei selbst eine mehrfache Verwendung plant (Grüneberg, BGB, 82. Auflage, § 305, Rn. 9 m. w. N.; BGH NJW 2010, 1131). Verlangen beide Vertragsparteien unabhängig voneinander die Einbeziehung derselben AGB, wie etwa der VOB/B, findet eine Inhaltskontrolle nicht statt, weil weder der Wortlaut noch der Zweck der §§ 305ff. BGB zutreffen, die die Rechtsbeziehung zwischen einem Verwender und der anderen Vertragspartei und nicht zwischen zwei Verwendern regeln, und bei einer Verwendung durch beide Vertragsparteien niemand in die Freiheit der anderen Vertragspartei eingreift (Grüneberg a. a. O., Rn. 13). Entscheidend ist, auf wessen Initiative die Einbeziehung der Klauseln zurückgeht (Fornasier, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, § 305, Rn. 28; BGH NJW 2010, 1131). Das ist, entgegen ihrer Auffassung, die Beklagte.

Die Beklagte wurde mit der Bezugnahme auf die Bedingungen der Hauptauftraggeberin Verwenderin der Besonderen Vertragsbedingungen der Stadtbahn S. GmbH (vgl. BGHZ 101, 357, Rn. 11, juris; BGH NJW 1987, 837). Weil sie die von der Stadtbahn S. GmbH für eine mehrfache Verwendung formulierten Bedingungen benutzte, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte selbst die mehrfache Verwendung plante. Ebenfalls nicht entscheidend ist, dass die Klägerin aufgrund der öffentlichen Ausschreibung und der Überlegung, mit der Beklagten als ARGE aufzutreten, damit rechnete, dass die Einbeziehung der VOB/B erfolgen werde und dies ihrem Wunsch entsprach. Denn die Initiative für die Einbeziehung in das konkrete Vertragsverhältnis ging von der Beklagten aus, auch wenn die Klägerin ansonsten selbst regelmäßig die VOB/B einbezieht. Maßgeblich ist nicht allgemein die Einbeziehung der VOB/B, sondern deren Einbeziehung nach den Maßgaben der Besonderen Vertragsbedingungen der Stadtbahn S. GmbH. Dass die Klägerin Gelegenheit hatte, eigene Gestaltungsmacht in das Vertragsverhältnis einzubringen, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil, im Verhandlungsprotokoll vom 21. Oktober 2004 ist ausdrücklich festgehalten, dass die Vertragsbedingungen des Bieters, hier also der Klägerin, nicht Vertragsbestandteil werden.

Mit den Besonderen Vertragsbedingungen der Stadtbahn S. GmbH wurde die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, denn einzelne Bedingungen weichen von denen der VOB/B ab. Abweichend von § 2 Nr. 3 VOB/B (2002) sind die Einheitspreise nach Ziffer II. 2. Abs. 3 der Besonderen Vertragsbedingungen fest und unveränderbar. Hinsichtlich der Abschlagszahlungen modifiziert Ziffer II. 11. Abs. 1 der Besonderen Vertragsbedingungen § 16 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/B (2002). Diese Abweichungen eröffnen die Inhaltskontrolle der VOB/B als vorformulierte Vertragsbedingungen, wie vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19. Januar 2023 entschieden.

Mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs stand hier fest, dass § 4 Nr. 7 S. 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 Var. 1 VOB/B (2002) den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, weil diese Bedingung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen einer Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

b) Die Beklagte konnte indessen den Werkvertrag entsprechend § 314 BGB außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen, denn die Klägerin hatte den Unterbeton und die Rückenstützen auf den in den Schreiben B 2 und B 3 näher bezeichneten Abschnitten mangelhaft hergestellt und ihr auf ihrer Sicht der vertraglichen Leistungspflicht beharrendes Verhalten ließ erwarten, dass sie den Unterbeton und die Rückenstützen auf den noch nicht fertig gestellten Abschnitten ebenfalls nicht der vertraglich vereinbarten Festigkeitsklasse entsprechend und damit weiterhin mangelhaft herstellen würde.

Wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 19. Januar 2023 ausgeführt hat, ist das Recht eines Auftraggebers, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, für ab dem 1. Januar 2002, aber vor Einführung von § 648a BGB zum 1. Januar 2018 geschlossene Verträge richterrechtlich anerkannt und folgt aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB. Die Kündigung aus wichtigem Grund setzt voraus, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dies kann der Fall sein, wenn durch die Mangelhaftigkeit der Leistung das Vertrauen des Bestellers in

die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung des Unternehmers zerstört wird und die Art der Mängel befürchten lässt, dass die Leistung insgesamt nicht mangelfrei erbracht werden kann. Dabei muss der Vertrauensverlust objektiv nachvollziehbar sein (Peters in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 648a, Rn. 4).

Nach dem Ergebnis der vom Senat ergänzten Beweisaufnahme konnte die Beklagte den ihr obliegenden Beweis erbringen, dass die Klägerin in einem abgegrenzten Bereich mit einer Länge von rd. 330 m die Rückenstützen und die Randeinfassung mangelhaft hergestellt hat, weil der von ihr eingebaute Beton nicht die vertraglich vereinbarte Festigkeit B 25 bzw. C 20/25 aufwies, sondern seine Festigkeit im eingebauten Zustand ganz erheblich dahinter zurückblieb.

Vertraglich vereinbart war eine Festigkeit der Rückenstützen und des Unterbetons als Bauteil von B 25 bzw. C 20/25. Dies ergibt sich aus den Vorgaben im Langtext des Leistungsverzeichnisses sowie der dazu gehörenden Zeichnungen.

Die in den Detailzeichnungen der Regelprofile enthaltenen Festigkeitsklassen B 25 bzw. C 20/25 sind eindeutig auf das fertige Werk bezogen und nicht auf den Werkstoff, denn zeichnerisch dargestellt ist jeweils der herzustellende Bereich. Lediglich der Langtext des Leistungsverzeichnisses lässt daneben das Verständnis der Klägerin zu, soweit Rückenstützen aus Beton B 25 nach Zeichnung herzustellen und Unterbeton B 25 zu liefern und nach Zeichnung herzustellen waren. Nicht eindeutige Willenserklärungen bzw. Vereinbarungen sind nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Ausgangspunkt ist dabei der Wortlaut der Erklärung (vgl. hierzu Ellenberger in Grüneberg, BGB, 83. Auflage, § 133, Rn. 14). Maßgeblich ist der allgemeine Sprachgebrauch bzw. bei an Fachleute gerichteten Texten die fachsprachliche Bedeutung (BGH, Urteil vom 23. Juni 1994, VII ZR 163/93, Rn. 12, zitiert nach juris) und bei Begriffen, die in dem beteiligten Verkehrskreis in einem bestimmten Sinn verstanden werden, diese Bedeutung (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000, XI ZR 72/00, Rn. 23).

Das Leistungsverzeichnis der Beklagten richtete sich an Baufachleute, speziell aus dem Bereich des Tiefbaus. Aus der maßgeblichen baufachlichen Sicht eines Tiefbauunternehmens enthält auch der Langtext des Leistungsverzeichnisses zweifellos Anforderungen an das fertige Bauteil und beschreibt nicht lediglich den zu verarbeitenden Baustoff.

Hier von ist der Senat gestützt auf die Gutachten der Sachverständigen Dr.-Ing. E. und Prof. Dr.-Ing. G. überzeugt. Die Sachverständigen haben übereinstimmend schriftlich im Ausgangsgutachten, in den Ergänzungen sowie im Rahmen ihrer Anhörung ausgeführt, dass es sich um in Leistungsverzeichnissen übliche Formulierungen handelte und danach die vereinbarte Beschaffenheit B 25 bzw. C 20/25 nach 28 Tagen am fertigen Bauteil erreicht sein musste, ohne dass sie insofern einen Widerspruch zu den Zeichnungen oder irgendwelche Unklarheiten erkennen konnten. Überzeugend begründet haben dies die Sachverständigen u.a. damit, dass sich Beschaffungsangaben generell auf den Abnahmezeitpunkt und auf das herzustellende Bauwerk bezögen, nicht auf Liefermaterialien oder Baustoffe. Sie haben dabei die DIN 18318 der zum Vertragsschluss gültigen Fassung sowie deren Entwicklung davor und auch danach berücksichtigt. Soweit dort in der Fassung von 2006 sprachlich abweichend Beton "mit einer Zusammensetzung..." beschrieben ist, kommt diesem Umstand schon deshalb keine Bedeutung zu, weil diese Fassung bei Vertragsschluss nicht galt. In den Fassungen ab 2009 wird jeweils die Formulierung "am fertigen Bauteil" verwendet, ohne dass sich aus der Abweichung der sprachlichen Fassung aus baufachlicher Sicht eine andere Bedeutung ergibt. Die Formulierung "aus Beton B 15" der Fassung 2000 bezeichne für Baufachleute eindeutig den Endzustand.

Dies überzeugt schon deshalb, weil am Frischbeton zur gelieferten bzw. eingebauten Betonklasse mit den in Betracht kommenden Messverfahren keine Aussage getroffen werden kann. Die Festigkeit wird entweder an aus dem Frischbeton hergestellten Würfeln bzw. Zylindern nach 28 Tagen ermittelt oder anhand von Bohrkernen, die aus dem fertigen Bauwerk entnommen werden.

Bestätigt wird dies durch die Angaben des vom Landgericht hinzugezogenen Sachverständigen Chem. Ing. R., der in seinem schriftlichen Gutachten vom 10. Oktober 2011 allgemein zu Druckfestigkeitsklassen ausgeführt und auf Nachfrage des Vorsitzenden mündlich erläutert hat, dass die Druckfestigkeit sich stets auf das fertige Bauteil bezieht, und wie sie ermittelt wird. Die Konsistenz des Frischbetons werde nicht mit Druckfestigkeitsklassen bezeichnet. Soweit der von der Klägerin hinzugezogene Sachverständige Sch. die DIN 1045 hier nicht für anwendbar hielt, widersprach Prof. Dr.-Ing. G..

Das von der Klägerin vertretene Verständnis widerspricht schon dem Wesen des Werkvertrages als solchem, der dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Erfolg geschuldet wird und der Auftragnehmer hierfür die entsprechende Technologie wählt. Wäre das Material vorgegeben und nur der Einbau geschuldet ohne eine bestimmte Beschaffenheitsvereinbarung, wäre die Klägerin weniger Auftragnehmerin eines Werkvertrages, sondern eher Dienstleisterin. Jegliche Verdichtungs- und sonstige Verarbeitungsfehler, insbesondere Fehler bei der erforderlichen Nachbehandlung bei hochsommerlicher Hitze, gingen bei einem solchen Verständnis zu Lasten des Auftraggebers bzw. des Bauwerkes.

Die Sachverständigen Dr.-Ing. E. und Prof. D.-Ing. G. haben ausgeführt, dass die Herstellung eines Fundamentbetons in der Güte B 25 technisch möglich ist. Verdichtungstechnologie, Konsistenz und Betonfestigkeitsklasse seien dabei aufeinander abzustimmen, um die geforderte Festigkeit zu erreichen. Unter Einsatz von Rüttelplatte bzw. mittels Stampfen und Schalung habe mit Lieferbeton der Qualität B 25 im erdfeuchten Zustand die Festigkeitsklasse B 25 erreicht werden können. Die von der Klägerin dem Leistungsverzeichnis entnommene Lieferverpflichtung von Beton B 25 war richtig betrachtet nur die Grundvoraussetzung, um am fertigen Bauwerk den zeichnerisch dargestellten Festigkeitsgrad B 25 zu erreichen. Bei ungünstigen technologischen Bedingungen hätte die Klägerin eine höhere Betongüte bestellen können, um gleichwohl die vereinbarte Beschaffenheit von B 25 am fertigen Bauwerk nachweisen zu können.

Allein der Auftraggeber hat zu beurteilen, ob es wirtschaftlich sinnvoll ist, diese Festigkeit zu fordern. Wie Schäden an Betonfundamenten zeigten, so die Sachverständigen weiter, könne es geboten sein, die Betongüte von Bordfundament und Rückenstütze zu erhöhen, um Folgeschäden beim Anfahren von Fahrzeugen an die Borde zu vermeiden. Wirtschaftlich könne es deshalb für den Auftraggeber sinnvoll sein, die Qualität der Bordfundamente und Rückenstütze zu erhöhen mit einmalig höheren Investitionskosten, aber geringeren Unterhaltungskosten.

Dem steht nicht entgegen, dass die maßgebliche DIN 18318 als anerkannte Regel der Technik lediglich eine Druckfestigkeit von B 15 fordert. Soweit die Klägerin die ihrer Auffassung nach geschuldete Betonqualität mit den Vorgaben der DIN in den verschiedenen Fassungen im Lauf der letzten 30 Jahre und den dortigen Anforderungen an Betonfundamente mit Rückenstüt-

zen zu begründen sucht, übersieht sie, dass damit allenfalls die übliche Beschaffenheit beschrieben wäre, auf die es aufgrund der abweichenden vertraglichen Vereinbarung nicht ankommt. Den Parteien stand es frei, vertraglich eine höherwertige Beschaffenheit zu vereinbaren. Hiervon haben sie Gebrauch gemacht. Aufgrund der klaren Priorität von Leistungsverzeichnis und Zeichnung kommt auch den verschiedenen Formulierungen in der DIN in den unterschiedlichen Fassungen aus der maßgeblichen Sicht des beauftragten Bauunternehmers letztlich keine entscheidende Bedeutung zu.

Der Senat hält daran fest, dass es der Vernehmung des von der Klägerin wiederholt angebotenen Zeugen Dipl.-Ing. B., der für die C. im Auftrag der Hauptauftraggeberin, der Stadtbahn S. GmbH, das Leistungsverzeichnis erstellt hat, zu der Behauptung, dass die Vorgabe einer bestimmten Qualität im Sinne einer Druckfestigkeit des Endprodukts weder gewünscht noch erwartet oder formuliert worden sei, nicht bedarf. Da es eine Kommunikation mit den Parteien zu diesem Gesichtspunkt vor August 2006 unstreitig nicht gegeben hat, könnte der Zeuge allenfalls sein persönliches Verständnis des Leistungsverzeichnisses beschreiben. Maßgeblich ist hingegen, wie bereits ausgeführt, die objektive Sicht eines mit dem Leistungsverzeichnis konfrontierten Tiefbauunternehmers.

Ein von dem Wortlaut der Vereinbarung und dem Verständnis bautechnischer Fachkreise abweichendes übereinstimmendes Verständnis der Parteien dahin, dass nur die Frischbetonsorte C 20/25 zum Einsatz kommen, jedoch keine Druckfestigkeit C 20/25 am fertigen Bauteil erreicht werden musste, hätte die Klägerin darzulegen und zu beweisen.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, wie die Beklagte mit den von ihr als mangelhaft erkannten Randsteinen und Rückenstützen verfahren ist, ob sie sie ausgetauscht oder belassen hat. Die Frage, wie die Beklagte mit einer als mangelhaft eingeschätzten Leistung umgegangen ist, betrifft ihr Risikomanagement und nicht ihren Willen zur Zeit des Vertragsabschlusses.

Der vereinbarten Betonqualität B 25 bzw. C 20/25 wurden die Leistungen der Klägerin in dem mit Schreiben vom 4. August 2006 bezeichneten Bauabschnitt nicht gerecht. Hiervon ist der Senat im Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt. Der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. G. hat den Untersuchungsbericht von P. vom

16. August 2006 bewertet und zusammenfassend festgestellt, dass der von der Klägerin eingebaute Beton von einem Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 weit entfernt sei. Tatsächlich erfüllte der Beton nicht einmal die Festigkeitsklasse 8/10. Diese Einschätzung teilt die Klägerin, soweit sie im Schriftsatz vom 28. Juni 2018 konstatiert, dass die nach der DIN 18318. Ausgabe 2006-10, übliche Endfestigkeit nach den Ergebnissen des Prüflabors P. im Wesentlichen erreicht werde. Die negative Abweichung der von ihr hergestellten Bordsteinfundamente von der Festigkeitsklasse B 25 bzw. C 20/25 hat die Klägerin in demselben Schriftsatz unstrittig gestellt: Dass sie bei ihren Arbeiten systematisch keine Endfestigkeit B 25 bzw. C 20/25 erreicht habe, sei keineswegs auf Ausführungsfehler oder mangelnde Sorgfalt, sondern ausschließlich auf das ihrige Verständnis der geschuldeten Betonqualität zurückzuführen. Sie bezieht sich dabei auf die Vorgaben der DIN in den verschiedenen Fassungen und die dortigen Anforderungen an Betonfundamente mit Rückenstützen, auf die es aber angesichts der abweichenden Vereinbarung der Parteien nicht ankommt. Weiter führt sie aus, sie habe die angeblich geschuldete Festigkeit C 20/25 am fertigen Bauteil keineswegs versehentlich verfehlt, sondern vielmehr mit dem Wissen, dass derart hohe Festigkeiten bei Bordsteinfundamenten weder üblich noch technisch erforderlich seien, nicht angestrebt. Wenn die Klägerin hiervon überzeugt war und Zweifel am Leistungsprogramm der Auftraggeberin hatte, dann hätte sie dies in der Angebotsphase thematisieren und auf eine Änderung bzw. Klarstellung nach ihrem Verständnis drängen müssen. Entsprechendes gilt, soweit sie meint, höhere Anforderungen beim Einbau des Betons, etwa durch besonderes Verdichten mit Rüttlern, hätten beschrieben werden müssen. Das Leistungsverzeichnis ließ jedenfalls mit der gebotenen Klarheit die zu erreichende Sollbeschaffenheit erkennen und stellte die vertragliche Sollbeschaffenheit des Bauwerks nicht in das Belieben der Klägerin.

Die mangelhafte Ausführung der Betonarbeiten auf einer Länge von rd. 330 m stellte einen wichtigen Grund dar, der die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung des Werkvertrages berechtigte.

Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber unzumutbar machen. Solche Umstände müssen einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen und in der Gesamtabwägung

so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann dabei aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.

Die schwerwiegende Vertragsstörung kann auf einzelnen, besonders schwerwiegenden Vertragsverletzungen beruhen oder aber auf der Kumulation mehrerer Pflichtverletzungen, auch wenn diese für sich genommen eine außerordentliche Kündigung nicht begründen könnten. Hierzu zählen der nachhaltige Verstoß gegen Vertragspflichten, das grundlose Einstellen der Arbeiten sowie die unberechtigte und endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung (Kessen in beck-online.Großkommentar, Stand 1. Januar 2024, § 648a BGB, Rn. 16; Genius in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Auflage, § 648a, Rn. 11). Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung des wichtigen Grundes ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung, wobei ein wichtiger Grund, der zu diesem Zeitpunkt nicht geltend gemacht wurde, nachgeschoben werden kann.

Generell darf ein wichtiger Grund nicht vorschnell angenommen werden, weil dies der Systematik des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts zuwiderliefe. Bei bedeutenden Mängeln an der Leistung ist der Besteller regelmäßig durch die Erfüllungsansprüche bzw. Mängelrechte hinreichend geschützt. Wird jedoch durch die Mangelhaftigkeit der Leistung sein Vertrauen in die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers zerstört und lässt die Art der Mängel befürchten, dass die Leistung insgesamt nicht mangelfrei erbracht werden kann, kann ausnahmsweise ein Kündigungsrecht bestehen. Dies ist denkbar, wenn der Unternehmer eine Vielzahl erheblicher Mängel verursacht und der Besteller deshalb in objektiv nachvollziehbarer Weise das Vertrauen in eine ordnungsgemäße und mangelfreie Ausführung verliert, z. B. aufgrund wiederholter Verstöße gegen anerkannte Regeln der Technik oder vertraglich festgelegte Ausführungsarten.

Von einer derart gewichtigen, vertrauenszerstörenden Vertragsverletzung der Klägerin ist der Senat überzeugt. Betroffen von den Mängelrügen der Beklagten B2, B3, B30, B 63 und B 5 war zwar lediglich ein Bereich von etwa 330 m, in dem die Klägerin Unterbeton und Rückenstützen mangelhaft eingebaut hatte. Im Verhältnis zum Gesamtauftragsvolumen von rd.

3.000.000,00 EUR und der insgesamt von den Bauarbeiten mit Versetzung der Randsteine und betroffenen Strecke von 6,5 km handelt es sich um einen sehr kleinen Abschnitt. Insgesamt waren 10.050 lfm Rückenstützen einzubauen, 6.419 lfm waren davon zum Zeitpunkt der Kündigung ausgeführt. Verglichen damit ist der von den Rügen betroffene und zum Gegenstand der Kündigung gemachte Bereich relativ klein. Der Aufwand und die Kosten zur Beseitigung der gerügten Mängel war mit rd. 6.000,00 EUR und zwei bis drei Arbeitstagen vergleichsweise gering.

Die mindere Qualität des Betons stellte dennoch einen schwerwiegenden Mangel dar, denn der Beton sollte gerade dazu dienen, die Bordsteine einzufassen, so dass diese auch im Falle einer äußeren Krafteinwirkung nicht nachgeben oder den Halt verlieren. Hierfür musste der Beton eine gewisse Festigkeit aufweisen, was allerdings an den vom Prüflabor P. untersuchten Bereichen, nicht der Fall war; vielmehr war der Beton so wenig haltbar, dass einige Bohrkern nicht entnommen werden konnten und andere vor der eigentlichen Untersuchung so zerbrachen, dass die Festigkeitsprüfung nicht mehr möglich war. Der Unterbeton und die Rückenstützen waren zudem die Grundlage für weitere umfangreiche Tiefbauarbeiten. Sie wurden mit dem weiteren Baufortschritt überdeckt und konnten anschließend nur durch zerstörende Arbeiten wieder zugänglich und nachbesserungsfähig gemacht werden.

Für die Beklagte, die anlässlich mehrerer Baubegehungen auf die zu geringe Betonfestigkeit aufmerksam wurde, ging es nicht nur um die Ausführung der Arbeiten in diesem relativ kleinen Bereich. Vielmehr hatte sie ein großes Interesse daran, dass die von der Klägerin zu errichtenden Bordsteineinfassungen in allen Bereichen die vereinbarte Festigkeit aufwiesen. Unmittelbare Wahrnehmungen hierzu konnte sie nur treffen, bis in dem jeweiligen Abschnitt die Binderschicht eingebaut wurde, weil danach der bis an den Bordstein herangezogene Gussasphalt die Arbeiten der Klägerin verdeckte. Zwar hatte die Klägerin schon mehr als die Hälfte ihrer Arbeiten im Zusammenhang mit dem Unterbeton und den Rückenstützen erbracht, aber es stand auch noch ein erheblicher Arbeitsumfang bevor. Die Mängelbeseitigung nach Einbringen des Gussasphalts hätte es erfordert, diesen wieder aufzunehmen.

Bei der Diskussion der Parteien auf die Mangelrügen der Beklagten ging es also um ein grundlegendes Problem, das für die bereits ausgeführten, die nachzubessernden und die noch auszuführenden Leistungen Bedeutung hatte.

Keine Bedeutung kommt im Vertragsverhältnis der Parteien dem Umstand zu, ob der Zeuge B. für den Bauherrn die Betonqualität der Rückenstützen in dem von der Beklagten beanstandeten Bereich seinerseits gegenüber der Klägerin beanstandet hatte oder dies beabsichtigte. Die Argumentation der Klägerin, die Beklagte habe lediglich einen Anlass gesucht und mit der gerügten Betonqualität gefunden, um gegenüber dem Bauherrn Verzögerungen zu rechtfertigen, überzeugt angesichts der Ergebnisse des Prüflabors nicht.

Nachdem die Beklagte der Klägerin mit den Schreiben B 3, B 30 und B 5 erfolglos zur Mängelbeseitigung aufgefordert hatte, war ihr ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar.

Bei vertraglichen Pflichtverletzungen ist die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag grundsätzlich davon abhängig, dass der Kündigungsberechtigte den Vertragspartner entsprechend § 314 Abs. 2 BGB abgemahnt bzw. ihm eine Frist zum Abstellen der Pflichtverletzung gesetzt hat. Dem wurde die Beklagte mit den Schreiben vom 4., 8. und 10. August 2006 gerecht, denn sie machte die Klägerin deutlich und konkret auf die unzureichende Betonfestigkeit aufmerksam, forderte die Beseitigung und wies darauf hin, dass sie im Falle des fruchtlosen Fristablaufs den Auftrag im Wege der außerordentlichen Kündigung ganz oder teilweise entziehen und die Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen werde.

Die in den Schreiben vom 4. und 8. August 2006 gesetzten Fristen war angemessen und rechtfertigten die außerordentliche Kündigung am 18. August 2006. Durch die angemessene Frist zur Mängelbeseitigung soll der Auftragnehmer Gelegenheit erhalten, seine im Wesentlichen vorbereitete Leistung nunmehr zu erbringen. Deshalb kann diese Nachfrist in der Regel wesentlich kürzer sein, als etwa eine vertragliche Herstellungsfrist (OLG Naumburg Urteil vom 17. August 2000, 2 U 271/98, Rn. 57, zitiert nach juris). Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Sie muss so bemessen sein, dass der Auftragnehmer in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Angemessen ist die Frist bereits dann, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größter Anstrengung des Auftragnehmers beseitigt werden können (vgl. BGH Urteil vom 11. Juni 1964, VII ZR 216/62). Eine angemessene Nachfrist braucht demnach regelmäßig nur den Bruchteil einer Herstellungsfrist zu betragen. Sie soll dem Auftragnehmer nur eine letzte Gelegenheit geben, die Erfüllung zu vollenden. Eine zweiwöchige Frist

wird in der Literatur und Rechtsprechung im Allgemeinen als ausreichend betrachtet, sofern nicht besondere Umstände hinzukommen, wie ein erheblicher Mängelbeseitigungsaufwand. Solche Umstände sind hier nicht ersichtlich. Der geringe Mängelbeseitigungsaufwand erforderte keine längere Frist. Es waren keine nennenswerten Vorbereitungen zu treffen. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Klägerin die Arbeiten ihrerseits nicht selbst ausführte, sondern Subunternehmer heranzog. Diese waren auf der Großbaustelle und die Mängelbeseitigung musste Priorität haben. Die Klägerin bezog auf der Großbaustelle täglich mehrere Transportbetonlieferungen mit Frischbeton, so dass auch der Werkstoff zur Verfügung stand.

Die Klägerin ließ die Frist verstreichen, ohne sich der Mängelbeseitigung zu widmen. Ohne Erfolg bemühte sie das den Bauvertrag kennzeichnende Kooperationsgebot. Anerkanntermaßen bedarf der Bauvertrag als Langzeitvertrag einer Kooperation beider Vertragspartner. Dazu gehören Informations-, Mitwirkungs- und Rügeobliegenheiten und -pflichten (BGH BauR 1996, 542). Das Entziehungsverfahren mit vorheriger Androhung ist bereits Ausdruck des Kooperationsverhältnisses der Bauvertragsparteien, denn durch die Entziehungsandrohung wird der Vertragspartner gewarnt, sein Verhalten zu ändern oder aber jedenfalls aktiv zu werden, um innerhalb der Frist doch noch eine einvernehmliche Lösung zu finden. Tatsächlich haben die Parteien auch miteinander gesprochen und ihre Auffassungen ausgetauscht. Dies hat aber zu keinem Ergebnis geführt, sodass die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung greifen durfte.

Soweit die Klägerin darauf verweist, sie habe auf die Mängelrügen keineswegs beharrlich geschwiegen, sondern sich ausweislich ihres Schreibens vom 8. August 2006 mit der maßgeblichen DIN 18318 "Verkehrswegebauarbeiten" befasst und überprüft, welche etwaigen Regeln der Technik unter Ausfüllung der insoweit nicht präzisen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses maßgeblich sein könnten, war dies angesichts der klaren Regelung im Leistungsverzeichnis nicht zielführend. Ebenso wenig waren Lieferscheine und Gutachten nicht geeignet, die Vertragserfüllung zu belegen, solange die Klägerin das vertraglich geschuldete Leistungs-Soll abweichend vom Vertrag interpretierte und an dieser unrichtigen Sicht festhielt.

Die Tatsache, dass die Klägerin bereits 5 m Randsteine zurückgebaut hatte, zeigte, anders als von ihr behauptet, mitnichten ihre Bereitschaft, fehlerhaft hergestellte Bauteile bei erkannten Fehlern zu ersetzen. Die

Klägerin betonte in demselben Schreiben ausdrücklich, dass es sich nicht um eine Reaktion auf die Mängelrüge handelte.

Die von der Klägerin am Morgen des 18. August 2006 angesprochene gemeinsame Untersuchung und Feststellung durch sachkundige Dritte war kein brauchbarer Vorschlag, denn die Parteien hatten bereits Sachverständige hinzugezogen, ohne dass über die Messergebnisse selbst Streit bestand. Streit bestand über den Umfang der vertraglichen Verpflichtung. Diesen konnte ein weiterer Sachverständiger durch Feststellungen und Untersuchungen vor Ort nicht beilegen. Erforderlich wäre vielmehr ein deutliches Einlenken der Klägerin gewesen, das ernsthaft den Versuch kommunizierte, den Vertrag zu erfüllen. Dafür ist dem Sachvortrag der Parteien und dem unverbindlich gebliebenen "Parkplatzgespräch" nichts zu entnehmen.

Die Auffassung des Landgerichts, die Klägerin habe sich erkennbar nicht verschlossen und auch nicht erkennen können, dass die Beklagte eine gemeinsame Begutachtung ablehnte, weshalb die Warnfunktion der Fristsetzung nicht bis zur Kündigungserklärung fortgewirkt habe und jedenfalls die Dauer der Frist bis zum 18. August 2006 um 10.00 Uhr nicht mehr angemessen gewesen sei, überzeugt daher nicht. Erfüllungsbereitschaft war nicht signalisiert. Vielmehr wurde von der Klägerin am erkannten Problem der Auslegung des Leistungsverzeichnisses vorbei diskutiert, was die Beklagte, die einer vertraglichen Verpflichtung nachzukommen hatte, nicht auf Dauer hinnehmen musste.

Die Kündigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die mehrfach schriftlich von der Beklagten gerügten Ausführungsmängel an den Rückenstützen und am Unterbeton nicht Gegenstand der Bauberatung am 18. August 2006 waren, denn dort ging es um die Details des weiteren Bauablaufs. Für alle Baubeteiligten ersichtlich wurde die grundlegende Kündigungsentcheidung andernorts getroffen, nämlich am Sitz der Verwaltung.

Angesichts der eindeutigen Formulierung in den Schreiben vom 4. und 8. August 2006, in denen die Beklagte bei fruchtlosem Fristablauf die Entziehung des Auftrags ganz oder teilweise in Aussicht stellte, konnten die Klägerin die Kündigung und deren Umfang nicht überraschen. Im Hinblick darauf, dass die Klägerin ihre Pflicht zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung mit der Festigkeit B 25 bzw. C 20/25 konsequent negierte, konnte die Beklagte nicht anders vorgehen.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten war auch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht ausnahmsweise ausgeschlossen. Die Beklagte verhielt sich nicht treuwidrig oder rechtsmissbräuchlich. Auf das Verhalten des Auftraggebers der Beklagten kommt es im Vertragsverhältnis der Parteien nicht an. Die Beklagte musste ihrerseits die vereinbarte Leistung erbringen. Hierzu gehörten Rückenstützen und Unterbeton mit einer Festigkeit von B 25 bzw. C 20/25. Sie war deshalb gehalten, diese Qualität auch von der Klägerin zu verlangen.

3. Soweit das Landgericht die Widerklage bezogen auf die Kosten der Ersatzvornahme abgewiesen hat, weil der Anspruch bei einer freien Auftraggeberkündigung aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist, war das Urteil abzuändern. Aufgrund der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund kann die Beklagte dem Grunde nach die Kosten der Ersatzvornahme von der Klägerin verlangen. Weil insoweit die Entscheidungsreife der Höhe nach fehlt, war durch Zwischenurteil über den Grund zu entscheiden, und das angefochtene Urteil im Übrigen aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen, § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO, wo sich nach wie vor große Teile des Rechtsstreits befinden.

4. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 21. Februar 2024 gibt dem Senat keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, §§ 296a, 156 ZPO.

KG zu der Frage, dass ein VOB/B-Kündigungsrecht wegen Verzugs mit Vollendung wirksam ist

vorgestellt von Thomas Ax

1. Der Kündigungstatbestand aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB stand, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist.

2. Ist es umstritten, ob der Unternehmer bei Ablauf einer vertraglich bestimmten Ausführungsfrist die geschuldete Leistung vertragsgerecht erbracht hat, so trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast, auch wenn der Besteller auf die behauptete Nichterfüllung eine Kündigung aus wichtigem Grund stützt.

3. Beweiswürdigung zu der Frage, ob ein Unternehmer das Aushubplanum für eine Unterwasserbetonsohle durch Nassbaggerarbeiten ordnungsgemäß hergestellt hat.

KG, Urteil vom 06.03.2026 - 21 U 11/21

Gründe

A.

Die Klägerin, eine ARGE, nimmt die Beklagte als Unternehmerin auf Zahlung von Schadensersatz aus einem vorzeitig beendeten Bauvertrag in Anspruch.

Das Land Berlin beauftragte die Klägerin mit der Erstellung eines Tunnels für den 16. Bauabschnitt des Straßenbauwerks S. Mit VOB/B-Vertrag vom 16. Dezember 2013 beauftragte sie ihrerseits die Beklagte als Nachunternehmerin mit der Erbringung von Abbruch-, Erdbau- und Nassbaggerarbeiten sowie Straßen- und Gleisbau zu einem Vertragswert von 13.152.272,47 € netto. Wegen der Einzelheiten und der Vertragsgrundlagen verweist der Senat auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils.

In dem Leistungskomplex "Nassbaggerarbeiten" schuldete die Beklagte die Herstellung eines Aushubplans (Nassaushub und anschließende Schlammabsaugung) in insgesamt sechs mit Wasser gefluteten Baugruben (sog. Docks), und zwar in der folgenden Reihenfolge: Dock 1.2, Dock 2, Dock 1.1, Dock 3, Dock 5 und Dock 4. Zur Ausführung gelangten lediglich Arbeiten in den Docks 1.2 und 2.

Der vorstehenden Reihenfolge entsprechend begann die Beklagte mit den Arbeiten im Dock 1.2. Nachdem weitere Arbeiten bereits erfolgt waren, nahm sie Schlammabsaugungsarbeiten vor. Mit Schreiben vom 25. Februar 2015 zeigte die Klägerin der Beklagten eine zu hohe Restschlammstärke im Dock 1.2 an (vgl. K 106), forderte sie unter dem 3. März 2015 zur Mängelbeseitigung bis zum 5. März 2015 auf und verband dies mit einer Kündigungsandrohung (vgl. K 108). Die Beklagte wies dies am Folgetag zurück (vgl. K 109). Daraufhin erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 6. März 2015 die außerordentliche Kündigung der Teilleistung "Mängelbeseitigung im Dock 1.2" und begründete diese mit der verweigerten Mängelbeseitigung (vgl. K 110). Die Klägerin beauftragte sodann ein Drittunternehmen mit dem verbleibenden Schlammabsaugen im Dock 1.2.

Das Dock 2 als größtes der Docks weist eine Grundfläche von ca. 5.633 m² auf und ist in einen Nord-, einen Süd- und einen Tieftteil untergliedert, die durch Querschotts voneinander getrennt waren. Die Querschotts wurden im Verlauf der weiteren Arbeiten nach und nach zurückgebaut. Das Dock 2 verfügt umlaufend über sogenannte Schlitzwände, also Betonwände, die frei-

stehend und rückverankert die Baugrube zur Herstellung der Tunnelanlage sichern sollen. Diese Stützwände waren vor Beginn der hier streitgegenständlichen, von der Beklagten geschuldeten Nassaushubarbeiten von der Streithelferin im Auftrag der Klägerin hergestellt worden.

Im Anschluss an die Nassbaggerarbeiten sollten von einer weiteren Nachunternehmerin im Auftrag der Klägerin Verpresspfähle (Mikropfähle) als Gründungs- und Verankerungselemente in den Boden des Docks eingebracht und schließlich die Unterwasserbetonsohle hergestellt werden. Sodann war das Lenzen, d.h. Trockenlegen, des Docks 2 vorgesehen, um auf der dann freigelegten Betonsohle eine Drainage, danach eine Sauberkeitsschicht und schließlich die Tunnelsohle aus Stahlbeton zu errichten.

Die hier streitbefangenen Nassbaggerarbeiten setzten sich aus zwei Arbeitsschritten zusammen: Im ersten Schritt musste ein Aushub unter Grundwasserstand durchgeführt werden (Nassbaggerarbeiten im engeren Sinne). Die Baubeschreibung der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt gibt diesbezüglich eine Toleranz der Baugrubensohle zur Herstellung der Soll-aushubtiefe von 0 bis - 30 cm unter Unterkante der Unterwasserbetonsohle vor (vgl. S. 117 der Baubeschreibung, Anl. K 8, und Anl. K 64). Während der Nassaushubarbeiten wurden die Wasserstände durch Einleitung von sogenanntem Kompensationswasser in die Baugrube ausgeglichen, um ein zu starkes hydraulisches Gefälle gegenüber dem verbleibenden Erdreich zu verhindern. Hierfür war die Klägerin zuständig. Im zweiten Schritt sollte die Schlammabsaugung erfolgen. Hierzu war in einer vierten Nachtragsvereinbarung zwischen den Parteien vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung für die geänderten Nassaushubarbeiten im Dock 2 eine verbleibende Restschlammstärke zwischen 0 und 10 cm und im Mittel über die gesamte Baugrube von 5 cm vorgesehen (vgl. Anl. K 11, K 12, dort letzte Seite). Das Schlammabsaugen war in bis zu 21 m Wassertiefe durch händisches Führen eines Saugrüssels durch Taucher vorzunehmen.

Nachdem es zu Verschiebungen in dem ursprünglichen Bauablaufplan gekommen war, vereinbarten die Parteien in der vierten Nachtragsvereinbarung vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung für das Dock 2 erstmalig die folgenden Zwischenfristen (vgl. Anl. K 12, dort S. 1):

- Starttermin für die Nassaushubarbeiten für den südlichen Teil der Baugrube Dock 2: 26. August 2015

- Fertigstellungstermin Nassaushubarbeiten: 10. Dezember 2015

- Beginn der Schlammabsaugung: eine Woche nach Fertigstellung des Nassaushubs, d.h. 17. Dezember 2015

- Fertigstellung Schlammabsaugung: 11. Januar 2016

- Abnahme-Prozess: 12. Januar 2016

Nachträglich verschoben die Parteien den Fertigstellungstermin für die Schlammabsaugung einvernehmlich auf den 28. Januar 2016 (vgl. Anlage K 54).

Für die Zustandsfeststellung des fertiggestellten Aushubplanums regelten die Parteien in der vierten Nachtragsvereinbarung vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung (vgl. K 12, dort letzte Seite) ferner folgende Vorgehensweise:

Nach Fertigstellung des Aushubplanums, Abschluss der Nassbaggerarbeiten im gesamten Dock und Absaugen des Restschlamms auf der Aushubsohle sollte die Beklagte ein Aufmaß zwecks Nachweises, dass der Aushub im Toleranzbereich bis max. - 30 cm erfolgreich abgeschlossen wurde, erstellen. Für dieses Aufmaß konnte die Beklagte zwischen zwei Messverfahren wählen:

- Variante 1: konventionelle geodätische Lotung, die als Bezugsbasis eine Laserebene hat und eine Messtoleranz von +/- 2 cm gewährleistet

- Variante 2: Echolotpeilung, wobei die Ergebnisse durch eine geodätische Lotung zu verifizieren und in den Bereichen 2 m entlang der Schlitzwände durch eine geodätische Lotung zu ergänzen sind

Pos. 06.01.0034 des LV (s. K 9, dort S. 81) regelt zu der geodätischen Kontrolle der Baugrubensohle Folgendes:

"Nach Fertigstellung des Unterwasseraushubs und vor Herstellen der Verpresspfähle ist die Baugrube im gefüllten Baudock bezogen auf das vom AG vorgegebene Festpunktfeld geodätisch zu kontrollieren. Der Punktabstand des Rasters darf nicht größer als 1,0 m sein. Die Messergebnisse sind zu dokumentieren. Bei unplanmäßig großen Abweichungen/Toleranzen sind durch den

AN entsprechende Maßnahmen zur Einhaltung der Toleranzen zu ergreifen und nach erneutem Aushub weitere geodätische Kontrollen zu seinen Lasten durchzuführen".

Zum Nachweis der erfolgreichen Schlammabsaugung (verbleibende Restschlammstärke zwischen 0 und 10 cm und im Mittel über die gesamte Baugrube 5 cm) sollte ein gemeinsamer Tauchgang erfolgen und an zehn von der Klägerin vorgegebenen Stellen eine Stechzylinderprobe genommen werden (s. ebenfalls K 12, dort letzte Seite).

Die Beklagte begann am 26. August 2015 mit den Nassaushubarbeiten und zeigte in deren Verlauf verschiedene Behinderungen an. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils.

Im weiteren Verlauf dieser Arbeiten rügte die Klägerin erstmals mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 (vgl. K 51) den Verzug.

Am 17. Dezember 2015 schloss die Beklagte die Nassbaggerarbeiten ab. Zum Nachweis des Erreichens der vertraglich vereinbarten Sollaushubtiefe führte sie an diesem Tag eine Echolotpeilung durch (vgl. Lotprotokoll Anl. K 72). Nach dem 17. Dezember 2015 hat die Beklagte keine Nassbaggerarbeiten mehr ausgeführt, es folgten nur noch Schlammabsaugungstätigkeiten. Am 21. Dezember 2015 leitete die Klägerin ihrerseits dem Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, die Fertigstellungsmitteilung zu den Nassaushubarbeiten im Dock 2 weiter. An diesem Tag endete zugleich das Kompensationswassermanagement der Klägerin (s. B 6).

Am 27. Dezember 2015 begann die Beklagte mit der Schlammabsaugung. Auch diesbezüglich zeigte sie im Verlauf der Arbeiten verschiedene Behinderungen an, für die der Senat erneut auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verweist.

In Bezug auf den Nassaushub rügte die Klägerin erneut unter dem 18. Januar 2016 (K 52) den Verzug. Dasselbe erfolgte mit Schreiben vom 3. Februar 2016 (hier in Bezug auf beide Leistungen: Nassaushub und Schlammabsaugung; vgl. K 54) und vom 10. Februar 2016 (vgl. K 55), wobei sie hier zugleich eine Nachfrist bis zum 12. Februar 2016 setzte und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs eine Kündigung androhte. Dies erfolgte unter nunmehriger Fristsetzung bis zum 20. Februar

2016 erneut mit Schreiben vom 17. Februar 2016 (K 56).

Die Beklagte nahm zum Nachweis der Sollaushubtiefe am 25./26. Februar 2016 und am 29. Februar/1. März 2016 eine geodätische Lotung vor (vgl. Lotprotokoll Anl. K 70). Die Ergebnisse der Handlotung vom 25./26. Februar 2016 übersandte sie der Klägerin vorab mit E-Mail vom 29. Februar 2016 (vgl. Anl. K 66).

Nachdem die Klägerin unter dem 2. März 2016 (vgl. K 57) erneut den Verzug der Nassaushubarbeiten gerügt hat, setzte sie der Beklagten mit Schreiben vom 3. März 2016 diesbezüglich letztmalig eine Nachfrist bis zum 10. März 2016 und verband dies mit einer Kündigungsandrohung (vgl. K 58).

Am 1. und 2. März 2016 nahmen Taucher zwecks Ermittlung der Restschlammstärke im Dock 2 neun Schlammproben. Wegen des Ergebnisses der Auswertung wird auf die Zusammenstellung der Klägerin gem. Anlage K 76 Bezug genommen.

Am 3. März 2016 stellte die Beklagte die Leistungen ein und transportierte schweres Nassbaggergerät von der Baustelle ab.

