

Hochbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des HochbauRechts



Heft 05 | Mai 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

05 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	5	Anzeige	95
Rechtsprechung	7	Vergabe von Reinigungsleistungen in Schwimmbädern	95
OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Abwälzung der Baustellenkoordination einen Eingriff in die VOB/B bedeutet	7	Ax Akademie - Schulungen	96
BGH zu der Frage, dass der Bauherr „seine“ Planer koordinieren muss	22	Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	96
OLG Schleswig zu der Frage, dass der Auftraggeber bei Biogasanlagenbehältern auch ohne die Geltung expliziter technischer Regeln erwarten darf, dass die Behälter bei ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage mindestens während der vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungsfrist die notwendige Dichtigkeit aufweisen und dass keine Leckagen auftreten	33	Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	96
OLG Düsseldorf zu der Frage, dass der Schadensersatz wegen Mängeln keinen frustrierten Werklohn umfasst	46	Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	98
OLG Stuttgart zu der Frage, dass die Abnahme der GU-Leistung nicht die Abnahme der NU-Leistung bedeutet	54	Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	98
OLG Brandenburg zu der Frage, dass ein Verstoß gegen Bauordnungsrecht ein Baumangel ist	79	Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	99
LG Ravensburg zu der Frage, dass wenn das vom Unternehmer geschuldete Werk zur Errichtung eines Ausbauhauses nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen soll (hier: nicht dichte Dampfbremse) und die Herstellung der Dampfbremse zu den Eigenleistungen des Bestellers gehören, der Unternehmer für die von ihm nicht dicht hergestellte Dampfbremse nach §§ 633 ff. BGB, § 13 VOB/B nur dann nicht haftet, wenn der Unternehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist	84	Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	100
Kurz belichtet	92	Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	102
Kein zeitliches Anordnungsrecht nach § 650b BGB	92	Stellenanzeigen	103
Wann können die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden?	92	Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	103
Vom LV erfasste Leistungen sind nicht nachtragsfähig	93	RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	104
Neuer „Mangel“ durch Mängelbeseitigung: Schadensersatz, keine Nachbesserung	93	Redakteure m/w/d gesucht:	105
Im Brennpunkt	94	BESTELLFORMULAR	106
Statiker haftet für Verzögerungsschäden infolge mangelhafter Pläne	94	Impressum	107

Von der Redaktion

Kostensteigerungen und Terminüberschreitungen bei Bauprojekten werden heftig diskutiert. Ausgangspunkt sind oft fehlerhafte Leistungsbeschreibungen. Fehler werden allerdings wohl nie ganz vermeidbar sein. Unsere Hochbaurecht fragt nach der Risikoverteilung und den vertraglichen Möglichkeiten zu ihrer Beeinflussung. Spekuliert ein Bieter um öffentliche Aufträge mit erkannten Beschreibungsfehlern, muss nachgefragt werden: Welche Folgen hat das eine oder andere? Welche Rolle spielt das öffentliche Vergaberecht und wo liegen die Unterschiede zum gewerblichen Geschäft nicht-öffentlicher Bauvertragspartner? Neueste Urteile des BGH und der Oberlandesgerichte sind Grundlage für die Lösung zahlreicher praktischer Probleme rund um Mehrkosten, Bauzeit, Zahlung und Leistungsverweigerung aufgrund von Problemen, die auf die Leistungsbeschreibung zurückgehen. Wir wünschen gewinnbringende Lektüre.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Abwälzung der Baustellenkoordination einen Eingriff in die VOB/B bedeutet

vorgestellt von Thomas Ax

1. Sieht eine vom Auftraggeber in einen Bauvertrag neben der VOB/B einbezogene Klausel vor, dass der Auftragnehmer sich mit weiteren Auftragnehmern abzustimmen hat, um eine gegenseitige Gefährdung und die Gefährdung Dritter zu vermeiden, liegt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 vor, die zu Lasten des Auftraggebers als Verwender zu einer Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 BGB führt.(Rn.70) (Rn.72)