Mit Schreiben vom 9. März 2016 wies die Beklagte die klägerische Mängelanzeige in Bezug auf den Nassaushub zurück und teilte mit, die Arbeiten ordnungsgemäß erbracht zu haben. Sie bezog sich hierfür auf ihre Messungen (Echolotpeilung und geodätische Lotung), deren Ergebnisse sie der Klägerin am 10. März übergeben werde (vgl. K 68).

Anlässlich einer Baubesprechung am 10. März 2016 übergab die Beklagte der Klägerin die Messergebnisse der Echolotpeilung (vgl. Anl. K 72), in die sie zunächst am 21. Januar 2016 lediglich eine Einsichtnahme gewährt hatte (vgl. Anl. K 35), und die Unterlagen zu der geodätischen Handlotung (K 70). Am Folgetag (vgl. Schreiben K 69) teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass das Lotprotokoll noch nicht abschließend bewertbar sei und sie an sämtlichen Fristsetzungen und Rechtsfolgen festhalte.

Mit Schreiben vom 14. März 2016 (vgl. Anl. K 14) erklärte die Klägerin die außerordentliche Kündigung des Vertrages. Sie stützte sich hierbei zum einen auf § 4 Abs. 7 i.V.m. 8 Abs. 3 VOB/B und begründete die Kündigung mit einer mangelhaften Ausführung der Schlammabsaugung und einer mangelhaften Herstellung des Baugrubenplanums in Dock 2. Zudem folge ein

Kündigungsgrund aus § 5 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B, da die Beklagte die Arbeiten am 3. März 2016 eingestellt habe und ihrer Aufforderung, die Arbeiten wieder aufzunehmen und bis zum 10. März 2016 fertigzustellen, nicht nachgekommen sei. Ferner begründete sie die Kündigung mit § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B, da die Beklagte sich mit der Fertigstellung der Nassaushub- und Schlammabsaugungsarbeiten erheblich in Verzug befunden und sie die Leistungen trotz Fristsetzung nicht vollendet habe. Zudem habe die Beklagte gegen ihre Kooperationspflicht verstoßen und die Leistung zwecks Durchsetzung unberechtigter Nachtragsforderungen eingestellt. Zuletzt beruft die Klägerin sich auf eine fehlende Eignung der Beklagten für die auszuführenden Leistungen. Eine Fortführung des Vertrages mit der Beklagten sei ihr aus diesen Gründen nicht zumutbar.

Sie hat sodann Klage vor dem Landgericht Berlin auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 4.658.387,98 € erhoben. Gegenstand der Klage sind Mängelbeseitigungskosten betreffend das Dock 1.2 i.H.v. 74.203,96 € und weitere Ansprüche der Klägerin in Höhe des restlichen Betrages wegen behaupteter mangelhafter und verzögerter Ausführung der Vertragsleistungen im Zusammenhang mit dem Dock 2. Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 17. Dezember 2020, der Klägerin zugestellt am 6. Januar 2021, auf das wegen des Sachverhalts im Übrigen und der erstinstanzlichen Anträge Bezug genommen wird, abgewiesen. Zur Begründung der Entscheidung hat das Landgericht - soweit für die Berufung von Interesse - Folgendes ausgeführt:

Bei der von der Klägerin erklärten Kündigung handele es sich mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes, der die Klägerin zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt hätte, um eine freie Kündigung, sodass der Klägerin keine kündigungsbedingten Fertigstellungsmehrkosten-, Ersatzvornahmekosten- und sonstige Schadensersatzansprüche zustünden.

Die Klägerin habe den Vertrag nicht wirksam außerordentlich wegen Verzugs mit der Mängelbeseitigung kündigen können. Zwar sei die Leistung der Beklagten im Dock 2 mangelhaft gewesen, da diese - das Landgericht stützt sich hierfür auf die Parteigutachten der Klägerin - weder die vertraglich geschuldete Aushubtiefe erreicht noch die erforderliche Schlammmenge abgesaugt habe. Eine Mängelbeseitigung sei von der Beklagten gleichwohl nicht geschuldet gewesen, da die vertraglich geschuldete Leistung aufgrund einer in den Verantwortungsbereich der Klägerin fallenden mangelhaften Vorleistung nicht habe erreicht werden können.

So seien die von der Streithelferin hergestellten Schlitzwandfugen im Dock 2 mangelhaft hergestellt worden. Dieser Vortrag der Beklagten gelte als zugestanden. Unter Bezugnahme auf Parteigutachten gelangt das Landgericht sodann zu dem Ergebnis, dass es durch die schadhafte Fugen zu Materialeintrag in das Dock 2 gekommen sei, sodass die Beklagte ihr Leistungsziel dauerhaft nicht habe erreichen können. Auch hafte die Beklagte nicht für die mangelhafte Vorleistung der Streithelferin, da sie diesbezüglich ihrer Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen sei, indem sie wiederholt auf Undichtigkeiten der Schlitzwandfugen hingewiesen habe.

Es läge auch kein Kündigungsgrund wegen Verzugs mit Vertragsfristen vor. Zwar habe die Beklagte die vereinbarten Fertigstellungstermine nicht eingehalten. Dies habe sie indes nicht zu vertreten, da es aufgrund verschiedener Behinderungen zu einer Fortschreibung der Vertragsfristen gekommen sei.

Auch in Hinblick auf die Leistungen im Dock 1.2 stünde der Klägerin kein Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten zu. Ein Anspruch nach § 8 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 2 VOB/B scheide aus. Zwar sei die Frist zur Mängelbeseitigung zu kurz gewesen. Dies sei jedoch unschädlich, da hierdurch eine angemessene Frist zu laufen begonnen habe. Der Anspruch scheitere indes daran, dass die Klägerin das Drittunternehmen bereits vor Ablauf der - angemessenen - Frist beauftragt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil und auf seine Begründung Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin vom 1. Februar 2021, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 6. Juli 2021 mit Schriftsatz vom 5. Juli 2021 begründet hat.

Sie meint:

Das Landgericht habe zu Unrecht eine Kündigung aus wichtigem Grunde und damit einhergehend eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen der Nassbaggerarbeiten in Dock 2 verneint. Der mangelhaft und nicht innerhalb der verbindlichen Vertragsfristen durchgeführte Nassaushub habe sie, nachdem sie erfolglos diverse Fristen unter Kündigungsandrohung gesetzt habe, zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Schon aus den beklagtenseits eingereichten Eigenmessungen von Ende Februar/Anfang März 2016 folge,

dass die Beklagte das Vertragssoll auch zu diesem Zeitpunkt nicht erreicht habe.

Die in ihrem eigenen Auftrag erfolgten Messungen der Firma L hätten sogar ein noch deutlicheres Abweichen der Höhe der Aushubsohle von dem vertraglichen Soll ergeben. Die Klägerin bezieht sich hierfür auf das Lotprotokoll der Firma L (vgl. Anl. K 75) und ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten des Ingenieurbüros K (Dr.-Ing. M) vom 15. Dezember 2016, das die Messungen der Beklagten und die der Firma L vergleicht und auswertet (vgl. K 73). Auch die weiteren von ihr in Auftrag gegebenen Kontrollmessungen der Ingenieursozietät R vom 18. März 2016 hätten das Nichterreichen der vertraglich geschuldeten Aushubtiefe deutlich nachgewiesen. Insoweit bezieht sich die Klägerin auf das Gutachten der Ingenieursozietät vom 17. Juni 2016, welches zugleich die Messungen der Beklagten auswertet (vgl. K 82). Trotz wiederholten Aufzeigens der Unzulänglichkeiten habe die Beklagte keinen Boden mehr ausgehoben, sondern, im Gegenteil, die Arbeiten Anfang März 2016 eingestellt.

Dafür, dass es nicht, wie die Beklagte behauptet, zu einem nachträglichen Materialeintritt durch die Schlitzwandfugen gekommen sein könne, bezieht sie sich auf Privatgutachten der G vom 7. Juni 2016 (vgl. K 83) sowie eine geotechnische Stellungnahme derselben vom 27. Juni 2021 (vgl. K 160). Zudem stützt sie sich hierfür auf weitere eingeholte Privatgutachten der B vom 8. Juli 2022 (vgl. Anl. BK 3) und des Ingenieurbüros für Geotechnik und Spezialtiefbau P (vgl. Anl. BK 2), die diese Befunde ebenfalls bestätigen. Hieraus ergebe sich, dass bei einem ausgeglichenen Wasserstand, wie er hier in dem maßgeblichen Zeitraum geherrscht habe, kein Material durch die Fehlstellen habe eintreten können. Ferner bestätigten auch diese die Unzulänglichkeiten der Messungen der Beklagten.

Zudem folge auch bereits aus dem Umstand, dass die Firma L, die nach der Kündigung den Nassaushub im Wege der Ersatzvornahme für die Beklagte vorgenommen hat, innerhalb von drei Wochen die noch ausstehenden Arbeiten ausgeführt hat, dass das geschuldete Aushubplanum ohne Weiteres erreicht werden konnte. Dies wäre nicht möglich gewesen, wenn es tatsächlich, wie die Beklagte behauptet, zu einem stetigen Materialeintrag gekommen wäre.

In Hinblick auf das Schlammabsaugen im Dock 1.2 stünde ihr ein Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten zu, sodass das Landgericht die Klage auch insoweit zu Unrecht abgewiesen habe. Für die

Mängelbeseitigungskosten im Zusammenhang mit dem Schlammabsaugen in Dock 1.2 seien ihr Kosten in Höhe von 74.203,96 € entstanden. Sie bezieht sich hierfür auf Rechnungen der Firma T vom 20. März 2015 und vom 16. August 2016 (K 114) sowie auf eine tabellarische Aufstellung (K 99).

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 4. Januar 2021 (gemeint 17. Dezember 2020), Az. 32 O 118/18, zu verurteilen, an sie 4.658.387,98 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.440.676,07 € seit dem 14.02.2017, aus 151.732,80 € seit dem 14.04.2016, aus 52.238,10 € seit dem 17.04.2016 und aus 44.267,70 € seit dem 19.04.2016 zu zahlen.

Die Streithelferin schließt sich dem Antrag der Klägerin an.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Im Ausgangspunkt unzutreffend sei aber zunächst die Annahme des Landgerichts, sie habe weder die vertraglich geschuldete Aushubtiefe erreicht noch die erforderliche Schlammmenge abgesaugt. Beides sei vielmehr der Fall gewesen, soweit das überhaupt möglich gewesen sei. Hierzu behauptet sie, dass es durch die defekten Schlitzwandfugen im Dock 2 zu einem nachhaltigen und stetigen Grundwasser- und Sedimenteintrag in die Baugrube gekommen sei, wodurch diese sich stetig weiter mit Schlamm gefüllt habe. Ein hierdurch erfolgter Materialeintrag habe sich auch nicht lediglich punktuell vor der Eintrittsstelle abgelagert, sondern sei durch die Bewegung des Wassers in dem gesamten Dock 2 verteilt worden. Es sei ihr danach gar nicht möglich gewesen, die vorgesehene Sollaushubtiefe zu erreichen. Zudem hätten die Nassbaggerarbeiten zu einer Aushubentlastung und diese wiederum zu einer Bodenhebung geführt. Auch aus diesem Grunde sei es zu einer nachträglichen Erhöhung des Aushubplanums gekommen. Dafür, dass es zu einem nachträglichen Materialeintrag gekommen sei, stützt sie sich auf von ihr in Auftrag gegebene Privatgutachten der I vom 1. September 2016 (vgl. Anl. B 67) sowie der P vom 22. November 2017 (vgl. B 68) und vom 1. März 2022 (vgl. BB 7). Zudem ist sie der Ansicht, die zuletzt gesetzte Frist sei deutlich zu kurz gewesen. Ferner habe die Klägerin ein etwaiges Kündigungsrecht jedenfalls

verwirkt, weil sie sämtliche gesetzte Fristen habe verstreichen lassen, ohne von dem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht zu haben. Stattdessen habe sie weiter Leistungen der Beklagten empfangen, Baubesprechungen mit ihr durchgeführt sowie umfangreich mit ihr über den weiteren Fortgang und Einzelheiten - auch künftiger Baumaßnahmen - korrespondiert. Damit habe sie zu erkennen gegeben, an einer jeweiligen Kündigungsandrohung nicht festzuhalten, sondern das Bauvorhaben mit der Beklagten unverändert fortführen zu wollen. Die Kündigung vom 14. März 2016 sei in eine freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B umzudeuten, da die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nicht vorlägen. Selbst wenn man einen Kündigungsgrund annehmen wollte, wäre zumindest die Kündigung des gesamten Vertrages unverhältnismäßig. In Betracht käme allenfalls die Kündigung der Teilleistung Rest-Nassaushub.

Der Senat hat Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme werden das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. R vom 30. April 2025, seine schriftliche ergänzende Stellungnahme vom 20. November 2025 und das Protokoll über seine mündliche Anhörung vom 26. November 2025 (Bl. 166 ff. Bd. VIII dA) in Bezug genommen.
B.

Die zulässige, insbesondere nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Schadensersatz wegen behaupteter Pflichtverletzungen im Dock 1.2 gerichteten Klage wendet (hierzu unter I.). Insoweit weist der Senat die Berufung der Klägerin durch Teilurteil zurück. Im Übrigen hat die Berufung gegenwärtig insoweit Erfolg, als feststeht, dass die Klägerin wegen unzureichender Nassaushubarbeiten im Dock 2 dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte hat. Da dessen Höhe noch nicht geklärt ist, ändert der Senat das angefochtene Urteil insoweit dahin ab, als er die Klageforderung dem Grunde nach für berechtigt erklärt (hierzu unter II. und III.).

I. Die Berufung ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten in Bezug auf die Schlammabsaugung im Dock 1.2 gerichteten Klage wendet. Der Klageantrag ist insoweit zur Entscheidung reif, sodass durch Teilurteil zu erkennen ist, § 301 ZPO.

1. Nach § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht, wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder nur ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif ist, durch Teilurteil hierüber zu entscheiden. Über einen Teil eines einheitlichen Anspruchs, der nach Grund und Höhe streitig ist, kann durch Teilurteil nur entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht (§ 301 Abs. 1 S. 2 ZPO). Beides ist vorliegend der Fall, da der auf die Nassaugarbeiten im Dock 1.2 fußende Anspruch mangels Schlüssigkeit zur Entscheidung reif ist und über den restlichen Teil des einheitlichen Anspruchs, der sich auf Arbeiten im Dock 2 stützt, sogleich durch Grundurteil entschieden wird.

2. Das Landgericht hat die Klage insoweit im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Der Klägerin steht der wegen der Nassaushubarbeiten im Dock 1.2 geltend gemachte Schadensersatzanspruch von 74.203,96 € unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu, auch nicht teilweise.

a) Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31. Dezember 2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1, § 39 EGBGB. Ferner ist die VOB/B in der Fassung von 2012 (im Folgenden nur: VOB/B) anzuwenden.

b) Die Klägerin kann sich für einen Schadensersatzanspruch das Dock 1.2 betreffend zunächst nicht auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B VOB/B stützen, da diese Kündigungsregelung nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

aa) Die Parteien haben vorliegend im Bauvertrag vom 16. Dezember 2013 die Geltung der VOB/B vereinbart.

bb) Die Klägerin als Auftraggeberin ist Verwenderin der VOB/B, sodass die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet ist. Dass die Vertragsurkunde und damit auch die VOB/B von der Klägerin als Auftraggeberin gestellt wurde, ergibt sich bereits daraus, dass sie, wie man dem Briefbogen unschwer entnehmen kann, von einer ihrer Gesellschafterinnen stammt.

cc) Die VOB/B unterliegt einer Inhaltskontrolle, wenn sie nicht als Ganzes vereinbart ist und daher nicht vom Klauselprivileg des § 310 Abs. 1 S. 3 BGB erfasst wird. Das ist vorliegend der Fall, da etwa durch Ziff. 12.3 der

ZVB Hochtief Nr. 13 (vgl. K 6, dort S. 5), die gem. Ziff. 1.1.6 der Verhandlungsprotokolle ebenfalls Vertragsbestandteil geworden sind, die Abnahmefiktionen nach § 12 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen wurden. Welches Gewicht der Eingriff hat, ist dabei unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2004, VII ZR 419/02). Damit ist die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet.

dd) § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B hält indes bei Verwendung durch den Auftraggeber - wie hier - der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil sie dem Auftraggeber, abweichend von § 648a BGB, die Möglichkeit eröffnet, sich auch wegen geringfügiger Mängel vom Vertrag zu lösen und ist daher unwirksam (vgl. hierzu ausführlich BGH, Urteil vom 19. Januar 2023, VII ZR 34/20).

c) Die Klägerin kann sich für einen Schadensersatzanspruch auch nicht auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B stützen. Es kann an dieser Stelle zunächst offenbleiben, ob die Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B wirksam ist und einer Inhaltskontrolle standhält, da ihre Voraussetzungen ohnehin nicht vorliegen. Denn Voraussetzung des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B ist der Verzug des Auftragnehmers mit der Vollendung der Ausführung. Auch die Frage, ob hierfür, da von "Vollendung" die Rede ist, überhaupt der Verzug mit einer vertraglichen Zwischenfrist in Betracht kommt, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Denn es fehlt bereits an der Vereinbarung einer verbindlichen Zwischenfrist i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B für die Nassbaggerarbeiten das Dock 1.2 betreffend. Anders als bei dem Dock 2 haben die Parteien keine gesonderte Vereinbarung dazu getroffen, dass diese zu bestimmten Zwischenfristen fertiggestellt sein sollen. Da die Gesamtfertigstellungsfrist für den Bauvertrag noch nicht erreicht war, konnte die Beklagte sich danach mangels Fälligkeit auch nicht in Verzug befinden.

d) Auch für einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB ist keine verbindliche Zwischenfrist und damit keine Fälligkeit ersichtlich.

II. Die Berufung hat jedoch dem Grunde nach Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Schadensersatz im Zusammenhang mit Leistungen der Beklagten im Dock 2 gerichteten Klage wendet. Der Senat entscheidet insoweit gemäß § 525 S. 1, § 304 Abs. 1 ZPO

vorab über den Grund des nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs.

Nach § 304 Abs. 1 ZPO kann das Gericht über den Grund des geltend gemachten Anspruchs entscheiden, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Ein Grundurteil setzt dabei weiter voraus, dass alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und der Anspruch nach dem Sach- und Streitstand mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht, also hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der verbleibende Anspruch der Höhe nach "Null" überschreitet (vgl. etwa BGH, Versäumnisurteil vom 14. März 2008, V ZR 13/07).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Eine entsprechende Trennung in ein Grund- und Betragsverfahren ist möglich, da die Klägerin einen auf die Zahlung von Geld gerichteten Anspruch geltend macht und nach Abschluss der Beweisaufnahme keine berechtigten Einwendungen der Beklagten gegen den Anspruchsgrund festzustellen sind. Die berechtigten Einwendungen betrafen einzig den Anspruch zu dem Dock 1.2, über den durch Teilurteil zu entscheiden war (s. zuvor unter B. I. 2.), sodass der Senat den Rechtsstreit über sämtliche Ansprüche, die den weiteren Streitgegenstand "Dock 2" betreffen, durch Grundurteil abschichten konnte. Dies ist sachdienlich, da zu der Höhe etwaiger Ansprüche noch eine weitere Aufklärung erforderlich ist. Zudem steht fest, dass die Beklagte der Klägerin mit hoher Wahrscheinlichkeit in einer noch zu klärenden Höhe zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Im Einzelnen:

III. Dem Grunde nach ist die Klägerin berechtigt, gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B etwaige ihr infolge der Kündigung entstandenen Mehrkosten und einen eventuellen weiteren Schaden von der Beklagten erstattet zu verlangen. Danach kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer mit der Vollendung der Ausführung in Verzug gerät, der Auftraggeber ihm erfolglos eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und die Kündigung angedroht hat.

Die Regelungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B sind vorliegend anwendbar und insbesondere nicht unwirksam, da sie einer Inhaltskontrolle standhalten (hierzu unter 1.). Auch liegen die Voraussetzungen des Kündigungstatbestandes vor (hierzu unter 2.).

1. Anwendbarkeit und Wirksamkeit des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B

a) Im Erfüllungsstadium, also vor Abnahme, ist grundsätzlich - so auch hier - die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B vorrangig gegenüber den allgemeinen Regelungen der § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996, VII ZR 228/94).

b) Sie ist auch wirksam und hält insbesondere - anders als § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B (s.o. unter I. 2. b) cc) - einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB stand. Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wobei gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine solche unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Es ist umstritten, ob § 5 Abs. 4 VOB/B wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

aa) Zum Teil werden Bedenken gegen die Wirksamkeit geäußert mit dem Argument, dass nach verwerderfeindlichster Auslegung von § 5 Abs. 4 VOB/B eine Kündigung schon bei nur minimaler Fristüberschreitung (auch bei Überschreitung um nur einen Tag) möglich wäre, ohne dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber unmittelbar unzumutbar sein muss. Daher spreche einiges für eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Kündigung aus wichtigem Grund, was zur Unwirksamkeit der Regelung führen müsse (vgl. Gartz in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Auflage 2025, § 5, Rn. 60). Regelmäßig werde die Grenze der von § 648a BGB verlangten Unzumutbarkeit, den Vertrag fortzusetzen, in den Fällen eines "einfachen" Verzuges noch nicht überschritten sein, sodass die vom Gesetzgeber gezogene Linie für eine Kündigung aus wichtigem Grund durch die Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B unterschritten werde (vgl. Preussner in: BeckOK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 62. Edition, Stand: 01.02.2026, § 5 Abs. 4; Rn. 51b - d). Zudem werden Bedenken im Hinblick auf die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geregelten Rechtsfolgen geäußert, wonach im Fall der Kündigung ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der

Restfertigstellungskosten bestehe (vgl. etwa Gartz in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Auflage 2025, § 5, Rn. 58 f).

bb) Nach anderer Ansicht sei die bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B vorgenommene Wertung nicht ohne Weiteres auf die hier infrage stehende Regelung des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B und die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B übertragbar. Eine unangemessene Benachteiligung ergebe sich nicht daraus, dass gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B eine Kündigung für den Auftraggeber möglich sei, wenn der Auftragnehmer mit der Vollendung der Ausführung in Verzug gerät, ihm eine erfolglose Nachfrist gesetzt und die Kündigung angedroht wurde, während § 648a Abs. 1 S. 2 BGB einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung (erst) dann annehme, wenn dem Kündigenden nach Abwägung sämtlicher Einzelfallumstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

Der Kündigungstatbestand des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B setze zwar nicht ausdrücklich die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung voraus und sehe auch keine Gesamtabwägung vor, sodass insoweit eine Abweichung von § 648a BGB gegeben sei. Hieraus folge jedoch nicht die Unwirksamkeit der Regelung im Rahmen der isolierten Inhaltskontrolle. Denn es bestehe ein berechtigtes Interesse, aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wichtige Gründe festzulegen, die stets eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen sollen. Auch handle es sich - zumindest bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B in Verbindung mit dem hier einzig infrage stehenden § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B - um Gründe, die zumindest im Regelfall zu einer Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung führen (vgl. hierzu Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 313a).

cc) Der Senat entscheidet die Frage dahingehend, dass § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B den Auftragnehmer nicht unangemessen benachteiligen und deshalb nicht gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.

Die Kündigungsregelung hält bei Verwendung der VOB/B durch den Auftraggeber der isolierten Inhaltskontrolle stand. Denn jedenfalls der Verzug mit der Fertigstellungsfrist gemäß § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, um die es auch hier (wenn auch in Form einer Zwischenfertigstellungsfrist) geht, stellt keine nur unerhebliche Vertragspflichtverletzung dar. Diese wird zudem durch

den erfolglosen Ablauf der gesetzten angemessenen Frist, die erst nach Verzugseintritt erfolgen darf, noch verstärkt. Dies begründet regelmäßig einen zur Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung führenden Vertrauensverlust des Auftraggebers. Die Fristsetzung kann insoweit auch nicht als bloße Förmlichkeit angesehen werden, der unter Umständen kein anerkanntes eigenes Interesse zugrunde liegt. Vielmehr besteht ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers daran, dass der bereits eingetretene Verzug beendet und die Leistung fertiggestellt wird (so auch Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 313a).

Eine zur unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers führende Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ist daher in Bezug auf die hier einzig relevanten § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B zu verneinen.

Soweit Bedenken geäußert werden, dass damit ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungskosten bestehe, betreffen diese indes nicht die hier einzig infrage stehende Vorschrift des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, da diese einen Verzug und damit einhergehend auch Verschulden voraussetzt.

c) Selbst wenn man einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und damit die Unwirksamkeit der § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B annehmen wollte, ergäbe sich im Ergebnis nichts anders. Denn dann folgte der Schadensersatzanspruch aus den allgemeinen Regeln, hier § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB (hierzu näher unten unter 6.).

2. Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B sind vorliegend erfüllt.

Verzug mit der Vollendung der Ausführung i.S.d. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B ist gegeben, wenn die Herstellung des vertraglich geschuldeten Bauwerks beim Ablauf der Ausführungsfrist und nach Fristablauf nicht beendet ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da die Beklagte als Auftragnehmerin die Nassbaggerarbeiten bei Fälligkeit nicht vertragsgemäß erbracht hat (hierzu unter b)), wofür sie die Darlegungs- und Beweislast trifft (hierzu unter a)). Zudem hat die Klägerin ihr eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und die Kündigung angedroht (hierzu unter c)), sodass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B vorliegen.

Im Einzelnen:

a) Darlegungs- und Beweislast

Anders als die Beklagte meint, trifft sie als Auftragnehmerin die Darlegungs- und Beweislast für die vertragsgerechte Erbringung der geschuldeten Leistung bis zum Ende der Ausführungsfrist.

aa) Zwar ist grundsätzlich der Kündigende, hier also die Klägerin, für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, d.h. insbesondere das Vorliegen eines Kündigungsgrundes, darlegungs- und beweisbelastet (vgl. Brüninghaus in: BeckOK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 61. Edition, Stand: 01.11.2025, § 8 Abs. 3, Rn. 13). Allerdings gilt dieser Grundsatz bei dem hier infrage stehenden in der VOB/B geregelten Kündigungsrecht nicht uneingeschränkt, weil es parallel zu diesen Kündigungsgründen flankierende Grundsätze gibt, die hier zu einer Modifizierung der Darlegungs- und Beweislast führen.

Bei dem hier infrage stehenden Kündigungsgrund des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B stützt die Klägerin sich auf die Nichtleistung bei Fälligkeit und vorausgegangener Fristsetzung. Nach allgemeinen Regeln entspricht dies einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, 3, 281 BGB. Bei diesem muss der Schuldner beweisen, dass er die Leistung erbracht hat (vgl. nur Lorenz in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 76. Edition, Stand: 01.11.2025, § 281, Rn. 79).

An dieser allgemeinen Beweislastverteilung ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin vorliegend nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B vorgeht, d.h. die vorgeworfene Pflichtverletzung - Nichterfüllung bei Fälligkeit trotz Fristsetzung - in eine Kündigung mündete. Denn hinsichtlich der Verteilung der Darlegungslast unterscheiden sich die beiden Anspruchsgrundlagen nicht voneinander. In beiden Fällen trägt der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt, also seine vertraglichen Pflichten nicht verletzt hat, nachdem der Auftraggeber eine aus seiner Sicht begangene Pflichtverletzung aufgezeigt hat (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 28. August 2018, 21 U 24/16). Die Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers als Leistungserbringer ergibt sich aus der allgemeinen Regel des § 363 BGB (s. auch Grüneberg in: Grüneberg, BGB, 85. Aufl. 2026, § 281, Rn. 53; Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, 10. Auflage 2025, § 281, Rn. 202), die für alle vertraglichen Pflichten gilt und nicht etwa auf Mängelrechte aus § 634 BGB und den Geltungsbereich des

§ 640 Abs. 1 BGB beschränkt ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008, VII ZR 64/07).

bb) Unabhängig von den allgemeinen Regeln ergibt sich die Beweislastverteilung im konkreten Einzelfall auch aus der vierten Nachtragsvereinbarung der Parteien vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung. Hierin haben die Parteien ausdrücklich die Pflicht der Beklagten vereinbart, zum Nachweis des erreichten Bausolls ein Aufmaß zu erstellen, das bestimmte Vorgaben einhalten muss. Somit sind die Parteien nach ihrer eigenen Vertragsordnung davon ausgegangen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für die vertragsgemäße Erfüllung trifft.

b) Fälligkeit/maßgebliche Vertragsfristen

§ 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B setzt Verzug mit der Vollendung der Ausführung voraus, d.h. die fehlende Beendigung der bauvertraglich geschuldeten Leistungen bis zum Ablauf der Ausführungsfrist (vgl. nur Preussner in: BeckOK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 62. Edition, Stand: 01.02.2026, § 5 Abs. 4 VOB/B, Rn. 9). Vollendet ist die Leistung dann, wenn eine fertiggestellte Leistung vorliegt, die nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet und somit abnahmefähig ist (§ 640 Abs. 1 S. 2 BGB; vgl. OLG Dresden, Urteil vom 8. Februar 2001, 16 U 2057/00; Althaus in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Auflage 2023, § 5 Abs. 4 Rn. 6).

aa) Maßgebliche Ausführungsfrist

Aus der 4. Nachtragsvereinbarung vom 16. September 2015 (Anl. K 11) nebst Leistungsbeschreibung (Anl. K 12) ergibt sich, dass die Parteien als Fertigstellungstermin für die Nassaushubarbeiten den 10. Dezember 2015 und für die Schlammabsaugung den 11. Januar 2016 vereinbart haben. Die Abnahme sollte am Folgetag stattfinden. Der Fertigstellungstermin der Schlammabsaugung betreffend wurde sodann einvernehmlich auf den 28. Januar 2016 verschoben.

Somit vereinbarten die Parteien im Ausgangspunkt den 10. Dezember 2015 verbindlich als maßgeblichen Fertigstellungstermin für den Nassaushub. Zwar kann sich die Ausführungsfrist gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1a) VOB/B verlängern, was die Beklagte unter Bezugnahme auf verschiedene Behinderungsanzeigen hier auch für sich in Anspruch nimmt. Es muss an dieser Stelle jedoch nicht im Einzelnen geklärt werden, ob es zu Verschiebungen dieser (Zwischen-) Fertigstellungstermine aufgrund diverser Behinderungsanzeigen gekommen ist und wenn ja, in welchem genauen Ausmaß. Ohnehin

könnten hier nur die Behinderungen von Relevanz sein, die nach dem 16. September 2015 angezeigt wurden, da die Parteien an diesem Tag die besagte Nachtragsvereinbarung nebst Anpassung (bzw. erstmaliger Aufstellung) der Zwischenfristen trafen. Somit waren sämtliche bis dahin eingetretene Behinderungen und Erschwernisse bereits berücksichtigt. Auch kann, wenngleich dies im Ergebnis ohne Relevanz ist, die Beklagte sich nicht wirksam auf eine Verschiebung der Fertigstellungsfrist durch festgestellte Schlitzwandfugen im Dock 2 berufen. Denn diese haben, was in der Folge noch auszuführen sein wird, keine Auswirkungen auf die von der Beklagten geschuldeten Nassaushubarbeiten im Dock 2 gehabt. Dies kann jedoch, wie einleitend festgestellt, vorliegend dahingestellt bleiben. Denn die Beklagte selbst ging stets davon aus, die Aushubarbeiten am 17. Dezember 2015 fertiggestellt zu haben und sah sich offenbar auch in der Lage, die Arbeiten bis dahin abzuschließen. Danach erfolgten, insoweit unstrittig, auch keine Nassbaggerarbeiten mehr; vielmehr hat die Beklagte im Anschluss nur noch Arbeiten der Schlammabsaugung betreffend ausgeführt. D.h. selbst bei Zugrundelegung sämtlicher Behinderungen, die die Beklagte in Bezug auf die Nassbaggerarbeiten angezeigt hat, hat sich nach ihrem eigenen Vortrag der Fertigstellungstermin für die Nassbaggerarbeiten nicht um mehr als eine Woche, d.h. auf den 17. Dezember 2015, verschoben. Dieses Datum kann mithin als maßgeblicher Fertigstellungstermin für die Nassaushubarbeiten zugrunde gelegt werden.

Hinsichtlich der Schlammabsaugung war als verbindlicher Fertigstellungstermin nach vorausgegangener Verschiebung um 17 Tage (s.o.) der 28. Januar 2016 vereinbart. Ob es insoweit zu Verlängerungen der Ausführungsfrist aufgrund angezeigter Behinderungen kam, kann an dieser Stelle zunächst dahingestellt bleiben.

bb) Auch diese Zwischenfristen fallen vorliegend unter § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B

Bei diesen zwischen den Parteien verbindlich vereinbarten Fristen handelt es sich nicht um Fristen der Gesamtfertigstellung (d.h. der gesamten beauftragten Leistungen, einschließlich Gleis- und Straßenbau), sondern lediglich um Zwischenfristen für das Gewerk Nassaushub (Aushubarbeiten und Schlammabsaugung).

Die Frage, ob im Rahmen des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B auch Zwischenfristen pönalisierbar sind, wird uneinheitlich beantwortet.

(1) Zum Teil wird vertreten, dass sich die "Vollendung" im Sinne des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B grundsätzlich nicht auf die Erbringung von Teilleistungen, sondern nur auf die Gesamtbauleistung des Auftragnehmers beziehe (so etwa Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 223, 244). Dies folge aus einer objektiven Auslegung unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik des § 5 VOB/B. Die Formulierung in § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, in der von Verzug mit der Vollendung die Rede ist und nicht, wie in § 5 Abs. 1 VOB/B, von verbindlichen Fristen (Vertragsfristen), mache deutlich, dass die Klausel zwischen der "Vollendung" des geschuldeten Werks und dem Bauablauf unterscheidet, wobei Einzelfristen für derartige Teilleistungen, auch wenn sie als Vertragsfristen vereinbart sind, dem Bauablauf zuzuordnen seien.

Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn der Verzug mit der Einhaltung einer Einzelfrist sich auf eine Teilleistung bezieht, die als rechtlich selbständiger Teilerfolg mit Teilabnahme und jeweils eigener Teilerfüllungswirkung für die Gesamtbauleistung vereinbart ist (vgl. Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 228).

Aber auch nach dieser Ansicht sei für den Fall einer grundsätzlich nicht von § 5 Abs. 4 VOB/B erfassten Einzelfrist eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht zu ziehen. Denn das Vertragswerk der VOB/B, das gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B im Regelfall von der Unverbindlichkeit vereinbarter Einzelfristen ausgehe, enthalte folglich eine – sicher nicht gewollte – Lücke, indem § 5 Abs. 4 VOB/B nur in den drei ausdrücklich erfassten Fällen einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B gewähre, nicht hingegen bei Verzug mit der Erbringung einer Teilleistung, für die abweichend von der Regel eine Einzelfrist als Vertragsfrist vereinbart worden sei. Es sei daher eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht zu ziehen, die (vorbehaltlich des insoweit nicht einschlägigen § 306 Abs. 2 BGB) grundsätzlich auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich sei. Danach sei die Lücke unter Zugrundelegung eines objektiv-generalisierenden Maßstabs zu schließen, der sich am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise auszurichten habe. Dies werde regelmäßig dazu führen, dass die Vertragsparteien auch insoweit einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs mit einer Einzelfrist als Vertragsfrist vorgesehen hätten (vgl. hierzu insgesamt Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 229).

(2) Nach anderer Ansicht liegt Verzug mit der "Vollendung" auch dann vor, wenn verbindliche Zwischenfristen (Einzelfristen) für die Fertigstellung von Teilleistungen überschritten werden. Der Wortlaut der Bestimmung setze nicht voraus, dass die Ausführung der Gesamtfertigstellungsfrist für die vereinbarten Bauleistungen überschritten ist; zudem würden bei einem anderslautenden Verständnis die als Vertragsfristen vereinbarten Einzelfristen ihre Verbindlichkeit i.S.d. § 5 Abs. 1 VOB/B verlieren (vgl. Althaus in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Auflage 2023, § 5 Abs. 4, Rn. 7).

(3) Es spricht Vieles dafür, zunächst vom Wortlaut davon auszugehen, dass nur die Gesamtfertigstellung unter § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B fällt. Allerdings gebietet auch eine verwerderfeindliche Auslegung i.S.d. § 305c Abs. 2 BGB dieses Ergebnis nicht. Denn ohne Vereinbarung der VOB/B wären verbindliche Zwischenfristen mit einem Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB sanktionierbar (vgl. Senat, Urteil vom 26. April 2022, 21 U 1030/20). Es ist kein Schutzbedürfnis des Auftragnehmers ersichtlich, das es rechtfertigte, den Auftraggeber im Rahmen eines VOB/B Vertrages insoweit schlechter zu stellen und ihm einzig aufgrund der Einbeziehung der VOB/B Rechtspositionen zu entziehen.

Eine Festlegung, welcher Meinung zu folgen ist, kann vorliegend im Ergebnis indes unterbleiben. Denn in der hier gegebenen Konstellation sind die Einzelfristen nach jeder der vorgenannten Ansichten gem. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B pönalisierbar. Denn die Parteien haben das Gewerk Nassbaggerarbeiten (Nassaushub und Schlammabsaugung) mit der Nachtragsvereinbarung vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung (K 12) als rechtlich selbständigen Teilerfolg mit Teilabnahme und jeweils eigener Teilerfüllungswirkung für die Gesamtbauleistung vereinbart. In diesem Fall gehen alle vorgenannten Meinungen davon aus, dass derartige Zwischenfristen von § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B erfasst sind.

Hier konnte der Senat sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon überzeugen, dass der Nassaushub am 17. Dezember 2015 oder zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt bis zur Kündigung am 14. März 2016 dem geschuldeten Leistungssoll entsprach (hierzu unter c). Das Aushubplanum ist auch nicht nachträglich durch nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten fallende Umstände wieder "angewachsen" (hierzu unter d).

c) Der Beklagten ist der Beweis ihrer Behauptung, sie habe das geschuldete Aushubplanum erbracht, nicht gelungen.

Nach den Vertragsgrundlagen schuldete die Beklagte ein Aushubplanum, das folgende Toleranz wahrte:

- Toleranz der Baugrubensohle zur Herstellung der Sollaushubtiefe von 0 bis - 30 cm unter Unterkante der Unterwasserbetonsohle

Zum Nachweis der Erfüllung war von der Beklagten ein Aufmaß nach einem der nachstehenden Messverfahren zu erstellen:

- Variante 1: konventionelle geodätische Lotung, die als Bezugsbasis eine Laserebene hat und eine Messtoleranz von +/- 2 cm gewährleistet
- Variante 2: Echolotpeilung, wobei die Ergebnisse durch eine geodätische Lotung zu verifizieren und in den Bereichen 2 m entlang der Schlitzwände durch eine geodätische Lotung zu ergänzen sind

Der Beklagten ist vorliegend jedenfalls der von ihr zu erbringende Beweis ihrer Behauptung, sie habe das Aushubplanum in der vertraglich geschuldeten Aushubtiefe erstellt, nicht gelungen. Weder erlauben ihre eigenen Messergebnisse diesen Rückschluss noch entsprach das angewandte Messverfahren den vertraglichen Vorgaben:

aa) Vertragssoll

Soweit die Beklagte nunmehr erstmals in dem Schriftsatz vom 2. Februar 2026 das vorstehend wiedergegebene Vertragssoll (keine Toleranz nach oben über die Unterkante der Unterwasserbetonsohle hinaus) in Abrede stellt, vermag sie damit nicht durchzudringen. Die Beklagte trägt erstmals unter Verweis auf die Baubeschreibung (K 8), dort S. 117, Ziff. 1.1.7.9., vor, aus der dortigen Regelung, wonach die Dicke der Unterwasserbetonsohle (im Folgenden: UWBS) mit einer Toleranz von bis zu 15 cm abweichen dürfe, folge, dass auch die Unterkante einige Zentimeter höher liegen dürfe. Im Ergebnis existiere keine strikte Vorgabe dahingehend, dass die Baugrubensohle maximal bis zur Unterkante der UWBS reichen dürfe. Vielmehr könne sie 15 cm höher liegen und wäre immer noch vertragsgemäß.

Hiermit ist die Beklagte zum einen bereits ausgeschlossen, weil sie dies schon erstinstanzlich hätte vorbringen können, § 531 Abs. 2 ZPO. Bereits in dem angegriffenen

Urteil, dort auf S. 10, wird zu dem o.g. Leistungssoll ausgeführt. Die Beklagte hatte zu keinem Zeitpunkt eine gebotene andere Lesart der Leistungsbeschreibung vorgebracht. Zumindest hätte die Beklagte, wenn sie meint, aus Toleranzen, die andere Materialschichten des Bauwerks betreffen, etwas für ihre Leistung ableiten zu können, den Sachverständigen hierzu im Berufungs- und Beweistermin befragen müssen. Es handelt sich hierbei auch um kein neues Thema, das erst jetzt, etwa im Rahmen der Anhörung des Sachverständigen, aufgekommen ist. Die Frage der zu erreichenden Aushubtiefe und der vorgesehenen Toleranzen steht vielmehr seit Klageerhebung im Mittelpunkt des Rechtsstreits.

Zum anderen ist der Senat auch der Sache nach nicht von dem Einwand der Beklagten überzeugt. Zwar könnte sich aus der Abbildung, die sich mit den Toleranzen der Baugrube befasst (vgl. K 8, dort S. 117, Ziff. 1.1.7.9.) eine Toleranz für die Dicke der UWBS von 15 cm ergeben. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Beklagte, die einzig mit der vorgelagerten Leistung Nassaushub bis zur geschuldeten Sollaushubtiefe befasst war, Toleranzen für Folgeschichten, die von anderen Unternehmen zu erbringen waren (hier: Dicke der UWBS), für den von ihr herzustellenden Nassaushub ausnutzen kann. Bei einem Aufbau in mehreren, durch verschiedene Unternehmer herzustellende Schichten, wie hier, muss ein jeder Unternehmer die ihm jeweils vorgegebenen Toleranzen einhalten und kann diese nicht einfach "austauschen", also innerhalb der Schichten frei verschieben. Denn Toleranzen können, müssen aber nicht zwangsläufig ausgeschöpft werden. Alles andere könnte dazu führen, dass die Mindeststärke nicht erreicht, d.h. die UWBS zu dünn wird.

Auch kann der Beklagten nicht gefolgt werden, aus der Vereinbarung eines Messverfahrens mit einer Messgenauigkeit von +/- 2 cm ergebe sich, dass eine Überhöhung von bis zu 2 cm oberhalb der Unterkante der Unterwasserbetonsohle unschädlich sei. Denn die geschuldete Aushubtiefe mit keinerlei Toleranz nach oben ist eindeutig geregelt und wird hierdurch nicht modifiziert. Aus der Messgenauigkeit folgt lediglich, dass diese bei den Aushubarbeiten mitzuberücksichtigen und entsprechend tiefer zu graben ist. Sie verändert indes nicht das Vertragssoll.

bb) Der Beklagten ist der Beweis der vertragsgemäßen Erfüllung nicht gelungen

Der Senat vermochte sich anhand der Eigenmessungen der Beklagten vom 25./26. Februar 2016 und vom

29. Februar/1. März 2016 (vgl. Anl. K 70), die der Beklagten als Fertigstellungsnachweis dienen sollten, nicht davon zu überzeugen, dass die Beklagte das geschuldete Aushubplanum erreicht hat.

(1) Schon aus diesen selbst folgt, dass das vertragliche Soll nicht an allen Messpunkten erreicht wurde. So weisen die Messergebnisse an 16,26 % der Messpunkte Negativabweichungen von der geschuldeten Aushubtiefe aus (vgl. Lotprotokoll, K 70).

Bei den Abweichungen, die zum Teil "nur" geringfügig oberhalb der tolerierten Schwelle, also oberhalb der Unterkante der Unterwasserbetonsohle, lagen, handelt es sich auch um relevante Abweichungen. Die Beklagte kann sich nicht damit entlasten, hier werde eine nicht einzuhaltende Zentimetergenauigkeit gefordert. Zwar ist es zutreffend, dass es um Nassbaggerarbeiten in einem Bereich von bis zu 21 m Tiefe geht, was auf den ersten Blick dafür sprechen könnte, minimale Abweichungen nach oben als unerheblich zu betrachten. Hier ist es allerdings gerechtfertigt, zentimetergenau zu sein und keine Abweichung nach oben zu tolerieren, da der Beklagten eben nicht nur wenige Zentimeter als Toleranz zur Verfügung standen. Vielmehr handelte es sich um 30 cm, die sie ausschöpfen konnte. Hieraus folgt aber zugleich, dass es in ihren Risikobereich fällt, wenn sie diesen möglichen Rahmen nicht nach unten ausschöpft, sondern genau in dem Bereich der Unterkante der Unterwasserbetonsohle mit den Nassbaggerarbeiten aufhört. Es wäre an ihr gewesen, das Risiko von Rückständen oberhalb der Toleranzgrenze durch etwas tieferes Baggern in die 30 cm dicke Toleranzzone hinein auszuschließen oder zumindest zu minimieren.

Hinzu kommt schließlich noch die Messungenauigkeit des angewandten Verfahrens von ± 3 cm, das bei den Ergebnissen ebenfalls in den Blick zu nehmen wäre. So könnte es sein, dass unter Berücksichtigung der Messungenauigkeit noch deutlich mehr Messpunkte im nicht tolerierten Bereich lagen, da es nicht auszuschließen ist, dass jedes einzelne Messergebnis einen um 3 cm zu niedrigen Wert anzeigt und das reale Aushubplanum tatsächlich 3 cm höher lag.

Vor diesem Hintergrund ist der Senat in der Gesamtbewertung der Eigenmessung der Beklagten nicht davon überzeugt, dass nur eine unwesentliche Abweichung von der Solltiefe vorlag.

(2) Neben dem Umstand, dass schon die von der Beklagten selbst ermittelten Werte nicht das Erreichen des vertraglich vereinbarten Aushubplanums belegen,

entspricht auch das eingesetzte Messverfahren nicht den vertraglichen Vorgaben.

Diese sahen, wie oben bereits ausgeführt, eine konventionelle geodätische Lotung vor, die als Bezugsebene eine Laserebene hat und eine Messtoleranz von ± 2 cm gewährleistet.

Hier hat die Beklagte zwar eine geodätische Lotung vorgenommen, es fehlt jedoch, insoweit unstreitig, an einer Laserebene als Bezugsebene. Vielmehr hat die Beklagte zur Höhenbestimmung ein GPS-System verwendet.

Unabhängig davon, dass die Beklagte damit die vertraglichen Vorgaben für das Messverfahren bereits nicht eingehalten hat, hat auch der Sachverständige nachvollziehbar und in sich schlüssig das Erfordernis bzw. den Vorzug einer Höhenbestimmung mittels Lasers gegenüber einer solchen mit GPS dargelegt. Zwar könne eine Höhenbestimmung ebenso mittels GPS erfolgen. Eine höhere Messgenauigkeit und -sicherheit werde jedoch durch den Einsatz einer Laserebene sichergestellt.

Der Sachverständige hat die Unterschiede in den Verfahren wie folgt erläutert: Bei einem Verfahren mit Laserbezugsebene werde von einem festen Punkt an Land, dessen Höhe bekannt ist, ein horizontaler Laser gesendet, der sodann die Messstange auf der Wasseroberfläche trifft und auf diese Weise die Höhe der aus dem Wasser tretenden Messstange misst. Bei dem GPS-Verfahren müsse ein GPS-Empfänger an der Austrittsstelle der Messstange angebracht werden, die Höhe werde sodann über Positionssignale von Satelliten ermittelt, wobei auch eine GPS-Basisstation an Land mit einbezogen werden müsse. Bei den Messungen mittels GPS-Höhenkontrolle könne zwischen - hier nicht zur Anwendung gekommener - GPPS (GPS mit Post-Processing-Verfahren) und GPS-RTK (Real Time Kinematic) unterschieden werden, wobei das GPPS-Verfahren höheren Standards genüge und nur dieses eine Messgenauigkeit von ± 2 cm gewährleiste (bei einem RTK-Verfahren seien es ± 3 cm). Um eine genaue Messung zu gewährleisten, sei, so der Sachverständige, gleichwohl eine zumindest stichprobenhafte Kontrolle über eine Laserebene erforderlich, was bei den Eigenmessungen der Beklagten indes - insoweit unstreitig - nicht erfolgt ist.

Hiernach fehlt es bei dem beklagtenseits zur Anwendung gelangten Messverfahren zum einen an dem Einsatz einer Laserebene, zum anderen hält das genutzte

GPS-RTK-Verfahren die Messgenauigkeit von ± 2 cm nicht ein, sondern weicht hiervon um 1 cm ab. Dieser Befund wird noch dadurch verstärkt, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen die Messmarkierungen auf dem Stahlseil, an dem das Lot auf das Aushubplanum herabgelassen wurde, zu groß waren, um die geforderte Messtoleranz von ± 2 cm zu erzielen.

(3) Zudem werden die Ergebnisse der geodätischen Handlotungen der Beklagten durch die Messergebnisse erschüttert, die die Klägerin ermittelt hat.

So haben die von der Klägerin in Auftrag gegebenen Messungen der Firma L eine deutlich weitergehende Abweichung des erstellten Aushubplanums von den vertraglichen Vorgaben ergeben. Danach lag das Planum an 78,78 % der Messpunkte oberhalb des Toleranzrahmens (vgl. Lotplan K 75, dort die rot markierten Felder). Da nichts dafür ersichtlich ist, dass die Messungen der Firma L schwächer oder unzuverlässiger wären als die der Beklagten, reduzieren sie die Überzeugungskraft der beklagtenseits durchgeführten geodätischen Handlotungen deutlich. Soweit in dem Lotplan die Messergebnisse auf 5 cm gerundet wiedergegeben sind, besagt dies insbesondere nicht, dass das angewandte Messverfahren nur über eine Messgenauigkeit von ± 5 cm verfügt. Vielmehr hat der Sachverständige im Rahmen seiner mündlichen Anhörung am 26. November 2025 erklärt, dass die offenkundige Rundung der gemessenen Werte nichts über die Messgenauigkeit aussagt, sondern es sich nur um eine Art der Wiedergabe der Ergebnisse handle. Somit könnten die tatsächlichen Messwerte sogar noch stärker vom Leistungssoll abweichen, da auch nicht tolerierte Werte im Bereich von 0,1 - 2,4 cm auf null gerundet worden sein könnten, sodass u.U. einige erhöhte Werte gar nicht abgebildet wurden. Diese Rundungsmethode kann sich folglich sogar günstig für die Beklagte ausgewirkt haben.

(4) Somit ist der Beklagten in der Gesamtbewertung der Nachweis der ordnungsgemäßen Erfüllung nicht gelungen, sodass im Ergebnis ein non liquet gegeben ist.

(5) Auf der anderen Seite sind die weiteren von der Klägerin in Auftrag gegebenen Kontrollmessungen der Ingenieursozietät R vom 18. März 2016 (vgl. Privatgutachten vom 17. Juni 2016, K 82; im Folgenden: Messungen R) nicht geeignet, die Position der Klägerin weiter zu stärken und zur Überzeugungsbildung zu dem Be-

weisthema beizutragen. Denn diese Messungen entsprechen nicht den vertraglichen Vorgaben an das Messverfahren.

Zwar haben die Messungen R deutlich stärkere Abweichungen festgestellt, als in den Eigenmessungen der Beklagten ermittelt. Sie sind bei 19 von 21 Überprüfungsmessungen zu Abweichungen vom Leistungssoll im Sinne einer unzureichenden Tiefe des Aushubplanums gelangt. Allerdings ist der Beklagten insoweit zuzubilligen, dass diese Abweichungen nur mit einem speziellen Verfahren nachweisbar waren, das von dem Sachverständigen als "Goldstandard" bewertet wurde, das aber zugleich deutlich über die vertraglich geregelten Anforderungen an das anzuwendende Messverfahren hinausging. So mag es sein, dass das den Messungen R zugrunde liegende Verfahren höchst präzise und sehr exakt war und unter Umständen Ungenauigkeiten der Messungen der Beklagten detektiert hat. Ein solches Verfahren war indes vertraglich nicht geschuldet.

(a) Die Methoden der Messungen R einerseits und derjenigen der Beklagten andererseits unterscheiden sich u.a. darin, dass bei den Messungen R ein größeres und schweres Lot Verwendung gefunden hat, nämlich eine ca. 0,5 - 1 cm dicke quadratische Stahlfußplatte mit den Maßen 50 x 50 cm, angeschweißt an eine Stahlgewindestange mit 6,35 cm Durchmesser. Demgegenüber verwendete die Beklagte bei ihren Messungen im Februar/März 2016 ein ca. 3 kg schweres Lot mit einem Durchmesser von 15 cm, das mittels Seils herabgelassen wurde. Hier hat der Sachverständige zwar überzeugend dargelegt, dass ein größeres Gewicht eine höhere Messgenauigkeit liefere, da dann ein Einsinken des Lots durch den Restschlamm bis auf die Aushubsohle gewährleistet sei. Gleichwohl erfülle seiner Einschätzung nach auch das kleinere Lot die vertraglichen Vorgaben, wenngleich der Sachverständige angab, eigene Berechnungen zu dieser Problematik nicht durchgeführt zu haben.

(b) Auch die Verwendung eines Seils zum Herablassen des Lotes, wie es bei den Messungen der Beklagten im Februar/März 2016 erfolgt ist, berge zwar die Gefahr größerer Messungenauigkeiten als die Verschweißung des Lots mit einer Stahlgewindestange, wie es bei den Messungen R erfolgte. Denn bei letzterem würden Seildurchhänge und damit Messungenauigkeiten insgesamt ausgeschlossen. So bestehe bei Seilen, auch wenn es sich natürlich um Stahlseile handle, immer die Gefahr von Ausbuchtungen und Ausbauchungen, was die Messergebnisse verfälsche. Zwar sei es Aufgabe des Lots, das Seil zu straffen. Je größer allerdings die zu

überbrückende Strecke und das Eigengewicht des Seils seien, könne das Lotgewicht ggf. für eine maximale Straffung nicht mehr ausreichend sein. Daher sei eine Messstange zuverlässiger. Dennoch erfülle die von der Beklagten zum Einsatz gebrachte Methode der klassischen "Handlotung", bei der ein Lot an einem Stahlseil herabgelassen wird, ohne Weiteres die hier vertraglich vereinbarten Vorgaben an das Messverfahren. Dies erscheint auch naheliegend, da das Verfahren der Messungen R, das lediglich zu Kontrollzwecken an nur 21 Messpunkten durchgeführt wurde, einen enormen Aufwand bedeutet. So muss die ca. 800 kg schwere Messvorrichtung für jede einzelne Messung mit einem Kran umgesetzt werden, was eigentlich nicht mehr unter den Begriff einer konventionellen geodätischen Lotung, die typischerweise eine Handlotung darstellt, subsumiert werden kann.

Hiernach verbleibt es auch unter Berücksichtigung der Messungen R bei dem zuvor festgestellten non liquet hinsichtlich der Beweisfrage.

(6) Auch die Einwendungen der Beklagten hiergegen vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Im Einzelnen:

(a) Echolotpeilung

Die Beklagte kann sich zum Nachweis ihrer Behauptung, sie habe die Nassbaggerarbeiten bis zum 17. Dezember 2015 den Vorgaben entsprechend ausgeführt, auch nicht mit Erfolg auf ihre an demselben Tag vorgenommenen Messungen berufen. Zwar ergibt sich aus der am 17. Dezember 2015 vorgenommenen Echolotpeilung, dass es nur an wenigen Punkten zu Ergebnissen im niedrigen Minusbereich ($-0,1$) kam und die meisten Messergebnisse exakt bei null lagen. Dies würde, träfen diese Werte zu, dem Vertragsoll entsprechen.

Allerdings hat der Sachverständige in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 20. November 2025 nachvollziehbar und überzeugend dargelegt und erläutert, dass sich aus dieser Messung keine sicheren Ergebnisse ableiten ließen. Denn eine Echolotpeilung liefere lediglich ungenaue Messergebnisse. Diese Messmethode sei zwar ebenfalls vertraglich als Möglichkeit vorgesehen gewesen, aber nur mit der Einschränkung, dass die Ergebnisse der Echolotpeilung durch eine geodätische Lotung verifiziert und in den Bereichen 2 m entlang der Schlitzwände durch eine geodätische Lotung ergänzt werden. Beides ist hier bei der Messung am 17. Dezember 2015, insoweit unstreitig, nicht erfolgt. Nach den

Ausführungen des Sachverständigen sind diese einschränkenden Vorgaben auch fachlich gerechtfertigt, da die Echolotmessung auf Schallwellen basiert. Diese stellen indes nur dann eine "relativ" zulässige Messmethode dar, wenn ein Medium mit einer konstanten Dichte - wie beispielsweise klares Wasser - durchdrungen werde. Bei der hier gegebenen Schlammschicht, die eine von klarem Wasser abweichende Dichte aufweist, verändere sich hingegen die Wellengeschwindigkeit des Echos, was die Messungen verfälschen könne. Daher begegne die Echolotpeilung vom 17. Dezember 2015 insbesondere vor dem Hintergrund Bedenken, dass sie vor der Schlammabsaugung durchgeführt wurde. Denn das trübe, schlammige Wasser beeinflusse die Schallwellen und verfälsche die Messergebnisse. So ergibt sich auch aus den vertraglichen Vorgaben, die der Sachverständige aus seiner fachkundigen Sicht als erforderlich und geboten eingeschätzt hat (s. Protokoll vom 26. November 2025, dort S. 13 unten), dass das Aufmaß erst nach Fertigstellung des Aushubplanums, Abschluss der Nassbaggerarbeiten im gesamten Dock und Absaugen des Restschlamms auf der Aushubsohle zu erstellen war, d.h. die entsprechenden Messungen erst im Anschluss an die Schlammabsaugung erfolgen sollten. Zudem könne eine Echolotpeilung, so der Sachverständige, keine Höhendifferenzen unterscheiden. So sei es möglich und sogar sehr wahrscheinlich, dass der Boden unterschiedliche Höhen aufweise und uneben sei. Dies werde bei einer Echolotpeilung nicht erfasst, da der Schall sich gleichmäßig ausbreite.

Dass die Ergebnisse der Echolotpeilung zudem nur eine Messgenauigkeit von ± 3 cm wiedergeben, spielt - unabhängig davon, dass der Sachverständige erklärt hat, sich eine so hohe Genauigkeit bei diesem Verfahren gar nicht vorstellen zu können - daneben nach dem Verständnis des Senats nur eine untergeordnete Rolle bei der Beantwortung der Frage, ob die anhand dieses Messverfahrens ermittelten Werte verlässlich sind. Entscheidend ist in erster Linie, dass der Sachverständige dieses Messverfahren aus anderen fachlichen, oben genannten Gründen als unzuverlässig eingeordnet hat. Es ist daher lediglich ergänzend zu beachten, dass, unabhängig davon, ob ein Messverfahren mit dieser Messgenauigkeit nach der Vereinbarung der Parteien aus September 2015 den vertraglichen Vorgaben genügt, bei den Messergebnissen zumindest diese Messtoleranz zu berücksichtigen wäre. Da sämtliche Werte, wie eingangs ausgeführt, bei $-0,1$ bis 0 cm liegen, d.h. auf den ersten Blick das Vertragsoll erfüllt scheint, kann hiermit nach Berücksichtigung der Messgenauigkeit an keinem Messpunkt das Erreichen einer

Aushubtiefe im Toleranzbereich nachgewiesen werden. Denn im Extremfall weichen die tatsächlichen Werte 3 cm nach oben von den gemessenen ab, sodass sie tatsächlich alle im positiven - nicht tolerierten - Bereich lägen. Um mit diesem Messverfahren verlässliche Werte zu liefern, hätte die Beklagte mithin mind. 3 cm unter die Sohle ausgraben müssen, was hier nach ihren eigenen Ergebnissen indes an keiner Stelle geschehen ist.

Auch die Beklagte selbst ging wohl (zumindest zunächst) in Übereinstimmung mit den vorstehenden Befunden davon aus, dass es sich bei der Echolotpeilung vom 17. Dezember 2015 nur um eine "Zwischenpeilung" handele und das Planum im Randbereich vom Echolot nicht korrekt erfasst werden könne (vgl. Schreiben vom 4. Januar 2016, K 21).

(b) Baggerkontrolldaten

Auch den Baggerkontrolldaten, die der Beklagten als Eigenkontrolle dienten, um festzustellen, wie viel Material bereits ausgehoben wurde (vgl. Anl. 7 des Privatgutachtens der I vom 1. September 2016, Anl. B 67, dort S. 54), können keine zuverlässigen Werte entnommen werden. Sie dienten zwar als Orientierung für die Beklagte während der Arbeiten, stellten aber keine mit den anderen angewandten Messverfahren vergleichbare Ermittlung der tatsächlichen Aushubtiefe dar. So ergibt sich bereits aus den vertraglichen Vereinbarungen, dass nicht lediglich die Baggerkontrolldaten ausgewertet werden sollten, sondern mit viel Aufwand ein gesondertes Aufmaß zu erstellen war, für das es in Hinblick auf die möglichen Messverfahren konkrete Vorgaben gab. Ferner ist dem LV, dort Pos. 06.01.0034 (s. K 9; dort S. 81), zu entnehmen, dass eine näher geregelte Messung zur Ermittlung der Aushubtiefe in dem Leistungsumfang enthalten und Teil der vergüteten Leistungen ist. Auch dies macht deutlich, dass nicht lediglich die Baggerkontrolldaten ausgewertet werden konnten. Dass die Baggerkontrollanlage nach Ausführungen des Sachverständigen lediglich eine Messgenauigkeit von +/- 5 cm aufweist, spielt daneben nur eine untergeordnete Rolle.

Der Beklagten ist damit nicht der Nachweis ihrer Behauptung gelungen, bis zum 17. Dezember 2015 ein Aushubplanum ohne Abweichung nach oben über die Unterkante hinaus hergestellt zu haben. Eine vertragsgemäße Erfüllung liegt damit nicht vor.

cc) Die Beklagte hat das Nichterreichen der geschuldeten Aushubtiefe auch zu vertreten, § 286 Abs. 4 BGB.

Der Senat ist insoweit zu der Überzeugung gelangt, dass die unzureichende Aushubtiefe nicht auf anderen, nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten fallenden Ursachen beruht.

Der Auftragnehmer muss mit der Ausführungsvollendung in Verzug geraten sein, wozu ein Verschulden erforderlich ist. Auch im Rahmen des § 5 Abs. 4 VOB/B gilt der sich aus § 286 Abs. 4 BGB wie auch aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende Grundsatz des vermuteten Verschuldens (vgl. Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 243, 226, 215). Der Beklagten ist der Nachweis ihrer Behauptung nicht gelungen, sie habe die Leistung aus Gründen nicht rechtzeitig erbringen können, die nicht von ihr zu vertreten sind (vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 76. Edition Stand: 01.11.2025, § 286, Rn. 56). Vielmehr steht zur Überzeugung des Senats fest, dass dies nicht der Fall war.

Im Einzelnen:

(1) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist es zur Überzeugung des Senats zunächst ausgeschlossen, dass es durch den Effekt der sog. Aushubentlastung zu einem nachträglichen Materialeintrag in die Baugrube gekommen ist.

Zwar hat die Beklagte im Grundsatz völlig zutreffend dargestellt, dass jeder Bodenaushub größeren Ausmaßes, wie hier im Dock 2, eine Entlastung für den Boden darstellt, die zu Hebungen des Baugrundes führt.

Allerdings hat der Sachverständige nachvollziehbar und schlüssig erläutert, dass diese Hebungen nicht im Anschluss an die Aushubarbeiten "verzögert am Stück" auftreten, sondern dem kontinuierlichen Aushub nach und nach unmittelbar folgen. Es mag somit zu gewissen Hebungseffekten gekommen sein, diese traten aber parallel zu den Aushubarbeiten ein, wurden also sukzessive wieder mit abgebaggert. Zudem bewegten sich diese Hebungseffekte nach den Ausführungen des Sachverständigen ohnehin nur im Bereich von etwa einem Zentimeter. Hierzu hat der Sachverständige eigene Berechnungen angestellt (vgl. S. 8 seiner ergänzenden Stellungnahme vom 20. November 2025) und anhand derer den maximal zu erwartenden Hebungsbetrag durch die Aushubentlastung nachvollziehbar dargelegt.

Der Einwand der Beklagten, die tatsächlich in situ vorhandene Bodenbeschaffenheit weiche erheblich von der in der Baubeschreibung genannten ab, wodurch

sich die Aushubentlastung anders verhalte, vermag den Senat nicht zu überzeugen. Der Sachverständige hat sich nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der beklagenseits eingeführten Untersuchung der TU X sehr klar dahingehend positioniert, dass aus dieser Untersuchung nichts Abweichendes für die Aushubentlastung folge. So sei die Untersuchung erfolgt, um herauszufinden, wie schnell der Mergel, der in der Baugrube anfiel, zerfällt. Dies habe keinerlei Auswirkungen auf die Frage der Aushubentlastung.

(2) Die unzureichende Aushubtiefe ist ferner nicht auf nachträglichen Sedimenteintrag durch Schlitzwandfugen zurückzuführen.

Zwar wiesen, was auch zwischen den Parteien nicht im Streit steht, die Schlitzwände im Dock 2 diverse Fehlstellen (Fugen) auf. Der Sachverständige konnte jedoch ausschließen, dass es durch diese zu relevantem Materialeintrag in die Baugrube gekommen ist.

Ohnehin konnte er den Kreis relevanter Schlitzwandfugen, die theoretisch für einen Materialeintrag in Betracht kämen, auf drei begrenzen: nämlich die Schlitzwandfugen "SW 88/90" im Nordteil des Dock 2, "SW 129/130" im Südteil und eine dritte Fehlstelle, die zunächst nicht entdeckt und saniert wurde und durch die es dann im August 2016 im Zuge des Lenzens, allerdings erst bei einem hydraulischen Gefälle von ca. 14 m, zum Wassereinbruch kam. Denn nur diese drei Schlitzwandfugen seien in horizontaler Richtung durchgängig gewesen, d.h. sie gingen von der Dock- bis zur Bodenseite komplett durch die Schlitzwand hindurch. Für alle anderen Schlitzwandfugen habe dies nicht gegolten, sodass für diese schon aus diesem Grund ein Materialeintrag von außen in die Baugrube ausgeschlossen sei.

Auch könne man, wie der Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung im Termin am 26. November 2025 erläutert hat (s. S. 20 des Terminprotokolls), aus dem Umstand, dass auch die weiteren, nicht durchgängigen ("offenen") schadhafte Stellen im Tieftteil des Docks noch saniert wurden, nicht den Rückschluss ziehen, durch diese sei es zu Materialeintrag gekommen. Denn die Sanierung habe nicht erfolgen müssen, um einen Materialeintrag zu verhindern, sondern aus statischen Gründen, da die Baugrube gelenzt werden und dauerhaft trocken sein sollte. Da nach dem Lenzen konstant ein sehr hoher hydrostatischer Druck auf der Baugrube und somit auf den schadhafte Stellen lastet, dem die Schlitzwände standhalten müssen, sei es erforderlich gewesen, die Fuge zu sanieren, um einen künftigen

Wasserdurchbruch zu vermeiden. Während das Dock noch nicht gelenzt war, d.h. im hier fraglichen Zeitraum, habe es durch diese nicht durchgängigen Fugen indes keinen Sedimenteintrag gegeben.

Im Hinblick auf die drei vorgenannten "offenen" Schlitzwandfugen hat der Sachverständige ebenfalls ausgeschlossen, dass es durch diese einen relevanten Materialeintrag gegeben haben könnte. Wie er überzeugend ausgeführt hat, konnten durch diese Fehlstellen keine Sedimente eintreten, solange es kein hydraulisches Gefälle zwischen dem Stand des Wassers in der Baugrube und demjenigen des Grundwassers im Boden jenseits der Schlitzwand gab. Denn bei einem ausgeglichenen Wasserstand, wie er hier während der Nassbagger- und Schlammabsaugungsarbeiten geherrscht habe, gebe es keine Grundwasserströmungen. In der Folge könne auch kein Material von außen in die Baugrube hineingetragen werden. Ein Sedimenteintrag sei erst möglich, wenn der Wasserstand im Dock sinke und das hydraulische Gefälle damit zunehme.

Aber selbst dann, d.h. bei einem steigenden hydraulischen Gefälle, komme es nicht ohne Weiteres zu einem Materialeintrag durch offene Fehlstellen in den Schlitzwänden, was sich wiederum mit dem physikalischen Phänomen der sog. "Gewölbewirkung" erkläre. Hier nach bilde sich in dem Erdreich auf der Bodenseite der jeweiligen horizontal durchgängigen Schlitzwandfuge ein räumliches Gewölbe, das die Fehlstelle überbrücke und abschirme. Aufgrund dieser Gewölbewirkung könne nur die (geringe) Menge an Boden in die Baugrube eingetragen werden, die sich zwischen dem Gewölbe und der Fehlstelle befinde. Diese hat der Sachverständige konkret mit 0,216 m³ berechnet.

Diese Gewölbewirkung wiederum, die einem Materialeintritt auch bei offenen Schlitzwandfugen entgegenstehe, versage erst bei einem erheblichen hydraulischen Gefälle und verliere damit ihre Wirkung. Während der Nassbagger- und Schlammabsaugungsarbeiten sei ein solches Gefälle allerdings nicht erreicht worden. Hierzu hat der Sachverständige anhand eigener Laboruntersuchungen und Berechnungen - vgl. S. 12 seiner ergänzenden schriftlichen Stellungnahme vom 20. November 2025 - ermittelt, dass die Gewölbewirkung erst ab einem Gefälle zwischen Innen- und Außenpegel von 2,81 m nachlasse. Anhand der Experimente im Labor hat der Sachverständige mithin festgestellt, dass in der Baugrube die Gewölbewirkung mindestens bis zu einem hydraulischen Gefälle von 2,81 m standgehalten hätte. Auch im Rahmen seiner Anhörung im Termin am 26. November 2026 (vgl. S. 17 - 18

des Protokolls) hat der Sachverständige diesen Befund erneut bekräftigt und dahingehend erläutert, dass die Gewölbewirkung auch bei einem wachsenden hydraulischen Gefälle zunächst bestehen bliebe und erst bei einem Absenken des Wassers im Dock gegenüber dem Grundwasserstand jenseits der Schlitzwand um 2,81 m versage.

Soweit die Beklagte in Zweifel zieht, dass diese theoretischen Erkenntnisse auf die konkrete Situation vor Ort in dem Baudock zu übertragen seien, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn der Sachverständige hat insoweit, wie er erneut im Rahmen seiner Anhörung am 26. November 2025 bestätigen konnte, sehr konservative Werte, d.h. solche, die der Beklagten günstig sind, zugrunde gelegt. Zudem gab er an, Sand verwendet zu haben, der von seinen Eigenschaften her dem Sand in dem maßgeblichen Bereich der Baugrube, in dem die Fehlstellen in der Schlitzwand aufgetreten sind, glich.

Anders als die Beklagte meint, ist diese Gewölbewirkung in situ auch nicht aufgrund einer von der Baubeschreibung abweichenden Bodenbeschaffenheit wirkungslos geworden.

Der Sachverständige hat hierzu überzeugend und in sich schlüssig ausgeführt, dass sich nur bei breiiger Bodenbeschaffenheit kein Gewölbe bilden könne, dass es im Bereich der Fehlstellen indes keine solche Bodenbeschaffenheiten gegeben habe. Selbst bei einer weichen Konsistenz des Bodens komme es zu einer Gewölbebildung.

Die Beklagte hat natürlich recht, wenn sie darauf hinweist, dass die Situation in einer Baugrube nicht identisch mit der in einem Becken in einem Labor ist. Allerdings sind diese Laboruntersuchungen nach Ausführung des Sachverständigen gleichwohl geeignet, zu veranschaulichen, dass die Gewölbewirkung hinter einer Schlitzwandfuge erst ab einem gewissen hydraulischen Gefälle nachlässt.

Ein für die Gewölbewirkung kritisches hydraulisches Gefälle wurde in der Baugrube auch nicht durch die Schlammabsaugungsarbeiten erreicht. Auf diesen Einwand der Beklagten hat der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend erläutert, dass das Schlammabsaugen zwar eine gewisse "Unruhe" und Bewegung in der Baugrube verursacht haben mag, aber keine spürbaren Auswirkungen auf das hydraulische Gefälle hatte. Denn in Anbetracht der hierfür eingesetzten Geotextilschläuche konnte dem Dock zu einem bestimmten Zeitpunkt immer nur das Fassungsvermögen dieser

Schläuche, also immer nur maximal 300 m³ Wasser, entzogen werden. Diese 300 m³ seien bereits sehr hoch gegriffen, da das entnommene Wasser tatsächlich durch die Wände des Geotextilschlauchs hindurchgelaufen und durch die Auffangrinne wieder zurück in das Dock geflossen sei. Aber selbst, wenn man diese maximalen 300 m³ annehme und diese auf die Gesamtfläche des Docks verteile, gelange man zu einer maximalen Absenkung des Innenpegels von 4 bis 5 cm. Dies stelle, wie zuvor dargelegt, kein hydraulisches Gefälle dar, das die Gewölbewirkung gefährden könnte. Der Sachverständige hat im Rahmen einer noch weitergehenden Grenzbetrachtung schließlich weiter unterstellt, dass zeitgleich alle acht Geotextilschläuche, die hier verwendet wurden, mit schlammhaltigem Wasser befüllt wurden und es in dieser Zeit der Befüllung keinen Rückfluss in das Dock gab, obwohl es tatsächlich einen kontinuierlichen Rückfluss gab und zudem immer nur ein Schlauch zurzeit befüllt und dann ausgetauscht wurde. Selbst bei Unterstellung dieser Gegebenheiten käme es rechnerisch zu einer maximalen Absenkung von $5 \text{ cm} \times 8 = \text{rund } 40 \text{ cm}$ im gesamten Dock. Auch diese 40 cm stellten aus Sicht des Sachverständigen kein signifikantes hydraulisches Gefälle dar, das die Gewölbewirkung des Bodens gefährdet hätte. Das sehe man schon daran, dass auch bei der Kompensationswasserzugabe, die die Senatsverwaltung hier verlangt hat, eine größere Schwankung von sogar 50 cm toleriert wurde.

Dass während der fraglichen Arbeiten kein solches, ein die Gewölbewirkung gefährdendes hydraulisches Gefälle herrschte, steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls zur Überzeugung des Senats fest.

So war bis zum 21. Dezember 2015 durch die Kompensationswasserbeigabe der Wasserstand stets ausgeglichen. Auch nach den Nassbaggerarbeiten, d.h. zwischen dem 17. Dezember 2015 und der Kündigung am 14. März 2016, gab es kein hydraulisches Gefälle, das die Gewölbewirkung hätte aufheben können. Dazu, dass sich der Innenpegel durch die Schlammabsaugung nicht wesentlich geändert hat, wurde zuvor bereits ausgeführt.

Insbesondere vermag der Senat die Bedenken der Beklagten gegen die angenommenen Außenpegel nicht zu teilen. Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die Messpunkte M 90 und M 91, die zur Bestimmung des Außenpegels herangezogen wurden, relativ weit entfernt waren. Der Sachverständige hat jedoch nachvollziehbar erläutert, dass deren Inbezug-

nahme gleichwohl sachgerecht war. Denn entscheidend sei, dass diese Messpunkte sich auf einen Grundwasserleiter beziehen, der auch für die Baugrube relevant ist. Und genau das sei hier der Fall. Denn die Messpunkte M 90 und M 91 messen einen Grundwasserleiter, der durch das Tiefdock, also das Dock 2, angeschnitten werde. Auch sei irrelevant, dass sich zwischen den Messpunkten und der Baugrube ein Fließgewässer befinde, da sich der Boden des Fließgewässers immer noch oberhalb des Grundwasserleiters befinde, der hier an den Messpunkten M 90 und M 91 gemessen werde.

(3) Auch der Einwand der Beklagten zu der Eisfreiheit des Baudocks vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Zwar hat die Beklagte auf die durchgängige Eisfreiheit des Docks 2 im Zeitraum Dezember 2015 bis Februar 2016 hingewiesen und hierin ein Indiz dafür gesehen, dass es doch einen Zustrom von verhältnismäßig warmem Wasser in das Dock gegeben haben müsse, der das Zufrieren verhinderte und zugleich möglicherweise Sedimente mitbrachte. Dem kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch nicht gefolgt werden. So hat der Sachverständige dargelegt (vgl. Protokoll vom 26. November 2026, dort S. 24), dass die Ausbildung einer Eisdecke auf einem verhältnismäßig tiefen, stehenden Gewässer, wozu auch das Dock 2 zähle, zuerst voraussetze, dass das gesamte Wasser auf 4 °C abgekühlt sei. Vor diesem Stadium führe das Abkühlen des Wassers in oberflächennahen Schichten auf 4 °C aufgrund der Dichteanomalie des Wassers nur dazu, dass diese Anteile nach unten absinken und wärmere Anteile aus der Tiefe nach oben verdrängen. Erst wenn diese Zirkulationsbewegung über die gesamte Tiefe des Gewässers im Wesentlichen abgeschlossen sei und dann weitere Kälteperioden eintreten, könne es zu einer Eisbildung kommen. Vorliegend habe es in dem Zeitraum vom 1. Dezember 2015 bis zum 29. Februar 2016 indes - der Sachverständige stützt sich hierfür auf die Tagesmittellufttemperaturen der Wettermessstation Tempelhof (vgl. Anlage zum Protokoll vom 26. November 2025) - nur vereinzelt an wenigen Tagen Temperaturen unter 0 °C gegeben. Dies reiche für ein Einfrieren des Wassers im Baudock hingegen nicht aus.

Diesen nachvollziehbaren und in sich schlüssigen Ausführungen schließt sich der Senat vollumfänglich an. Danach ist die Eisfreiheit des Docks 2 im Januar 2016 kein Indiz für in die Baugrube zuströmendes – potenziell sedimenthaltiges – Grundwasser, sondern sie hat ihre Ursache einzig in dem Umstand, dass es für eine Eisbildung nicht kalt genug war.

dd) Schlammabsaugung:

Nachdem der Beklagten bereits der Nachweis nicht gelungen ist, den Nassaushub ordnungsgemäß erbracht zu haben, kann es letztlich dahinstehen, ob die Leistung "Schlammabsaugung" bis zur Ausführungsfrist vollendet wurde. Denn bei dem Nassbaggerarbeiten handelt es sich um ein zweiphasiges Verfahren, in dem zunächst der Nassaushub und anschließend die Schlammabsaugung erfolgt. Wenn somit, wie hier, feststeht, dass der vorgelagerte Nassaushub noch nicht vollständig fertiggestellt wurde, folgt daraus sogleich, dass im Anschluss an die noch nachzuholenden Nassaushubarbeiten auch noch Schlammabsaugung zu erfolgen hat. Dies unabhängig davon, dass die Beklagte trotz ihrer unzureichenden Aushubarbeiten bereits mit den Schlammabsaugungsarbeiten begonnen hatte.

d) Die Klägerin hat in ihrem Schreiben vom 3. März 2016 (Anlage K 58), anders als vom Landgericht und zunächst auch vom Senat (vgl. Hinweisbeschluss vom 10. Januar 2023) angenommen, eine angemessene Nachfrist gesetzt und dies mit einer Kündigungsandrohung verbunden.

Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen. Sie muss im Grundsatz so bemessen sein, dass sie für einen leistungsbereiten und -fähigen Auftragnehmer im Hinblick auf die durchzuführenden Maßnahmen bei größter Anstrengung einhaltbar ist. Denn der Sinn der Frist mit Kündigungsandrohung besteht ja gerade darin, dem Auftragnehmer bei gehöriger Anstrengung die Chance zu eröffnen, die angedrohte Kündigung noch zu vermeiden (vgl. Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 253; OLG Koblenz, Urteil vom 16. Mai 2018, 5 U 1321/17).

Dies zugrunde gelegt war die der Beklagten mit Schreiben vom 3. März 2016 letztmalig gesetzte Nachfrist bis zum 10. März 2016 angemessen. Insbesondere kann diese Fristsetzung nicht isoliert betrachtet werden. Der Fristsetzung mit Schreiben vom 3. März 2016 waren bereits mehrere vorausgegangen. So hatte die Klägerin der Beklagten zuvor bereits mit Schreiben vom 10. Februar 2016 eine Nachfrist bis zum 12. Februar 2016 und unter dem 17. Februar 2016 eine solche bis zum 20. Februar 2016 gesetzt. Auch diese Fristsetzungen waren bereits mit Kündigungsandrohungen verbunden gewesen, sodass der Beklagten spätestens seit dem 10. Februar 2016 ausreichend Zeit zur Verfügung

stand, um die Kündigung noch zu vermeiden. Die Nachfristsetzung vom 3. März 2016 bis zum 10. März 2016 stellt nur die letzte in dieser Reihe von Fristsetzungen dar, sodass sie auch nicht isoliert in den Blick genommen werden kann. Die weiteren hiermit noch gewährten sieben Tage waren in der Gesamtschau damit angemessen. Die Firma L benötigte drei Wochen, um den Nassaushub fertigzustellen; zwischen der ersten Fristsetzung mit Kündigungsandrohung und der Kündigungserklärung lag ein Zeitraum von über einem Monat, sodass der Beklagten ausreichend Zeit zur Verfügung stand. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang weiter, dass die Beklagte am 3. März 2016 die Arbeiten eingestellt und das schwere Gerät von der Baustelle abtransportiert hat. Sie hat damit deutlich zu erkennen zu geben, keine weiteren Maßnahmen mehr ergreifen zu wollen, um an dem Aushubplanum noch etwas zu ändern. Der Klägerin sodann vorzuwerfen, ihr sei für die Arbeiten nicht ausreichend Zeit eingeräumt worden, erscheint vor diesem Hintergrund treuwidrig, § 242 BGB.

Danach stand der Klägerin ein Recht zur Kündigung zu.

3. Kündigung des gesamten Vertrages

Ob die Klägerin berechtigt war, wie hier geschehen, den gesamten Vertrag zu kündigen oder ob, wie die Beklagte meint, sie eine Pflicht zur Teilkündigung, etwa nur bezogen auf das Gewerk "Nassbaggerarbeiten" oder einen Teil hiervon, traf, kann an dieser Stelle offenbleiben.

Insbesondere bei komplexen und umfangreichen Bauverträgen mit einem großen Leistungsvolumen bringt eine außerordentliche Gesamtkündigung erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen mit sich, die es gebieten, vor der Kündigungserklärung eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Hier spielen Gesichtspunkte wie der Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung und die Bedeutung der Vertragsverletzung, die den Kündigungsgrund abgibt, eine Rolle.

Unter der Prämisse des Vorliegens der Voraussetzungen einer Teilkündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B, d.h. der Annahme eines "in sich abgeschlossenen Teils der Leistung" kann daher die Pflicht zur Teilkündigung bestehen, wenngleich sich bereits aus der textlichen Formulierung ergibt, dass die VOB/B von einer vollständigen Auftragsentziehung als Grundregel ausgeht, weil ansonsten die besondere Erwähnung der zulässigen teilweisen Auftragsentziehung entbehrlich wäre (so auch Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt,

VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 8 VOB/B, Rn. 99). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Begriff der Abgeschlossenheit bei der Frage, wann ein Teil der vertraglichen Leistung als abgeschlossen im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B anzusehen und eine beschränkte Entziehung des Auftrags möglich ist, ebenso zu verstehen wie in § 12 Nr. 2 VOB/B. In der Folge verbleibt für den Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung nur ein enger Anwendungsbereich. So können etwa Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglichte. Dies kann bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden kann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 212/07).

All diese Fragen können bei Erlass des vorliegenden Grundurteils jedoch dahinstehen. Denn selbst wenn die Kündigungserklärung zu weitgehend gewesen sein sollte, da im konkreten Einzelfall eine Pflicht zur Beschränkung auf eine Teilkündigung bestand, änderte dies nichts an dem Bestehen eines Schadenersatzanspruchs dem Grunde nach. Ein solcher ergäbe sich dann entweder unmittelbar aus § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB, d.h. unabhängig von einer Kündigungserklärung, oder die Gesamtkündigung wäre in eine Teilkündigung umzudeuten, sodass weiterhin ein Schadensersatzanspruch gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B dem Grunde nach bestünde, nur eben in geringerem Umfang. In beiden Fällen bliebe es, worauf es für das Grundverfahren einzig ankommt, bei einem Schadensersatzanspruch in "irgendeiner" Höhe.

4. Die Klägerin hatte ihr Kündigungsrecht am 14. März 2016 entgegen der Ansicht der Beklagten nicht verwirkt.

Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung. Ein Recht ist verwirkt, wenn es vom Berechtigten über längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist und der andere Teil sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und sich auch tatsächlich darauf eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (vgl. BGH, Urteile vom 27. Juni 1957, II ZR 15/56 und vom 20. Oktober 1988, VII ZR 302/87; Sutschet in:

BeckOK BGB, Hau/Poseck, 76. Edition Stand: 01.11.2025, § 242, Rn. 140).

Vorliegend fehlt es sowohl an dem Zeit- als auch an dem Umstandsmoment für eine Verwirkung.

a) In zeitlicher Hinsicht unterliegt die Ausübung des Kündigungsrechts keiner starren Beschränkung. Die Kündigung muss jedoch innerhalb angemessener Frist ab Kenntnis des Auftraggebers vom Kündigungsgrund erfolgen, also insbesondere zeitnah nach Ablauf der unter Kündigungsandrohung gesetzten Frist. Welcher Zeitraum hierbei im Einzelfall angemessen ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung eines hinreichenden Prüf- und Überlegungszeitraums des Auftraggebers sowie andererseits dem Interesse des Auftragnehmers, innerhalb angemessener Zeit Klarheit darüber zu erhalten, ob von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2010, LwZR 20/09; Althaus in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Auflage 2023, § 8 Abs. 3, Rn. 32 f). Die Dauer einer zuzubilligenden gewissen Überlegungszeit wird durch die Objektumstände und sonstigen Gegebenheiten bestimmt. Eine außerordentliche Kündigung ohne vorherigen Einigungsversuch kann ihrerseits das Kooperationsgebot verletzen, sodass im Baurecht wegen der häufig komplexen technischen Sachverhalte eine längere Überlegungsfrist angemessen sein kann (vgl. OLG München, Urteil vom 9. November 2004, 9 U 1811/03; OLG Köln, Urteil vom 14. November 2008, 19 U 54/08).

Diese Maßstäbe zugrunde gelegt hat die Klägerin vorliegend in einer angemessenen Frist gekündigt. Zwar liegen zwischen erster Verzugsanzeige und Kündigungserklärung etwas mehr als drei Monate. Allerdings war diese Überlegungsfrist angesichts der Komplexität des Autobahn-Bauvorhabens und auch der hier in Rede stehenden Einzelleistung sowie wegen der ggf. erforderlichen Einbeziehung mehrerer Beteiligter auf Bauherrenseite zur Prüfung von Alternativen nicht völlig unangemessen. Hier fallen die Auswirkungen einer Kündigung auch für die Klägerin (Vergabe sämtlicher Restarbeiten an neue Unternehmen mit vorheriger Angebotseinholung) sowie die Zeit für eine Überprüfung der beklagtenseits behaupteten Fertigstellung bzw. Unmöglichkeit der Fertigstellung infolge stetig erfolgenden Materialeintrags ins Gewicht. Zudem war zu berücksichtigen, dass die Beklagte stets unter Verweis auf eigene Lotungen, deren Ergebnisse sie der Klägerin jedoch erstmals am 10. März 2016 überreichte, eine vertragsgemäße Leistung behauptet hat. Hiernach durfte die Klägerin die Vorlage der Unterlagen zur

Überprüfung der behaupteten Messergebnisse vor einer Kündigungserklärung abwarten.

b) Die Klägerin hat der Beklagten aufgrund ihres Verhaltens auch zu keinem Zeitpunkt Anlass zu der Annahme gegeben, dass sie von dem Kündigungsrecht keinen Gebrauch mehr machen werde. Anders als zunächst angedeutet (vgl. den Hinweisbeschluss vom 10. Januar 2023), stellt die Teilnahme an der Baubesprechung am 10. März 2016, in der die Beklagte der Klägerin erstmals ihre Lotprotokolle übergeben hat, auch kein Verhandeln über den Mangel dar, das die Fristsetzung überholt hätte. Vielmehr ist nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin schriftlich oder mündlich in einer der Baubesprechungen ausdrücklich oder aus Sicht eines gewissenhaften Erklärungsempfängers jedenfalls konkludent zu verstehen gegeben hat, sich auf ernsthafte Verhandlungen einzulassen, auf die angedrohte Kündigung zu verzichten und das Vertragsverhältnis fortsetzen zu wollen. Vor allem können die Umstände, dass die Klägerin während einer laufenden Nachfrist weiterhin Baubesprechungen mit der Beklagten abhält und - bei ausdrücklicher Aufrechterhaltung ihrer Mängelanzeige nebst "Fristsetzungen und Rechtsfolgen" - zur Prüfung einer von der Beklagten behaupteten Mangelfreiheit weitere Unterlagen angefordert werden, nicht in diesem Sinne verstanden werden. Zudem hat die Beklagte auch nichts dazu vorgetragen, aufgrund einer Erwartung in diese Richtung entsprechende Dispositionen getroffen zu haben.