2. Macht der Auftragnehmer Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für durch Verzögerungen entstandene zusätzliche Bauleitertätigkeiten geltend, bedarf es zur Schlüssigkeit des anspruchsbegründenden Vortrags einer bauablaufbezogenen Darstellung, dass bei ungestörtem Bauablauf die Arbeiten ohne Zusatzaufwand hätten erledigt werden können und aufgrund welcher Verzögerungen welche vorgesehenen Arbeiten nicht oder später durchgeführt werden konnten und wie sich dies ausgewirkt hat.(Rn.96)

3. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand.(Rn.87)

4. § 642 BGB erfasst nur eine angemessene Entschädigung (und keinen Schadensersatz) für die Wartezeiten des Unternehmers und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital. Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Ausführung der Leistung des Unternehmers verteuert, weil sie wegen des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung zu einem späteren Zeitraum ausgeführt wird, werden nicht vom Entschädigungsanspruch erfasst (Anschluss BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17). Die Entschädigung ist auf die Dauer des Annahmeverzugs begrenzt.(Rn.141)

5. Welche Rechtsfolgen die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung hat, ist durch Auslegung zu ermitteln:

- Kommt der Auftragnehmer einem Auflösungs-wunsch des Bestellers etwa nach einer unberechtigten Kündigung nach, so hat die Vertragsaufhebung die Folgen der freien Kündigung.

- Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung für Auftraggeber oder -nehmer vor, so ergeben sich die Folgen aus dieser.

- Einigen sich die Parteien ohne Bezugnahme auf ein Kündigungsrecht auf eine Vertragsauflösung, so kann die Auslegung ergeben, dass nur die erbrachten Leistungen zu vergüten sind.(Rn.151)

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023 - 10 U 22/23

Gründe

I.

Die Klägerin macht restlichen Werklohn und Schadensersatz wegen Bauzeitenverzögerung (Ziff. 1 des Antrags) sowie die große Kündigungsvergütung (Ziff. 2 des Antrags) geltend.

Bei der Klägerin handelt es sich um ein Dachdecker- und Zimmereibetrieb. Die Beklagte ist die Universitätsstadt T..

Die Beklagte schrieb am 24.05.2016 gem. VOB/A Dachdeckerarbeiten an einem Gymnasialbau aus (Anlage K1 der Akte des Landgerichts, im Folgenden LGA). Auf die VOB/B 2012 wurde hingewiesen. Im von der Beklagten erstellten Leistungsverzeichnis heißt es unter „Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV)“ (Anlage K2 12 LGA Anlagen Klägerin):

„ZTV 04 Sicherheit auf der Baustelle (Im Folgenden: ZTV 4):

Mit dem Abschluss eines Werkvertrages wird der einzelne Auftragnehmer für den auf ihn übertragenen Teilbereich der Baumaßnahmen verantwortlich. Er hat die von ihm beherrschbaren Gefahren auszuschließen, für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen und die Sicherheit seiner Beschäftigten zu gewährleisten. Unternehmer, deren Leistungen auf der Baustelle zeitlich und örtlich zusammentreffen, haben sich gem. § 6 Abs. 2 UVV "Allgemeine Vorschriften" (BGV A 1/ bisherige VBG 1) mit den weiteren Auftragnehmern abzustimmen, um eine gegenseitige Gefährdung und nach den Bestimmungen der betreffenden Landesbauordnung die Gefährdung Dritter zu vermeiden.“

Hierauf gab die Klägerin unter dem 23.05.2016 ein Angebot über einen Gesamtbruttopreis von 213.477,17 € ab (Anlage K2 LGA Anlagen Klägerin), das die Beklagte am 28.06.2016 annahm (Anlage K3 LGA Anlagen Klägerin). Als Bauzeit für das klägerische Gewerk war die Zeit

vom 12.08.2016 bis 29.06.2016 als Vertragsfrist gem. § 5 Abs. 1 VOB/B 2012 vorgesehen (Anlage K3, 53 LGA Anlagen Klägerin).

Am 12.08.2016 begann die Klägerin mit den Arbeiten. Jedoch kam es in der Folge zu diversen Verzögerungen, deren Ursache und Dauer streitig sind.