5. Selbst wenn man der Meinung sein sollte, dass § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle nicht standhalten und gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind, würde dies nichts daran ändern, dass der Klageanspruch dem Grunde nach berechtigt ist. Denn in diesem Fall kämen die allgemeinen Regeln zur Anwendung, hier § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB. Auch die Voraussetzungen dieser Anspruchsnorm lägen vor:

a) Auch bei § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB sind verbindliche Zwischenfristen mit einem Schadensersatzanspruch sanktionierbar (vgl. Senat, Urteil vom 26. April 2022, 21 U 1030/20).

b) Die Beweislast wäre ebenfalls dieselbe. Bei einem Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB trifft den Schuldner erst recht die Beweislast dafür, dass er die Leistung erbracht hat. Erst wenn der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen hat, trägt dieser wegen § 363 BGB bzw. § 640 Abs. 1 BGB die Beweislast für die fehlende Vertragsgemäßheit

(vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 77. Edition, Stand: 01.02.2026, § 281, Rn. 79).

c) Auch hier wäre der Beklagten der Beweis der vertragsgemäßen Erfüllung bei Fälligkeit nicht gelungen. Es kann insoweit auf die entsprechenden Ausführungen bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B Bezug genommen werden. Gleiches gilt für ein gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutetes Verschulden. Insoweit gelten die oben unter III. 2. c) cc) getätigten Ausführungen zu § 286 Abs. 4 BGB entsprechend.

IV. Es ist hiernach nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch hat, wenngleich dessen Höhe noch nicht feststeht. Der Senat konnte daher im Wege des Grundurteils entscheiden, um das Verfahren zu fördern. Die Höhe etwaiger Schadensersatzansprüche soll dem Betraysverfahren vorbehalten bleiben.

OLG Düsseldorf zu der Frage, dass der Auftragnehmer für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist

vorgestellt von Thomas Ax

1. Der Auftragnehmer haftet für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Von seiner Haftung kann er sich befreien, wenn er die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Die fehlende Bedenkenanmeldung führt allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung des Auftragnehmers, vielmehr gilt der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung. Insoweit hat auch beim Nacherfüllungsanspruch eine Abwägung zwischen der Fehlplanung des Auftraggebers und dem unterlassenen Bedenkenhinweis zu erfolgen (§ 254 BGB analog).

2. Für die Frage, welche Maßnahmen der Besteller zur Mängelbeseitigung für erforderlich halten durfte, kommt es auf eine verständige Würdigung eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung an, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mängelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung

auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Gedanklich ist strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Mängelbeseitigungsarbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mängelbeseitigung.

3. Der Auftragnehmer wird von seiner Einstandspflicht für eine fehlerhafte Ausführung einer Schottertragschicht, die zu Setzungen geführt hat, nicht deshalb befreit, weil eine (den Beteiligten nicht bekannte) weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Eine solche weitere Ursache führt jedenfalls hier auch nicht deshalb zu einer Mithaftung des Auftraggebers, weil es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um seinen Risikobereich und damit seine Verantwortung handeln könnte.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019 - 21 U 118/16

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Mängelbeseitigungskosten und Schadensersatz aus einem im Frühjahr 2008 (21.04./08.05.2008) geschlossenen Vertrag.

Die Klägerin war im Jahre 2008 von der Streithelferin zu 7) beauftragt worden, im Containerterminal des K... Hafens ein neues Krangleis mit Unterbau und Pflasterung der angrenzenden Flächen herzustellen. Dieser Auftrag betraf nur den sogenannten Bauabschnitt I, eine 30 Meter lange Strecke, auf der der Kran zunächst nur aufgestellt wurde. Im Bauabschnitt II, der an beide Seiten des Bauabschnitts I anschloss, wurde die Kranbahn dann verlängert. Mit diesen Arbeiten war die Klägerin aber nicht von der Streithelferin zu 7) beauftragt.

Die Klägerin beauftragte ihrerseits die Beklagte am 08.05.2008 auf der Grundlage deren Angebots vom 17.04.2008 sowie des Verhandlungsprotokolls vom 21.04.2008 mit in diesem Zuge u.a. erforderlichen Betonschneide-, Erd- und Abbrucharbeiten. In dem von der Klägerin erstellten und dem vorgenannten Angebot zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis heißt es unter anderem in Z. 1.3.30. wie folgt:

“Schottertragschicht 0/45 mm liefern und in den vorgenannten Graben einbauen und verdichten, Einbaustärke 70 cm, Einbaubreite 130 cm, EVN mindestens 120 MN/qm“.

In Z. 1.3.40. heißt es ferner:

„Feinplanum Gründungsebene, Ev2= 45-60 MN/qm“.

Unter Z. 1.6 des Verhandlungsprotokolls vom 21.04.2008 wurde die Geltung der VOB Teil B und C in neuester Fassung vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten und des genauen Inhalts des Leistungsverzeichnisses sowie des Verhandlungsprotokolls wird auf die als Anlage K 2 zur Akte gereichten Unterlagen Bezug genommen (Bl. 20ff.).

Die Beklagte stellte sodann die Schottertragschicht und das Schotterfeinplanum her. Die Arbeiten der Beklagten wurden von der Klägerin abgenommen und bezahlt. Nach Durchführung der vorgenannten Arbeiten durch die Beklagte wurden auf die Schottertragschicht und das Schotterfeinplanum anschließend Betonfertigelemente zur Aufnahme der Gleise der Kranbahn verlegt und die angrenzenden Flächen gepflastert. Diese Arbeiten erfolgten nicht durch die Beklagte.

Nach Inbetriebnahme der Kranbahn zeigten sich Schäden an den Betonschwellen. Überprüfungen ergaben, dass der Untergrund in Teilbereichen bis zu 4 cm abgesackt war. Die Klägerin zeigte der Beklagten gegenüber mit Schreiben vom 23.07.2009 (Anlage K 3, Bl. 34) Mängel an unter Hinweis darauf, dass diese auf einen nicht ordnungsgemäß verdichteten Untergrund zurückzuführen seien. Zugleich forderte sie die Beklagte zur Beseitigung der Mängel bis zum 31.07.2009 auf und wies darauf hin, dass sie anderenfalls die Mängel auf Kosten der Beklagten beseitigen lasse.

Nachdem die Beklagte die Mängelrüge zurückgewiesen hatte, beauftragte die Klägerin den Streithelfer zu 2) (Geotechnisches Büro N.. M...) mit der Überprüfung und der Gutachtenerstellung. Der Streithelfer zu 2) erstellte zwei Gutachten vom 19.11.2009 und 27.01.2010 (Anlagen K 4 und 5), in welchen er zu den festgestellten Mängeln, Mangelursachen und Folgeschäden sowie den erforderlichen Sanierungsarbeiten Ausführungen machte. Auf Grundlage dieser Feststellungen wurde im Folgenden die Sanierung ausgeführt. Dabei führte die Beklagte die zu ihrem damaligen Gewerk gehörenden Arbeiten selbst aus. Die Klägerin nahm weitere Vor- und Nacharbeiten entweder selbst vor oder ließ sie durch Drittfirmen ausführen. Die Sanierungsarbeiten dauerten vom 18.09. bis zum 22.10.2009.

Der Erfolg der Sanierung und die Frage, ob nach der Sanierung Mängel vorliegen und welche Ursachen diese

haben, ist streitig und Gegenstand des zwischen der Streithelferin zu 7) und der hiesigen Klägerin bei dem Landgericht Krefeld geführten Parallelverfahrens 5 O 482/13.

Mit Schreiben vom 29.01.2010 (Anlage K 8, Bl. 69) forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung von 47.474,21 € binnen 20 Werktagen auf und setzte unter dem 26.02.2010 eine Nachfrist von zehn Tagen. Grundlage der Schadensberechnung war die als Anlage K 6 (Bl. 65) zur Akte gereichte Kostenaufstellung der Klägerin. Die Streithelferin zu 7) nahm die Klägerin mit Schreiben vom 11.03.2010 (Anlage K 10, Bl. 72f.) auf Zahlung eines Mietausfalls in Höhe von 37.555,86 € in Anspruch. Dieses Schreiben leitete die Klägerin am 18.03.2010 (Anlage K 11, Bl. 74) an die Beklagte weiter und forderte die Zahlung der Gesamtforderung bis zum 01.04.2010.

Die Klägerin hat behauptet, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft seien. Die Schottertragschicht habe nicht der geforderten Stärke von 0,67 m entsprochen. So habe die Schottertragschicht meist nur eine Dicke zwischen 0,3 m und 0,33 m gehabt. An der Übergangsstelle von Bauabschnitt 1 zu Bauabschnitt 2 habe diese sogar null aufgewiesen. Ferner habe die Beklagte minderwertiges und ungeeignetes Material eingebaut, das andere Materialeigenschaften, eine unzureichende Gleichmäßigkeit und eine unzureichende Bruchfestigkeit besessen habe. Zudem habe die Beklagte die vorzunehmenden Verdichtungskontrollen nicht ausreichend durchgeführt. Dies sei ursächlich für die aufgetretenen Setzungen sowie für die an den Betonschwellen entstandenen Schäden gewesen. Ferner sei es hierdurch auch zu einer zusätzlichen Setzung der Kranbahnschwellen gekommen. Die von der Beklagten behaupteten Planungsfehler habe es ebenso wenig gegeben wie eine Bedenkenanzeige der Beklagten. Etwaige weitere Ursachen für die Setzungen seien für ihren Zahlungsanspruch unerheblich, da sie lediglich den Nacherfüllungsaufwand geltend mache. Dieser bestehe unabhängig von weiteren denkbaren Ursachen.

Für die Sanierung seien ihr Kosten von insgesamt 47.447,21 € netto entstanden, diese Kosten beträfen ausschließlich die Mängelbeseitigung. Ferner sei der Streithelferin zu 7) ein Mietausfallschaden in Höhe von 37.555,86 € während der Mängelbeseitigungsarbeiten entstanden. Der Kran habe an 34 Kalendertagen nicht genutzt werden können, weshalb der Streithelferin zu 7) insofern Mieteinnahmen in dieser Höhe entgangen seien.

Ursache für die streitgegenständlichen Setzungen seien ausschließlich die Ausführungsfehler der Beklagten, dagegen nicht eine etwaige ungenügende bauvorbereitende Baugrunduntersuchung, mangelhafte Planung oder Missachtung einer angeblichen Bedenkenanmeldung durch sie. Hätte die Beklagte entsprechend der Vorgaben des Zeugen M... die Verdichtungskontrollen durchgeführt, hätte sie Veranlassung gehabt, eine Bodenprüfung durchzuführen und einen Bodenaustausch vorzunehmen.

Die Streithelfer zu 2) – 6) haben sich ebenfalls im Wesentlichen darauf berufen, dass es nicht nur bei der Erstaussführung der Beklagten zu erheblichen Ausführungsfehlern gekommen sei, sondern auch die Leistungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Sanierung mangelhaft gewesen seien. Der Ausführungsmanager sei zumindest mitursächlich für die Setzungen gewesen. Die Streithelferin zu 7) hat geltend gemacht, die Beklagte habe mangelhaftes Material verbaut; der von den Streithelfern zu 2) – 6) vorgegebene Bodenaustausch sei unzureichend gewesen; diese hätte eine Prüf- und Hinweispflicht getroffen, die bei Annahme ungeprüfter Werte verletzt sei; jedenfalls hätten sowohl die Klägerin als auch die Streithelfer zu 2) – 6) die präzisen Werte für die Radlasten spätestens im September 2008 gekannt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. ihr 47.447,21 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen,

2. weitere 37.555,86 € als Mietausfallschaden „P...-K...“ an die H... K... GmbH & Co.KG, O...straße, ..K..., Konto-Nr. zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Die Streithelfer zu 2) bis 7) haben sich diesen Anträgen angeschlossen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Streithelfer zu 1) hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte hat behauptet, dass sie für etwaige Mängel oder Schäden nicht verantwortlich sei. Ursache der

Setzungen seien die ungenügende bauvorbereitende Baugrunduntersuchung, die entsprechend mangelhafte Planung sowie die Missachtung ihrer schriftlichen Bedenkenanmeldung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B betreffend die Drainage gewesen. Mangels frühzeitiger Baugrunduntersuchung durch die Klägerin sei nicht erkennbar gewesen, dass sich unterhalb des Grundplanniveaus eine Lehmlinse im Boden befunden habe. Dies habe auch während der Bauausführung nicht festgestellt werden können. Sie habe ohne Kenntnis dieses Umstandes die Arbeiten begonnen. Die auftragsgemäß geforderten Werte für die Verdichtung seien deutlich überschritten worden. Auch sei der eingebrachte Baustoff vertragsgerecht und geeignet gewesen, insbesondere habe das angelieferte und verbaute Material den vertraglichen Vorgaben und den erforderlichen bauphysikalischen Eigenschaften entsprochen. Schadensursächlich sei im Übrigen ein anderer Umstand gewesen, nämlich dass die Klägerin angeordnet habe, dass Drainagerohre seitlich der Krangleisschwellen in einem Abstand von jeweils 3 Meter eingebaut werden sollten, die als Entwässerung dienen sollten. Dies habe sie für bedenklich gehalten und deswegen entsprechend Meldung gemacht. Auch sei als Mitursache zu berücksichtigen, dass die Betonschwellen im ersten Bauabschnitt versetzt angeordnet worden seien, im zweiten Bauabschnitt mittig. Jedenfalls wäre der Schaden nicht entstanden, wenn die Klägerin ihre Bedenken nicht ignoriert hätte.

Soweit es die geltend gemachten Kosten anbelange, handele es sich zu einem erheblichen Teil um Sowiesokosten, die bei frühzeitiger Bodenuntersuchung und korrekter Planung der Klägerin ohnehin entstanden wären. Die geltend gemachte Kranmiete sei weder üblich noch angemessen. Ihr selbst seien im Rahmen der von ihr ausgeführten Sanierungsarbeiten Kosten in Höhe von 17.300,20 € entstanden.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung zweier schriftlicher Sachverständigengutachten sowie einer ergänzenden mündlichen Anhörung des Sachverständigen gemäß Beweisbeschlüssen vom 30.08.2011, 18.03.2013, 30.08.2013 sowie 18.02.2016, wegen deren konkreten Inhalts auf Bl. 214 ff., Bl. 734 ff., Bl. 873 und Bl. 1443 ff. verwiesen wird. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. F... vom 29.09.2012 (Bl. 407 ff.), das Sitzungsprotokoll vom 14.05.2013 (Bl. 773 ff.), das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. Fe... vom 10.07.2015 (Bl. 1092 ff.) und das Sitzungsprotokoll vom 14.04.2016 (Bl. 1495 ff.) Bezug genommen.

Mit Urteil vom 06.09.2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Klägerin habe bereits dem Grunde nach keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz von Sanierungskosten in Höhe von 47.447,21 €, und zwar weder als Schadensersatz aus § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B noch als Aufwendungsersatz aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe nämlich nicht fest, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft gewesen seien. Die beweisbelastete Klägerin habe nicht bewiesen, dass die von der Beklagten nachverdichtete Baugrundsohle nicht die geforderte Tragfähigkeit aufgewiesen habe. Der Sachverständige Dr. F.... habe hierzu keine Aussage mehr treffen können, weil eine später festgestellte unzureichende Tragfähigkeit keinen Rückschluss auf die ursprüngliche Situation zulasse; durch Wassereinwirkung könne sich dieser Zustand verändert haben.

Ferner sei nicht bewiesen, dass das von der Beklagten eingebaute RC-Material mangelhaft und ungeeignet gewesen sei. Vielmehr habe der Sachverständige Dr. F.... angeführt, dass das Material für die Verwendung geeignet gewesen sei; eine geringfügige Überschreitung des zulässigen Feinkornanteils falle nicht ins Gewicht; im Übrigen habe die Materialzusammensetzung allenfalls untergeordnete Bedeutung; dass ein anderes Material als ausgeschrieben verwandt worden sei, sei insoweit ohne Einfluss. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lasse sich auch nicht feststellen, dass die Schottertragschicht nicht ausreichend verdichtet gewesen sei. Dies habe der Sachverständige Dr. F.... nicht sicher feststellen können, weil die Tragschicht durch den nachträglichen Einbau der Drainage vermutlich wieder aufgelockert worden sei.

Zwar ergebe sich nach den Ausführungen des Sachverständigen, dass die eingebrachte Schotterschicht nicht stark genug gewesen sei, was einen wesentlichen Mangel begründen würde. Allerdings sehe das Gericht den Beweis dennoch als nicht geführt an, weil die Feststellungen des Sachverständigen sich auf einen Zeitpunkt nach der Sanierung bezogen hätten. Eine weitere Aufklärung sei nicht erforderlich. Der Mangel müsse nämlich auch zu einem Schaden an der baulichen Anlage geführt haben. Es fehle insoweit an der Ursächlichkeit der zu geringen Schotterschicht für den eingetretenen Schaden. Die Beweisaufnahme habe diese Kausalität nicht mit der erforderlichen Sicherheit ergeben. Zwar habe der Sachverständige Dr. F.... angegeben, dass eine Ursache für die eingetretenen Verschiebungen in

der ungleichen Ausführung der Tragschicht liege. Wegen der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... lasse sich diese Kausalität aber nicht mit der entsprechenden Sicherheit feststellen. Der Sachverständige Dr. Fe.... habe nämlich angeführt, dass die in Auftrag gegebenen und ausgeschriebenen Leistungen nicht geeignet gewesen seien, eine Vertikalverschiebung zuverlässig zu verhindern. Der Sachverständige Dr. Fe.... habe in diesem Zusammenhang überzeugend ausgeführt, dass der ursprünglich entsprechend dem Auftrag vom 08.05.2008 vorgesehene Bodenaustausch, der Unterbau und die Krangleiskonstruktion die Setzungen nicht verhindert hätten. Durch die von der Klägerin am 08.05.2008 in Auftrag gegebenen und zuvor ausgeschriebenen Leistungen seien bereits kein ausreichend tiefer Bodenaustausch oder andere baugrundstabilisierende Maßnahmen beauftragt worden. Aus diesem Grunde hätten auch bei vertragsgerechter Ausführung der beauftragten Leistungen durch die Beklagte die Setzungen, die insbesondere auf den tiefen Baugrund zurückzuführen seien, nicht verhindert werden können. Insofern stehe fest, dass es auch dann, wenn die Beklagte die Schottertragschicht vertragsgemäß entsprechend den Vorgaben des von der Klägerin erstellten Leistungsverzeichnisses erbracht hätte, zu Verformungen und Setzungen gekommen wäre. Insofern sei es auch ohne Belang, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... nicht auszuschließen sei, dass das verwandte Material nicht der Ausschreibung entsprochen habe.

Eine Haftung der Beklagten sei selbst dann ausgeschlossen, wenn man dennoch eine Mitursächlichkeit der unzureichenden Schottertragschicht annehme und ein Verschulden der Beklagten bejahe. Jedenfalls sei eine Haftung der Beklagten wegen eines überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin ausgeschlossen, da diese als das Leistungsverzeichnis erstellendes Fachunternehmen für den nicht ausreichend tiefen Bauaushub und die fehlenden ausreichenden bodenstabilisierenden Maßnahmen verantwortlich sei. Eine Haftung der Beklagten für den Mietausfallschaden bestehe ebenfalls nicht. Dabei könne dahinstehen, ob die Klägerin zur Geltendmachung des Anspruches der Streithelferin zu 7) berechtigt sei. Denn auch dieser Anspruch scheitere daran, dass kein Mangel nachgewiesen sei, jedenfalls dessen Kausalität nicht festgestellt werden könne und letztlich ein haftungsausschließendes Mitverschulden der Klägerin vorliege.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie verfolgt ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiter.

Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe die Feststellungen des Sachverständigen Dr. F.... falsch gewertet. Dieser habe ausgeführt, dass eine unzureichende Tragfähigkeit vorliege, diese aber von drainagebedingten Wasseransammlungen unterhalb der Anschlusssohle negativ beeinträchtigt sein könne. Dies könne die Beklagte nicht entlasten, da diese Drainage Teil ihrer Leistungen gewesen sei. Das Schreiben der Beklagten vom 30.04.2008 (Bl. 124) habe sie nicht erhalten. Ferner habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass die von der Beklagten eingebauten Materialien ein unterschiedliches Korngerüst aufgewiesen hätten und schon deshalb mangelhaft gewesen seien, weil sie nicht der vertraglichen Vereinbarung entsprochen hätten. Soweit das Landgericht angenommen habe, die unzureichende Schottertragschicht sei erst nach Durchführung der Sanierungsarbeiten vorgefunden worden, sei dies nicht richtig. Der Sachverständige habe bei seinen Ausführungen auf die Dokumentation der Streithelferin zu 2) vom 19.11.2009 und die dort enthaltenen Fotos Bezug genommen. Diese Fotos stammten aber nicht vom 19.11.2009, was in der Tat nach den Sanierungsarbeiten gewesen wäre, sondern bereits vom 24.09.2009, als Schürfe zur Entnahme von Probenmaterial erstellt worden seien. Die Beweisaufnahme habe entsprechend ergeben, dass die Beklagte eine zu geringe Schottertragschicht hergestellt habe. Ferner stimme es nicht, dass es Voraussetzung für ihren Anspruch sei, dass ein schuldhaft verursachter Schaden an der baulichen Anlage eingetreten sei. Voraussetzung sei allein ein Mangel, für den ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik ausreichend sei. Hier bestehe ein Mangel schon darin, dass die Tragschicht zu dünn und nicht durchgängig aus dem vorgegebenen Schotter errichtet worden sei. Ob dieser Mangel für die Setzungen (allein) ursächlich gewesen sei, sei hingegen unerheblich. Da der Anspruch verschuldensunabhängig sei, komme auch ein überwiegendes Mitverschulden ihrerseits nicht in Betracht. Das Landgericht hätte weiter zur Höhe Beweis erheben müssen, wobei die Voraussetzungen des §§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vorlägen. Zur Beseitigung der Schäden seien 47.447,21 € erforderlich gewesen. Hierdurch seien die festgestellten Schäden beseitigt worden.

Auch den Mietausfallschaden habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft nicht zuerkannt. Die unzureichende Dicke der Schottertragschicht sei jedenfalls für das Absacken der Kranschinen mitursächlich und schuldhaft von der Beklagten verursacht worden. Zum zu ersetzenden Schaden zähle auch der Mietausfall. Wegen des Ausfalls des Krans (34 Kalendertage) seien

der Streithelferin zu 7) Mietausfälle in Höhe von 37.555,86 € entstanden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Krefeld vom 06.09.2016, Az. 12 U 33/10,

aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen,

1. ihr 47.447,21 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem

Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen,

2. weitere 37.555,86 € als Mietausfallschaden „P... K...“ an die H... K... GmbH & Co. KG, O...straße, .. Krefeld, – IBAN.... – zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Die Streithelfer zu 2) bis 7) schließen sich dem Antrag der Klägerin an.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe zutreffend die Haftung dem Grunde nach verneint. Der Sachverständige Dr. F.... habe eine unzureichende Tragfähigkeit der von ihr eingebrachten Schottertragschicht nicht bejaht, sondern mitgeteilt, dass diese durch drainagebedingte Wasseransammlungen negativ beeinträchtigt worden sei. Hierfür sei sie nicht verantwortlich. Sie habe zudem Bedenken angemeldet. Sie habe kein mangelhaftes Material verwandt. Eine eventuell geringfügige Überschreitung des zulässigen Feinkornanteils sei nicht relevant. Das Abflachen der Schottertragschicht zum Bauabschnitt 2 hin habe der Sachverständige nicht auf die Ursprungsleistung der Beklagten zurückführen können. Der Sachverständige habe wegen der erfolgten Sanierung die Verhältnisse nicht mehr selbst feststellen können. Außerdem habe der Sachverständige in seiner Anhörung klargestellt, dass die Fotos sich auf den Zustand nach der Sanierung bezogen hätten. Dass die Fotos den Zustand vor der Sanierung zeigten, werde bestritten. Zudem müsse der Sachverständige seine Feststellungen selbst vor Ort treffen und nicht anhand irgendwelcher Fotos. Unzureichende Tragfähigkeitskontrollen könnten ihr nicht vorgeworfen werden. Sie habe bereits erstinstanzlich umfassend zu den vom

Streithelfer zu 1) durchgeführten Untersuchungen vorgetragen gehabt. Im Übrigen sei ein eventueller Mangel nicht kausal für den geltend gemachten Schaden. Vielmehr seien die von der Klägerin in Auftrag gegebenen und ausgeschriebenen Leistungen von Anfang an nicht geeignet gewesen, die eingetretenen Setzungen und Vertikalverschiebungen zu verhindern. Die Ursache für die ersten Setzungen sowie die nach der im Jahr 2009 erfolgten Sanierung eingetretenen neuen Setzungen liege in den tieferen Bodenschichten unterhalb des Aushubbereichs. So befänden sich im Lasteneintragsbereich der Kranbahn Zwischenlagen und Linsen, deren Setzungspotential nur bei einem mehrere Meter tiefen Bodenaushub hätte beseitigt werden können. Insgesamt seien bei der Planung die Horizontallasten nicht ausreichend berücksichtigt worden. Nur so sei zu erklären, dass nach der Sanierung der gleiche Verformungsvorgang zu beobachten gewesen sei.

Hinsichtlich der ihr selbst im Rahmen der Sanierung entstandenen Kosten in Höhe von 17.300,20 € (Aufstellung Bl. 2047i) erkläre sie in Höhe des der Klägerin anzulastenden Mitverschuldensanteils die Aufrechnung.

Der Senat hat Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der Sitzung vom 13.06.2017, das Gutachten des Sachverständigen Dr. Fe.... vom 06.06.2018 und seine Anhörung am 11.12.2018.

In dem auf den 26.02.2019 bestimmten Verhandlungstermin ist die Beklagte säumig geblieben. Der Klägervertreter hat beantragt, nach Lage der Akten zu entscheiden.

II.

Die zulässige Berufung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte Zahlungsansprüche in Höhe von 20.757,45 € (Antrag zu 1) sowie weiterer 28.166,90 € (Antrag zu 2).

1.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 20.757,45 € aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VOB/B (wegen des Vertragsschlusses der Parteien im Jahr 2008 in der in diesem Jahr geltenden Fassung, die auch im Folgenden jeweils gemeint ist).

Die Parteien haben einen Werkvertrag geschlossen, wonach die Beklagte für die Klägerin im Bauabschnitt I Erd-, Betonschneide- und Abbrucharbeiten ausführen und nachträglich eine Drainage einbringen sollte. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart.

1.1

Das Werk der Beklagten war mangelhaft. Ein Werk ist gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B mangelfrei, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht bzw., wenn keine Beschaffenheit vereinbart ist, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit aufweist, sonst sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werkes verlangen kann. Vorliegend ergeben sich die Mängel der Leistung der Beklagten aus der fehlerhaften Drainage, einer unzureichenden Tragfähigkeitsuntersuchung sowie einer zu geringen Schottertragschicht. Im Einzelnen:

1.1.1

Die Mangelhaftigkeit der Drainage folgt aus ihrer Ausführung als Querdrainage. Aufgrund dieser Querdrainage wurde Wasser in den zur Erzielung der notwendigen Tragfähigkeit verdichteten Untergrund geleitet mit der Folge, dass die Stabilität des Bodens geschwächt wurde. Hierdurch eignete sich das Werk der Beklagten nicht für die vorausgesetzte und übliche Verwendung, nämlich dazu, das Wasser sicher abzuleiten. Zusätzlich führte dies auch dazu, dass die von der Beklagten ausgeführten Erdarbeiten nicht die erforderliche dauerhafte Stabilität und Tragfähigkeit aufweisen konnten. Dies haben beide Sachverständige in ihren Gutachten bestätigt (Dr. F....: Bl. 440; Dr. Fe....: Bl. 1111).

Die Beklagte kann sich diesem Mangel gegenüber auch nicht darauf berufen, dass ihr die Ausführung der Drainage als Querdrainage von der Klägerin vorgegeben wurde. Gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B setzt eine Haftung des Auftragnehmers voraus, dass das Werk des Unternehmers mangelhaft ist. Der Unternehmer haftet, dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung folgend, auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist. Sodann wird als Ausnahme von diesem Grundsatz der Befreiungstatbestand formuliert

(BGH, Urteil vom 14. März 1996 - VII ZR 34/95, BGHZ 132, 189, 192; BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316 = NZBau 2005, 456 = ZfBR 2005, 667; Kapellmann/Messerschmidt-Weyer, VOB, § 13 Rdn. 59). Der Auftragnehmer haftet nicht, wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Der Auftragnehmer haftet demnach trotz eines Mangels seiner Leistung nicht, wenn er Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitgeteilt hat. Diese Regelungen in § 13 Nr. 3 und § 4 Nr. 3 VOB/B sind eine Konkretisierung von Treu und Glauben, die über den Anwendungsbereich der VOB/B hinaus im Grundsatz auch für den Bauvertrag gelten (vergleiche: Urteil des Senats vom 24. März 2015 – I-21 U 62/14 –, BGH, Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05 –, BGHZ 174, 110-126; BGH, Urteil vom 29.9.2011 - VII ZR 87/11, alle zitiert nach juris).

Die Beklagte hat nicht beweisen können, dass sie ihrer Pflicht aus § 13 Nr. 3 VOB/B zur Prüfung und Bedenkenanmeldung nachgekommen ist. Da der Beklagten bereits nach ihrem eigenen Vortrag (berechtigte) Bedenken gegen die Art der Ausführung gekommen sind, war sie verpflichtet, diese bei der Klägerin anzumelden. Soweit die Beklagte behauptet, dass sie der Klägerin die schriftliche Bedenkenanzeige wie Blatt 124 der Akte übergeben habe, hat sie den Zugang dieses Schriftstücks nicht beweisen können (zur Beweislast vgl. BGH, Urteil vom 04.06.1973 VII ZR 112/71, BGH, Urteil vom 29.11.1973 VII ZR 179 / 71, Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Auflage, Teil B § 4 Abs. 3, Rn. 20).

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme ist der Senat nicht davon überzeugt, dass der Klägerin eine schriftliche Bedenkenanzeige zugegangen ist. Bereits der Geschäftsführer der Beklagten hat in seiner Anhörung nicht bestätigen können, dass eine schriftliche Bedenkenanzeige unmittelbar übergeben wurde. Er hat vielmehr ausgeführt, dass es zunächst zu einem Gespräch zwischen ihm und der Zeugin S... als Bauleiterin der Klägerin gekommen sei. Er habe der Zeugin S... gegenüber erklärt, dass er die vorgegebene Verlegung der Drainagerohre für fachlich nicht in Ordnung halte. Er habe sie darauf hingewiesen, dass durch die nachträgliche Verlegung der Rohre der Untergrund wieder aufgelockert werde und auch das Ableiten des Wassers in dieser Form fehlerhaft sei. Frau S... habe dennoch an der vorgegebenen Ausführungsart festgehalten. Am

gleichen Abend habe er die vorgelegte schriftliche Bedenkenmitteilung verfasst und per Post abgeschickt. Er habe diese nicht persönlich abgegeben. Der Zeuge D... hat in seiner Aussage ein derartiges Gespräch auf der Baustelle bestätigt, zur Versendung der schriftlichen Bedenkenanzeige konnte er aus eigener Wahrnehmung aber keine Angaben machen. Die Zeugin S... hatte keine sicheren Erinnerungen an den Vorgang und konnte weder bestätigen noch ausschließen, dass es eine Bedenkenmitteilung gegeben hat. Der Zeuge L... gab an, dass ihm als Polier der Klägerin nichts von einer solchen Bedenkenmitteilung bekannt geworden sei. Der Zeuge S... konnte zur Frage der Bedenkenanmeldung keine Angaben machen. Insgesamt waren die Aussagen der Zeugen daher zu der maßgeblichen Frage, ob der Klägerin eine schriftliche Bedenkenanzeige zugegangen ist, unergiebig. Die Beklagte ist insoweit beweisfällig geblieben.

Der Zugang einer solchen schriftlichen Bedenkenanzeige war vorliegend aber erforderlich, da ausweislich der Darlegungen des Geschäftsführers der Beklagten und des Zeugen D... die Bauleiterin der Klägerin trotz mündlichen Hinweises auf die Bedenken auf der Ausführung der Drainage bestanden haben soll, ohne hierfür eine Erklärung zu geben. In diesem Fall muss der Unternehmer noch einmal eindrücklich auf bestehende Gefahren und die Folgen der Nichtbeachtung der Bedenken hinweisen, insbesondere auch durch eine schriftliche Anzeige, damit dem Bauherrn diese Gefahren konkret vor Augen geführt werden.

Die fehlende Bedenkenanmeldung führt bezüglich dieser Mangelursache (fehlerhafte Drainage) allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung der Beklagten. Der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens gilt auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung (BGH, Urteil vom 18.12.1980 – VII ZR 43/80 –, zitiert nach juris). Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziffer 1.4.1 verwiesen.

1.1.2

Die Leistung der Beklagten ist weiter wegen der unzureichenden Tragfähigkeit der Ausschachtungssohle als mangelhaft anzusehen.

Nach den Feststellungen der Sachverständigen ist davon auszugehen, dass der Untergrund für das zu erstellende Gewerk nicht hinreichend tragfähig war. So hat der Sachverständige Dr. F... ausgeführt, dass eine Ursache für die Setzungen Probleme im Untergrund ge-

wesen seien. Das vom Sachverständigenbüro M... erstellte Baugrundgutachten sei zunächst in Ordnung gewesen, da es den gültigen Standards entsprochen habe. Die Ausführungsplanung habe sich daher hieran ausrichten dürfen. Die mangelnde Tragfähigkeit des Unterbodens bei Antreffen von Kies / Sand könne optisch nicht immer erkannt werden und letztlich nur durch auf der Grabensohle ausgeführte Plattendruckversuche festgestellt werden. Verdichtungskontrollen auf der Schottertragschicht seien nicht geeignet, belastbare Erkenntnisse über die Tragfähigkeit des Untergrunds zu liefern.

Die Beklagte hat diese von ihr geschuldeten Untersuchungen nicht ausreichend durchgeführt. Ausweislich der Stellungnahme des Büros M... vom 28.04.2008 (Bl. 400) können nur zwei von der Beklagten ausgeführte Tragfähigkeitsuntersuchungen auf der Grabensohle nachvollzogen werden, welche beide im Anfangsbereich der Grube durchgeführt wurden. In dem von den Senkungen besonders betroffenen Bereich haben danach keinerlei Untersuchungen stattgefunden. Weitere Versuche wurden von der Beklagten zwar pauschal behauptet, aber auch auf den ausdrücklichen Hinweis des Senats nicht substantiiert dargelegt. Die Beklagte ist damit ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen.

Der Senat ist davon überzeugt, dass bei einer solchen Untersuchung jedenfalls die unmittelbar an die Sohle angrenzende Lehmlinse, welche im Rahmen der ersten Sanierung bearbeitet wurde, hätte entdeckt werden können.

Ein Mitverschuldensanteil der Klägerin ist hinsichtlich dieses Mangels nicht ersichtlich.

1.1.3

Bezüglich der Dicke der Schottertragschicht ist der Senat davon überzeugt, dass die Beklagte im östlichen Bereich im Übergang zum 2. Bauabschnitt zu wenig Schotter eingebracht hatte.

Nach den vertraglichen Vereinbarungen schuldete die Beklagte den Einbau einer 0,70 m starken Schotter-schicht. Tatsächlich kamen in vielen Bereichen nur bis zu ca. 0,40 m zur Ausführung, im östlichen Übergangsbereich zum zweiten Bauabschnitt lief die Schotter-schicht auf einer Länge von 1,5 bis 2 m auf 0 m aus.

Der Senat stützt seine Feststellungen auf die Aussagen der sachverständigen Zeugen M... und Plate sowie das

Gutachten des Sachverständigen Dr. F..... Die Zeugen M... und Plate haben die von ihnen anlässlich der Sanierung durchgeführten Untersuchungen in den als Anlage K 4 (Bl. 35ff.) bzw. St 2 (Bl. 542ff.) vorgelegten Privatgutachten festgehalten. Auf diese Untersuchungen hat der Zeuge M... in seiner Vernehmung vom 13.06.2017 (Bl. 1910ff.) Bezug genommen und ausgeführt, dass anlässlich der Sanierung Untersuchungen des alten Untergrunds durchgeführt worden seien. Bei diesen Untersuchungen hätten er und sein Mitarbeiter bei zwei unterschiedlichen Schürfen im mittleren Bereich des Bauabschnitts Mächtigkeiten des RC Materials von 38-41 cm bzw. von 35 cm festgestellt. Im Rahmen der Ausschachtungsarbeiten sei dann im Übergang zum 2. Bauabschnitt auf einer Seite festgestellt worden, dass dort keine Schotterschicht vorhanden gewesen sei. Der Zeuge Plate hat diese Angaben in seiner Aussage bestätigt. Er habe die Werte der ersten zwei Schürfe nicht selbst ermittelt, diese aber so mitgeteilt bekommen. Das Auslaufen der Schotterschicht an der östlichen Seite könne er selbst bestätigen. Am westlichen Ende habe die Schotterschicht demgegenüber ca. 0,7 m betragen. Der Senat hat keinen Anlass, an diesen glaubhaften Angaben der Zeugen zu zweifeln. Diese haben ihre Angaben unter Bezugnahme auf die im Rahmen der Sanierung gefertigten Lichtbilder überzeugend erläutert. Der Sachverständige Dr. F.... hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 29.09.2012 (Bl. 407ff.) die vorherigen schriftlichen Ausführungen der Zeugen als überzeugend und anhand der Dokumentation für nachvollziehbar erklärt. Es kann daher festgestellt werden, dass die Beklagte in erheblichen Teilen des Bauabschnitts eine zu dünne Schotterschicht eingebaut hatte.

Auch hinsichtlich dieses Mangels ergeben sich keine Anhaltspunkte für ein Mitverschulden der Klägerin.

1.2

Eine Frist zur Mangelbeseitigung (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) wurde mit Schreiben vom 23.07.2009 (Anlage K 3) gesetzt. Nach Fristablauf sind Mangelbeseitigungsarbeiten durchgeführt worden, wobei die Beklagte die in ihren Bereich fallenden Arbeiten selbst ausgeführt hat. Damit hat sie deutlich gemacht, dass sie nicht willens und in der Lage war, die weiteren durchgeführten Arbeiten selbst zu übernehmen.

1.3

Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten sind in Höhe von 35.413,75 € als erforderlich anzusehen.

Die Mangelbeseitigung erforderte vorliegend den kompletten Rück- und Neubau des Krangleises inklusive Drainage. Die Klägerin hat die ihr hierfür entstandenen Eigen- und Fremdkosten in der als Anlage K 6 (Bl. 1849 f.) vorgelegten Aufstellung beziffert. Gegen die Ersatzfähigkeit der geltend gemachten Kosten kann nicht eingewandt werden, dass die aufgewandten Kosten nicht zur nachhaltigen Mangelbeseitigung geeignet waren, da diese bei weiteren Schäden im tieferen Untergrund letztlich noch einmal aufgewandt werden müssten. Erforderlich sind die Maßnahmen und die hieraus resultierenden Kosten, die der Besteller bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mangelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Erstattungsfähig sind hiernach auch die diejenigen Kosten, die für eine erfolglose oder sich später als unverhältnismäßig teuer herausstellende Mängelbeseitigung aufgewendet wurden (vergleiche Urteil des Senats vom 07. Juni 2011 – I-21 U 100/10 –, zitiert nach juris; Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB, 20. Auflage, Teil B, § 13 Abs. 5 Rn. 239). Für die Bewertung ist von der Sicht ex ante auszugehen. Vorliegend hat die Klägerin ein Sachverständigengutachten zur Frage der Ursache der Setzungen eingeholt. Da sie sich nach diesem gerichtet hat, durfte sie die entsprechenden Aufwendungen auch für erforderlich halten, zumal die Beklagte selbst an den Arbeiten ebenfalls beteiligt war.

Gedanklich ist daher strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Arbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mangelbeseitigung. Hier stehen zunächst nur die Mängel des Ausgangswerkes in Rede sowie die Kosten, die zu deren Beseitigung erforderlich waren bzw. von der Klägerin für erforderlich gehalten werden durften. Die Klägerin kann daher diejenigen Kosten ersetzt verlangen, die für die Mangelbeseitigung an der Drainage und der Schotterschicht sowie zur Herstellung eines tragfähigen Untergrundes erforderlich waren.

Zur Höhe der erforderlichen Kosten im Einzelnen:

1.3.1

Die unter Ziffer 1.1 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten in Höhe von insgesamt 431,72 € (385,70 € (Bl. 1852) + 46,02 € (Bl. 1853f.)) für die allgemeine Baustelleneinrichtung werden in voller Höhe berücksichtigt. Der Senat verkennt dabei nicht, dass aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... eine Vielzahl von Kürzungen an den insgesamt geltend gemachten Kosten vorzunehmen sind und der Sachverständige deshalb eine anteilige Kürzung auch der für die Baustelleneinrichtung angesetzten Kosten vornehmen will. Aus der Art der vorgenommenen Kürzungen kann vorliegend aber nicht gefolgert werden, dass die Klägerin gravierende zusätzliche Arbeiten im Verhältnis zur Mangelbeseitigung hat ausführen lassen. Vielmehr beruhen die Kürzungen im Wesentlichen auf überhöhten Massen oder zu hohen Einheitspreisen. Die Baustelleneinrichtung selbst war für die Mangelbeseitigung mithin erforderlich.

1.3.2

Von den unter Ziffer 1.2 der Anlage K 6 (Demontage Gleisschwellen / Schienen) abgerechneten Positionen ist ein Gesamtbetrag in Höhe von 6.941,76 € als erforderlich anzusehen.

Dieser Betrag errechnet sich aus den Kosten für einen Hydraulikkran in Höhe von 756,- € netto (Rechnung Bl. 1864), den Kosten für eine Vibrationsplatte in Höhe von 45,15 € (Rechnung Bl. 1866) sowie anteiligen Kosten in Höhe von 6.140,61 € aus der Rechnung der Firma G... (Bl. 1855). Die Beklagte hat die Kosten für Kran und Vibrationsplatte bereits nicht substantiiert bestritten. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die mit Rechnung der Firma G... abgerechneten Kosten in Höhe von 6.140,61 € erforderlich und angemessen sind. Der Senat legt entsprechend der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... folgende Rechnungspositionen zu Grunde:

Ziffer	Änderung gegenüber der Rechnung	Betrag
1.01		1.582,35 €
1.02		78,33 €
1.03	Nicht erforderliche Leistung	-
1.04	39,4 m zu 15,94 €/m	628,04 €
1.05		765,16 €
1.06		765,16 €
1.07	8 Schwellen zu 76,- €	608,00 €

1.08	39,4 m zu 32,71 €/m	1.288,77 €
1.09	Einheitspreis 141,60 €	424,80 €
		6.140,61 €

Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 06.06.2018 sowie seiner mündlichen Anhörung im Termin vom 11.12.2018 (Bl. 2197) überzeugend ausgeführt, dass die Arbeiten in diesem Umfang zur Mangelbeseitigung erforderlich waren. Zu den Ziffern 1.01 und 1.02 der Rechnung hat er die Leistungen der Baustelleneinrichtung sowie der Herstellung von Trennschnitten als erforderlich angesehen und die Preise für angemessen erachtet. Einwendungen wurden von den Parteien hierzu nicht erhoben. Zur Ziffer 1.03 hat der Sachverständige ausgeführt, dass ein Schälen von Schienenstößen nur dann als erforderlich anzusehen wäre, wenn die unter Ziffer 1.02 abgerechneten Trennschnitte tatsächlich am Schienenstoß ausgeführt worden seien. Dies sei weder erkennbar noch plausibel. Dem ist die Klägerin nicht entgegen getreten, die Position war daher zu kürzen. Hinsichtlich der Position 1.04 hat der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass für den Ausbau der alten Schienen nur eine Länge von 39,4 m statt der abgerechneten 48,7 m erforderlich gewesen sei. Für die Sanierung des ursprünglich 30 m langen Bauabschnitts sei der Ausbau von insgesamt 8 Schwellen mit einer Länge von je 4,8 Metern (insgesamt 38,4 m) erforderlich gewesen. Dies ergebe sich daraus, dass in dem Bauabschnitt selbst 6 Schwellen mit einer Länge von 28,8 Metern ($6 \cdot 4,8$ m) gelegen hätten. Für einen ordnungsgemäßen Anschluss an die angrenzenden Abschnitte sei der Ausbau jeweils einer weiteren Schwelle in den Anschlussbereichen erforderlich. Daher ergebe sich die Gesamtmenge von 8 Schwellen und damit eine Länge von 38,4 Metern. Darüber hinaus sei in beiden Übergangsbereichen ein Aufschlag von je 0,5 Metern gerechtfertigt, da die Schiene jeweils einige Dezimeter auf der liegen bleibenden Schwelle zu trennen gewesen sei. Insgesamt ergebe sich daher der von ihm angesetzte Wert von 39,4 Metern. Weitergehende Aufschläge seien nicht gerechtfertigt, der abgerechnete Preis von 15,94 €/m sei angemessen. Die Klägerin ist diesen Ausführungen des Sachverständigen nicht entgegen getreten. Die unter den Ziffern 1.05 und 1.06 abgerechneten Leistungen hat der Sachverständige unter der Prämisse als erforderlich angesehen, dass der Kranbetrieb fortgeführt worden sei. Hierfür habe er auf den Fotos Anhaltspunkte gesehen und die Kosten dementsprechend berücksichtigt. Dem ist die Beklagte nicht entgegen getreten. Hinsichtlich der Ziffern 1.07 und 1.08 ist der Senat aus den Gründen wie zur Ziffer 1.04 den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... gefolgt und hat eine Anzahl

von 8 Schwellen bzw. eine Länge von nur 39,4 Metern angesetzt. Zum Preis der unter Ziffer 1.07 abgerechneten Leistung hat der Sachverständige nachvollziehbar erläutert, dass der abgerechnete Preis von 208,49 € pro Stück für das Aufnehmen und Verlegen der vorhandenen Schienen in keinem Verhältnis zu dem bei der Herstellung des Bauabschnitts von der Klägerin angebotenen Preis von 225,99 € pro Stück für Lieferung und Einbau neuer Schienen stehe. In seiner mündlichen Anhörung hat der Sachverständige von diesem früheren Preis der Klägerin (225,99 €) Materialkosten (150,- €) in Abzug gebracht und dadurch einen Preis von 76,- € pro Stück für das Verlegen der alten Schienen ermittelt. Für die Ziffer 1.09 hat der Sachverständige den Einheitspreis nur bis zu einem Betrag von 141,60 € als noch angemessen angesehen. Einwendungen wurden hierzu nicht erhoben.

1.3.3

Für die unter Ziffer 2.1 der Anlage K 6 abgerechneten Eigenleistungen setzt der Senat einen Betrag in Höhe von 252,64 € an.

Die Klägerin hat nicht beweisen können, dass die von ihr geltend gemachten Arbeiten zur Herstellung der Sauberkeitsschicht die von ihr angesetzten Kosten in Höhe von 604,32 € (322,88 € + 281,44 €) verursacht haben. Der Sachverständige Dr. Fe.... hat hierzu ausgeführt, dass die Herstellung der Sauberkeitsschicht zwar erforderlich gewesen sei, dafür aber ein Zeitaufwand von 4 Stunden beim Einsatz von zwei Mitarbeitern ausgereicht hätte. Die Stundensätze seien mit nur 35,56 € und 27,60 € anzusetzen, da die Stundensätze der Klägerin überhöht seien. Es sei darüber hinaus nicht erforderlich gewesen, neben einem Werkspolier einen Spezialbaufacharbeiter für diese Arbeiten abzustellen. Ausreichend sei der Einsatz eines Fachwerkers gewesen. Insgesamt ergebe sich daher für diese Arbeiten eine berechtigte Forderung in Höhe von 252,64 € (142,24 € + 110,40 €). Die Klägerin hat gegen diese Ausführungen keine Einwendungen erhoben. Der Senat schließt sich daher diesen überzeugenden Ausführungen an.

Die Klägerin hat weiter nicht beweisen können, dass die mit einem Betrag in Höhe von 944,25 € (504,50 € + 439,75 €) abgerechneten Betonsanierungsarbeiten erforderlich gewesen sind. Der Sachverständige Dr. Fe.... hat hierzu ausgeführt, dass er den Umfang etwaiger Sanierungsarbeiten anhand der Aktenlage nicht beurteilen könne. Es sei zwar grundsätzlich vorstellbar, dass durch Demontage und Wiedereinbau Schäden an den

Schwellen auftreten könnten. Dies sei aber nicht abstrakt zu beurteilen. Daher könne die Position nicht als erforderlich angesehen werden. Die Klägerin hat hierzu keine weitere Stellungnahme abgegeben; der Senat konnte diese Position daher nicht berücksichtigen.

1.3.4

Für die unter Ziffer 2.2 der Anlage K 6 abgerechneten Fremdleistungen setzt der Senat einen Betrag in Höhe von insgesamt 7.175,17 € an. Dieser Betrag setzt sich aus den folgenden Einzelpositionen zusammen:

	Betrag	Beleg
Stahlbetonplatte, HSB Bau 1870	2.421,32 €	Bl.
Beton Sauberkeitsschicht 1872	316,25 €	Bl.
Beton Bodenplatte 1873	2.691,00 €	Bl.
Entwässerungssiebe 1879	101,92 €	Bl.
Drainagewinkel 1880	58,64 €	Bl.
Baustahlmatten 1881ff.	1.473,72 €	Bl.
4 Baustahlmatten 1884	112,32 €	Bl.
	7.175,17 €	

Der Sachverständige hat die abgerechneten Leistungen sämtlich als erforderlich angesehen und die Kosten als angemessen erachtet. Substantiierte Einwendungen wurden von den Parteien hierzu nicht erhoben. Soweit der Sachverständige die Rechnung der J... K... KG vom 23.10.2009 (Bl. 1873) mit einem Betrag von 2.591,00 € angesetzt hat, beruht dies ersichtlich auf der schlecht lesbaren Kopie. Von der Klägerin vorgetragen ist ein Betrag von 2.691,00 €, welcher sich auch als Summe der Einzelpositionen ergibt.

1.3.5

Die unter Ziffer 2.3 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten in Höhe von 508,76 € (Bl. 1885) für die Verlegung eines Fundamenters wurden von der Beklagten nicht substantiiert bestritten und sind als erforderliche Mängelbeseitigungskosten zu berücksichtigen.

1.3.6

Die unter Ziffer 2.4 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten in Höhe von 320,45 € (Bl. 1889) für die Herstellung

von Sollrissfugen hat der Sachverständige Dr. Fe.... in seinem Gutachten als erforderlich bestätigt. Einwendungen gegen diese Feststellungen des Sachverständigen hat die Beklagte nicht erhoben. Die Kosten werden daher berücksichtigt.

1.3.7

Für die unter Ziffer 2.5 der Anlage K 6 abgerechneten Pflasterarbeiten sind Kosten in Höhe von 10.196,18 € als für die Mängelbeseitigung erforderlich anzusehen.

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass von den mit der Rechnung der Firma S... & V... abgerechneten Kosten in Höhe von 18.448,02 (Bl. 1891 ff.) ein Anteil von 10.196,18 € für die durchgeführte Mängelbeseitigung erforderlich war. Der Senat legt entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... folgende Rechnungspositionen zu Grunde:

Ziffer	Änderung gegenüber der Rechnung	Betrag
01	Nicht erforderlich	0,- €
02	76,80 lfm zu 9,80 €/m	752,64 €
03	76,80 lfm zu 9,60 €/m	737,28 €
04	84,80 lfm zu 5,60 €/m	474,88 €
05		119,20 €
06		15,60 €
07		103,20 €
08	Zusätzliche Leistung	0,- €
09	76,80 lfm zu 29,- €/m	2.227,20 €
10	115,20 m² zu 13,80 €/m²	
	115,20 m² zu 6,90 €/m²	2.384,64 €
11	Nicht erforderlich	0,- €
12	78 lfm zu 20,83 €/m	1.624,74 €
13/14	115,20 m² zu 15,25 €/m²	1.756,80 €
15	Nicht erforderlich	0,- €
16	Nicht erforderlich	0,- €
		10.196,18 €

Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 06.06.2018 sowie seiner mündlichen Anhörung im Termin vom 11.12.2018 (Bl. 2197) überzeugend ausgeführt, dass die Arbeiten in diesem Umfang zur Mängelbeseitigung erforderlich waren.

Die unter Ziffer 01 der Rechnung S... & V.... abgerechnete Räumung der Bearbeitungsfläche kann insgesamt keine Berücksichtigung finden. Der Sachverständige Dr. Fe.... hat in seinem schriftlichen Gutachten zutreffend darauf hingewiesen, dass die Notwendigkeit einer solchen Räumung nicht nachvollziehbar sei. Dies gilt

insbesondere unter Berücksichtigung des von der Klägerin dargelegten Bauablaufs. Danach begann die Firma S... & V.... erst nach den von der Beklagten und der Klägerin selbst ausgeführten Eigenleistungen sowie dem Einbau des Kranbahngleises. Insoweit wird Bezug genommen auf die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 11.12.2018. Aus welchem Grund zu diesem Zeitpunkt eine gesondert abzurechnende Räumung erforderlich gewesen sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Insoweit könnte es sich dann allenfalls um verbliebene Materialien der Vorarbeiten gehandelt haben, welche von den beteiligten Unternehmen hätten entfernt werden müssen.

Zu den in den Ziffern 02 bis 04 vorgenommenen Kürzungen hat der Sachverständige insbesondere im Rahmen seiner mündlichen Anhörungen seine Berechnungen nachvollziehbar erläutert. Danach genügte für die Sanierung der Drainage die Bearbeitung einer Länge von insgesamt 76,80 m für zwei Drainagerohre. Soweit die Klägerin die Ansicht vertritt, auf beiden Seiten sei für jedes Rohr ein zusätzlicher Übergangsbereich von 75 cm zu berücksichtigen und daher eine Mehrlänge von 3 m zu berechnen, hat der Sachverständige dies für überflüssig erachtet. Unter Bezugnahme auf die seiner Ansicht nach auszutauschenden 8 Schwellen (= 38,4 m, s.o. Ziffer 1.4.2) erläutert er, dass insoweit bereits an jedem Ende eine Schwellenlänge im Bereich des Übergangs zusätzlich berücksichtigt worden sei. Der engere Sanierungsbereich habe nur die Länge von 6 Schwellen betroffen, dies gelte auch für die Drainage. Die Erforderlichkeit der zusätzlichen Schwellen habe darauf beruht, dass bei einer Bodensanierung nicht exakt bis an eine Grenze herangearbeitet werden könne. Werde der Boden bis zum Ende einer Schwelle ausgehoben, sacke zwangsläufig die angrenzende Schwelle ab und müsse ebenfalls ausgebaut werden. Die Länge dieser zusätzlichen Schwelle genüge aber dann problemlos, um die parallel verlaufenden Drainagen ordnungsgemäß einzubauen. Ein weiterer Übergangsbereich sei nicht erforderlich, die abgerechneten 3 zusätzlichen Meter seien daher nicht zu berücksichtigen. Für die Position 04 (Rohre) seien ebenfalls nur die 3 m zu kürzen. Soweit die Position damit umfangreicher ausfalle als die Positionen 02 und 03, beruhe dies auf den Querverbindungen der Drainageleitungen zum Gleis. Der Senat schließt sich dieser umfassend erläuterten Begründung des Sachverständigen an.

Zu den Ziffern 05 bis 07 hat der Sachverständige die Leistungen als erforderlich und die Preise als üblich angesehen. Demgegenüber handle es sich bei den unter Ziffer 08 abgerechneten Kosten um eine zusätzliche

und damit nicht erforderliche Leistung. Einwendungen hierzu wurden von den Parteien nicht erhoben. Die Ziffer 09 hat der Sachverständige sowohl hinsichtlich der Masse als auch hinsichtlich des Einheitspreises gekürzt. Die vorgenommene Kürzung der Masse beruht auf den gleichen Erwägungen wie zu den Ziffern 02 und 03. Als Preis hat der Sachverständige maximal 29,- € für üblich erachtet.

Für die unter Ziffer 10 der Rechnung abgerechnete Herstellung einer Tragschicht hatte der Sachverständige Dr. Fe.... in seinem schriftlichen Gutachten eine Fläche von nur 115,20 m² statt der abgerechneten 291,27 m² angesetzt. Während die Klägerin für die Berechnung von einer Länge von 39,90 m und einer Breite von 7,3 m (2 * 1,5 m Beton sowie 1,3 + 3 m Pflaster) ausging, legte der Sachverständige eine Länge von 38,40 m sowie eine Breite von nur 3 m für den gepflasterten Bereich zugrunde. Hinsichtlich der Berechnung der anzusetzenden Länge nimmt der Senat erneut Bezug auf die Ausführungen zu den Ziffern 02 und 03 dieser Rechnung. Die Frage der richtigen Breite wurde mit den Parteien ausführlich im Rahmen der mündlichen Anhörung des Sachverständigen erörtert. Der Sachverständige Dr. Fe.... hat hierbei ausgeführt, dass grundsätzlich eine entsprechende Tragschicht erforderlich gewesen sei. Entgegen seinen schriftlichen Ausführungen sei eine solche Tragschicht auch im Bereich der Betonschwellen zu berücksichtigen. Diese sei aber in einer unterschiedlichen Stärke ausgeführt worden und habe nur im Bereich der Pflasterfläche eine Tiefe von 40 cm aufweisen können. Die neben dem Krangleis jeweils befindlichen Betonschwellen hätten bereits selbst eine größere Tiefe als das Pflaster gehabt, so dass in diesen Bereichen nur eine Tragschicht von 20 cm erforderlich gewesen sei. Für die Pflasterflächen sei maximal eine Breite von 3 m zu berücksichtigen. Er könne bereits im Ausgangspunkt nicht verstehen, aus welchem Grund die Klägerin auf der einen Seite 1,3 m und auf der anderen Seite 3 m berücksichtigt wissen wolle. Seiner Ansicht nach sei von der in der Mitte liegenden Schiene auszugehen. Anschließend an die jeweils 1,5 m breiten Betonschwellen sei dann noch ein Bereich von bis zu 1,5 m der Pflasterung von der Sanierung betroffen gewesen. Dies ergebe sich unter Berücksichtigung der herzustellenden Baugrube und der hierfür erforderlichen Böschung. Für die Herstellung einer Tragschicht sei daher nur eine Breite von 6 m zu berücksichtigen, wobei im Bereich der Betonschwellen nur eine 20 cm tiefe Schicht erforderlich gewesen sei. Für die anzusetzende Vergütung ist der Senat daher von einer 3 m breiten und 38,40 m langen Fläche (115,20 m²) mit einem Einbau von 40 cm und einer entsprechend großen

Fläche mit nur 20 cm ausgegangen. Dementsprechend hat der Senat für die Fläche unterhalb der Betonschwellen einen reduzierten Einheitspreis von nur 6,90 €/m² angesetzt. Insgesamt ergibt sich für diese Position ein angemessener Preis von 2.384,64 €.

Den unter Ziffer 11 abgerechneten Abtransport von 4 lfm Betonkantsteinen hat der Sachverständige als nicht erforderlich angesehen, da diese Restmengen nicht nachvollziehbar abzugrenzen seien. Die unter Ziffer 12 abgerechnete Neulieferung von entsprechenden Steinen sei erforderlich gewesen, es habe aber eine Menge von 78 lfm genügt. Zu diesen Kürzungen hat die Klägerin nicht substantiiert Stellung genommen, der Senat ist daher den Feststellungen des Sachverständigen gefolgt.

Zu den verbleibenden Positionen 13 bis 16 betreffend alte und neue Pflastersteine hat der Sachverständige ausgeführt, dass nur die Arbeiten der Positionen 13 und 14 zu berücksichtigen seien, dann aber mit der insgesamt anzusetzenden Pflasterfläche von 115,20 m². Für die Berechnung der Fläche wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Zur Begründung hat der Sachverständige ausgeführt, dass allein durch die Sanierung kein Austausch der Pflastersteine erforderlich geworden sei. Etwaige Beschädigungen der alten Steine seien durch andere Ursachen entstanden. Als für die Sanierung erforderlich könne daher nur der Wiedereinbau der alten Steine angesehen werden. Hierfür sei ein Preis von 15,25 €/m² als noch angemessen anzusehen. Insgesamt ergibt sich daher für die Positionen 13 und 14 ein Preis von 1.756,80 €. Die Positionen 15 und 16 können keine Berücksichtigung finden.

1.3.8

Als im Rahmen der Mangelbeseitigung erforderliche Kosten sind weiter die Sachverständigenkosten des Büros M... in Höhe von insgesamt 9.217,30 € zu berücksichtigen (Ziffer 3.1 der Anlage K 6).

Die mit Rechnungen vom 19.11.2009 (Bl. 1898) bzw. 27.01.2010 (Bl. 1897) abgerechneten Kosten in Höhe von 7.057,30 € bzw. 2.160,- € sind im Wesentlichen für Maßnahmen der Bodenuntersuchung, die Ermittlung der Schadensursache, die Untersuchung des ausgebauten RC-Materials, die Erstellung eines Gutachtens sowie verschiedene Überprüfungen der Tragfähigkeit im Rahmen der Sanierung angefallen. Es handelt sich daher grundsätzlich um im Rahmen der Mangelbeseitigung erforderliche und erstattungsfähige Kosten. So-

weit die Beklagte gegen die konkret angefallenen Kosten einwendet, dass die Anzahl der (Last-) Plattendruckversuche überhöht und die Untersuchung des ausgebauten RC-Materials unnötig gewesen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Die Klägerin durfte sich insoweit auf die Vorgaben des von ihr eingeschalteten Privatsachverständigen verlassen. Insoweit wird Bezug genommen auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 03.11.2017 (Bl. 2048 ff.).

Anteilige Kürzungen an dieser Position sind nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Fe.... nicht vorzunehmen, da sie in keinem Zusammenhang mit denjenigen Arbeiten stehen, welche der Sachverständige Dr. Fe.... als nicht im Rahmen der Mangelbeseitigung erforderlich angesehen hat.

1.3.9

Die unter Ziffer 4.1 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten der Bauoberleitung sind in Höhe von 369,77 € zu berücksichtigen. Der Senat hat insoweit die nach den obigen Ausführungen berechtigten Forderungen zu den Ziffern 1.1 bis 2.5 der Anlage K 6 (25.826,68 €) ins Verhältnis gesetzt zu den insoweit geltend gemachten Kosten (37.716,91 €). Die Kürzung der unter Ziffer 4.1 abgerechneten Kosten (540,- €) erfolgte entsprechend.

1.3.10

Insgesamt ergibt sich daher ein Betrag in Höhe von 35.413,75 € wie folgt:

Ziffer 1.1	431,72 €
Ziffer 1.2	6.941,76 €
Ziffer 2.1	252,64 €
Ziffer 2.2	7.175,17 €
Ziffer 2.3	508,76 €
Ziffer 2.4	320,45 €
Ziffer 2.5	10.196,18 €
Ziffer 3.1	9.217,30 €
Ziffer 4.1	369,77 €
	35.413,75 €

Die Klägerin kann sich gegenüber den vorgenommenen Kürzungen nicht auf das zu ihren Gunsten bestehende Prognoserisiko berufen. Als Fachunternehmen, das die Arbeiten zunächst selbst ausgeführt hatte, kann sich die Klägerin nicht auf die fehlende Erkennbarkeit überhöhter Preise oder unnötiger Leistungen berufen. Vielmehr obliegt es dem Auftraggeber im Rahmen der Nachbesserung, die durchzuführenden Arbeiten sowie

die beauftragten Unternehmen sorgfältig auszuwählen.

Hinsichtlich der von den Kürzungen betroffenen Positionen ist davon auszugehen, dass die Klägerin deren (teilweise) Unangemessenheit hätte erkennen können.

1.4

Der Anspruch der Klägerin ist um einen Mitverschuldensanteil in Höhe von 25 % zu kürzen, so dass ein Anspruch in Höhe von 26.560,31 € (75 % von 35.413,75 €) verbleibt.

1.4.1

Ein der Klägerin anzulastendes Mitverschulden ergibt sich aufgrund der fehlerhaft geplanten Drainage. Für die Haftung hinsichtlich dieses Mangels sind dabei die Fehlplanung der Klägerin und der unterlassene Bedenkenhinweis gegeneinander abzuwägen.

Hierfür ist die Regelung des § 254 BGB jedenfalls analog auch beim Nacherfüllungsanspruch zu berücksichtigen. Zwar gilt § 254 BGB unmittelbar nur für die Leistung von Schadensersatz. Als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens ist er aber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch auf die werkvertragliche Nachbesserung anzuwenden. Insoweit muss sich der Auftraggeber den Umständen nach angemessen an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen (BGH, Urteil vom 22. März 1984 – VII ZR 50/82 –, BGHZ 90, 344-354; BGH, Urteil vom 26.02.1981, VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448, 1449 m.w.N.). Haften mehrere Unternehmer für Mängel ihrer Gewerke, welche nur einheitlich beseitigt werden können, haften sie insoweit als Gesamtschuldner (vergleiche BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 – VII ZR 126/02 –, BGHZ 155, 265-273, zitiert nach juris; Ingenstau/Korbion-Wirth, 20. Auflage, Teil B § 13 Abs. 5 Rn. 378). Dies führt letztlich dazu, dass bei einer Mitverantwortlichkeit der Klägerin für den Mangel deren Verursachungsbeitrag (wie bei einem Gesamtschuldnerausgleich) der Beklagten gutzubringen ist. Dieser Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens gilt auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung (BGH, Urteil vom 18.12.1980 – VII ZR 43/80 –, zitiert nach juris). Grundsätzlich besteht die Tendenz, den Verursachungsbeitrag einer vermeidbaren Fehlplanung des Architekten schwerwiegender zu bewerten, als den „bloß“ unterlassenen Bedenkenhinweis des Auftragnehmers. Auch hat es der Bundesgerichtshof für möglich gehalten, dass das Gewicht des Pla-

nungsfehlers im Verhältnis zum Ausführungsfehler eines Bauunternehmers derart überwiegen könne, dass der Mitverschuldensanteil des Bauunternehmers ganz zurücktrete (BGH, Urteil vom 19.12.1968, VII ZR 23 / 66). Der BGH hat jedoch wiederholt darauf hingewiesen, dass die Verletzung von Prüf- und Hinweispflicht nicht bagatellisiert werden darf, weil diese in der Regel eine gewichtige Ursache für den Schaden am Bauwerk darstellen (BGH, Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 206 / 06, BGH, Urteil vom 24.02.2005, VII ZR 328 / 03). Andererseits kann sich der Auftragnehmer bei unterlassenem Hinweis auf das mitwirkende Verschulden des Auftraggebers und/oder seines Erfüllungsgehilfen dann nicht berufen, wenn er den fehlerhaften Plan ausführt, obwohl er erkennt, dass der Planungsfehler mit Sicherheit zu einem Mangel des Bauwerks führen muss. Auch dies gebietet der hier in der Grundlage maßgebende Gedanke von Treu und Glauben (so BGH NJW 1973, 518, BGHZ 90, 344). (vergleiche Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Auflage, Teil B § 4 Abs. 3, Rn. 84, 85).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sind die Verursachungsbeiträge der Parteien auf den Mangel der Drainage bezogen als gleichwertig anzusehen. Die fehlerhafte Planung der Klägerin stellt zunächst die grundlegende Ursache des Mangels dar. Die Beklagte als ausführendes Unternehmen hat aber wiederum aufgrund ihrer eigenen Fachkenntnis erkannt, dass die Art der Ausführung die gesamte Gründung in Gefahr bringen kann. Daher stellt es auch ein erhebliches Versäumnis dar, dieses nicht mitzuteilen. Hinsichtlich der weiteren von der Beklagten zu vertretenden Mängel ist ein Mitverschulden der Klägerin nicht ersichtlich.

Hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Mängel konnten die Sachverständigen keine eindeutigen Angaben machen. So hat der Sachverständige Dr. F.... in seinem Gutachten ausgeführt, dass sämtliche Mängel die Tragfähigkeit des Untergrunds für den Kran beeinträchtigt haben. Eine genaue Abwägung der verschiedenen Verursachungsbeiträge könne er nicht vornehmen, er sehe aber das Hauptproblem in dem fehlerhaften Drainagesystem. Der Senat folgt dieser Einschätzung des Sachverständigen. Es ist insbesondere nachvollziehbar, dass die dauerhaft fehlerhafte Ableitung von Niederschlagswasser zu einer Aufweichung des Bodens und damit einer Schwächung der Tragfähigkeit führt. Unter Anwendung des § 287 ZPO werden daher die Mängel in der Form gewichtet, dass dem Drainagemangel ein Verursachungsbeitrag von 50 % und den beiden anderen Mängeln, nämlich Schottertragschicht und fehlende Tragfähigkeitsuntersuchungen, ein Verursachungsbeitrag von jeweils 25 % zugeschrieben wird.

Damit hat die Klägerin aufgrund ihres hälftigen Mitverschuldens für den Drainagemangel einen Anteil von 25 % an den Gesamtkosten zu tragen.

1.4.2

Eine weitere Kürzung der Ansprüche ist nicht wegen etwaiger zusätzlicher Probleme im tieferen Untergrund gerechtfertigt.

Der Senat verkennt nicht, dass nach Ansicht der Sachverständigen eine weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Hierfür spricht, dass auch nach der erfolgten Sanierung erneut Probleme aufgetreten sind. Dieser Umstand ändert aber nichts an der grundsätzlichen Haftung der Beklagten für die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten bzw. die hierfür aufgewandten Kosten. Zum Zeitpunkt der durchgeführten Sanierung war den Beteiligten nicht bekannt, dass ein weiteres Problem im tieferen Untergrund bestehen könnte. Wie bereits ausgeführt, durfte sich die Klägerin daher aufgrund der von ihr veranlassten Untersuchungen darauf verlassen, dass die erkennbaren Mängel des Werks der Beklagten für die aufgetretenen Setzungen verantwortlich waren. Auch der später tätige gerichtlich bestellte Sachverständige Dr. F.... hat – in Kenntnis möglicher weiterer Ursachen – als wesentliche (Mit-) Ursachen der Setzung die Art der Ausführung der Drainage und die fehlerhafte Ausführung der Schottertragschicht (Bl. 447 und 449) angesehen.

Letztlich bedarf die Frage der Kausalität der Mängel für die eingetretenen Setzungen aber auch keiner abschließenden Entscheidung. Unabhängig vom Eintritt eines solchen Schadens war die Beklagte zur Beseitigung der von ihr verursachten Mängel verpflichtet. Diese Haftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass im tieferen Baugrund ein zusätzliches und von allen Beteiligten zunächst nicht erkennbares weiteres Risiko bestand. Der Klägerin kann nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Fe.... insoweit kein Verschulden vorgeworfen werden. So hat der Sachverständige zwar ausgeführt, dass nach den inzwischen vorliegenden Erkenntnissen die Planung von Anfang an nicht geeignet gewesen sei, die Setzungen zu verhindern. Gleichzeitig haben die Sachverständigen aber festgestellt, dass das Baugrundgutachten M... aus dem Jahr 2008 ordnungsgemäß erstellt worden war und das darauf gründende Leistungsverzeichnis entsprechend nicht zu beanstanden war.

Eine Mithaftung der Klägerin ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um ihren Risikobereich und damit ihre Verantwortung handeln könnte. Unabhängig davon, ob dies im vorliegenden Fall so zu werten wäre, waren die Probleme im tieferen Baugrund nicht ursächlich für die von der Beklagten verursachten Mängel und die zur Mangelbeseitigung durchgeführten Maßnahmen. Eine andere Bewertung könnte allenfalls dann in Betracht kommen, wenn bereits bei der ersten Sanierung die weitergehenden Probleme bekannt und mit behoben worden wären. Dies war aber nicht der Fall, ohne dass dies der Klägerin vorgeworfen werden könnte. Ein Grund, die Klägerin in einem weitergehenden Umfang an den Kosten der ersten Sanierung zu beteiligen, liegt damit nicht vor.

1.5

Der Anspruch der Klägerin ist in Höhe von 5.802,86 € im Wege des Vorteilsausgleichs zu kürzen

1.5.1

Der Beklagten sind im Rahmen der von ihr durchgeführten Sanierungsarbeiten als erforderlich anzusehende Kosten in Höhe von 16.290,42 € entstanden.

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass von den mit der Anlage BB 4 (Bl. 2047i) abgerechneten Kosten in Höhe von 17.300,20 € ein Anteil von 16.290,42 € für die durchgeführte Mängelbeseitigung erforderlich war. Der Sachverständige Dr. Fe.... hat die von der Beklagten abgerechneten Leistungen überwiegend für erforderlich erachtet und die Preise nicht beanstandet. Der Senat geht daher insoweit nur auf die problematischen Punkte ein.

Der Sachverständige hat die für die Planumsverdichtung anzusetzende Fläche mit überzeugender Begründung auf 105 m² reduziert. Die Beklagte hat ihre diesbezüglichen Einwendungen im Rahmen der mündlichen Anhörung fallen lassen. Für diese Position wurde daher nur ein Betrag von 220,50 € (statt 242,76 €, Differenz: 22,26 €) angesetzt. Soweit der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten die Kosten um 300,- € für den An- und Abtransport des Minibaggers gekürzt hat, folgt der Senat dieser Begründung nicht. Der Geschäftsführer der Beklagten hat im Rahmen der mündlichen Sachverständigenanhörung überzeugend geschildert, dass die zuletzt senkrecht ausgeführte Tiefer-

schachtung nur durch einen in die Baugrube hineinfahrenden Minibagger hätte ausgeführt werden können. Der Sachverständige Dr. Fe.... hat hierzu zwar nachvollziehbar ausgeführt, dass diese Art der senkrechten Ausschachtung im konkreten Fall nicht fachgerecht gewesen sei und vielmehr mit dem vorhandenen Bagger eine von der Seite ausgeführte Ausschachtung mit Böschung richtig gewesen wäre. Gleichzeitig hat der Sachverständige aber die Behauptung der Beklagten bestätigt, dass bei diesem Vorgehen die Baugrube zusätzlich hätte vergrößert werden müssen, mithin erhebliche Zusatzkosten entstanden wären. Vor diesem Hintergrund ist eine Kürzung der für den Einsatz des Minibaggers angefallenen Kosten nicht gerechtfertigt. Auch hinsichtlich der im schriftlichen Gutachten wegen der unklaren Kubatur als fraglich bezeichneten Positionen für die Tieferschachtung besteht nach der Anhörung kein Anlass für eine Kürzung. Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Ergänzungsfrage die der angesetzten Kubatur zugrundeliegenden Maße dargelegt. Diesen ist die Klägerin nicht entgegen getreten. Der Sachverständige wiederum hat die Angaben für plausibel erachtet, auch wenn er deren Richtigkeit nicht mehr überprüfen konnte. Vor diesem Hintergrund hätte es der Klägerin obliegen, die von der Beklagten behaupteten Maße substantiiert zu bestreiten. Die Positionen Nachverdichtung des Kiesplanums (180,- €), Baggerstillstand (290,- €), Anlieferung Split (184,32 €) sowie Anlieferung Beton fein (333,20 €) hat der Sachverständige mit überzeugenden Begründungen als nicht erforderlich angesehen. Die Nachverdichtung des Kiesplanums sei nicht erforderlich, da in der vorherigen Position bereits das Verdichten des einzubauenden Kieses enthalten sei. Der Anlass für den Baggerstillstand sei nicht hinreichend nachzuvollziehen und daher nicht zu berücksichtigen. Hinsichtlich der geltend gemachten Kosten für die Anlieferung von Split bzw. Beton könne er anhand der Abrechnung nicht zuordnen, wo diese Mengen eingebaut worden seien sollen. Zu einem denkbaren Einbau unterhalb der Kranbahnschwellen würden die abgerechneten Mengen nicht passen. Daher könnten diese Positionen keiner konkreten Mangelbeseitigungsmaßnahme zugeordnet werden. Gegen diese Feststellungen des Sachverständigen hat die Beklagte keine Einwendungen erhoben, insbesondere keine weitergehenden Erläuterungen zu den Positionen abgegeben.

Unter Berücksichtigung der dargestellten Kürzungen des Sachverständigen in Höhe von 1.009,78 € (22,26 € + 180,- € + 290,- € + 184,32 € + 333,20 €) ergeben sich daher zu berücksichtigende Kosten der Beklagten in Höhe von 16.290,42 €.

1.5.2

In Höhe von 2.307,- € handelt es sich um von der Klägerin zu 100 % zu tragende Sowieso-Kosten. Hierbei handelt es sich um diejenigen Kosten, welche für die im Verhältnis zur ursprünglichen Sohle erfolgte Tiefschachtung angefallen sind. In diesem Zusammenhang sind Kosten in Höhe von 300,- € für den An- und Abtransport des Minibaggers, 177,- € bzw. 486,- € für die aufgenommenen 30m³ Lehm Boden sowie 1.344,- € für den eingebauten Schotter angefallen, insgesamt 2.307,- €. Weitere Sowieso-Kosten sind weder ersichtlich noch von der Beklagten substantiiert dargelegt.

Hinsichtlich der restlichen Sanierungskosten in Höhe von 13.983,42 € haftet die Klägerin mit dem ihr anzulastenden Anteil von 25 %. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Dies entspricht einem Betrag von 3.495,86 €.

Insgesamt ergibt sich daher der vorzunehmender Vorteilsausgleich in Höhe von 5.802,86 €.

1.6

Es verbleibt daher ein berechtigter Anspruch der Klägerin in Höhe von 20.757,45 € (26.560,31 € - 5.802,86 €).

2.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte weiter ein Anspruch auf Zahlung von 28.166,90 € als Schadensersatz an die Streithelferin zu 7) aus § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B zu.

2.1

Die Klage ist auch insoweit zulässig. Insbesondere ist die Klägerin zur Geltendmachung des Mietausfallschadens der Streithelferin zu 7) im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft berechtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine gewillkürte Prozessstandschaft eine wirksame Ermächtigung des Prozessstandschafters zur gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche des Rechtsinhabers sowie ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an dieser Rechtsverfolgung voraus. Ein solches ist gegeben, wenn die Entscheidung Einfluss auf die eigene Rechtslage hat, und kann auch wirtschaftlicher Natur sein (BGH, Urteil vom 23. September 1992 - I ZR 251/90; BGH, Urteil vom 24. Februar 1994 - VII ZR 34/93; BGH, Urteil vom 10. November 1999 - VIII ZR 78/98; BGH, Urteil vom 13. November 2001 - X ZR 134/00; BGH, Urteil

vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 105/07; BGH, Urteil vom 27. November 2014 - I ZR 124/11; BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 - XII ZR 147/14). Vorliegend ist die Streithelferin zu 7) dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten. Außerdem hat sie sich dem Antrag gerichtet auf Zahlung an sie angeschlossen und die Klägerin jedenfalls damit zur Geltendmachung ermächtigt. Ein Interesse der Klägerin ist ebenfalls gegeben, da sie sich einem entsprechenden Anspruch der Streithelferin zu 7) ausgesetzt sieht.

2.2

Hinsichtlich des Vorliegens von Mängeln der Werkleistung wird auf die Ausführungen unter Ziffer 1 Bezug genommen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen waren die Mängel mitursächlich für die Setzung des Gleises. Unabhängig davon handelt es sich bei dem geltend gemachten Mietausfall um denjenigen Zeitraum, welchen die Mangelbeseitigung in Anspruch genommen hat. Die Mangelbeseitigung wäre vorliegend – wie ausgeführt – aber auch unabhängig vom Eintritt des tatsächlichen Schadens erforderlich gewesen. Der Beklagten ist jedenfalls fahrlässiges Verhalten hinsichtlich der festgestellten Mängel vorzuwerfen. Im Wege der Drittschadensliquidation kann die Klägerin daher den Mietausfall der Streithelferin zu 7) geltend machen. Die Klägerin hat hierzu schlüssig dargelegt, dass der auf dem fraglichen Gleis eingesetzte Peiner-Kran sowie die zugehörige Fläche im Zeitraum der Sanierungsarbeiten tatsächlich vermietet gewesen seien und die Nutzung des Krans für den Zeitraum vom 18.09.2009 bis zum 22.10.2009 (35 Kalendertage) nicht möglich gewesen sei. Den errechneten Mietausfall in Höhe von 37.555,86 € hat die Klägerin anhand der mit der Mieterin vereinbarten Jahresmieten nachvollziehbar errechnet (vgl. Bl. 1960) und die entsprechende Erstattung durch Vorlage von Gutschriften (Bl. 1970 ff.) belegt. Der Anspruch der Klägerin ist um den Anteil ihres Mitverschuldens (25 %) zu kürzen, so dass sich ein berechtigter Anspruch in Höhe von 28.166,90 € ergibt.

Auf eine Haftungsbegrenzung wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 VOB/B kann sich die Beklagte nicht berufen. Diese hat durch den Einbau der zu dünnen Schottertragschicht jedenfalls gegen die vertraglichen Regelungen verstoßen (§ 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 b VOB/B). Die zu dünne Schottertragschicht, der Einbau der Drainage und die fehlenden Lastdruckversuche stellen zudem Verstöße gegen die anerkannten Regeln der Technik dar (§ 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 a VOB/B).

OLG Stuttgart zu der Frage, dass der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mangelbeseitigung (hier: Beseitigung des Mangels eines falschen Dämmmaterials durch vollständigen Rückbau und Neuerrichtung des Gebäudes) nicht dazu führen kann, dass der Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk (hier: Ringdrainage mit Hebepumpe) akzeptieren muss

vorgestellt von Thomas Ax

Verlegt der Auftragnehmer unter der tragenden Bodenplatte statt der vereinbarten XPS-Dämmung eine EPS-Dämmung, ist seine Leistung mangelhaft. Durch die Bezahlung einer Abschlagsrechnung nach Prüfung und Freigabe durch den bauleitenden Architekten wird eine Materialabweichung nicht nachträglich genehmigt. Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik wird durch eine nachträglich erteilte Zustimmung im Einzelfall nicht geheilt. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mangelbeseitigung (hier: Beseitigung des Mangels eines falschen Dämmmaterials durch vollständigen Rückbau und Neuerrichtung des Gebäudes) kann nicht dazu führen, dass der Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk (hier: Ringdrainage mit Hebepumpe) akzeptieren muss.

OLG Stuttgart, Urteil vom 09.07.2019 - 10 U 14/19

Gründe

I.

Die Parteien streiten über Mangelbeseitigung und Schadensersatz aus Werkverträgen.

Die Kläger schlossen mit der Beklagten 2) am 09./12.12.2011 einen Architektenvertrag, der die Leistungsphasen 1 bis 8 nach HOAI umfasste (Anl. K1).

Am 16.05.2012 schlossen die Kläger sodann mit der Beklagte 1) einen Bauvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses mit Garage und Carport in der N. straße xx in K. (Anl. K2), in dem die Geltung der VOB/B vereinbart wurde. Gemäß der vertraglichen Vereinbarung war der Keller als „WU-Keller“, also wasserundurchlässig als „weiße Wanne“ auszuführen (vgl. Vergabeprotokoll, Anl. K3). Laut Pos. 6.3 des Leistungsverzeichnisses (Anl. K5) ist unter der Bodenplatte des teilunterkellerten Hauses und seitlich an den Fundamen-

ten eine Dämmung aus geschlossenzelligem, extrudiertem Polystyrol (XPS) zu liefern und mit Stufenfalz lückenlos einzubauen. Nach dem Bauvertrag sollte der Rohbau bis spätestens Kalenderwoche 30/2012 (28.07.2012) fertiggestellt sein. Nach einem gemeinsamen Abnahmetermin am 08.11.2012 wurde klägerseits am 29.11.2012 die Abnahme erklärt.

In der Folgezeit rügten die Kläger verschiedentlich weitere Mängel, jeweils unter Aufforderung zur Beseitigung mit Fristsetzung (Anl. K8-K13), so insbesondere nach Wassereinbruch im Keller infolge von Starkregen mit Schreiben vom 07.05.2013 (Anl. K9), dass die „weiße Wanne“ wasserdurchlässig sei, mit Schreiben vom 12.06.2013 (Anl. K10), dass unter der statisch tragenden Bodenplatte und im Streifenfundament sich keine XPS-Dämmung befinde, und mit Schreiben vom 11.12.2013 (Anl. K13), dass es sich bei der doppellagig verlegten EPS-Dämmung unter der statisch tragenden Bodenplatte um das falsche Material handle.

Tatsächlich hatte die Beklagte 1) unter der Bodenplatte eine Dämmung aus expandiertem Polystyrol (EPS) eingebaut, nämlich das Produkt swisspor Peridämm 3000, für das laut dem Datenblatt des Herstellers keine bauaufsichtliche Zulassung für die Verwendung unter tragenden Bodenplatten sowie bei drückendem Wasser vorliegt (Anl. 1 zum Ergänzungsgutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) S. vom 27.07.2015 im selbständigen Beweisverfahren = Anl. B1/3). Die für das Produkt vorliegende allgemeine bauaufsichtliche Zulassung mit der Nr. Z-23.33-1371 (Anl. 2 zum Ergänzungsgutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) S. vom 27.07.2015 im selbständigen Beweisverfahren = Anl. B1/9, Bl. 743) schließt in Ziff. II.1.2 eine Verwendung des Produktes unter statisch tragenden Bauteilen und im Bereich von drückendem Wasser ausdrücklich aus.

Mit Antrag vom 05.07.2013 strengten die Kläger ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Stuttgart an (22 OH 12/13), in dem sie 101 Mängel rügten, u.a. auch die Verwendung eines falschen Dämmmaterials unter der Bodenplatte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands sowie der Antragstellung erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

1.