Außerdem vereinbarten die Parteien am 08.11.2016, am 21.02.2017 sowie am 14.12.2017 und damit nach der „eigentlichen“ Bauzeit insgesamt drei Nachträge über 49.865,72 € (Anlage K7/8/9 LGA Anlagen Klägerin), 50.298,91 € (Anlage K12/13/14 LGA Anlagen Klägerin) und 18.468,93 € (Anlage K21/22 LGA Anlagen Klägerin). In sämtlichen Nachträgen heißt es, dass „die Ausführungsfristen nicht verändert“ würden (jeweils Ziff. 3.1 der Anlagen K9, 14 und 22 LGA Anlagen Klägerin).

Am 17.10.2017 wurden die bis dahin erbrachten Leistungen der Klägerin abgenommen.

Insgesamt leistete die Beklagte 283.870,37 € Abschlagszahlungen (vgl. Aufstellung Anlage K48, 241 Anlagen Klägerin).

Mit Schreiben vom 10.11.2017 forderte die Beklagte die Klägerin zur Wiederaufnahme ihrer noch immer nicht abgeschlossenen Tätigkeit unter Androhung einer Kündigung auf (Anlage K24 LGA Anlagen Klägerin). Die Klägerin reagierte hierauf mit Schreiben vom 21.11.2017 (Anlage K25 LGA Anlagen Klägerin), in dem eine Baubehinderung angezeigt wurde, nachdem die Beklagte noch nicht entschieden habe, ob die Dachgauen in voroxidiertem Kupfer ausgeführt werden müssten oder nicht.

Mit E-Mail vom 20.02.2018 forderte der Architekt V. für die Universitätsstadt T. die Klägerin im Anschluss an ein gemeinsames Gespräch „wie soeben zwischen Ihnen und mir besprochen“ zur Abrechnung nach dem derzeitigen Leistungsstand auf (Anlage K26 LGA Anlagen Klägerin).

Die Klägerin erstellte daraufhin unter dem 18.06.2019 eine erste Schlussrechnung (im Folgenden 1. Schlussrechnung) mit beiliegendem Aufmaß über die von ihr bis dahin erbrachten Leistungen, die nach Abzug von unstreitigen Abschlagszahlungen mit einem Saldo von 50.345,55 € zugunsten der Klägerin endete (Anlage K48 LGA Anlagen Klägerin). Die Schlussrechnung beinhaltet eine Position „zusätzlicher Aufwand durch fremdver-

schuldete Bauzeitverzögerung“ für 273 Bauleiterstunden à 65,00 € und zusätzliche An- und Abfahrten zur Baustelle von 39.360 km à 0,30 €, insgesamt damit netto 29.553,00 €. Die Klägerin hat die Fahrtstrecke zwischenzeitlich auf 28.800 km à 0,30 € = 8.640,00 € netto korrigiert (109 LGA Anlagen Klägerin).

Die Beklagte erteilte unter dem 25.06.2019 eine Mitteilung über die Schlussrechnungsprüfung, nach der sich ein Saldo zugunsten der Klägerin von lediglich 5.808,38 € brutto ergab, wobei die Beklagte insbesondere die geltend gemachten Ansprüche wegen Bauzeitenverzögerung („Prüfung nicht möglich“) herausstrich (Anlage K49 LGA Anlagen Klägerin). Die Mitteilung beinhaltete einen Hinweis nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, wonach die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung Nachforderungen ausschließe. Die Beklagte bezahlte den aus ihrer Sicht bestehenden Saldo; eine Vorbehaltserklärung gab die Klägerin nicht ab. Der Differenzbetrag ist – mit Ausnahme der reduzierten Fahrtstrecke - Gegenstand von Klageantrag Ziff. 1.

Unter dem 15.12.2021 erstellte die Klägerin eine weitere Schlussrechnung (2. Schlussrechnung), diesmal für nicht erbrachte Leistungen gem. § 8 Abs. 1 VOB/B über insgesamt 16.530,66 € (Anlage K55). Leistungen hierauf erfolgten nicht. Die 2. Schlussrechnung ist Gegenstand von Klageantrag Ziff. 2.