Das Landgericht hat der auf Kostenvorschuss für Mangelbeseitigung in Selbstvornahme, Schadensersatz für Mangelfolgeschäden, Verzugs-, Zins- und Nutzungsausfallschäden, sowie auf Feststellung entsprechender Schadensersatzverpflichtungen für die Zukunft gerichteten Klage weitgehend stattgegeben. Im Einzelnen hat das Landgericht die Beklagten – jeweils nebst Zinsen – zur Zahlung eines Bruttobetragtes in Höhe von 108.619,41 € als zweckgebundenen abzurechnenden Vorschuss (Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2) sowie zur Zahlung von 39.635,20 € vergeblicher Aufwendungen für Nebengewerke verurteilt, die aufgrund des erforderlichen Rückbaus erneut ausgeführt werden müssten (Urteilsausspruch Ziff. 3). Ferner hat das Landgericht die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 73.164,81 € nebst Zinsen wegen Sachverständigen- und Rechtsverfolgungskosten, Verzugschäden ab Februar 2013 bis einschließlich Mai 2018 sowie Nutzungsausfall verurteilt (Urteilsausspruch Ziff. 3 bis 6). Außerdem hat es Zinsen für die von Klägerseite im selbständigen Beweisverfahren verauslagten erstattungsfähigen Kosten zugesprochen (Urteilsausspruch Ziff. 7). Schließlich hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagten allgemein zur Zahlung von darüber hinausgehendem Schadensersatz und Ersatz von künftigen Mietschaden in Höhe von 440 € pro Monat sowie Nutzungsentschädigung in Höhe von 609,00 € pro Monat verpflichtet sind aufgrund des im Zuge der Mangelbeseitigung abzubrechenden und neu zu errichtenden streitgegenständlichen Einfamilienhauses mit Garage und Carport (Urteilsausspruch Ziff. 8 bis 10). Die Sachverständigen- und Rechtsverfolgungskosten hat das Landgericht dabei unter Abweisung der Klage im Übrigen nur in Höhe von 4.706,66 € statt erstinstanzlich beantragter 10.142,97 € zugesprochen, den Verzugschaden in Höhe von 29.482,15 € statt 50.648,53 €, die Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 38.976,00 € statt 64.000,00 €, die künftige Nutzungsausfallentschädigung ab Mai 2018 in Höhe von 609,00 € statt 1.000,00 € monatlich.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:

Der Rohbau des streitgegenständlichen Hauses sei mangelhaft, da entgegen der vertraglichen Vereinbarung im Leistungsverzeichnis unter der Bodenplatte nicht eine XPS-Perimeterdämmung, sondern eine EPS-Perimeterdämmung angebracht worden sei. Ob eine EPS-Dämmung in gleicher Weise funktionstauglich sei, sei nicht bewiesen, im Übrigen aber auch unerheblich, da die Kläger eine von der Vereinbarung abweichende

Ausführung auch dann nicht dulden müssten, wenn eine solche gleichartig oder besser sein sollte. Vorliegend sei die verwendete EPS-Dämmung weder nach den Herstellerrichtlinien noch bauaufsichtlich für die fragliche Verwendung zugelassen. Die verbaute EPS-Dämmung sei daher auch deshalb mangelhaft, weil die Ausführung gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstoße. Ob – wie von Beklagtenseite behauptet – eine bauaufsichtliche Zulassung des Materials im Einzelfall erfolgen könne, sei unerheblich, eine solche habe jedenfalls zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung nicht vorgelegen.

Zur Mangelbeseitigung sei entsprechend den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen ein vollständiger Rückbau und eine Neuerrichtung des Gebäudes erforderlich. Eine von Beklagtenseite vorgeschlagene Sanierung sei nicht in gleicher Weise wirksam und ebenso teuer wie eine Neuerrichtung. Auf die weiteren von Klägerseite geltend gemachten Mängel brauche daher nicht eingegangen zu werden, weil diese im Zuge der Neuerrichtung ohnehin mit beseitigt würden. Für Abriss und Neuerrichtung in Selbstvornahme stünde den Klägern ein entsprechender Kostenvorschussanspruch zu.

Beim Abbruch des Hauses würden auch bereits errichtete Nebengewerke teilweise vernichtet. Den Klägern stehe daher diesbezüglich ein Schadensersatzanspruch zu, soweit die auszubauenden Materialien für die Neuerrichtung nicht wiederverwendet werden könnten.

Die Kosten für den von den Klägern eingeschalteten Privatsachverständigen B. seien bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens am 05.07.2013 als Schaden in dem Umfang ersatzfähig, wie sich die behaupteten Mängel bestätigt hätten. Das Landgericht hat die erstattungsfähigen Sachverständigenkosten gem. § 287 ZPO insgesamt auf 2.000,00 € geschätzt.

Den Klägern stehe zudem ein Anspruch auf Ersatz von Verzugsschäden zu. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung sei der Rohbau nicht bis zum 28.07.2012 mangelfrei fertiggestellt gewesen, was die Beklagte 1) zumindest in fahrlässiger Weise auch verschuldet habe. Ab Februar 2013 bis zur mangelfreien Fertigstellung des Hauses stehe den Klägern ein Anspruch auf Ersatz der Mietaufwendungen für die derzeitige Mietwohnung der Klägerin in Höhe von 440,00 € pro Monat zu. Daneben hätten die Kläger auch einen Anspruch auf Entschädigung des Nutzungsausfalls des zu errichtenden Hauses in Höhe von 609,00 € bis zur mangelfreien

Fertigstellung des Hauses, da dieses höherwertig als die bisherige Mietwohnung sei.

Von den klägerseits als Verzugsschaden geltend gemachten Zinsschäden seien nur die Strafzinsen (wegen nicht erfolgter Fertigstellung innerhalb von drei Jahren) für das geförderte KfW-Darlehen i.H.v. 1.322,15 € ersatzfähig. Dass die darüber hinaus geforderten Bereitstellungs- und Schuldzinsen kausal auf der eingetretenen Verzögerung beruhten, sei nicht nachvollziehbar und substantiiert dargetan.

Den Klägern stehe schließlich auch ein Anspruch auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.706,66 € sowie ein Anspruch auf Verzugszinsen hinsichtlich der beklagtenseits im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens erstattungspflichtigen, von den Klägern als Vorschuss im selbständigen Beweisverfahren eingezahlten Beträge zu.

Die Beklagten 2) bis 4) hafteten ebenso wie die Beklagte 1) und mit dieser als Gesamtschuldner, da die Beklagte 2) ihre Bauüberwachungspflichten aus dem Architektenvertrag verletzt habe, was sich in einem Mangel im Bauwerk niedergeschlagen habe. Hinsichtlich der Kosten für die Beseitigung des Mangels schuldeten die Beklagten 2) bis 4) im Rahmen des Schadensersatzanspruchs die Zahlung eines abzurechnenden Vorschusses zur Vorfinanzierung.

Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Kläger insoweit, als sie die Verurteilung der Beklagten zu weiteren Schadensersatzzahlungen nebst Zinsen wie bereits in erster Instanz begehren, soweit vom Landgericht die Klage abgewiesen worden ist.

Die Kosten des Privatsachverständigen B. seien in voller Höhe von 7.015,05 € ersatzfähig, da die Tätigkeit der Vorbereitung von Erweiterungen des Antrags im selbständigen Beweisverfahren und zur erforderlichen Begleitung im selbständigen Beweisverfahren gedient hätten. Jedenfalls sei der vom Landgericht für seine Schätzung der erstattungsfähigen Kosten zugrunde gelegte Anteil der Höhe nach nicht nachvollziehbar.

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen Anspruch der Kläger auf Schadensersatz für geleistete Bereitstellungszinsen sowie geleistete Schuldzinsen verneint. Ein Abruf des KfW-Darlehens habe nur nach Vorlage von Rechnungen für förderfähige Maßnahmen erfolgen können, die jedoch nach dem Baustopp nicht mehr vorgelegen hätten. Für die XXX-Darlehen sei Abrufvoraussetzung ebenfalls die Vorlage von weiteren Rechnungen gewesen. Ein vollständiger Abruf ohne diese Voraussetzungen sei ebenso wie eine vorzeitige Kündigung der XXX-Darlehen nicht möglich gewesen. Eine Kündigung der Darlehen sei den Klägern im Hinblick auf die damit verbundenen Unwägbarkeiten nicht zuzumuten gewesen. Ein Verstoß der Kläger gegen ihre Schadensminderungspflicht liege nicht vor.

Die Berechnung der zugesprochenen Nutzungsausfallentschädigung im angefochtenen Urteil sei fehlerhaft. Die ermittelten Nutzwerte der aktuellen Mietwohnung und des zu errichtenden Hauses hätten nicht saldiert werden dürfen. Der angenommene Nutzwert des zu errichtenden Hauses sei vom gerichtlichen Sachverständigen aufgrund unzutreffender Vorgaben des Landgerichtes falsch ermittelt worden.

Eine Anmietung eines Wohnmobilstellplatzes im Winter sei erforderlich gewesen, weil das Wohnmobil über die Wintermonate jeweils abgemeldet werde. Die Kosten für Steuern und Versicherung hätten sich im Winter 2013/2014 auf monatlich ca. 60 € belaufen, die für den Stellplatz auf ca. 53,00 €, so dass die Anmietung des Stellplatzes wirtschaftlich günstiger gewesen sei. Der Carport des neuen Hauses habe nicht zur Verfügung gestanden, da im Rahmen eines angesetzten Ortstermins im selbständigen Beweisverfahren darunter Schürfungen durchgeführt worden seien. Im Winter 2014/2015 sei nicht klar gewesen, ob ein weiterer Ortstermin für den Carport angesetzt werden würde. Der Vermieter des Wohnmobilstellplatzes habe kurzfristig die Preise erhöht, so dass sie geringfügig teurer als Steuer und Versicherung gewesen seien. Es sei jedoch nicht möglich gewesen, kurzfristig einen anderen sicheren überdachten Stellplatz zu finden. Im Winter 2015/2016 habe ein anderer Stellplatzvermieter mit günstigeren Preisen gefunden werden können. Auf einen gebotenen richterlichen Hinweis wäre bereits in erster Instanz entsprechend substantiiert vorgetragen worden.

Die Kläger beantragen:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.18, Az. 22 O 175/15, wird abgeändert und insgesamt wie folgt

gefasst: [inhaltliche Abweichungen vom angefochtenen Urteil im Fettdruck]

1. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger 91.276,80 € als Vorschuss nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 28.02.2015 zu bezahlen.

2. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 17.342,61 € als Vorschuss – die Umsatzsteuer auf den mit Ziff. 1 geltend gemachten Betrag – nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 28.02.2015 zu zahlen.

3. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 39.635,20 € für die Ausbaugewerke nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 28.02.2015 zu zahlen.

4. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger vorgerichtliche Sachverständigen- und Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 9.020,21 € nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 23.09.2015 der Klage zu zahlen.

5. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 50.648,53 € (Miete, Zinsschaden, Strafzinsen) nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 26.238,44 € seit Rechtshängigkeit der Klage, aus weiteren 1.322,15 € seit 05.12.2015, aus weiteren 8.818,75 € seit 11.10.2017 und aus weiteren 14.269,19 € seit 23.05.2018 zu bezahlen.

6. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 57.856,00 € (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018) nebst Verzugszinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 27.120,00 € seit Rechtshängigkeit der Klage und aus weiteren 30.736,00 € seit 23.05.2018 zu bezahlen.

7. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i.H.v. 14.790,19 € für die Zeit vom 05.12.2015 bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags der Kläger für dieses Verfahren erster Instanz beim Landgericht Stuttgart zu bezahlen.

8. Es wird festgestellt, dass die Beklagten Ziff. 1-4 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubiger als Schadensersatz alle notwendigen Aufwendungen und Kosten zu erstatten, die über die in den Ziffern 1-3 genannten Beträge hinausgehen und den Klägern dadurch entstehen, dass das auf dem Grundstück N. straße xx in K. errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport zum Zwecke der Mangelbeseitigung abgerissen werden und im Hinblick auf den Umfang der erbrachten Werkleistung wieder in den Zustand vor dem Abriss versetzt werden muss.

9. Es wird festgestellt, dass die Beklagten Ziff. 1-4 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubigern auch ab Mai 2018 so lange die von den Klägern zu bezahlende monatliche Miete i.H.v. 440,00 € zu zahlen, solange die Kläger die Wohnung der R. xx in L. zur Wohnnutzung mieten und bis das auf dem Grundstück N. straße xx in K. mangelhaft errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport ohne Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht abgebrochen, wieder neu errichtet und fertiggestellt ist.

10. Es wird festgestellt, dass die Beklagten Ziff. 1-4 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubiger ab Mai 2018 so lange eine monatliche Nutzungsausfallentschädigung i.H.v. 904,00 € zu zahlen, solange die Kläger die Wohnung in der R. xx in L. zur Wohnnutzung mieten und bis auf das auf dem Grundstück N. straße xx in K. mangelhaft errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport ohne Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht abgebrochen, wieder neu errichtet und fertiggestellt ist.

11. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 1.094,33 € nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Zustellung des Schriftsatzes vom 11.10.2017 zu bezahlen.

Hilfsweise bzgl. Ziff. 7:

Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger € 1.742,59 (Verzugszinsen auf geleistete Gerichtsvorschüsse) zu bezahlen.

Die Beklagten beantragten jeweils,
die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Die Streithelfer schließen sich den Anträgen der Beklagten 2) - 4) an.

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde. Das Landgericht habe die Privatsachverständigenkosten zu Recht teilweise nicht zuerkannt; der neue Sachvortrag in der Berufungsbegründung der Kläger sei nicht zu berücksichtigen. Ein Anspruch der Kläger auf Zinsen im Zusammenhang mit den Darlehen bestehe nicht. Es handle sich um Sowieso-Kosten. Die Kläger hätten im Zuge der Schadensminderung zudem die Darlehen vollständig in Anspruch nehmen und sogleich mit Guthaben tilgen oder durch Nachverhandlungen Konditionenänderungen erreichen müssen, zumal die Bauzinsen dramatisch gesunken seien. Die Kläger hätten den Baustopp selbst veranlasst, obwohl ihnen mit Anlegung der Drainage ein vernünftiger Vorschlag von Beklagtenseite unterbreitet worden sei. Ihr Wohnmobil hätten die Kläger über den Winter im bereits errichteten Carport des neuen Hauses abstellen können. Das Gebiet sei bewohnt; ggf. hätten sie den Carport durch einen Stacheldrahtzaun sichern können, wenn sie Sicherheitsbedenken gehabt hätten.

3.

Mit ihren Berufungen erstreben die Beklagten die Aufhebung des angefochtenen Urteils und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht, hilfsweise die vollständige Abweisung der Klage.

a)

Die Beklagte 1) führt zur Begründung ihrer Berufungsanträge an: Eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung der verwendeten Dämmplatten habe vorgelegen. Die Sachaufklärung und Beweiserhebung durch das Landgericht sei unzureichend gewesen, da kein Sachverständiger für Statik, Tragwerksplanung und Materialkunde zur dauerhaften Druckfestigkeit der verwendeten EPS-Dämmplatten gehört worden sei und auch der Sachverständige Professor Dr.-Ing. F. von der TU H. nicht als sachverständiger Zeuge dazu vernommen worden sei, dass die verwendeten EPS-Dämmplatten den erforderlichen Langzeittest für eine Genehmigung der Verwendung im Einzelfall bestanden hätten, welche die Beklagte 1) beantragt habe. Die Einzelfallgenehmigung wäre auch längst erteilt worden, wenn die Kläger dies gegenüber dem Regierungspräsidium T. nicht laufend sabotiert hätten.

Das Landgericht habe außerdem nicht berücksichtigt, dass die Kläger vertreten durch die Beklagten Ziff. 2-4 die verwendeten EPS-Dämmplatten abgenommen und damit genehmigt hätten; das Handeln der Beklagten Ziff. 2-4 im Zuge der Prüfung der ersten Abschlagsrechnung der Beklagten 1) müssten sich die Kläger nach § 278 BGB zurechnen lassen. Ferner sei die Fundament- und Gründungsabnahme durch den befassten Statiker der Kläger, Herrn M., als mangelfrei erfolgt und damit auch die verwendete Dämmung, da diese zuvor eingebracht und sichtbar gewesen sei, wie das angefochtene Urteil selbst feststelle (dort Rn. 117 und 127 ff.).

Schließlich habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass der Abbruch und die Neuerstellung des Bauwerks gegen § 635 Abs. 3 BGB verstoße, da sogenanntes drückendes Wasser, dessen Vorliegen hier ohnehin nicht nachgewiesen sei, rein vorsorglich durch eine Ringdrainage ordnungsgemäß abgeführt werden könne, was kostengünstiger als der Abbruch und die Neuerrichtung des Gebäudes sei. Auf den verwendeten EPS-Dämmplatten laste nicht das Gebäude, da dessen Last über die Streifenfundamente aufgenommen und abgefangen werde. Auf den Dämmplatten ruhe lediglich teilweise der Keller. Hierzu sei eine Einzelfallgenehmigung zu erteilen gewesen.

Das Gebäude stehe nunmehr über 6 Jahre lang ohne Setzungen, wodurch nachgewiesen sei, dass das verwendete Material die erforderliche Druckfestigkeit aufweise, für den verwendeten Zweck geeignet sei und die Bausicherheit gewährleistet sei.

Die Schadenspositionen Nutzungsausfall und Mietkosten für die aktuelle Wohnung könnten nicht nebeneinander verlangt werden.

Die Beklagte 1) beantragt:

Das Urteil vom 05.10.18 und das Verfahren des Landgerichts Stuttgart, Az. 22 O 175/15, werden aufgehoben und der Rechtsstreit wird an das Landgericht Stuttgart zurückverwiesen.

Hilfsweise:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.2018, Az. 22 O 175/15, wird abgeändert und die Klage wird auch im Übrigen abgewiesen.

Die Kläger beantragen,

die Berufungen der Beklagten 1) – 4) sowie des Streit Helfers der Beklagten zurückzuweisen.

b)

Die Beklagten 2) – 4) führen an, das angefochtene Urteil leide an wesentlichen Rechts- und Verfahrensmängeln. Das Landgericht habe in mehrfacher Hinsicht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, indem es Vortrag und Beweisanträge der Beklagten unzulässigerweise übergangen habe; eine Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme sei unterblieben, weshalb die Beklagten 2) – 4) das nunmehr in der Berufungsbegründung gemachte Vorbringen nicht erstinstanzlich hätten geltend machen können. Es liege zudem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor, da der erkennende Einzelrichter den gerichtlichen Sachverständigen nicht selbst vernommen und nur nach dem Akteninhalt entschieden habe. Das Landgericht habe schließlich unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO den Klägern etwas anderes zugesprochen, als diese beantragt hätten.

Das Landgericht habe sich mit der von den Beklagten 2) – 4) erhobenen Einrede der Verjährung (vgl. Schriftsatz vom 30.10.2017, S. 4) nicht auseinandergesetzt. Die Kläger hätten ihre Klageanträge nach Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2016 erhöht und geändert, nämlich durch die im Schriftsatz vom 11.10.2017 angekündigten und im Termin am 23.03.2018 gestellten sowie im Schriftsatz vom 18.05.2018 angekündigten und im Termin am 13.09.2018 gestellten neuen Anträge.

Die Feststellungsanträge seien wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig. Ein Überwachungsfehler der Beklagten 2) – 4) liege nicht vor, da die Verlegung der Dämmung eine handwerkliche Selbstverständlichkeit gewesen sei und zudem eine Kontrollmöglichkeit nur für wenige Stunden bestanden habe. Ein Architekt dürfe sich darauf verlassen, dass das, was vertraglich vereinbart sei, vom Bauunternehmer auch eingebaut werde.

Der vom Landgericht angenommene Mangel der Leistung der Beklagten 1) bestehe nicht. Die verwendeten EPS-Dämmplatten hätten zum Zeitpunkt der Abnahme der Bauleistung und bis zum 16.03.2016, als das Regierungspräsidium die Zulassung zurückgenommen habe, über eine bauaufsichtliche Zulassung im Einzelfall verfügt. Die Rücknahme der Zulassung durch das Regierungspräsidium am 16.03.2016 für die Vergangenheit sei rechtswidrig gewesen. Jedenfalls lägen die Voraus-

setzungen für eine Zulassung im Einzelfall vor, was inzwischen durch Langzeittests nachgewiesen worden sei. Das Regierungspräsidium T. müsse wegen Ermessensreduzierung auf null eine Zulassung erteilen. Die Kläger hätten gegenüber dem Regierungspräsidium T. die Zulassungserteilung entgegen Treu und Glauben (vorläufig) verhindert.

Im Rahmen eines Vorschussanspruches bestehe kein Anspruch auf die voraussichtlich anfallende Mehrwertsteuer.

Es sei nicht richtig, dass ein Unterfangen des Gebäudes mit einem Streifenfundament für sich betrachtet bereits Kosten auslöse, die nicht unterhalb der Kosten für einen Rückbau und unter Berücksichtigung der Kosten für die Ringdrainage höher als die für einen Abriss und Neubau liegen würden. Der gerichtliche Sachverständige habe gerade das Gegenteil angegeben. Außer der Drainage seien zudem keine weiteren Maßnahmen erforderlich. Den diesbezüglichen Beweisantritt Sachverständigengutachten habe das Landgericht übergangen.

Die Kläger müssten sich jedenfalls einen Abzug neu für alt gefallen lassen. Bezüglich der Nebengewerke habe kein Anspruch auf Schadensersatz, sondern allenfalls Vorschuss für die Ersatzvornahme zuerkannt werden dürfen, weil erst nach Durchführung der Selbstvornahme überhaupt feststehe, welche Nebengewerke betroffen seien. Die Zuerkennung eines endgültigen Schadensersatzanspruches beruhe auf einer nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unzulässigen Schadensberechnung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten.

Die Schätzung der ersatzfähigen Privatgutachterkosten sei ohne Anknüpfungstatsachen, in nicht nachvollziehbarer Weise und ohne vorherigen richterlichen Hinweis erfolgt. Die Miete für die aktuelle Wohnung als materiellen Schaden könnten die Kläger nicht neben einem Nutzungsausfall als immateriellem Schaden ersetzt verlangen. Die Berechnung des Nutzungsausfalles durch das Landgericht sei falsch; dem Landgericht fehle die erforderliche Sachkunde. Der in Bezug genommene Mietspiegel für die Stadt L. sei nicht näher bezeichnet und nicht allgemeinkundig. Die vom Landgericht vorgenommene Einschränkung des zu weit gefassten Klageantrags verstoße gegen § 308 ZPO. Zur beklagten Seite bestrittenen tatsächlichen Mietzahlung habe das Landgericht den angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen.

Für den vom Landgericht angenommenen Verzug der Beklagten 1) ab 29.07.2012 fehle es an den erforderlichen Tatsachenfeststellungen. Maßgeblich sei nur der vom Landgericht herangezogene Mangel der fehlenden XPS-Dämmung. Nur die Beklagte 1) sei zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden. Ein Verzug der Beklagten 2) – 4) sei nicht gegeben. Jedenfalls fehle es für einen Schadensersatzanspruch an einem Verschulden der Beklagten 2) – 4); es sei die alleinige Disposition der Kläger gewesen, das Haus nicht fertigstellen zu lassen.

Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten bestehe nicht und sei in der zugesprochenen Höhe nicht nachvollziehbar. Ein Anspruch auf Verzinsung des Kostenerstattungsanspruchs bzgl. des selbständigen Beweisverfahrens sei nicht gegeben; die zugesprochene Höhe sei im Urteil nicht begründet und nicht nachvollziehbar.

Die Beklagten 2) - 4) beantragen:

Das Urteil vom 05.10.18 und das Verfahren des Landgerichts Stuttgart, Az. 22 O 175/15, werden aufgehoben und der Rechtsstreit wird an das Landgericht Stuttgart zurückverwiesen.

Hilfsweise:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.2018, Az. 22 O 175/15, wird abgeändert und die Klage wird auch im Übrigen abgewiesen.

Der Streithelfer

schließt sich den Anträgen der Beklagten 2) – 4) an.

Die Kläger beantragen,

die Berufungen der Beklagten 1) – 4) sowie des Streithelfers zurückzuweisen.

c)

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil gegen die Berufungen der Beklagten, soweit der Klage vom Landgericht stattgegeben wurde. Das Landgericht sei insbesondere zu Recht von einem Mangel ausgegangen. Eine bauaufsichtliche Zulassung für die verwendeten Dämmplatten habe nie bestanden. Mit dem Abbruch und Neubau könnten alle 42 im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel beseitigt werden. Die von beklagter Seite angebotene Nachbese-

rung sei untauglich, weil die Drainage aufgrund der Bodenverhältnisse keinen ausreichenden Schutz vor eindringendem Wasser biete und die nicht den Anforderungen von § 16b LBO entsprechende Dämmung unter der Bodenplatte verbleiben würde. Im Verkaufsfall sei dieser Umstand zu offenbaren, was zu einem merkantilen Minderwert führe.

Die Abnahme der Bewehrung durch den Prüfsachverständigen für Bautechnik sei eine technische Beurteilung, jedoch keine rechtsgeschäftliche Abnahme der Kläger.

Der Schadensersatzanspruch wegen Zerstörung der Nebengewerke im Zuge des erforderlichen Rückbaus werde hilfsweise auch als abzurechnender Vorschuss geltend gemacht (Bl. 709).

4.

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

Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Stuttgart (22 OH 12/13) waren beigezogen.

II.

Alle Berufungen sind zulässig. In der Sache hat die Berufung der Kläger überwiegend Erfolg, die Berufungen der Beklagten sind dagegen nur in ganz geringem Umfang hinsichtlich der Nebenforderungen begründet.

Die Urteilsbegründung ist nach den verschiedenen Beklagten sowie den Ziffern des Urteilsausspruchs gegliedert, der sich der Übersichtlichkeit halber weitgehend am Urteilsausspruch erster Instanz orientiert.

1. Ansprüche der Kläger gegen die Beklagte 1)

Die Kläger machen gegen die Beklagte 1) Ansprüche auf Vorschuss für Mangelbeseitigung in Selbstvornahme sowie auf Schadensersatz und Feststellung, insbesondere wegen verzögerter Fertigstellung des Gebäudes geltend.

a) Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2 (Vorschuss für die Kosten der Mangelbeseitigung in Selbstvornahme)

Das Landgericht hat die Beklagte 1) zu einem Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung in Selbstvornahme in Höhe von 108.619,41 € (= 91.276,80 € zzgl.

17.342,61 € Umsatzsteuer) verurteilt, wobei eine nach dem klägerischen Vortrag offene Restwerklohnforderung von 18.880,60 €, gegen die die Kläger die Aufrechnung erklärt haben, bereits abgezogen ist (LGU, Rn. 41 ff.).

Die Entscheidung des Landgerichts ist insoweit zutreffend. Den Klägern als Gesamtgläubiger steht gegen die Beklagte 1) ein Anspruch gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B 2009 (im Folgenden VOB/B) auf Kostenvorschuss für die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten in der zugesprochenen Höhe zu.

aa) Mangel

Zurecht hat das Landgericht das Vorliegen eines Mangels bei Abnahme bejaht.

(1) EPS- statt XPS-Dämmung unter der tragenden Bodenplatte

Nach § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B ist die Leistung frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Das ist hier hinsichtlich der Dämmung unter der Bodenplatte des Kellers nicht der Fall.

(i) Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit

Die dort zur Ausführung gekommene Dämmung aus expandiertem Polystyrol (EPS) entspricht nicht der vertraglichen Vereinbarung gemäß Pos. 6.3 des Leistungsverzeichnisses. Danach war eine Dämmung aus extrudiertem Polystyrol (XPS) geschuldet.

Zu den beiden Materialien hat das Landgericht im unstrittigen Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt (LGU, Rn. 9): „XPS und EPS unterscheiden sich insbesondere dadurch, dass EPS eine deutlich sichtbare Struktur aus gesperrten Perlen aufweist, während XPS eine deutlich höhere Druckfestigkeit sowie einen deutlich höheren Wasserdampfdiffusionswiderstand als EPS, bei welchen durch dauerhaften Druck die Struktur leicht zerstört werden kann und welches Feuchtigkeit aufnehmen kann. Aufgrund der höheren Druckbelastbarkeit und geringen Feuchtigkeitsempfindlichkeit wird XPS häufig für Situationen verwendet, bei denen der Dämmstoff hoher Feuchtebeanspruchung und mechanischen Belastungen ausgesetzt ist.“

Die Kläger haben entgegen dem Berufungsvorbringen der Beklagten 1) die Verwendung des EPS-Dämmstoffes auch nicht durch Abnahme nachträglich genehmigt.

Zwar ist es richtig, dass die Kläger auf die 1. Abschlagsrechnung der Beklagten 1) vom 19.06.2012 (Anl. K43 = Anl. B1/12, Bl. 753) eine Zahlung nach Prüfung und Freigabe durch die Beklagte 2) geleistet haben, auch enthält der von der Beklagten 2) als „fachtechnisch und rechnerisch richtig“ festgestellte Betrag den Posten „Dämm. Bodenpl. 2.500,-“. Eine konkludente nachträgliche Genehmigung der Materialabweichung durch die Kläger kann hierin jedoch nicht gesehen werden. Der Prüfvermerk eines Architekten auf der Rechnung eines Unternehmers ist eine Wissenserklärung des Architekten seinem Auftraggeber gegenüber, dass die Rechnung fachlich und rechnerisch richtig ist. Der Prüfvermerk ist in der Regel keine rechtsgeschäftliche Erklärung des Architekten namens seines Auftraggebers Dritten gegenüber (BGH, Urteil vom 06.12.2001 – VII ZR 241/00, NJW-RR 2002, 661). Vorliegend ist kein Erklärungswille dahingehend erkennbar, dass statt des ursprünglich vereinbarten nunmehr ein anderes Dämmmaterial – noch dazu ein bauaufsichtlich für die vorliegende Verwendung nicht zugelassenes (dazu sogleich) – vertragsgemäß sein soll, nachdem aus der Abschlagsrechnung noch nicht einmal hervorgeht, welches Dämmmaterial verwendet wurde.

Auch in der beklagtenseits behaupteten Tatsache, dass für die „Bewehrungsabnahme“ vor dem Betonieren der Bodenplatte der Fachingenieur (Statiker) anwesend gewesen sei und keine Einwendungen gegen den noch sichtbaren Dämmstoff erhoben habe, kann eine rechtsgeschäftliche Genehmigung der Kläger nicht gesehen werden. Es fehlt insoweit bereits an einer entsprechenden Bevollmächtigung des Statikers wie der Beklagten 2) bzw. des Streithelfers als deren Unterauftragnehmer, was auch Nr. 12.4 der Zusätzlichen Angebots- und Vertragsbedingungen klarstellt. Zudem erscheint es fraglich, ob die „Bewehrungsabnahme“ den Dämmstoff überhaupt betraf.

Dass die Kläger bei der Abnahme den Mangel gekannt haben – und damit gem. § 640 Abs. 2 BGB a.F. einen Teil ihrer Mängelrechte verloren hätten –, ist nicht ersichtlich. Dass sie die verwendeten falschen Platten – ohne freilich zu wissen, dass es sich um das falsche Material handelte – während des Bauverlaufs gesehen und fotografiert hatten, bedeutet noch keine positive Kenntnis des Mangels.

(ii) Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik

Im Verbau der EPS-Dämmplatte swisspor Peridämm 3000 unter der Kellerbodenplatte liegt außerdem ein

Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik, wie der gerichtliche Sachverständige S. festgestellt hat. Dies ergibt sich bereits daraus, dass diese Verwendung gegen die Herstellerrichtlinien und ohne entsprechende bauaufsichtliche Zulassung erfolgt. Auch eine nachträglich erteilte Zustimmung im Einzelfall gem. § 20 LBO – die bisher nicht vorliegt und mit der auch nicht mehr zu rechnen ist (vgl. Anl. BB5) – würde daran nichts ändern, da die Verwendung des Materials damit noch nicht automatisch den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Anerkannte Regeln der Technik sind nämlich diejenigen Regeln für die Ausführung baulicher Leistungen, die sich nach Meinung der Mehrheit der maßgeblichen Fachleute in der Praxis bewährt haben oder deren Eignung von ihnen als nachgewiesen angesehen wird (Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB-Kommentar, 6. Aufl. 2018, VOB/B § 4, Rn. 55). Davon kann bei einer bauaufsichtlichen Zustimmung zur Verwendung im Einzelfall noch nicht ohne Weiteres und quasi automatisch ausgegangen werden.

Durch die – von Beklagtenseite unter Beweis gestellten – Langzeittest der Druckfestigkeit des Materials könnte allenfalls die Eignung zur Verwendung unter statisch tragenden Bauteilen belegt werden, nicht jedoch eine Eignung zur Verwendung bei drückendem Wasser (s.o.), so dass – jedenfalls ohne den Einbau einer Ringdrainage mit Hebeanlage, die vertraglich nicht vorgesehen ist – in jedem Fall ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik vorliegt. Einer Beweiserhebung bedarf es insoweit nicht.

Im Ergebnis liegt damit in der Verwendung der EPS-Dämmplatten unter der Bodenplatte ein Mangel gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B, da sowohl ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik als auch Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit gegeben sind.

(2) weitere Mängel

Im selbständigen Beweisverfahren hat der Sachverständige S. zahlreiche weitere, teils gravierende Mängel am Werk der Beklagten 1) festgestellt (vgl. Gutachten vom 13.01.2015 und tabellarische Übersicht in der Klageschrift, S. 10 ff., Bl. 10 ff.), welche die Kläger auch zum Gegenstand ihrer Klage gemacht haben (vgl. z.B. Bl. 245 f.). Darauf kommt es jedoch nicht weiter an, weil zur Beseitigung des in der falschen Dämmung unter der Bodenplatte liegenden Mangels ohnehin ein vollständiger Rückbau und eine Neuerrichtung des Gebäudes erforderlich sind und in diesem Zuge auch die

sonstigen Mängel beseitigt werden (können), wie das Landgericht gestützt auf die Einschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) S. (näher dazu unten cc)) zu Recht festgestellt hat.

Die weiteren gerügten Mängel bedürfen daher hier keiner näheren Betrachtung. Auch die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob die zweilagige statt der vertraglich vereinbarten einlagigen Verlegung der (falschen) Dämmung unter der Bodenplatte (vgl. Mangel Nr. 85) für sich genommen einen Mangel darstellt, der einen vollständigen Abbruch des Gebäudes erforderlich macht – Letzteres hat der Sachverständige S. verneint (Bl. 200) –, kann dahingestellt bleiben.

bb) fruchtlose Fristsetzung zur Mangelbeseitigung

Die Kläger haben mit Schreiben vom 07.05.2013 (Anl. K9) gerügt, dass die sogenannte „weiße Wanne“ wasserdurchlässig ist. Mit Schreiben vom 12.06.2013 (Anl. K 10) haben sie u.a. gerügt, dass sich unter der statisch tragenden Bodenplatte keine XPS-Dämmung befindet. Mit Schreiben vom 11.12.2013 (Anl. K 13) haben sie schließlich u.a. gerügt, dass die EPS-Dämmung, welche unter der statisch tragenden Bodenplatte verwendet wurde, in doppelter Lage verlegt wurde und es sich dabei um das falsche Material handelt. Die Mängelrügen erfolgten jeweils unter Aufforderung zur Mangelbeseitigung und Setzung einer Frist hierfür. Diese Fristen sind fruchtlos abgelaufen. Damit ist das Recht der Kläger, das mangelhafte Werk durch Neuherstellung auf Kosten der Beklagten 1) herzustellen, entstanden.

Dieselben Mängel wurden später auch im selbstständigen Beweisverfahren zur Begutachtung gestellt. Der Vortrag der Beklagten (Bl. 717 ff.), dass im selbstständigen Beweisverfahren nur Ausführungsfehler der EPS-Dämmung, nicht aber die Verwendung falschen Materials gerügt worden sei, trifft nicht zu.

Die Frage, ob für den hier vorliegenden Einsatzzweck die EPS-Dämmplatten über eine bauaufsichtliche Zulassung nach § 18 LBO verfügen, ist im vorliegenden Zusammenhang demnach unerheblich.

cc) Unverhältnismäßigkeit der Neuerrichtung (§ 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3 BGB)

Ein Anspruch auf Mängelbeseitigung, der Voraussetzung für den Kostenvorschuss für die Selbstvornahme ist, besteht gem. § 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3

BGB dann nicht, wenn die Mangelbeseitigung einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert. Das kann dann der Fall sein, wenn Mängel nur durch Neuherstellung des Werkes zu beseitigen sind und das Interesse des Auftraggebers an der Neuherstellung im Verhältnis zu den durch die Neuherstellung entstehenden Kosten unverhältnismäßig ist (Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, VOB/B § 13, Rn. 385).

Letztlich kommt es im Rahmen der nach § 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3 BGB vorzunehmenden Abwägung darauf an, ob bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zum Interesse des Auftraggebers an der Mangelbeseitigung steht. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Verhältnis zu den dafür erforderlichen Aufwendungen unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (BGH, Urteil vom 10.04.2008 – VII ZR 214/06, NZBau 2008, 575). Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn der Auftraggeber objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung hat, z.B. weil die Funktionsfähigkeit des Werkes erheblich beeinträchtigt ist (BGH, Urteil vom 10.11.2005 – VII 137/04, NZBau 2006, 177, 178; Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 64/04, NZBau 2006, 110, Rn. 14). Bei der Interessenabwägung sind die vertragliche Risikoverteilung und das Ausmaß des Verschuldens des Auftragnehmers zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 04.07.1996 – VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269 vgl. insgesamt Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, VOB/B § 13, Rn. 382).

(1)

Unstreitig (siehe unstreitiger Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, Rn. 9) unterscheiden sich XPS und EPS in ihren Eigenschaften deutlich. Vorliegend hat der Sachverständige S. (schriftliches Gutachten vom 13.01.2015, S. 204, und Anhörung im sBV vom 04.12.2015, S. 3, sBV Bl. 274) festgestellt, dass die Beseitigung des Mangels des falschen Dämmmaterials unter der Kellerbodenplatte nur durch vollständigen Rückbau und Neuerrichtung des Gebäudes möglich ist, weil das Material ausgetauscht werden müsse. Das Landgericht ist dem gefolgt (LGU, Rn. 64). Die von den Berufungen der Beklagten dagegen vorgebrachten Angriffe sind nicht stichhaltig: Eine andere Art der Mangelbeseitigung existiert nicht und die Mangelbeseitigung ist auch nicht unverhältnismäßig.

Das Landgericht durfte sich insoweit auf den Sachverständigen S. stützen, auch wenn der zuletzt erkennende Richter den Sachverständigen nicht persönlich vernommen hat. Die Gutachten und die Protokolle sind aussagekräftig. Das Landgericht musste den Sachverständigenbeweis nicht mit anderen eingeholten Beweisen abwägen und war deshalb auf einen persönlichen Eindruck des Sachverständigen nicht angewiesen. Ein Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme liegt daher nicht vor. Das Ergebnis der Beweisaufnahme bezüglich des Sachverständigen S. wurde entgegen der Behauptung der Beklagten 2) – 4) vom Landgericht mit den Parteien ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 21.04.2016, S. 8 (Bl. 203), erörtert und im Anschluss streitig verhandelt.

(2)

Die Beklagten behaupten, dass es anstelle des Abbruchs und der Neuerrichtung des Gebäudes eine andere Möglichkeit zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes gebe.

So hat die Beklagte 1) vorgetragen, dass die Dämmplatten unter der Bodenplatte keine statische Funktion hätten, weil das Gebäude seine Lasten über Streifenfundamente abtragen würde. Dies trifft allerdings auf den hier streitgegenständlichen Bereich der Bodenplatte unter dem Keller nicht zu. Damit werden die Dämmplatten statisch belastet. Die eingebaute Dämmplatte ist vom Hersteller unstreitig für die Verwendung unter tragenden Bodenplatten nicht zugelassen (unstreitiger Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, Rn. 11). Die allgemeine bauaufsichtliche Zulassung schließt die Verwendung unter statisch tragenden Bauteilen ebenfalls ausdrücklich nicht mit ein (LGU, Rn. 12). Während für die Frage der Mangelhaftigkeit der Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich ist, ist für die Frage der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz entscheidend. In diesem Zeitpunkt fehlte eine bauaufsichtliche Zustimmung im Einzelfall: Abgesehen davon, dass der vorgelegte Bescheid des Regierungspräsidiums T. vom 23.11.2015 nicht das verwendete Produkt von swisspor, sondern eine Rygol-Perimeterdämmplatte betrifft, ist dieser Bescheid rückwirkend durch Bescheid vom 16.03.2016 zurückgenommen worden.

Die Beklagten behaupten, das Material weise nach den Feststellungen des Privatgutachters Professor Dr.-Ing. F. von der TU H. die erforderliche Druckfestigkeit auf. Das Landgericht ist dem Angebot eines Zeugen- und

Sachverständigenbeweises insoweit nicht nachgegangen. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, weil jedenfalls die Abweichung des verwendeten von dem geschuldeten Material beim Wasserdampf-Diffusionswiderstand verbleibt (zum „Lastfall Wasser“ sogleich näher).

Die Beklagten behaupten ferner, dass ein etwaiges statisches Problem durch nachträgliche Unterfangung und Errichtung von Streifenfundamenten unter der Kellerbodenplatte gelöst werden könne. Während der gerichtliche Sachverständige S. zunächst Zweifel hatte, ob eine Unterfangung des Gebäudes technisch überhaupt möglich ist, hat er dies später als „denkbare Alternative“ bezeichnet (mündliche Anhörung im sBV, Seite 3, sBV Bl. 274 f.). Obwohl dabei die EPS-Dämmung unter der Bodenplatte verbleiben würde, könnte möglicherweise durch den Einbau von Streifenfundamenten die statisch tragende Funktion der Bodenplatte aufgehoben werden, so dass die verbaute Dämmung hinsichtlich der Druckfestigkeit grundsätzlich gebrauchstauglich wäre (Bl. 65). Allerdings verbleibt weiterhin das Problem des „Lastfalls Wasser“.

(3)

Die Beklagten behaupten, die Problematik von drückendem bzw. stauendem Wasser könne durch eine Ringdrainage mit Hebeanlage gelöst werden, die über einen Notüberlauf der klägerischen Zisterne letztlich ins öffentliche Abwassernetz entwässere.

Der Sachverständige S. hat dies technisch für möglich gehalten (1. Ergänzungsgutachten vom 27.07.2017, Seite 26, sBV Bl. 212). Nicht ganz klar nach den Ausführungen des Sachverständigen S. ist, ob mit einer Drainage auch das Problem drückenden Wassers gelöst werden kann (vgl. 1. Ergänzungsgutachten vom 27.07.2015, Seite 25, Bl. 211, einerseits und S. 26, Bl. 212 andererseits). Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, da eine solche Drainage ohnehin keinen vertragsgemäßen Zustand herstellen würde.

Statt der vertraglich geschuldeten XPS- verbleibt nämlich eine EPS-Dämmung unter der Kellerbodenplatte (1. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. vom 27.07.2015 im sBV, Seite 26, sBV Bl. 212). Maßgeblich für den Umfang der Mängelbeseitigung ist das vertraglich geschuldete Werk. Diesen Zustand hat der Unternehmer herzustellen. Eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, muss der Besteller grundsätzlich nicht akzeptieren (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – VII ZR 229/17

–, BauR 2019, 255 juris Rn. 14). Maßgeblich für den Umfang der Mängelbeseitigung ist das vertraglich geschuldete Werk. Diesen Zustand hat der Unternehmer herzustellen. Eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, muss der Besteller grundsätzlich nicht akzeptieren (BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – VII ZR 229/17, BauR 2019, 255, juris, Rn. 14). Die Kläger brauchen sich also nicht auf eine Sanierung verweisen zu lassen, die nicht der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung genügt (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2006 – VII ZR 274/04, NJW-RR 2006, 1311, juris Rn. 16).

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mängelbeseitigung kann nicht dazu führen, dass der Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk akzeptieren muss. Damit würde der Inhalt der Nacherfüllungspflicht des Auftragnehmers geändert. Hierfür gibt jedoch weder § 13 Abs. 6 VOB/B noch § 635 Abs. 3 BGB einen Anhaltspunkt. Dort ist nur von einem Verweigerungsrecht des Unternehmers die Rede, nicht von einem Anpassungsrecht im Hinblick auf eine Nacherfüllung. Nach § 13 Abs. 6 VOB/B hat der Einwand der Unverhältnismäßigkeit keine Anpassung des Vertrags auf einen anderen Leistungsgegenstand zur Folge, sondern ein Minderungsrecht des Auftraggebers.