Bezüglich des Sach- und Streitstandes 1. Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils 1. Instanz verwiesen.

A.

Das Landgericht hat die Klage vollumfänglich abgewiesen.

1. Soweit die Klägerin mit Antrag Ziff. 1 eine Forderung in Höhe von 41.666,93 € geltend mache – dieser Betrag wurde im Rahmen der Berufung auf 37.897,01 € reduziert -, sei bereits nicht schlüssig vorgetragen, wie sich dieser Betrag zusammensetze.

a) Der geltend gemachte (Rest-)Werklohn ergebe sich aus der Darlegung der Klägerin nicht, insbesondere auch nicht aus der Schlussrechnung bzw. der Schlussrechnungskürzung (Anlage K48, K49 LGA). Es fehle an einem schlüssigen Vortrag dazu, wie sich der Restwerklohn zusammensetze. Eines gerichtlichen Hinweises hierauf habe es nicht bedurft, da die Beklagte hierauf eingehend hingewiesen habe.

b) Soweit die Klägerin zuletzt 26.385 € wegen der Bauzeitverzögerung (17.745,00 € für zusätzliche Bauleiterstunden, 8.640,00 € für zusätzliche Fahrten) verlange, so ergebe sich ein Anspruch auf zusätzliche Bauleiterstunden nicht aus § 6 Abs. 6 VOB/B, da die Klägerin keine bauablaufbezogene Darlegung der Behinderungen vorgenommen habe. Auch die Fahrten seien nicht nachvollziehbar dargelegt, zumal es Nachträge gegeben habe, für die Fahrten notwendig geworden wären, die die Klägerin nicht berücksichtigt habe.

Der Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 642 BGB, da es auch insoweit an einer hinreichenden Darlegung der Klägerin fehle und im Übrigen auch der Annahmeverzug nicht dargelegt sei. Für eine Schätzung der Höhe der Entschädigung gem. § 642 Abs. 2 BGB fehle es außerdem an den Anknüpfungstatsachen, so dass diese völlig in der Luft hängen würde

c) Auf die Frage der Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B komme es deshalb ebenso wenig an wie auf die Frage der Anzeige der Behinderung gem. § 6 Abs. 1 VOB/B.

2. Auch der mit Ziff. 2 geltend gemachte Anspruch auf Kündigungsvergütung von 16.530,66 € gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B bestehe nicht, da die Klägerin trotz Rüge durch die Beklagte nicht hinreichend unter Vorlage der Urkalkulation zu ihren ersparten Aufwendungen und dem anderweitigen Erwerb vorgetragen habe, so dass die beweisbelastete Beklagte nicht in die Lage versetzt worden sei, sich sachgerecht zu verteidigen.

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

B.

Die Klägerin verfolgt ihre erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche bis auf eine Reduzierung der mit Klageantrag Ziff. 1 geltend gemachten Fahrtkosten um 3.769,92 € unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter.

1. Der Klageantrag Ziff. 1 habe sich für das Gericht unproblematisch aus der Schlussrechnung in Verbindung mit ihrem Vortrag ergeben.

a) Dies gelte auch für den geltend gemachten Restwerklohn. Geltend gemacht werde der Saldo aus der 1. Schlussrechnung abzüglich 2.870,24 € nicht gelieferten Restmaterials und der nach Rechnungsprüfung bezahlten 5.808,36 €. Auf die einzelnen Positionen sei

nicht abzustellen, da diese nur unselbständige Rechnungsposten seien. Die Beklagte sei, was sich aus der von ihr durchgeführten Rechnungsprüfung ergebe, sehr wohl zur Überprüfung in der Lage gewesen, zumal ihr, was unstreitig sei, die Kalkulation vorgelegen habe. Jedenfalls hätte das Landgericht darauf hinweisen müssen, dass es Zweifel an der Schlüssigkeit habe.

b) Die Schäden wegen Bauzeitverzögerung seien ebenfalls schlüssig dargelegt, jedenfalls hinsichtlich 131 Stunden Bauleitertätigkeit und 8.640 € Fahrtkosten. Wenn das Gericht hieran Zweifel gehabt habe, hätte es darauf hinweisen müssen und ggf. einzelne Positionen kürzen können, nicht aber die Klage im Ganzen abweisen dürfen.

2. Die große Kündigungsvergütung sei ebenfalls geschuldet. Sie habe die von ihr ersparten Aufwendungen angemessen in Abzug gebracht. Der Beklagten habe außerdem unstreitig ihre Urkalkulation vorgelegen, so dass auch nicht ersichtlich sei, warum sie nicht selbst die Berechnungen habe vornehmen können. Einen anderweitigen Erwerb habe sie nicht gehabt.

3. Die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hindere ihren Anspruch nicht, da § 16 Abs. 3 VOB/B einer Klauselkontrolle gem. § 307 BGB nicht standhalte. Es liege keine Einbeziehung der VOB/B im Ganzen vor, weil die Beklagte gleich mehrfach die VOB/B modifiziert habe, sowohl durch die von der Beklagten in den Vertrag eingeführten ZVB, aber auch die Regelungen der Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen (Anlage K3, 56 LGA Anlagen Klägerin) und der ZTV 3 und ZTV 4 (Anlage K2, 12 LGA Anlagen Klägerin).

Sie beantragt:

Unter Abänderung des Urteils des am 23.1.2023 verkündeten, am 27.1.2023 zugestellten und mit Beschluss vom 15.2.2023 berichtigten Urteil des Landgerichts Tübingen, Aktenzeichen: 7 O 420/21, wird die Beklagte verurteilt,

1. an die Klägerin 37.897,01 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 02.07.2020 zu zahlen,

2. an die Klägerin 16.530,66 € nebst 9 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit zu zahlen und

3. an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.196,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 08.11.2019 zu zahlen.

Hilfsweise beantragt die Klägerin, das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

C.

Die Beklagte beantragt:

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte verteidigt das die Klage abweisende Urteil unter weitgehender Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag.

Es fehle an einer prüfbaren Schlussrechnung, weshalb bei der Position Bauzeitschäden auch ein entsprechender Vermerk angebracht worden sei; schon deshalb sei die Klage jedenfalls als derzeit unbegründet abzuweisen.

Noch immer fehle es an einer schlüssigen Darlegung der klägerischen Ansprüche; die Zusammensetzung der Klagesumme sei nicht nachvollziehbar. Ein Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B oder § 642 BGB sei weder dem Grunde noch der Höhe nach nachvollziehbar dargelegt, insbesondere nicht anhand einer bauablaufbezogenen Darstellung. Auch der Anspruch nach § 648 BGB sei mangels dargelegter ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs unschlüssig. Hinweise seien im Übrigen in der mündlichen Verhandlung hinreichend erteilt worden, nachdem das Gericht die Klägerin zur Darlegung der Bauzeitverzögerungsschäden aufgefordert habe.

Schließlich habe sie die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 VOB/B wirksam erhoben. Zwar halte § 16 Abs. 3 VOB/B einer Klauselkontrolle nicht stand; dies sei aber unschädlich, weil die VOB/B im Ganzen einbezogen worden seien, § 310 Abs. 1 S. 3 BGB. Weder die Regelungen der ZVB noch die Regelungen der WBVB (Anlage K3 LGA) und der ZTV 03 und ZTV 04 (Anlage K2 LGA) wichen von den Regelungen der VOB/B ab. Dies gelte insbesondere auch für die Regelung in ZTV 4, der lediglich die geltende Rechtslage wiederhole. Der Unternehmer sei nach § 44 LBO und dem ArbeitsschutzG bzw. §§ 2, 3 UVV für den Arbeitsschutz in seinem Be-