Das Kooperationsgebot der Parteien im Rahmen eines Werkvertrags geht nicht so weit, dass anstelle des vertraglich geschuldeten Werks ein anderes Werk akzeptiert werden müsste, das gegenüber dem vertraglich geschuldeten Werk Nachteile aufweist. Selbst wenn man annehmen würde, dass auf den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Auftraggeber – gegebenenfalls aufgrund des Kooperationsgebots – ein anderes Werk als das vertraglich geschuldete und das mangelhaft hergestellte hinzunehmen hätte, würde vorliegend der Einwand der Unverhältnismäßigkeit nicht eingreifen. Die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung verlangt nämlich eine Abwägung aller Umstände.

(4)

Erforderlich für eine fachgerechte Funktionsweise der beklagten vorgeschlagenen Sanierung sind laut dem Sachverständigen S. eine Einleitenehmigung der zuständigen Abwasserbetriebe, eine ausfallsichere Hebeanlage sowie die Bezahlung laufender Abwassergebühren und der Betriebs- und Wartungskosten für die Pumpe (1. Ergänzungsgutachten vom 27.07.2015, Seite 26, Bl. 212). Eine solche Drainage war nach dem Vertrag zwischen den Klägern und der Beklagten 1)

nicht vorgesehen. Bei Einbau der vertraglich vereinbarten XPS-Dämmung und einer WU-Ausführung des Kellers wäre sie in dieser Form auch nicht erforderlich.

Offen ist schon, ob hier die Einleitung des abgepumpten Wassers ins öffentliche Abwasser-Kanalnetz genehmigt werden würde. Die öffentlich-rechtliche Planung zielt auf eine Versickerung des Wassers und keine Entsorgung des Niederschlags- und Grundwassers durch das Abwassersystem ab. Der Beklagte 3) hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat allerdings erklärt, dass die Beklagten 2) – 4) auf eine Anfrage bei der Gemeinde die Auskunft erhalten hätten, dass eine Ringdrainage genehmigt werden würde.

Selbst wenn danach eine solche Genehmigung tatsächlich erteilt werden würde, verbliebe für die Kläger der Aufwand der Wartung für die Drainage und die Hebeanlage, das Risiko des Ausfalls der Hebeanlage, die Betriebs- und Wartungskosten für die Pumpe sowie die Bezahlung der laufenden Abwassergebühren. Die damit verbundenen Nachteile müssen die Kläger nicht hinnehmen. Darüber hinaus ist im Rahmen der Interessenabwägung auch das Ausmaß des Verschuldens des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Die Beklagte 1) hat die Verpflichtung, das vertraglich vereinbarte Material einzubauen, grob fahrlässig verletzt. Neben der eindeutigen Bezeichnung im Leistungsverzeichnis ist dabei zu berücksichtigen, dass das Material EPS mit grobporiger Struktur ohne Weiteres vom Material XPS, das geschlossenporig und glatt ist, zu unterscheiden ist. Die verbauten Dämmplatten bzw. deren Verpackung trug deutlich den Schriftzug EPS (vgl. Fotos Bl. 119).

Unter Berücksichtigung des Verschuldens und der Nachteile einer in der Planung nicht vorgesehenen Ringdrainage mit Hebeanlage ist der Aufwand für die Mängelbeseitigung durch Abriss und Neuerrichtung des Gebäudes – trotz der damit verbundenen erheblichen Kosten – nicht unverhältnismäßig.

dd) Höhe des Vorschussanspruchs

Das angefochtene Urteil beziffert den Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung in Selbstvornahme ausgehend von den vom Sachverständigen S. geschätzten Kosten für den Rückbau und die Wiederherstellung in Höhe von 170.679,32 € (nach Korrektur des ursprünglichen Rechenfehlers bzgl. der Baukostensteigerung, vgl. Anlage Z zum schriftlichen Sachverständigen Gutachten vom 13.01.2015 im selbständigen Beweisverfahren 22 OH 12/13 und Vernehmung des Sachverständigen im Termin vom 21.04.2016, S. 7, Bl. 203 oben) in

Übereinstimmung mit der klägerischen Berechnung (Bl. 24 und 253) auf 108.619,41 €, also 91.276,80 € netto zzgl. der voraussichtlich anfallenden Umsatzsteuer i.H.v. 17.342,61 € (Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2, Entscheidungsgründe, Rn. 67 ff.). Bereits berücksichtigt als Abzugsposten ist dabei ein Restwerklohnanspruch der Beklagten 1) von 18.880,60 €.

Die klägerische Berechnung geht überschlägig von den sachverständigerseits ermittelten Kosten für die Neuerrichtung des Gebäudes im jetzigen Ausbauzustand von ca. 90.000 € aus, von denen rund 40.000 € an bereits geleisteten Zahlungen für andere Gewerke (s.u. b)) abgezogen werden. Die verbleibenden 50.000 € addieren die Kläger zu den von ihnen an die Beklagte 1) bezahlten 58.619,14 €, so dass sich 108.619,40 € ergeben (Bl. 24). Der so von den Klägern ermittelte Kostenvorschussbetrag liegt jedenfalls unterhalb der vom Sachverständigen geschätzten Mangelbeseitigungskosten und kann daher verlangt werden.

Entgegen der Ansicht der Beklagten umfasst der Kostenvorschussanspruch für Mängelbeseitigung in Selbstvornahme auch die voraussichtlich anfallende Umsatzsteuer (BGH Urteil vom 22.07.2010 – VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 = NJW 2010, 3085, Rn. 16; Senat, Urteil vom 14.09.2011 – 10 W 9/11, NZBau 2012, 42, 43; OLG Celle, Urteil vom 20.03.2018 – 14 O 96/17, BauR 2018, 1445, juris Rn. 31; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2016 – I-22 U 164/15, juris Rn. 74; BeckOGK/Rast, Stand 01.03.2019, BGB § 637 Rn. 204; Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 637, Rn. 9). Eine Überkompensation kann hier nicht eintreten, weil der Vorschussanspruch abgerechnet werden muss.

Eine Vorteilsausgleichung in Form eines Abzugs neu für alt zu Lasten der Kläger, der hier von Beklagtenseite unter Verweis auf eine angebliche Nutzungsdauer des Neubaus von 80 Jahre bei linearer Wertabschreibung eingefordert wird, ist nicht vorzunehmen. Denn ein Vorteilsausgleich ist ausgeschlossen, wenn die Vorteile ausschließlich darauf beruhen, dass der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verzögert hat und dem Auftraggeber bis dahin nur ein mangelhaftes Werk zur Verfügung stand (BGH, Urteil vom 17.05.1984 – VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457, 2459; Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 13, Rn. 301).

Der Kostenvorschuss ist wie vom Landgericht ausgesprochen ab dem 28.02.2015 gem. § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basis-

zinssatz zu verzinsen, nachdem die Beklagte 1) aufgrund des Schreibens der Kläger vom 13.02.2015 (Anl. K14) seitdem in Verzug war.

b) Urteilsausspruch Ziff. 3 (Schadensersatz für die im Zuge der Selbstvornahme zwangsläufig mit abzubrechenden Nebengewerke)

Das Landgericht hat den Klägern als Schadensersatz für die zwangsläufige Zerstörung bereits ausgeführter anderer Gewerke im Zuge des Rückbaus des Gebäudes 39.635,20 € zugesprochen (LGU, Rn. 70 ff.). Die Höhe des Betrages ist im Urteil nicht begründet. Tatsächlich entspricht der zugesprochene Betrag den von den Klägern behaupteten Abschlagszahlungen an Drittunternehmen für andere Gewerke (vgl. Klageschrift, Seite 17 f., Bl. 17 f.), nämlich Fenster, Elektrik und „ALSE“. An die Dachdeckerfirma W. wurden bislang unstreitig von den Klägern noch keine Zahlungen geleistet; die offenbar vorliegende Schlussrechnung ist in dem von den Klägern bezifferten und vom Landgericht zugesprochenen Betrag auch nicht enthalten. Die Kläger haben den an Drittunternehmen gezahlten Betrag beim begehrten Kostenvorschuss in Abzug gebracht (s.o. a) dd)).

Bei diesen Kosten handelt es sich nicht um einen Schaden der Kläger, insbesondere nicht um frustrierte Aufwendungen. Diese Kosten wären bei mangelfreier Arbeit der Beklagten 1) in gleicher Weise angefallen. Der Schaden der Kläger besteht vielmehr darin, dass die Folgegewerke im Zuge der Mangelbeseitigung abgerissen und teilweise oder vollständig neu aufgebaut werden müssen. Insoweit liegen dann Nebenarbeiten der Mangelbeseitigung vor.

Wie dargelegt haben die Beklagten gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B die Kosten der Mangelbeseitigung in Selbstvornahme durch die Kläger zu tragen und hierfür Vorschuss zu leisten (s.o. a)). Der Mangelbeseitigungsanspruch und damit auch der Kostenvorschuss für die Selbstvornahme umfasst auch diejenigen Kosten, die notwendig sind, um nach der Mangelbeseitigung den früheren Zustand wiederherzustellen (Mansfeld, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB/B, 14. Aufl. 2018, VOB/B § 13, Rn. 139). Der Sache nach begehren die Kläger mit ihrer Berechnung letztlich genau diese Mangelbeseitigungskosten. Eine Schadensberechnung anhand der fiktiven Kosten ohne tatsächliche Durchführung der Mangelbeseitigung ist nach der jetzigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch nicht mehr zulässig (BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463).

In der Berufungsinstanz haben die Kläger erklärt, dass sie den geltend gemachten Anspruch in Höhe von 39.635,20 € statt als Schadensersatz hilfsweise auch als Kostenvorschussanspruch geltend machen (Bl. 709). Ein Übergang vom Schadensersatz zum Kostenvorschuss für die Selbstvornahme ist im Prozess auch in der Berufungsinstanz zulässig, da er gem. § 264 Nr. 2 bzw. Nr. 3 ZPO keine Klageänderung darstellt (BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463).

Nicht als Schadensersatz, aber als abzurechnender Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung in Selbstvornahme steht den Klägern gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B daher ein Anspruch auf Zahlung von 39.635,20 € zu, nachdem sich dieser zusammen mit den mit den Urteilsaussprüchen Ziff. 1 und 2 zuerkannten Beträgen von zusammen 108.619,41 € auf insgesamt 148.254,61 € beläuft und damit auch unter Berücksichtigung der klägerseits verrechneten Restwerklohnforderung der Beklagten 1) i.H.v. 18.880,60 € mit einer Summe von 167.135,21 € noch unterhalb der vom Sachverständigen S. für die Mangelbeseitigungskosten geschätzten 170.679,32 € bleibt.

Der Betrag ist in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Da ein Zahlungsverzug durch Schreiben vom 13.02.2015 (Anl. K14) nur in Höhe der geforderten 120.000,00 € eingetreten ist, können Verzugszinsen gem. § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 BGB seit dem 28.02.2015 nur aus einem nach Abzug der im Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2 bereits verzinslich titulierten Beträge verbleibenden Rest von 11.380,59 € verlangt werden. Aus dem darüber hinausgehenden Betrag von 28.254,61 € können nur Zinsen ab Rechtshängigkeit seit dem 23.09.2015 verlangt werden. Insoweit haben die Berufungen der Beklagten Erfolg.

c) Urteilsausspruch Ziff. 4 (Schadensersatzanspruch bzgl. Privatgutachter- und Rechtsverfolgungskosten)

Das Landgericht hat den Klägern Privatsachverständigenkosten (i.H.v. 2.000 €) und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten (i.H.v. 2.706,66 €) von zusammen 4.706,66 € nebst Zinsen zugesprochen (vgl. LGU, Rn. 73 ff. u. 107). Mit ihrer Berufung begehren die Kläger insgesamt 9.020,21 € (= 6.313,55 € + 2.706,66 €) nebst Zinsen (vgl. Bl. 609 ff.).

aa) Anspruchsgrundlage

Den Klägern steht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 und S. 2 a) bzw.

b) VOB/B gegen die Beklagte 1) zu. Die Voraussetzungen auch von § 13 Abs. 7 S. 1 VOB/B sind erfüllt, nachdem die Beklagte grob fahrlässig und damit schuldhaft die falschen Dämmplatten eingebaut hat und dies zu einem wesentlichen Mangel geführt hat, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.

bb) Ersatz von Privatsachverständigenkosten

Im Rahmen dieses Schadensersatzanspruches sind die Kosten der Mangel- bzw. Schadensfeststellung zu ersetzen. Darunter fallen auch die Kosten von privaten Sachverständigengutachten, soweit diese zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind (BGH, Urteil vom 11.02.2014 – VI ZR 225/13, NJW 2014, 1947; Urteil vom 28.02.2017 – VI ZR 76/16, NJW 2017, 1875). Jedenfalls bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens durch Antrag der Kläger vom 05.07.2013 war die Einschaltung des Privatgutachters B. durch die Kläger in diesem Sinne ohne Weiteres erforderlich. Diese Kosten belaufen sich auf 3.462,90 € (vgl. Rechnungen vom 11.06.2013 und 22.10.2013, Anl. K17).

Erstmals mit der Berufungsbegründung haben die Kläger (unter neuen Beweisanträgen) näheren Vortrag dazu gehalten, was Gegenstand der nach dem 05.07.2013 vom Sachverständigen B. abgerechneten Tätigkeiten war (Bl. 609 ff.). Aus dem Vortrag in der Klageschrift (Bl. 26) und den damit vorgelegten Rechnungen (Anl. K17) ließ sich dies inhaltlich ebenso wenig entnehmen wie aus dem Vortrag in der Replik (Bl. 89). Die Kläger meinen, das Landgericht habe sie gem. § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es nur die vor Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens angefallenen Sachverständigenkosten als erstattungsfähig ansehe, dann hätten sie ihren Vortrag bereits in erster Instanz so substantiiert wie nunmehr in der Berufung.

Der neue Vortrag in der Berufung der Kläger ist nicht zu berücksichtigen, da die Voraussetzungen gem. § 531 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Der Vortrag wurde von den Beklagten bestritten (Bl. 683 und 714). Er ist nicht gem. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO wegen eines verfahrensfehlerhaft unterbliebenen Hinweises des Landgerichts zuzulassen. Denn die Kläger selbst hatten in der Klageschrift zunächst behauptet, die Zahlungen an den Privatgutachter seien vor Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens erfolgt (Bl. 26). Auf die Richtigstellung in der Klageerwidern, dass dies nicht durchgängig der Fall sei (Bl. 67), haben die Kläger sodann in der Replik eingeräumt, dass der Sachverständige B. – in

„geringem Umfang – auch begleitend zum selbständigen Beweisverfahren tätig war“, die entsprechenden Rechnungspositionen benannt und mitgeteilt, dass, soweit kein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch der Kläger bestehe, die Aufwendungen im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens geltend gemacht werden würden (Bl. 89). Später haben die Kläger erneut zu den Privatgutachterkosten Stellung genommen, ohne jedoch die Tätigkeit des Sachverständigen B. unter Zuordnung zu den vorgelegten Rechnungen näher zu beschreiben (Bl. 269 f.). Vor diesem Hintergrund musste das Landgericht nicht darauf hinweisen, dass es die Kosten des Sachverständigen B. grundsätzlich nur bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens als materiell erstattungsfähig ansehen würde.

Das Landgericht hat hinsichtlich der vor dem 05.07.2013 angefallenen Privatgutachterkosten lediglich einen Anteil von 2.000,00 € zugesprochen, den es unter Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt hat. Erstattungsfähig seien die Kosten nur, soweit sich die vom Privatgutachter B. festgestellten Mängel später im selbständigen Beweisverfahren bzw. im Prozess bestätigt hätten (LGU, Rn. 76). Letzteres ist im Ausgangspunkt zutreffend. Das Landgericht hat allerdings, was alle Parteien im Berufungsverfahren rügen, die Grundlagen seiner Schätzung nicht angegeben; diese ist daher nicht nachvollziehbar.

Die Kläger wollen für die vorzunehmende Schätzung auf den Anteil der bestätigten Mängel abstellen, soweit eine Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren stattgefunden hat, und gehen von 90 % aus (nur 5 von 47 untersuchten Mängeln hätten sich nicht bestätigt; Bl. 613). Die Beklagten wenden dagegen ein, es komme nicht auf die Anzahl der bestätigten Mängel, sondern die jeweiligen Mangelbeseitigungskosten an (Bl. 683).

Richtigerweise müsste im Grundsatz eine Aufteilung danach erfolgen, welcher Mangel welchen gutachterlichen Aufwand erfordert hat. Dies ist jedoch in vielen Fällen nicht festzustellen. Im Rahmen von § 287 Abs. 2 ZPO erscheint es angemessen, die vollständigen Sachverständigenkosten zuzusprechen, wenn ein Großteil der Mängel festgestellt wurde und der Aufwand des Sachverständigen für die nicht bestätigten Mängel nicht ausscheidbar ist. So liegt der Fall hier. Im Ergebnis steht den Klägern damit die Erstattung der vollständigen vorgerichtlichen Privatgutachterkosten B. in Höhe von 3.462,90 € zu. Der Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB seit Rechtshängigkeit am 23.09.2015

mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

cc) Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten

Der Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 a) bzw. b) VOB/B umfasst die notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung. Hierzu gehört vorliegend angesichts der rechtlichen Komplexität die vorgerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwaltes.

Das Landgericht hat insoweit die klägerseits geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.706,66 € (Bl. 31) zugesprochen. Der zugrunde gelegte Gegenstandswert von 100.000 € ist nicht zu beanstanden. Die veranschlagte 1,5-Geschäftsgebühr ist angesichts des Umfangs und der Komplexität des Falles nicht ermessensfehlerhaft.

Die Beklagten haben allerdings eine tatsächliche Zahlung der Kläger an ihren früheren anwaltlichen Vertreter bestritten (Bl. 67), ohne dass von Klägerseite Beweis für die Zahlung angeboten worden wäre. Die Kläger haben daher lediglich einen Anspruch auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.706,66 €. Dieser ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB seit Rechtshängigkeit am 23.09.2015 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

d) Urteilsausspruch Ziff. 5 (Verzögerungsschaden: Miete, Zinsschaden, Strafzins bis einschließlich Mai 2018) – klägerischer Berufungsantrag Ziff. 11 (Wohnmobilabstellkosten)

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz wegen des infolge der Mangelhaftigkeit verzögerten Bezugs des Neubaus in Höhe von 29.482,15 € nebst Zinsen verurteilt. Darin enthalten ist Schadensersatz für die Weiterzahlung der Miete für die bisherige Wohnung (i.H.v. 28.160 €) und für angefallene Strafzinsen im Rahmen des KfW-Darlehens (i.H.v. 1.322,15 €). Die weitergehenden klägerseits behaupteten Ersatzansprüche wegen Zinsschäden und Stellplatzmiete für das Wohnmobil der Kläger in den Wintermonaten hat das Landgericht abgewiesen. Die Kläger verlangen mit ihrer Berufung – jeweils nebst Zinsen – einen Betrag von insgesamt 50.648,53 € für Mietzahlungs- und weitere Zinsschäden sowie einen Betrag in Höhe von 1.094,33 € für die Miete eines Wohnmobilabstellplatzes in den Wintermonaten (Berufungsantrag Ziff. 11).

aa) Anspruchsgrundlage

Die Kläger machen vorliegend einen Verzögerungsschaden durch die bis heute nicht erfolgte bezugsfertige Fertigstellung des gesamten Gebäudes geltend. Sie knüpfen zum einen an die Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins und zum anderen an die mangelhafte Erstellung bzw. die nicht erfolgte Mangelbeseitigung an. Die Kläger haben erstinstanzlich vorgegetragen, dass ohne die Pflichtverletzungen der Beklagten 1) und 2) das Haus planmäßig Ende Januar 2013 hätte bezogen werden können (Bl. 31 und 477). Die Beklagten haben das nicht bestritten. Das Landgericht hat dies seinem Urteil zugrunde gelegt. Die Beklagten greifen dies mit ihren Berufungen nicht an.

(1) Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins

Die Kläger und die Beklagte 1) haben im Bauvertrag eine Fertigstellung bis spätestens KW 30/2012, also spätestens 28.07.2012, vereinbart (Anl. K2). Mangels näherer Definition ist unter „Fertigstellung“ die abnahmereife Herstellung der vertraglich geschuldeten Leistung zu verstehen (allg. Meinung; vgl. OLG Dresden BauR 2001, 949; Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, VOB-Kommentar, 6. Aufl. 2018, VOB/B § 5, Rn. 96 m.w.N.). Die Fertigstellungsfrist ist auch dann eingehalten, wenn der Auftraggeber trotz wesentlicher Mängel und / oder Restarbeiten innerhalb der Frist die Abnahme erklärt hat (Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, a.a.O.).

Vorliegend hatte die Beklagte 1) ihre Arbeiten nicht bis zum vereinbarten Termin fertiggestellt. Aufgrund der kalendermäßigen Bestimmtheit der Fertigstellungsfrist befand sich die Beklagte 1) gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB ab dem 29.07.2012 in Verzug. Allerdings endete der Verzug mit der Abnahme des Werks durch die Kläger am 29.11.2012 und damit vier Monate nach Verzugs-eintritt.

Für Schäden wegen dieser Verzögerung steht den Klägern grundsätzlich ein Anspruch gem. § 5 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B zu. Dieser kann jedoch – mangels näheren Vortrags – allenfalls Verzögerungsschäden von vier Monaten umfassen, unter Zugrundelegung einer planmäßigen Gesamtfertigstellung im Januar 2013 also die Zeit von Februar bis Mai 2013. Die Verzögerung der Fertigstellung der Leistung der Beklagten 1) kann zwar nicht ohne Weiteres mit der Verzögerung der Fertigstellung des Gesamtbauwerks, die für Januar 2013 geplant war, gleichgesetzt werden. Eine Vermutung der

Fortdauer einer bestimmten Verzögerung während der Errichtung eines Bauwerks bis zur Gesamtfertigstellung gibt es nicht. Allerdings haben die Beklagten den Vortrag der Kläger zur Verzögerung nicht bestritten. Die Kläger mussten dazu daher nicht weiter vortragen und Beweis antreten.

(2) Verzögerung der Fertigstellung infolge der Mangelhaftigkeit

Ein Schadensersatzanspruch wegen Verzögerungsschäden kommt daneben noch für die infolge der Mangelhaftigkeit der Werkleistung der Beklagten 1) eingetretene Verzögerung der bezugsfertigen Gesamtfertigstellung in Betracht.

Nach welcher Anspruchsgrundlage sich der Schadensersatzanspruch wegen mangelbedingter Verzögerungsschäden richtet, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. zum BGB-Vertrag BeckOGK/Kober, Stand 01.03.2019, BGB § 636, Rn. 371 f.). Wenn man auf die Pflicht des Auftragnehmers zur mangelfreien Erstellung der Werkleistung abstellt, bedarf es nicht des Vorliegens der Verzugsvoraussetzungen gem. § 286 BGB, es genügt im Rahmen von § 13 Abs. 7 VOB/B allein das Vorliegen eines Mangels, der zur verzögerten Fertigstellung geführt hat. Knüpft man an die trotz Nachfristsetzung nicht erfolgte Mangelbeseitigung an, dann könnte sich daneben ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 286 BGB ergeben (vgl. zum VOB/B-Vertrag z.B. Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 464). Auch letzterer stellt allerdings einen Mangelfolgeschaden dar, der von § 13 Abs. 7 VOB/B mitumfasst ist.

Nach zutreffender Ansicht kommt es daher auf das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen nicht an: Beruht die Verzögerung auf Mängeln, dann ist beim VOB/B-Vertrag § 6 Abs. 6 VOB/B nicht anwendbar. Vielmehr ist der Schaden vor Abnahme gemäß § 4 Abs. 7 S. 2 und nach Abnahme gem. § 13 Abs. 7 VOB/B zu ersetzen. Das gilt sowohl für den Fall, dass der Schaden für den Zeitraum der Mängelbeseitigung geltend gemacht wird, als auch für den Fall, dass der Schaden dadurch entsteht, dass ein Mangel nicht beseitigt wird (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 7. Teil, Rn. 56). Die zusätzlichen Verzugsvoraussetzungen müssen dann nicht vorliegen, wenn ein Werk zwar rechtzeitig, aber mit einem behebbaren Mangel behaftet erstellt wird und durch eine verzögerte Mängelbeseitigung Mangelfolgeschäden entstehen (vgl. BeckOGK/Kober, Stand 01.03.2019, BGB § 636 Rn. 372).

Die Voraussetzungen von § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 und S. 2 a) bzw. b) VOB/B liegen vor, mangelbedingte Verzögerungsschäden sind demnach als Mangelfolgeschäden grundsätzlich ersatzfähig. Voraussetzung ist dafür allerdings, dass sie kausal auf den Mangel zurückzuführen sind. Die Baueinstellung, die vorliegend zur Verzögerung geführt hat, geht auf den Mangel der falschen Dämmung unter der Kellerbodenplatte zurück. Die Beklagten haben diesen Mangel erstmals mit Schreiben vom 12.06.2013 (Anl. K10) gegenüber der Beklagten 1) gerügt unter Setzung einer Beseitigungsfrist bis 12.07.2013. Frühestens am 12.06.2013 ist es daher zu einer Baueinstellung (auch) aufgrund des streitgegenständlichen Mangels gekommen. Nach den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen S. ist dieser Mangel auch der einzige, der einen vollständigen Rückbausamt Neuerrichtung des Gebäudes notwendig macht (s.o. 1. a) aa) (2)). Gemäß § 287 ZPO ist damit die gesamte Verzögerung vom 12.06.2013 bis heute der Beklagten 1) zuzurechnen. Alle dadurch entstandenen Schäden sind von ihr zu ersetzen.

bb) Miete für die derzeitige Wohnung

Die Kläger begehren den Ersatz der von ihnen im Zeitraum Februar 2013 bis Mai 2018 gezahlten Miete für ihre derzeitige Wohnung, die sie aufgrund der Verzögerung der Bezugsfertigkeit des neuen Hauses länger als geplant weiter nutzen mussten und bis heute müssen. Ein ersatzfähiger kausaler Schaden liegt wie soeben dargelegt für die Zeit Februar bis Mai 2013 (gem. § 5 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B) und für die Zeit seit 12.06.2013 (gem. § 13 Abs. 7 VOB/B) vor. Damit ist ein Zeitraum von 63,5 Monaten (Juni 2013 nur zur Hälfte) und nicht wie vom Landgericht zugesprochen 64 Monaten ersatzfähig.

Was die Höhe der monatlichen Mietaufwendungen angeht, so hat das Landgericht in nicht zu beanstandender und damit für den Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in bindender Weise festgestellt, dass die Kläger gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 440 € pro Monat verpflichtet waren und diese Zahlungen – jeweils hälftig – auch tatsächlich geleistet haben. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen des Landgerichts bestehen nicht. Durch die vorgelegten Unterlagen (Zahlungsbelege, Kontoauszüge des Vaters der Klägerin als Vermieter und Bescheinigungen des Finanzamtes, dass dieser die entsprechenden Mieteinnahmen in seiner Steuererklärung angegeben und sie dort berücksichtigt wurden) ist bewiesen, dass die vertraglich vereinbarte

Miete tatsächlich gezahlt wurde. Der Einwand der Beklagten 1), der Beweis sei nicht geführt, weil ja Rückzahlungen denkbar seien, hat zu keiner Beweiserhebung geführt. Insoweit müssten, nachdem Erfüllung eingetreten war, die Beklagten eine Rückzahlung der Mieten beweisen. Ein wirksamer Beweisantritt der Beklagten 1 lag insoweit nicht vor. Die Beklagte 1) hatte lediglich weiteren Aufklärungsbedarf dahingehend angemeldet, „ob die Kläger nicht Pflege- oder Versorgungsleistungen zugunsten des Vaters bzw. Schwiegervaters erbringen, welche im Mietzins enthalten sind“ (Bl. 419). Insoweit liegt keine Tatsachenbehauptung vor, sondern es wurde ein Ausforschungsbeweis formuliert.

Insgesamt steht den Klägern damit als Gesamtgläubiger ein Schadensersatz wegen Mietaufwendungen in Höhe von 27.940,00 € (= 63,5 Monate à 440 €) zu. Dieser Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab jeweiliger Rechtshängigkeit zu verzinsen aus einem Betrag von 13.200 € seit dem 23.09.2015 und aus einem Betrag von 14.520 € seit dem 13.09.2018 (Bl. 494).

cc) Stellplatzmiete für das Wohnmobil

Die Kläger machen mit ihrem Berufungsantrag Ziff. 11 den Ersatz von Aufwendungen für die Anmietung eines Stellplatzes für ihr Wohnmobil in den Wintermonaten 2013/2014, 2014/2015 und 2016/2017 in Höhe von insgesamt 1.094,33 € geltend (Bl. 430 und 627 f.). Insoweit hatte das Landgericht die Klage abgewiesen (LGU, Rn. 94 ff.).

Das angefochtene Urteil ist in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Ein Schadensersatzanspruch steht den Klägern nicht zu. Das Landgericht hat insoweit zutreffend ausgeführt, dass nicht nachvollziehbar sei, warum das Wohnmobil nicht in einem belebten – und durchaus gehobenen – Neubaugebiet in dem bereits errichteten Carport des streitgegenständlichen Hauses abgestellt werden konnte. Die Gefahr von Vandalismus und Einbruch besteht immer, egal ob die Kläger im danebenliegenden Haus wohnen oder nicht. Sie besteht im Übrigen auch bei den angemieteten Stellplätzen. Soweit es sich dabei um geschlossene Hallen bzw. Scheunen gehandelt haben sollte, wären entsprechende Mietaufwendungen ohnehin nicht ersatzfähig, da den Klägern eine vergleichbare Abstellmöglichkeit auch bei planmäßigem Bezug des Neubaus mit dem dortigen Carport nicht zur Verfügung gestanden hätte. Im Übrigen zeigt die Tatsache, dass die Kläger den Carport zeit-

weise tatsächlich zum Abstellen des Wohnmobils benutzt haben (vgl. Bl. 398 und 466 mit Anl. StrV1 nach Bl. 466), dass auch sie die Gefahr des Vandalismus bzw. Einbruchs für tragbar hielten.

Dass im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens im Winter 2013/2014 bei einem Ortstermin Schürfunken unter dem Carport durchgeführt wurden, rechtfertigt es jedenfalls nicht, das Wohnmobil für fünf Monate anderweitig abzustellen (Bl. 686). Hier hätte das Fahrzeug für die kurze Zeit, während der der Carport tatsächlich nicht zur Verfügung stand, notfalls wieder zugelassen werden können und müssen. Vortrag dazu, ob und wie lange der Carport aufgrund der durchgeführten Schürfunken tatsächlich konkret nicht für das Abstellen des Wohnmobils zur Verfügung stand, haben die Kläger nicht gehalten.

dd) Zinsen für Darlehen der Kläger

Zur Finanzierung ihres Bauvorhabens haben die Kläger drei Darlehen bei der XXX-Bank aufgenommen, wobei es sich bei einem davon um ein durchgereichtes KfW-Förderdarlehen mit besonders günstigem Zinssatz handelte.

Laut sämtlicher vorgelegter Darlehensverträge (Anl. K18 bis K20) haften die Kläger als Gesamtschuldner. Etwaige Schadensersatzansprüche wegen verzögerungsbedingter Zinsmehraufwendungen stehen ihnen daher grundsätzlich als Gesamtgläubiger zu.

(1) „Strafzinsen“ für KfW-Darlehen

Zurecht hat das Landgericht den Klägern den Ersatz der für das KfW-Darlehen mit der Nr.60 angefallenen Zinszuschlag („Strafzinsen“) i.H.v. 1.322,15 € zugesprochen. Der Zinszuschlag ist nach Ziff. 14 der Allgemeinen Bestimmungen für Investitionskredite der KfW (Anl. K47) i.V.m. dem Darlehensvertrag (Anl. K19) deshalb angefallen, weil die zweckgebundenen Fördermittel in Form der Kreditsumme nicht innerhalb von drei Jahren zur Fertigstellung eines „Effizienzhauses 70“ eingesetzt wurden. Eine Verlängerung der Abruffrist über 36 Monate hinaus war nicht möglich, wie sich aus Ziff. 5 des Kreditvertrages (Anl. K19) ergibt. Der Zinszuschlag wurde angefordert (Anl. K29 und K30) und von den Klägern bezahlt (Anl. K30). Der Berücksichtigung des von den Klägern erstmals mit der Replik im Berufungsverfahren vorgelegten Schreibens der XXX-Bank, mit dem das Ende der Abruffrist angekündigt wurde (Anl. K73, Bl. 732), bedarf es für die Beweisführung nicht.

Den Klägern steht daher gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B ein Anspruch auf Ersatz der „Strafzinsen“ in Höhe von 1.322,15 € zu. Dieser Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB seit dem 05.12.2015 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen, weil sich die Beklagte 1) seither infolge der Zahlungsaufforderung im klägerischen Schriftsatz vom 26.11.2015, S. 8 (Bl. 92), in Verzug befindet.

(2) Bereitstellungszinsen

Das Landgericht hat einen Anspruch der Kläger auf Erstattung von bezahlten Bereitstellungszinsen verneint, weil eine Kausalität der Bauverzögerung nicht substantiiert dargelegt sei (LGU, Rn. 101). Die Kläger verfolgen mit ihrer Berufung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen angeblich verzögerungsbedingt bezahlter Bereitstellungszinsen in Höhe von 1.803,11 € für das KfW-Darlehen und in Höhe von 19.487,28 € für die XXX-Darlehen weiter (Bl. 615 f.).

Grundsätzlich sind Bereitstellungszinsen vom Bauherrn als Darlehensnehmer zu tragende Sowieso-Kosten. Ein Schadensersatzanspruch wegen (mangelbedingter) Bauverzögerung kann allerdings in Betracht kommen, wenn die Bereitstellungszinsen nur (noch) aufgrund der vom Auftragnehmer zu vertretenden Bauverzögerung anfallen. Das behaupten die Kläger hier, weil seit der mangelbedingten Baueinstellung im Sommer 2013 keine weiteren Rechnungen für das Bauvorhaben mehr produziert worden seien, mit denen Kreditbeträge hätten abgerufen werden können.

Dabei bedarf es für einen schlüssigen Vortrag der Kläger keiner Ausführungen dazu, wann welches der drei Darlehen in welchem Umfang in Anspruch genommen werden sollte und konnte. Ein Gesamtfinanzierungsplan muss nicht aufgestellt werden. Auch zum vorrangig in Anspruch zu nehmenden Eigenkapital musste nicht mehr vorgetragen werden. Insoweit ist zu differenzieren zwischen dem Abbruch eines Bauvorhabens oder wie im vorliegenden Fall der mangelbedingten Verschiebung eines Bauvorhabens. Bei der Verschiebung eines Bauvorhabens fallen später gleiche oder ähnliche Kosten zu gleichen oder ähnlichen Zeitpunkten in der Abwicklung des Bauvorhabens an. Nachdem die Kläger hier Vorschuss für die Mangelbeseitigung verlangen und die Feststellungsanträge eine Verwirklichung des Bauvorhabens voraussetzen, ist zu erwarten, dass das ursprünglich geplante Gebäude zu einem späteren Zeitpunkt noch errichtet werden wird. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass aufgrund künftiger

Umstände die Kläger ihre Bauabsicht aufgeben. Immerhin war jedenfalls in dem Zeitraum, für den jetzt mit dem Zahlungsantrag und dem Feststellungsantrag (s.u.) Schadensersatz begehrt wird, eine Bauabsicht durch die Einlassungen der Kläger und deren Anträge nach außen manifestiert. Der Schaden wäre dann erst für die Zukunft ab dem Zeitpunkt, in dem die Aufgabe der Bauabsicht erkennbar wird, auf der Grundlage des Abbruchs des Bauvorhabens abzurechnen, während der davor entstandene Verzögerungsschaden unberührt bliebe.

Bei der Verschiebung eines Bauvorhabens wie hier genügt es daher, die allein auf die Verschiebung entfallenden Kosten darzulegen. Die Verschiebung steht nach den oben gemachten Ausführungen nach Januar 2013 fest. Lediglich für die erste Junihälfte 2013 fehlt eine Anspruchsgrundlage für die Erstattung von verzögerungsbedingten oder mangelbedingten Bereitstellungszinsen.

Bei der Höhe ist zu beachten, dass die Kläger Bereitstellungszinsen i.H.v. 1.803,11 € für das KfW-Darlehen und für die anderen XXX-Darlehen 19.487,28 € geltend machen. Es werden die Zinsberechnungen Anl. K22, K59 und K68 vorgelegt. Danach belaufen sich die Bereitstellungszinsen für das KfW-Darlehen insgesamt auf 1.803,11 €. Dieser Betrag wird dann in die Zwischensumme auf Seite 2 von Anl. K68 übertragen und geht in die Endsumme für alle drei Darlehen von 19.487,28 € ein. Der Betrag von 1.803,11 € wird damit doppelt verlangt. Die Klage ist insoweit unschlüssig.

Die übrigen Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch. Von einer Auszahlung der Darlehen nur bei Vorlage entsprechender Rechnungen ist aufgrund der vorgelegten Unterlagen und der Üblichkeit bei Darlehen zur Baufinanzierung auszugehen. Wie die Kläger durch Nachverhandlungen mit der XXX-Bank Konditionenverbesserungen hätten erreichen können, ist nicht ersichtlich. Ein Widerruf der Darlehensverträge war ihnen nach der negativen Auskunft eines Fachanwaltes für Bank- und Kapitalmarktrecht (vgl. Anlage A 66) nicht zumutbar.

Grundsätzlich ist eine Vorteilsanrechnung in Höhe der ersparten Kreditzinsen infolge eines nicht erfolgten Kreditabrufs möglich. Dies greift jedoch dann nicht ein, wenn wie hier das Bauvorhaben später tatsächlich durchgeführt werden soll und dann die Kredite abgerufen werden, weil damit die Kreditzinsen anfallen werden. Etwaige Steuervorteile sind von den Beklagten nicht hinreichend vorgetragen.

Danach haben die Kläger einen Anspruch auf Ersatz von Bereitstellungszinsen mit Ausnahme eines Teils des Juni 2013. Konkret ergeben sich anhand der Anlage K68 folgende Beträge:

- für das XXX-Darlehen Nr. -001: $4.505 \text{ €} - 5 \text{ €} - (150 \text{ €} / 2) + 4.350 \text{ €} + 750 \text{ €} = 9.525 \text{ €}$

- für das XXX-Darlehen Nr. -002: $3.829,17 \text{ €} - 6,67 \text{ €} - (125 \text{ €} / 2) + 3.625 \text{ €} + 625 \text{ €} = 8.010 \text{ €}$

- für das KfW-Darlehen: $1.803,11 \text{ €} - 33,33 \text{ €} - (211,78 / 3 / 2) = 1.734,48 \text{ €}$

In Summe belaufen sich die zu ersetzenden Bereitstellungszinsen damit auf 19.269,48 €. Gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB schuldet die Beklagte 1) zudem Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz aus 9.919,48 € (vgl. Anl. K22) seit 23.09.2015, aus weiteren 6.875 € (vgl. Anl. K59) seit 17.10.2017 (Zustellung der Klageerweiterung Bl. 428) sowie aus weiteren 2.475 € seit 05.06.2018 (Zugang Klageerweiterung Bl. 473).

(3) Schuldzinsen

Die Kläger machen als Verzögerungsschaden Schuldzinsen für das XXX-Darlehen mit der Endnummer -002 geltend, das die Kläger in Höhe von 30.000 € in Anspruch genommen haben. Das Landgericht hat die Klage insoweit abgewiesen (LGU, Rn. 104 ff.). Mit ihrer Berufung verfolgen die Kläger einen Ersatzanspruch in Höhe von 1.679,10 € weiter.

Grundsätzlich sind Schuldzinsen vom Bauherrn zu tragende Sowieso-Kosten. Sie können als Verzögerungsschaden jedoch dann ersatzfähig sein, wenn aufgrund der Bauverzögerung erst später mit der Tilgung begonnen werden konnte und dadurch höhere Zinsen als bei normalem Tilgungsverlauf angefallen wären; die Differenz stellt dann einen ersatzfähigen Schaden dar (vgl. Mansfeld, in: Heiermann/Riedl/Rusam, a.a.O., VOB/B § 13, Rn. 202). Hier war die Tilgung des Darlehens erst nach vollständiger Inanspruchnahme möglich. Aufgrund der Verzögerung des Bauvorhabens konnten die Kläger das Darlehen nicht vollständig in Anspruch nehmen und damit nicht durch Tilgungen ihre Zinslast senken. Dadurch ist ihnen ein Schaden entstanden.

Für die Schadenshöhe gilt § 287 ZPO. Maßgebliche Parameter sind insoweit der Beginn von Tilgungsleistun-

gen ohne das Schadensereignis und die Höhe der Tilgungsleistungen. Da offen ist, wann die Kläger dieses Darlehen vollständig in Anspruch genommen hätten, ist davon auszugehen, dass spätestens bis Gesamtabnahme des Bauwerks die Handwerker ihre Leistungen fertig gestellt und zeitnah danach ihre Rechnungen gestellt hätten. Für das Stellen der Rechnung, deren Prüfung und deren Bezahlung durch Abruf von Darlehensbeträgen kann im Wege der Schätzung ein Zeitraum von 3 Monaten angesetzt werden. Bei einer Fertigstellung im Januar 2013 konnte damit mit der Tilgung des Darlehens im Mai 2013 begonnen werden. Bei der Höhe der Tilgungsleistungen ist von den monatlich vereinbarten Annuitäten / Tilgungsleistungen auszugehen. Die Kläger berufen sich zwar darauf, dass sie auch die vereinbarten Sondertilgungen erbracht hätten. Offen ist jedoch, in welchem Umfang die Kläger zur Verwirklichung ihres Bauvorhabens Eigenkapital verwenden mussten und in welchem Umfang sie Eigenkapital bzw. freies Einkommen – auch nach Eintritt von Unwägbarkeiten (noch) – zur Verfügung hatten / haben. Eine Überzeugung davon, dass zur Tilgung wie von den Klägern vorgetragen auch Eigenkapital eingesetzt worden wäre, kann der Senat insoweit nicht zu gewinnen.

Die Kläger haben einen Schaden i.H.v. 1.679,10 € geltend gemacht (vgl. Anl. K67). Im Hinblick auf den Zeitraum der Tilgungsleistungen und die Tilgung ohne Sondertilgungen ist eine Neuberechnung vorzunehmen. Unter Verwendung desselben Online-Tilgungsrechners, wie ihn die Kläger für die Anl. K67 verwendet haben, und unter Zugrundelegung eines Tilgungsbeginns im Mai 2013 ohne Sondertilgungen ergibt sich damit bis einschließlich April 2018 ein Zinsbetrag von 4.363,39 €, der tatsächliche angefallene Zinsbetrag ohne Tilgung bis dahin beläuft sich auf 4.665 € (= 60 Monate à 77,75 €). Damit ergibt sich ein Schaden bzgl. der Schuldzinsen von 301,61 €.

Dieser Schadensbetrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.10.2017 (Zustellung der Klageerweiterung Bl. 428) zu verzinsen.

e) Urteilsausspruch Ziff. 6 (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018)

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil den Klägern aufgrund der verzögerten und bis heute nicht hergestellten Bezugsfertigkeit des streitgegenständlichen Hauses einen Nutzungsausfallersatz für die entgangenen Gebrauchsvorteile des Hauses für die Zeit von Feb-

ruar 2013 bis Mai 2018 in Höhe von 38.976 € (= 64 Monate à 609 €) nebst Zinsen zugesprochen. Die Kläger verfolgen mit ihrer Berufung ihren weitergehenden erstinstanzlichen auf Zahlung von insgesamt 57.856 € (= 64 Monate à 904 €) gerichteten Antrag weiter, machen also noch eine Differenz von 18.880 € geltend.

Grundsätzlich kann einem Auftraggeber wegen der mangelbedingt verzögerten Errichtung eines selbst zu nutzenden Einfamilienhauses der Ersatz eines Nutzungsausfallschadens nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B zustehen (vgl. BGH GSZ, Beschluss vom 09.07.1986 – GSZ 1/86, juris, Rn. 23; BGH, Urteil vom 20.02.2014 – VII ZR 172/13, juris Rn. 21), wie das Landgericht unter Heranziehung der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zutreffend ausgeführt hat (LGU, Rn. 77 ff.); auf diese Ausführungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. Im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs wegen Bauverzögerung gem. § 5 Abs. 7 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B ist das ebenso der Fall; der dort enthaltene Ausschluss von entgangenem Gewinn greift nicht, weil die entgangene Eigennutzungsmöglichkeit keinen entgangenen Gewinn, sondern Kompensation für die entgangenen Gebrauchsvorteile darstellt (vgl. BGH GSZ, Beschluss vom 09.07.1986 – GSZ 1/86, juris, Rn. 45; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn. 1852 f.).

Nach der zitierten Rechtsprechung kommt es darauf an, ob der Geschädigte durch die Vorenthaltung der Gebrauchsmöglichkeit in seiner zentralen Lebensführung fühlbar beeinträchtigt ist. Das ist nicht der Fall, wenn er eine in etwa gleichwertige Wohnung zur Verfügung hat, nicht dagegen bei deutlich minderwertigerem Wohnraum, z.B. einer deutlich kleineren Wohnung; lediglich wenn eine besonders luxuriöse Wohnung entzogen oder vorenthalten wird, die nach der Verkehrsauffassung nicht mehr allein dazu dient, die jeweiligen, individuellen Wohnbedürfnisse zu befriedigen, sondern Ausdruck einer Liebhaberei oder eines besonderen Luxus ist, kann nach der Rechtsprechung eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt sein (BGH, Urteil vom 20.02.2014 – VII ZR 172/13, juris Rn. 19).

Die grundlegenden Voraussetzungen für einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls hat das Landgericht fehlerfrei bejaht. Bei dem neu zu errichtenden Haus handelt es sich nicht um eine Luxusimmobilie im Sinne der Rechtsprechung. Auch stellt das Einfamilienhaus im Vergleich zur derzeitigen Mietwohnung deutlich höherwertigen Wohnraum dar, was sich aus einem

Vergleich der Wohnflächen sowie der sonstigen Ausstattung ergibt (vgl. Bl. 28 ff.). Die Berücksichtigungsfähigkeit des dort als Wohnraum einkalkulierten Hobbyraums im Rahmen der Wohnflächenberechnung ist zwischen den Parteien allerdings streitig. Laut Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen K. vom 22.12.2016 beträgt die Wohnfläche in dem Haus ca. 140 m², die Wohnfläche der Mietwohnung beträgt 90 m² (Bl. 28). Daran ändert auch nichts, dass sich die Mietwohnung in der R. xx, laut der Beklagten 1) in der Top-Lage von L., befindet (vgl. Bl. 696; Anl. B1/6 – B1/8); das größere und deutlich besser ausgestattete Einfamilienhaus befindet sich nach dem Gutachten des Sachverständigen K. ebenfalls in guter Lage, S. 6 (Bl. 302).

Die vom Landgericht vorgenommene Berechnung des Nutzungswertes des Hauses ist im Ansatz nicht zu beanstanden: Im Rahmen einer Schätzung gem. § 287 ZPO kann von einem üblichen Mietzins für das vorenthaltene Haus ausgegangen werden, von dem ein Vermietergewinn und die bei der privaten Nutzung nicht anfallenden Kosten abzuziehen sind (Thüringer OLG, Urteil vom 29.05.2013 – 7 U 660/12, juris Rn. 387; Palandt-Grüneberg, 78. Auflage 2019, § 249, Rn. 52). Letztere schätzt das Landgericht auf 30 % der üblichen Miete, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist (vgl. Thüringer OLG, a.a.O., juris Rn. 41).

Hinsichtlich der üblichen Miete für das Haus legt das Landgericht den vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelten Betrag von 1.650 € pro Monat zugrunde (vgl. schriftliches Gutachten vom 22.12.2016, S. 8, Bl. 302). Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe verfangen nicht. So wurde entgegen der Behauptung der Beklagten das Beweisergebnis vom Landgericht nach der ergänzenden mündlichen Vernehmung des Sachverständigen im Termin vom 19.05.2017 mit den Parteien erörtert (Protokoll, S. 5 unten; Bl. 385). Soweit die Kläger behaupten, die ortsübliche Netto-Kaltniete des zu errichtenden Hauses sei vom Sachverständigen deshalb zu niedrig bestimmt worden, weil die Vorgabe eines mittleren Wohnstandards durch das Gericht falsch gewesen sei (Bl. 623 f.), so trifft das nicht zu. Wie sich aus der Stellungnahme des Sachverständigen vom 21.02.2017 (Bl. 322) und den Angaben bei seiner mündlichen Vernehmung am 19.05.2017 (Bl. 382 ff.) ergibt, hat der Sachverständige keine mietwirksamen Abschläge / Rückstufungen des Gebäudes oder einzelner Bestandteile vorgenommen im Hinblick auf die gerichtliche Vorgabe, dass von einem mittleren Wohnstandard auszugehen sei. Der Sachverständige hat viel-

mehr für die Mietwertermittlung eine sehr gute Ausstattung zugrunde gelegt, die freilich in Relation zu vergleichbaren neu errichteten Einfamilienhäusern als üblicher Standard anzusehen ist. Die Ermittlung der üblichen Miete für die eigentliche Wohnung durch den Sachverständigen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ein Zuschlag für den Erstbezug von 10 % ist nicht vorzunehmen; der Sachverständige hat diesen bei dem nach Mietspiegel ermittelten Mietwert berücksichtigt (vgl. schriftliches Gutachten vom 22.12.2016, S. 7, Bl. 302).

Der in der ortsüblichen Miete mit 30 € berücksichtigte Carport ist abzuziehen, da eine tatsächliche Nutzungsmöglichkeit des Carports gegeben war. Die Kläger haben zeitweise (jedenfalls für drei Monate im Sommer 2016) ihr Wohnmobil dort abgestellt (Bl. 481 f.). Soweit die Kläger den Carport nicht selber nutzen wollten, hätte gegebenenfalls auch eine separate Vermietung an Dritte erfolgen können. Die kurzfristige Nichtnutzbarkeit wegen des Ortstermins im selbständigen Beweisverfahren ist nicht relevant (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 23.11.2011 – 4 U 91/10, BeckRS 2011, 27537).

Ob der Nutzungsausfall für eine Garage überhaupt ersatzfähig ist, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt (vgl. BGH, Urteil vom 05.03.1993 – V ZR 87/91, NJW 1993, 1793 einerseits und BGH, Urteil vom 10.10.1985 – VII ZR 292/84, NJW 1986, 427 andererseits). Es sprechen allerdings vorliegend die besseren Gründe dafür, auch insofern einen Nutzungsausfall zu gewähren, da angesichts der begrenzten Parkmöglichkeiten in dem Gebiet (vgl. Bl. 327 ff. mit Fotos) ihre ständige Verfügbarkeit jedenfalls in Verbindung mit dem dort befindlichen Haus für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist. Die Garage ist daher zu berücksichtigen, gemäß den Angaben des Sachverständigen K. bei seiner Vernehmung im Termin vom 19.05.2017 (Bl. 385) sind 60 € pro Monat (anstatt bisher 45 €) zu veranschlagen.

Es ergibt sich damit folgende Rechnung (vgl. schriftliches Gutachten des Sachverständigen K. vom 22.12.2016, S. 7, Bl. 302): 1.650 € - 30 € (Carport) + 15 € (Garage) = 1.635 €. Hiervon 70 % ergibt 1.144,50 €. Davon sind nach übereinstimmender und zutreffender Ansicht der Parteien die separat eingeklagten Aufwendungen für die Mietwohnung in Höhe von 440 € pro Monat in Abzug zu bringen, um eine Überkompensation der Kläger zu vermeiden (vgl. Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn. 1852). Damit resultieren 704,50 € pro Monat.

Dass das Landgericht statt der tatsächlich gezahlten Miete auch insoweit eine höhere (selbst ermittelte) ortsübliche Vergleichsmiete für die bisherige Mietwohnung in Abzug gebracht hat, ist nicht richtig. Der Abzug der tatsächlich weitergezahlten anderweitigen Miete dient nämlich nicht der Berechnung des zu entschädigenden Gebrauchsvorteils, sondern im Wege der Vorteilsausgleichung nur der Vermeidung einer Überkompensation, so dass für fiktive Ansätze, die über die tatsächlich gezahlte Miete hinausgehen, kein Raum ist.

Soweit die Beklagten einwenden, dass die Kläger sich im Zuge der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd die Grundsteuer für das neue Grundstück anrechnen lassen müssten, fehlt es trotz der Offenlegung der entsprechenden Daten seitens der Kläger (vgl. dazu Bl. 365), an substantiiertem Vortrag der darlegungs- und beweisbelasteten (Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Vorb v § 249, Rn. 75 m.w.N.) Kläger. Die Grundsteuer für unbebaute Grundstücke ist niedriger als für bebaute Grundstücke. Hier liegt ein noch unbebautes Grundstück vor. Die Kläger haben vorgetragen, in welcher Höhe sie Grundsteuer zahlen. Die Beklagten hätten daher vortragen müssen, wie hoch die Differenz zur Grundsteuer für ein bebautes Grundstück ist. Zumindest hätten sie vortragen müssen, wie hoch der Steuersatz für ein bebautes Grundstück in dieser Lage ist.

Ähnliches gilt für den von Beklagtenseite geforderten Abzug neu für alt (Bl. 316 und 366). Zwar ist es richtig, dass über die Zeit der Wert des Gebäudes nachlässt. Dies schlägt jedoch nicht automatisch und linear auf den Gebrauchswert der darin befindlichen Wohnungen durch. Einen zwingenden Schluss vom Baujahr eines Gebäudes auf seinen monetären Wohnwert gibt es nicht, erst recht nicht in den ersten zehn Jahren nach Errichtung, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat (Rn. 85).

Im Ergebnis haben damit die Kläger als Gesamtgläubiger gegen die Beklagte 1) einen Schadensersatzanspruch für eine Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 44.735,75 € (= 704,50 € * 63,5), nachdem für die erste Junihälfte 2013 kein Verzögerungsschadensersatzanspruch besteht (s.o. 1. d) aa)). Der Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen und zwar aus einem Betrag von 18.270 € seit 23.09.2015 und aus einem Betrag von 26.465,75 € seit dem 13.09.2018 (Bl. 494).

f) Urteilsausspruch Ziff. 7 (Verzugszinsen für Prozesskostenvorschüsse der Kläger im selbständigen Beweisverfahren)

Das Landgericht hat den Klägern Verzugszinsen auf die im Rahmen des Schadensersatzanspruches aus § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B grundsätzlich zustehende Erstattung der im selbständigen Beweisverfahren verauslagten Sachverständigenvorschüsse für den Zeitraum bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht zugesprochen. Dies ist zutreffend.

Unstreitig haben die Kläger im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens Kostenvorschüsse für die Tätigkeit des Sachverständigen in Höhe von 12.000 € geleistet. Ferner haben sie den Privatsachverständigen R. eingeschaltet, um im selbständigen Beweisverfahren ein Privatgutachten vorlegen zu können, in dessen Folge der gerichtliche Sachverständige seine zunächst falsche Aussage, es handle sich bei dem Dämmstoff um XPS, korrigiert hat. An den Sachverständigen R. haben die Kläger 2.790,19 € gezahlt (vgl. Bl. 89 f. und Bl. 710 f.). Mit Schriftsatz vom 04.12.2015, S. 6 (Bl. 90), haben die Kläger die Beklagten zur Erstattung dieser Beträge unter Fristsetzung bis zum 04.12.2015 aufgefordert.

Der Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 bzw. S. 2 VOB/B umfasst nach ganz herrschender Ansicht auch die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens zur Schadens- / Mangelfeststellung, jedenfalls dann, wenn dieses nicht zu einem Hauptverfahren führt und daher keine Kostengrundsatzentscheidung ergeht (vgl. BeckOK VOB/B/Koenen, 34. Ed. 31.10.2019, VOB/B § 13 Abs. 7, Rn. 77). Auch neben einem prozessualen Kostenerstattungsanspruch besteht im Rahmen eines gegebenen Schadensersatzanspruches hinsichtlich der notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung allerdings grundsätzlich auch ein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch, dessen klagweiser Geltendmachung allerdings das Rechtsschutzbedürfnis fehlen kann, wenn mit dem Kostenfestsetzungsverfahren ein effektiverer Weg zur Durchsetzung besteht (vgl. insgesamt Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 249, Rn. 56; BeckOK VOB/B/Koenen, 34. Ed. 31.01.2019, VOB/B § 13 Abs. 7, Rn. 81).

Im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens kann eine Verzinsungspflicht gem. § 104 Abs. 1 ZPO erst ab dem Eingang des Kostenfestsetzungsantrags ausgesprochen werden. Für die Zeit bis dahin kommt eine Verzinsung nur über den materiell-rechtlichen Kostenersatzanspruch unter Verzugs Gesichtspunkten in

Betracht (vgl. BGH, Urt. v. 18.02.2015 – XII ZR 199/13, NJW-RR 2015, 690, juris Rn. 32 – dort inhaltlich nicht entschieden; allgemein OLG München, Urteil vom 30.11.2016 – 7 U 2038/16; Saenger/Uphoff, MDR 2014, 192).

Im vorliegenden Fall ist ab dem 05.12.2012 Verzug der Beklagten mit der Erstattung eingetreten, so dass der geforderte Betrag von insgesamt 14.790,19 € seitdem gem. § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist. Die Kläger hatten eine Leistungsklage auf teilweise zukünftige Leistung bis zum Eingang ihres Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht erhoben. Dieses Datum steht nach der erstinstanzlichen Entscheidung nunmehr fest: Es ist der 13.10.2018.

g) Urteilsausspruch Ziff. 8 (Feststellung der Schadensersatzpflicht allgemein)

Das Landgericht hat festgestellt, dass die Kläger gegen die Beklagten Anspruch auf Ersatz weiterer Schäden haben, die sich aus dem zur Mangelbeseitigung notwendigen Rückbau und der Neuerrichtung des Hauses ergeben. Gemeint sind damit nur die für die Mangelbeseitigung selbst anfallenden Kosten, da im Urteilsausspruch entsprechend dem Antrag auf die den Urteilsausspruch Ziff. 1 bis 3 übersteigenden Kosten abgestellt wird. Solche Schäden sind etwa denkbar für die Kosten zur Verlängerung bzw. Neuerteilung einer Baugenehmigung (Mangelschäden). Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 und S. 2 a) bzw. b) VOB/B liegen vor, weshalb die Feststellung durch das Landgericht zu Recht erfolgte.

h) Urteilsausspruch Ziff. 9 (Feststellung bzgl. Miete für aktuelle Wohnung und Nutzungsausfallentschädigung)

Das Landgericht hat weiter festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, den Klägern ab Mai 2018 die von diesen für die bisherige Wohnung bezahlte Miete in Höhe von 440 € pro Monat zu ersetzen (Urteilsausspruch LG Ziff. 9) ebenso wie eine monatliche Nutzungsausfallentschädigung (Urteilsausspruch LG Ziff. 10).

Dem diesbezüglichen Feststellungsantrag der Kläger fehlt wegen des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage nicht das erforderliche Interesse an einer Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO). Eine Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen ist gem. § 258 ZPO nur zulässig, wenn die Entrichtung allein

vom Zeitablauf und nicht von weiteren Voraussetzungen abhängt. Letzteres ist hier jedoch mit dem Erfordernis des Fortbestehens des Mietvertrages der Fall.

Wie ausgeführt haben die Kläger hinsichtlich der Miete für die bisherige Wohnung einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 440 € pro Monat und hinsichtlich der entgangenen Nutzung des zu errichtenden Hauses einen Anspruch auf 704,50 € pro Monat. Eine entsprechende Feststellung für die Zukunft war auf den Antrag der Kläger auszusprechen, wobei jedoch der Urteilsausspruch des Landgerichts insoweit zu weit geht, als dort der Monat Mai 2018 einbezogen ist, der bereits beim Zahlungsantrag berücksichtigt wurde. Bedenken bestehen auch bzgl. der Formulierung im Hinblick auf die Reichweite der Feststellung, weil möglicherweise auch nicht mehr adäquat kausale Folgen der Mangelhaftigkeit abgedeckt wären, soweit kein „Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht“ vorliegt.

Den Feststellungsanträgen der Kläger war daher unter Abweisung der Klage im Übrigen in der in diesem Urteil ausgesprochenen Form (Urteilsausspruch Ziff. 9) stattzugeben. Die Umformulierung stellt dabei keinen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO dar, sondern lediglich eine Teil-Stattgabe unter Klageabweisung im Übrigen.

2. Ansprüche gegen die Beklagten 2) bis 4)

Das Landgericht hat die Beklagten 2) bis 4) im gleichen Umfang verurteilt wie die Beklagte 1).

Bei der Beklagten 2) handelt es sich um eine Architektengesellschaft in Form einer (teilrechtsfähigen Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die Beklagten 3) und 4) sind. Im selbständigen Beweisverfahren (22 OH 12/13) hatten die Parteien übereinstimmend einer Rubrumsberichtigung dahingehend zugestimmt, dass bei der dortigen Antragsgegnerin 2), der hiesigen Beklagten 2), der Zusatz „GbR“ hinzugefügt wird, was dann vom Gericht so beschlossen wurde (Beschluss vom 04.12.2015, sBV Bl. 273).

Als Gesellschafter der Beklagten 2) haften die Beklagten 3) und 4) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nebeneinander und neben der Gesellschaft „wie Gesamtschuldner“ akzessorisch (BGH, Urteil vom 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; Urteil vom 08.02.2011 – II ZR 263/09, NJW 2011, 2040; vgl. im Einzelnen Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 705 BGB, Rn. 11 ff.).

Die Haftung der Beklagten 2) hat das Landgericht zu Recht auf mangelhafte Bauüberwachung gestützt. Im Einzelnen:

a) Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2 (Vorfinanzierung für die Kosten der Mängelbeseitigung in Selbstvornahme)

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht den Klägern als Gesamtgläubiger einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten 2) bis 4) wegen eines Bauüberwachungsmangels zugesprochen. Auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (LGU, Rn. 111 ff.) wird Bezug genommen.

Demnach steht den Klägern gemäß der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463, Rn. 67 f.) nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags für die Mängelbeseitigung eines Überwachungsfehlers zu, der sich im Bauwerk in Form der falschen unter der Kellerbodenplatte eingebauten Dämmung verwirklicht hat.

Die Beklagte 2) war vorliegend durch den Architektenvertrag (Anl. K2) von den Klägern mit den Leistungsphasen 1 – 8 der HOAI beauftragt worden und demnach auch zur Bauüberwachung verpflichtet. Im Rahmen der Objektüberwachung hat der Architekt durch eine Kontrolle der Bauarbeiten zu gewährleisten, dass diese entsprechend der Baugenehmigung, den planerischen Vorgaben und dem Inhalt der Leistungsbeschreibungen sowie nach den Weisungen des Auftraggebers ausgeführt werden (BGH, Urteil vom 10.03.1977 – VII ZR 278/75, BGHZ 68, 169; Urteil vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79, BGHZ 82, 100; Urteil vom 22.10.1998 – VII ZR 91/97, NJW 1999, 427). Der Architekt hat – zumindest stichprobenartig – die gelieferten bzw. verwendeten Materialien und die Arbeiten der einzelnen Bauunternehmer zu überprüfen (BGH, Urteil vom 10.11.1977 – VII ZR 321/75, BGHZ 70, 12). Der Umfang dieser Kontrolle richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Als Richtschnur kann gelten, dass der Architekt keine „handwerklichen Selbstverständlichkeiten“ überwachen muss (BGH, Urteil vom 11.03.1971 – VII ZR 132/69, NJW 1971, 1130; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 12. Teil, Rn. 735), ihn jedoch eine gesteigerte Überwachungspflicht für besonders wichtige Bauabschnitte mit typischen Gefahren, bei besonderen Anhaltspunkten für drohende Mängel und bei erkennbarer Unzuverlässigkeit der die Arbeiten ausführenden Handwerker trifft (BGH, Urteil vom

10.03.1977 – VII ZR 278/75, BGHZ 68, 169; Urteil vom 10.02.1994 – VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111; Kniffka/Koeble, a.a.O., Rn. 734 f.). Letzteres gilt insbesondere für Abdichtungs-, Dämmungs- und Isolierungsarbeiten, Ausführung eines Kellers als „Weiße Wanne“ und alle Bereiche der Bauphysik (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., Rn. 736 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen).

Die Beklagte 2) war daher vorliegend verpflichtet, die Verlegung der richtigen – tragfähigen – XPS-Dämmung unter der Kellerbodenplatte vor Ort zu überprüfen. Dies musste sie rechtzeitig vor oder bei Einbau der Bodenplatte tun, um eine gegebenenfalls notwendige Nachbesserung ohne zu großen Aufwand zu ermöglichen. Nachdem die Dämmung unter der Bodenplatte angesichts der Wasserbelastung und der Belastung aus der Statik besondere Eigenschaften aufweisen musste, musste in diesem Zusammenhang auch die Qualität der Dämmung überprüft werden. Hierfür hätte die Beklagte 2) gegebenenfalls einen Termin mit der Beklagten 1) vereinbaren müssen, der ihr eine solche Überprüfung auf der Baustelle ermöglichte. Wie lange nach Ausführung der Dämmung das verwendete Dämmmaterial zeitlich noch sichtbar war, ist deshalb letztlich nicht entscheidend. Auch insoweit überzeugen jedoch die Ausführungen im angefochtenen Urteil, dass, wenn es den Beklagten als Laien möglich war, das verlegte Dämmmaterial nach dem Einbau – vor und nach dem Betonieren – fotografisch identifizierbar zu dokumentieren (Bl. 698 ff.), der Beklagten 2) eine Überprüfung vor Ort ebenfalls möglich gewesen wäre. Dass statt der vertraglich vereinbarten XPS- eine EPS-Dämmung verlegt war, war nach den überzeugenden Angaben des Sachverständigen S. anhand der grobporigen Struktur von EPS im Vergleich zur geschlossenporigen Struktur von XPS ohne weiteres erkennbar. Auf den vorgelegten Lichtbildern (z.B. Bl. 702) ist das selbst für einen Laien, der den Unterschied kennt, ohne Weiteres festzustellen. Hinzu kommt, dass die auf der Baustelle vorhandenen Verpackungen der Dämmplatten den großen und leicht erkennbaren Aufdruck „EPS“ trugen (Bl. 118 f.).

Dass der gerichtliche Sachverständige S. die reine Verlegung der Dämmplatten als „handwerkliche Selbstverständlichkeit“ eingestuft und angegeben hat, dass das Anschauen der verbauten Materialien durch den Bauleiter heute nicht mehr üblich und keine allgemein anerkannte Regel der Technik sei (Protokoll v. 21.04.2016, S. 7, Bl. 202), ist für die rechtliche Beurteilung der Reichweite der Überwachungspflichten eines Architekten im konkreten Einzelfall nicht maßgeblich. Im Rahmen der Bauüberwachung hat ein Architekt,

hier also die Beklagte 2), eine Kontrolle der Bauarbeiten zu gewährleisten, so dass diese entsprechend der Baugenehmigung, den planerischen Vorgaben und dem Inhalt der Leistungsbeschreibungen, den allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie nach den Weisungen des Auftraggebers ausgeführt werden. Die vertraglich versprochene Bauüberwachung bezieht sich auf das ganze Bauvorhaben und nicht nur auf besonders gefahrenträchtige Bauabschnitte, insoweit ist die Überwachungspflicht lediglich intensiver. Der Architekt hat zumindest stichprobenartig die gelieferten bzw. verwendeten Materialien und die Arbeiten der einzelnen Bauunternehmer zu überprüfen. Der Umfang dieser Kontrolle richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Handwerkliche Selbstverständlichkeiten muss der Architekt nicht intensiv überwachen. Für besonders wichtige Bauabschnitte mit typischen Gefahren gilt eine gesteigerte Überwachungspflicht. Hier hat der Sachverständige S. selbst darauf hingewiesen, dass es auch bei handwerklichen Selbstverständlichkeiten in kritischen Bereichen wie z.B. der Bewehrung nicht ohne Überwachung gehe (ebenda). Bei der Verwendung des richtigen Dämmmaterials unter der tragenden Bodenplatte ging es vorliegend letztlich um die Standsicherheit des Gebäudes!

Für die Mangelbeseitigung haften die Beklagten 2) bis 4) neben der Beklagten 1) gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH BauR 2006, 337, 339; BauR 2001, 630; BauR 1995, 231, 232; NJW 1965, 1175; BGHZ 43, 227, 230 f.) besteht ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem bauüberwachenden Architekten und dem ausführenden Unternehmer, wenn letzterer einen Ausführungsmangel verursacht hat, hinsichtlich dessen den Architekten ein Überwachungsfehler trifft (Kniffka/Koeble, a.a.O., Rn. 1003 f. m.w.N.). Daran hat sich auch durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463) nichts geändert, denn dort verweist der Bundesgerichtshof in Rn. 67 auf die hergebrachte Rechtsprechung zur Gesamtschuldnerschaft, wenn er davon spricht, dass Architekt und Bauunternehmer gegenüber dem Besteller gemeinsam für die Mängel des Bauwerks und den hierdurch entstandenen Schaden einzustehen haben, ohne ausdrücklich Gesamtschuldnerschaft zu erwähnen (kritisch Reichert, BauR 2019, 1 ff.).

Da es sich letztlich um einen Vorschussanspruch zur Vorfinanzierung des durch die Mangelbeseitigung entstehenden Schadens handelt, kann ebenso wie beim Vorschussanspruch gegen den Unternehmer gemäß

§ 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B vom Architekten die voraussichtlich anfallende Mehrwertsteuer verlangt werden.

b) Urteilsausspruch Ziff. 3 (Schadensersatz für die im Zuge der Selbstvornahme zwangsläufig mit abzubrechenden Nebengewerke)

Ebenso wie hinsichtlich der Beklagten 1) steht den Klägern gegen die Beklagten 2) bis 4) ein Anspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB wiederum nur als Vorschuss zur Vorfinanzierung des Schadens zu.

c) Urteilsausspruch Ziff. 4 (Schadensersatzanspruch bzgl. Privatgutachter- und Rechtsverfolgungskosten)

Bei den Privatgutachter- und Rechtsverfolgungskosten handelt es sich – in dem für die Beklagte 1) dargelegten Umfang – um einen Mangelfolgeschaden, welchen die Beklagten 2) bis 4) zu ersetzen haben, nachdem die Kläger die Einschaltung des Privatgutachters B. und eines Rechtsanwaltes angesichts der Komplexität und rechtlichen Schwierigkeit auch gegenüber den Beklagten 2) bis 4) für erforderlich halten durften.

d) Urteilsausspruch Ziff. 5 (Verzögerungsschaden: Miete, Zinsschaden, Strafzins bis einschließlich Mai 2018)

Hinsichtlich der Schäden wegen Bauverzögerung besteht kein vollständiger Gleichlauf der Ansprüche gegen die Beklagte 1) einerseits und gegen die Beklagten 2) bis 4) andererseits.

Ein Anspruch gegen die Beklagten 2) bis 4) wegen der mangelunabhängigen viermonatigen Bauverzögerung ist nicht gegeben. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, inwiefern die Beklagte 2) für die Überschreitung des Fertigstellungstermins durch die Beklagte 1) (mit-) verantwortlich sein könnte. Eine mangelbedingte Verzögerung, die kausal auf den Überwachungsmangel der Beklagten 2) zurückzuführen ist, liegt dagegen ab dem 12.06.2013 nach der Feststellung des entscheidenden Baumangels vor.

Der Zurechnungszusammenhang des hier geltend gemachten Schadens aufgrund mangelhafter Bauüberwachung der Beklagten 2) wird nicht dadurch unterbrochen, dass die Beklagte 1) innerhalb der gesetzten Frist sich geweigert hat, die einzig mögliche Art der Mangelbeseitigung in Form des Rückbaus und der Neuerrichtung durchzuführen. Die Verweigerung der Nach-

erfüllung durch den Bauunternehmer ist nicht so ungewöhnlich, dass diese Weigerung den Zurechnungszusammenhang zwischen Verzögerung der Mangelbeseitigung und der Pflichtverletzung der Beklagten 2) unterbrechen würde. Nach der gebräuchlichen Formel der Adäquanztheorie, wonach das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein muss, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen (BGH NJW 2018, 541; NJW 2018, 944), kann der Zurechnungszusammenhang nicht verneint werden: Wenn das falsche Dämmmaterial direkt beim Einbau oder kurz danach von der Beklagten 2) erkannt worden wäre, dann hätte eine Mangelbeseitigung sehr viel kostengünstiger erfolgen können und die Beklagte 1) hätte sich dann auch eher dazu bereitgefunden. Dass ein Unternehmer versucht, eine Mangelbeseitigung in Form eines vollständigen Rückbaus samt Neuerrichtung des Gebäudes aufgrund der hohen Kosten, wenn irgend möglich, zu vermeiden und dem daher (ohnegerichtlichen Zwang) nicht nachkommt, ist demgegenüber nicht fernliegend.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm erscheint es gerechtfertigt, die Beklagte 2) für die volle ab Juni 2013 eingetretene Verzögerung haften zu lassen, nachdem die Bauüberwachung durch einen Architekten gerade deshalb beauftragt wird, um eine reibungslose und ordnungsgemäße Erstellung innerhalb der vorgesehenen zeitlichen Planung zu erreichen.

Im Ergebnis steht den Klägern gegen die Beklagten 2) bis 4) daher ein Anspruch auf Ersatz der verzögerungsbedingten Mangelfolgeschäden für die Zeit ab Juni 2013 zu.

e) Urteilsausspruch Ziff. 6 (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018)

Gleiches gilt für den Nutzungsausfallschaden. Die Beklagten 2) bis 4) haften hier für den Zeitraum ab Juni 2013.

f) Urteilsausspruch Ziff. 7 (Verzugszinsen für Kostenvorschüsse der Kläger im selbständigen Beweisverfahren)

Wie bei den sonstigen Rechtsverfolgungskosten (vgl. Urteilsausspruch Ziff. 4) besteht auch bzgl. der Verzugszinsen für die Erstattung der von den Klägern geleisteten Kostenvorschüsse aus dem selbständigen

Beweisverfahren ein Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagten 2) bis 4) im gleichen Umfang wie gegen die Beklagte 1) (s.o. 1. f)).

g) Urteilsausspruch Ziff. 8 und 9 (Feststellung der Schadensersatzpflicht)

Im gleichen Umfang wie für die Beklagte 1) ist auch für die Beklagten 2) bis 4) die Verpflichtung zum Ersatz aller bei Durchführung der Mangelbeseitigung adäquat kausal entstehenden weiteren Schäden ab Juni 2018 auszusprechen.

h) Verjährung

Die Ansprüche gegen die Beklagten 2) bis 4) sind nicht verjährt.

Im Schriftsatz vom 30.10.2017, Seite 4 (Bl. 441), haben die Beklagten 2) bis 4) die Einrede der Verjährung erhoben. Damit hat sich das Landgericht im angefochtenen Urteil nicht auseinandergesetzt.

Die Beklagten 2) bis 4) tragen vor, die Kläger hätten ihre Klageanträge nach Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2016 erhöht und geändert, nämlich durch die im Schriftsatz vom 11.10.2017 angekündigten und im Termin am 23.03.2018 gestellten und im Schriftsatz vom 18.05.2018 angekündigten und im Termin am 13.09.2018 gestellten neuen Anträge (Bl. 587).

In § 6.2 des Architektenvertrags haben die Parteien vereinbart, dass vertragliche Ansprüche des Auftraggebers nach Ablauf von 5 Jahren verjähren, sofern gesetzlich keine anderen Verjährungsfristen vorgesehen sind. Fraglich ist, ob damit auch die gesetzliche Verjährungsfrist nach dem §§ 195, 199 BGB maßgeblich sein soll.

Grundsätzlich verjähren die Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nach den §§ 195, 199 BGB in 3 Jahren ab Kenntnis. Es ist offen, ob dies in gleicher Weise für die Ansprüche gegen einen Architekten gilt, der nach Abnahme für Mängel 5 Jahre nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB zu haften hat. Der Senat hat in der Vergangenheit angenommen, dass vor Abnahme gemäß § 634a BGB analog eine Hemmung der Verjährungsfrist für 5 Jahre eintritt, um dem Willen des Gesetzgebers, dass angesichts der Gefahr später Erkennbarkeit von Mängeln bei Bauwerken eine lange Verjährungsfrist notwendig ist, gerecht zu werden (Senat, Urteil vom 30.3.2010, Az. 10 U 87/09). Dies kann letztlich dahingestellt bleiben, weil selbst die kurze Verjährung von 3 Jahren hier nicht eingetreten wäre.

Der streitgegenständliche Mangel ist den Klägern im Juni 2013 bekannt geworden und deshalb am 12.06.2013 gegenüber der Beklagten 1) gerügt worden. Damit begann gemäß § 199 Abs. 1 BGB die Verjährung der Ansprüche gegen die Beklagte 2) aus diesem Mangel nach dem 31.12.2013. Damit endete die Verjährungsfrist mit Ablauf des 31.12.2016.

Bereits am 08.07.2013 ging der Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens gegen die Beklagte 2) beim Landgericht Stuttgart ein. Dort wurde als Mangel Nr. 40 gerügt, dass sich unter der statisch tragenden Bodenplatte keine XPS-Dämmung befindet. Damit wurde gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB die Verjährung der sich aus diesem Mangel ergebenden Ansprüche gehemmt. Das selbständige Beweisverfahren endete mit Anhörung des Sachverständigen und Festsetzung des Streitwerts am 04.12.2015. Gemäß § 204 Abs. 2 BGB endete damit die Hemmung 6 Monate später, also am 04.06.2016.

Nachdem die Verjährungsfrist vor Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens noch nicht zu laufen begonnen hatte, begann sie damit am 05.06.2016 zu laufen und dauert folglich bis 05.06.2019. Damit sind sämtliche mit der Klage geltend gemachten Ansprüche einschließlich der Klageerweiterungen in unverjährter Zeit erhoben worden.

Kurz belichtet

Notwendige Leistungen müssen bezahlt werden, auch wenn kein (wirksamer) Auftrag erteilt wurde

OLG Jena, Urteil vom 25.03.2021 - 8 U 592/20

1. Die Regelung des § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B ist auch anwendbar, wenn vertragliche Ansprüche gegen einen öffentlichen Auftraggeber mangels wirksamer Beauftragung ausscheiden.
2. Ein Anspruch auf Vergütung einer auftragslos erbrachten Leistung setzt u. a. voraus, dass ihre Ausführung (technisch) zwingend notwendig war. Lediglich zweckmäßige oder nützliche Zusatzleistungen sind nicht notwendig.
3. Notwendig ist eine Leistung auch dann, wenn der Auftraggeber diese selbst für erforderlich hält, aber eine Anordnung zu ihrer Ausführung unterlässt, um so vermeintlich einer Nachtragsvergütung zu entgehen.
4. Der mutmaßliche Wille des Auftraggebers beurteilt sich danach, was er bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise entschieden hätte. Insoweit muss der Auftragnehmer den Willen des Auftraggebers vor Beginn der Ausführung mit zumutbarem Aufwand erforschen.
5. Für eine unverzügliche Anzeige ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Auftragnehmer die nicht beauftragten Leistungen nach Art und Umfang so beschreibt, dass der Auftraggeber rechtzeitig informiert wird und ihm die Möglichkeit gegeben wird, billigere Alternativen zu wählen. Nähere Angaben zur Höhe der für die nicht in Auftrag gegebenen Leistung anfallenden Vergütung sind nicht erforderlich.

Wie sind tatsächlich erforderliche Kosten darzulegen?

OLG Koblenz, Beschluss vom 20.06.2022 - 1 U 2211/21

1. Sowohl im Fall der Mengenmehrung als auch der geänderten Leistung ist die Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistung im VOB/B-Vertrag auf der Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge vorzunehmen.
2. Der Auftragnehmer hat die tatsächlich erforderlichen Kosten schlüssig darzulegen. Will er mangels Nachweisbarkeit der Kosten auf Marktpreise abstellen, erfordert dies eine substantiierte Darlegung der zum Zeitpunkt der Bauausführung geltenden Marktpreise.
3. Baustellenbezogene Gemeinkosten können nicht als Zuschlag, sondern nur nach tatsächlichen Kosten in Ansatz gebracht werden.
4. Soweit Allgemeine Geschäftskosten abgerechnet werden, ist dies zwar grundsätzlich über angemessene Zuschläge möglich. Allerdings kann die Angemessenheit des Zuschlags nicht mit dem Verweis auf die Kalkulation des Auftragnehmers begründet werden.
5. Die Kosten für die Erstellung eines Nachtragsangebots sind nicht vom Auftraggeber als Mehrkosten zu erstatten.

Zwischenruf

Kann es im Rahmen eines Pauschalvertrages zur Anpassung des Vertragspreises kommen?

von Thomas Ax

§ 2 Abs. 7 VOB/B eröffnet ausdrücklich eine Änderung des Pauschalpreises unter den Voraussetzungen des § 242 BGB, vor allem unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Die ausgeführte Leistung muss von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweichen, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist. Wann bei Änderung der Bauleistung im Rahmen eines Pauschalvertrages eine Anpassung des Vertragspreises in Betracht kommt, ist eine Frage des Einzelfalles. Insoweit ist regelmäßig eine bestimmte Toleranzgrenze zu berücksichtigen, da die Vertragsparteien bewusst Risiken in Kauf genommen haben. Dabei ist nicht entscheidend auf Abweichungen bei einzelnen Positionen abzustellen, sondern auf ein deutliches Missverhältnis zwischen der Gesamtbauleistung und dem Pauschalpreis. Zwar gibt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine starre Risikogrenze in Gestalt eines Prozentsatzes. Eine Abänderung kommt aber - ohne weitere Umstände - regelmäßig erst bei einer Abweichung von etwa 20 % in Betracht. (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1522, 1542 ff.) Haben die Parteien den Umfang der geschuldeten Leistungen durch Angaben in einem Leistungsverzeichnis oder anderen Vertragsunterlagen, also im Rahmen der Leistungsbeschreibung, näher festgelegt und damit gerade nicht pauschaliert, bestimmen diese Vertragsgrundlagen Art und Umfang der zu erbringenden Werkleistung. Fallen später vom Leistungsverzeichnis oder von anderen Vertragsunterlagen zunächst erfasste Leistungen weg, reduziert sich also der Umfang der Leistungen des Auftragnehmers, ist dies durch einen entsprechenden Abzug zu berücksichtigen. (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1528) Eine Änderung der Bauausführung hat aber nicht grundsätzlich zur Folge, dass eine einmal getroffene Pauschalpreisvereinbarung überhaupt nicht mehr anwendbar wäre. Vielmehr rühren nur erhebliche Änderungen des Leistungsinhalts an die Grundlagen der Preisvereinbarung und können dann nicht ohne Auswirkung auf die ausgemachte Pauschale bleiben. (vgl. BGH, NJW 1974, S. 1864, 1865) Nur wenn der vereinbarte Leistungsinhalt völlig verändert worden ist, ist die Pauschalpreisvereinbarung als hinfällig zu betrachten und nach Aufmaß

und den Einheitspreisen abzurechnen, die in dem zugrundeliegenden Angebot des Auftragnehmers enthalten waren (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1550 f.).

Wie kann man die Leistungsänderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B von der Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B abgrenzen?

von Thomas Ax

Die Abgrenzung der Leistungsänderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 von der Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 kann im Einzelfall große Schwierigkeiten bereiten, weil sich die Anwendungsbereiche beider Vorschriften aufgrund ihrer sprachlichen Fassung nicht sauber trennen lassen. Im Falle des § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 wird - im Gegensatz zu § 2 Abs. 5 VOB/B 2009, der jede Leistung erfasst, die anstatt der vertraglich vorgesehenen Leistung erbracht wird - die im Vertrag vorgesehene Leistung als solche nicht geändert, sondern um eine im Vertrag nicht vorgesehene zusätzliche Leistung erweitert. Die Ermittlung der Vergütungsansprüche im Fall einer geänderten Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 oder einer zusätzlichen Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 erfolgt im Ergebnis gleich. Von daher wird die Differenzierung nur dann maßgeblich, wenn es auf die Frage ankommt, ob - wie bei einer zusätzlichen Leistung gefordert - der Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 die Mehrkosten angezeigt hat. (Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage, VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 37 f.; Kues in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage, § 2 Rn. 186 ff.)

Zwar stellt die Ankündigungspflicht des § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B 2009 nach herrschender Meinung eine echte Tatbestandsvoraussetzung dar. Entscheidendes Kriterium ist hier jedoch der Vertrauensschutz des Auftraggebers, sodass eine Entbehrlichkeit der Ankündigung angenommen werden kann, wenn ein schützenswertes Vertrauen auf eine eventuelle Unentgeltlichkeit der zusätzlichen Leistung nicht vorliegt. Sinn und Zweck der Klausel ist es, den Auftraggeber zu schützen, weil dieser über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert sein soll, um entsprechend disponieren zu können. Auf der anderen Seite sind die berechtigten Interessen des Auftragnehmers, dass seine gewerblichen Bauleistungen regelmäßig nicht ohne Vergütung zu erwarten sind, zu berücksichtigen und begrenzen den An-

wendungsbereich der Ankündigungspflicht vor Ausführung. Ein Verlust des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers nach unterbliebener Mehrkostenankündigung ist demnach nicht angezeigt, wenn und soweit die Ankündigung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und daher ohne Funktion war. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn der Auftraggeber bei der Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausging oder ausgehen musste und sowie, wenn ihm nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer blieb. Der Auftragnehmer trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Indes muss der Auftraggeber zunächst darlegen, dass ihm tatsächlich preiswertere Ausführungsalternativen zur Verfügung standen, die er im konkreten Fall hätte heranziehen können, um so die geforderten Kosten der zusätzlichen Leistung zu unterschreiten. Lediglich abstrakt denkbare Möglichkeiten genügen hierfür nicht. (Kues in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage, § 2 Rn. 314 ff.)

Welche Leistungen sind von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst und welche nicht?

von Thomas Ax

Welche Leistungen von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst sind, ist durch Auslegung des Vertrages nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

Dabei ist das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen, wozu bei öffentlicher Ausschreibung auch die VOB/B gehört. Danach werden durch die vereinbarten Preise Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den verschiedenen Vertragsbedingungen und der gewerblichen Verkehrssitte zu den vertraglichen Leistungen gehören, § 2 Abs.1 VOB/B. Bei einer öffentlichen Ausschreibung kommt dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung vergleichsweise große Bedeutung zu. Wie diese zu verstehen ist, hängt vom Empfängerhorizont ab. Maßgeblich ist insoweit bei der Ausschreibung nach VOB/A der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (BGH, Urteil vom 22.12.2011, VII ZR 67/11, BauR 2012, 490).

Die Auslegung hat zu berücksichtigen, dass der Bieter grundsätzlich eine mit den Ausschreibungsgrundsätzen der öffentlichen Hand konforme Ausschreibung erwar-

ten darf. Deshalb darf der Bieter die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftragsgeber den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will (BGH, s.o.). Nach diesen Anforderungen (§ 7 Abs. 1, 3, 6, 7 VOB/A) ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmer die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Dem Auftraggeber darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden, für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, z.B. Boden- und Wasserverhältnisse, sind so zu beschreiben, dass das Unternehmen ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann. Die "Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., sind zu beachten.

Missachtet der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an die Aufstellung der Leistungsbeschreibung nach § 7 VOB/A, sind dennoch die Erschwernisse von dem Vertrag erfasst, mit denen nach dem objektiven Empfängerhorizont eines potentiellen Bieters gerechnet werden musste. Kann der Auftragnehmer die Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses erkennen, so kann er diesbezüglich später keine veränderte Vergütung verlangen. Ein Auslegungsvertrauen auf Einhaltung der VOB/A scheidet aus, wenn ein Vergabeverstoß für den Bieter erkennbar ist oder wenn er auch ohne Angaben in der Ausschreibung eine ausreichende Kalkulationsgrundlage hat (OLG Braunschweig, Urteil vom 26.06.2014, 8 U 11/13, BauR 2017, 111).

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