trieb auf der Baustelle und die Einhaltung der Verkehrssicherung verantwortlich. Auch treffe den Unternehmer nach § 5 BaustellenVO eine Verpflichtung zur Erstellung einer Gefährdungsanalyse, die dieser auch den anderen Unternehmern zur Abstimmung vorlegen müsse. § 6 Abs. 2 UVV stelle außerdem klar, dass jeder Unternehmer den Arbeitsschutz mit anderen Unternehmern abzustimmen habe. Außerdem seien „Zusammenarbeit an einem Arbeitsplatz“ (§ 6 Abs. 2 UVV) und „Leistung auf der Baustelle zeitlich und örtlich zusammentreffen“ (ZTV 4) identisch. Die Regelungen in ZTV 04 wiederholten letztlich den gesetzlichen Wortlaut, der unabhängig von der ZTV und der VOB von Unternehmern zu beachten sei, oder gingen möglicherweise etwas darüber hinaus. Ein Verstoß gegen die Vorschriften der VOB/B sei aber insbesondere deshalb nicht erkennbar, weil die allgemeinen Koordinierungspflichten gem. § 4 Abs. 1 VOB/B vollumfänglich beim Bauherrn verblieben.

Bezüglich des weiteren Sach- und Streitstandes in 1. und 2. Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Die Berufung 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. Die Berufung ist damit insgesamt zulässig.

III.

Die Berufung der Klägerin ist nur teilweise begründet.

Der Klägerin steht ein Anspruch in Höhe von 6.324,19 € brutto für erbrachte Leistungen zu (A.). Weiter hat die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 16.530,66 € netto als sog. große Kündigungsvergütung (C.). Weitergehende Ansprüche bestehen nicht

A.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf einen weiteren Werklohn für erbrachte Leistungen in Höhe von 6.324,19 € brutto.

1.

Zwischen den Parteien ist ein VOB/B-Werkvertrag zustande gekommen.

Die Parteien haben auf die nach VOB/A erfolgte Ausschreibung (vgl. Bewerbungsbedingungen Anlage K1) der Beklagten vom 24.05.2016 (Anlage K1) und dem darauf abgegebenen Angebot der Klägerin vom 23.05.2016 mit Annahme der Beklagten vom 28.06.2016 einen Vertrag über von der Klägerin durchzuführende Dachdeckerarbeiten an einem Gymnasiumsaltbau zu einem Bruttopreis von 213.477,17 € geschlossen. Auf die VOB/B 2012 wird Bezug genommen; dass diese nicht beigelegt war (Anlage K3, 47 LGA Anlagen der Klägerin) ist unschädlich, da beide Parteien bauerfahren sind und ihnen die VOB/B 2012 bekannt war.

Dem Vertrag liegt ein von der Beklagten erstelltes Leistungsverzeichnis zugrunde, das die Klägerin mit ihren Einheitspreisen ergänzte (Anlage K2, 10 ff. LGA Anlage Klägerin).

Weiter liegen dem Vertrag die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, insbesondere die ZTV 4 (Anlage K2, 12 LGA Anlage Klägerin), die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (Anlage K2, 15 LGA Anlage Klägerin) und die Zusätzlichen Vertragsbedingungen – KEV 117 (B) ZVB (Anlage K3, 59 LGA Anlage Klägerin) zugrunde. Verwenderin der AGB ist die Beklagte.

2.

Entgegen dem landgerichtlichen Urteil hat die Klägerin ihren Anspruch zu Grund und Höhe schlüssig dargelegt.

Die Klägerin errechnet in der 1. Schlussrechnung unter detaillierter Darlegung der von ihr erbrachten Leistungen nebst vorgelegtem Aufmaß einen Betrag von netto 288.929,81 €. Von diesem Betrag ist die Bauzeitenverzögerung abzuziehen, da es sich insoweit nicht um einen Werklohn-, sondern einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B handelt (s.u.). Es errechnet sich damit ein Werklohnanspruch von netto 259.376,81 € oder brutto 308.658,40 €. Davon macht die Klägerin 2.870,24 € nicht mehr geltend (52 OLGA). Es verbleiben damit 305.788,16 € brutto.

In Abzug zu bringen sind hiervon unstreitig 3 % Sicherheitseinbehalt (9.173,64 €) und 0,2 % Bauleistungsversicherung (611,58 €), i.E. damit 9.785,22 € (Anlage K48, 241 LGA Anlagen Klägerin). Weiter abzuziehen sind unstreitig geleistete Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 283.870,37 € (Anlage K 48, 241 LGA Anlagen Klägerin) sowie die nach der Schlussrechnungsprüfung gezahlten 5.808,38 € (52 OLGA). Die Abzugsposten addieren sich damit auf 299.463,97 €.

Es verbleiben damit 305.788,16 € - 299.463,97 € = 6.324,19 € brutto.

3.

Substantiierte Einwendungen gegen Grund oder Höhe der noch geltend gemachten Werklohnvergütung hat die Beklagte nicht erhoben.

Ihre Rügen betreffen allein die für die Bauzeitenverzögerung geltend gemachten Schäden (s.u.) und die rechnerische Differenz von 2.870,24 € (64 LGA), bezüglich derer aber die Klägerin klargestellt hat, dass diese nicht weiterverfolgt wird (52 OLGA); auf diese kommt es damit nicht mehr an.

4.

Der Werklohnanspruch ist auch fällig.

a.

Die Beklagte hat die Werkleistung der Klägerin unstreitig gem. § 12 VOB/B 2012 am 17.10.2017 abgenommen.

b.

Die Klägerin hat mit der Rechnung vom 18.06.2019 (Anlage K48) eine Schlussrechnung mit Aufmaß vorgelegt, wodurch Fälligkeit nach §§ 14 Abs. 1, 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2012 eingetreten ist.

Auf die Frage der Prüffähigkeit nach § 14 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2012 kommt es dabei nicht an nachdem die Beklagte die (angeblich) fehlende Prüffähigkeit nicht innerhalb der 30-Tage-Frist ab Zugang der Schlussrechnung gerügt hat, § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1, 3 VOB/B 2012. Der Zugang der Schlussrechnung erfolgte ausweislich des Fax-Sendeberichts (Anlage K48, 223 Anlagen Klägerin LGA) am 18.06.2019. In der Schlussrechnungsprüfung vom 25.06.2019 (Anlage K49 Anlagen Klägerin) hat die Beklagte nicht auf die aus ihrer Sicht fehlende Prüfbarkeit hingewiesen. Lediglich bei der Einzelposition „Titel: zusätzlicher Aufwand durch fremdverschuldete Bauzeitverzögerung“ hat sie einen handschriftlichen Vermerk „Prüfung nicht möglich“ angebracht (Anlage K49, 283 LGA Anlage Klägerin). Unabhängig davon, ob dies für die Rüge der fehlenden Prüfbarkeit ausreicht, betrifft dieser Punkt jedenfalls nicht den Werklohn für erbrachte Leistungen.

Im Übrigen hat aber die Beklagte die Schlussrechnung geprüft, diverse Abzüge vorgenommen und den aus ihrer Sicht berechtigten Saldo (5.808,38 €) der Klägerin überwiesen (Schlussrechnungsprüfung Anlage K49, 265 LGA Anlagen Klägerin). Wird aber eine Schlussrechnung tatsächlich geprüft, so entfällt das Erfordernis der Prüffähigkeit, gleich ob Prüffähigkeit vorlag oder nicht (BeckOK VOB/B/Kandel § 16 Abs. 3 Rn. 17).

5.

Soweit die Beklagte die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B erhoben hat, so dringt sie damit nicht durch, weil die VOB/B 2012 entgegen der Rechtsansicht der Beklagten nicht im Ganzen einbezogen worden ist und § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B einer Klauselkontrolle anhand von § 307 BGB nicht standhält.

a.

Zwar ist die VOB/B 2012 wirksam einbezogen. Dabei ist nicht entscheidend, ob den Ausschreibungsunterlagen (Anlage K1 LGA) oder dem darauf abgegebenen Angebot der Beklagten (Anlage K2 LGA) die VOB/B 2012 beigefügt waren, nachdem beide Parteien die VOB/B 2012 einbeziehen wollten und beiden Parteien die VOB/B 2012 bekannt war.

b.

Die VOB/B 2012 ist aber nicht im Ganzen ohne inhaltliche Abweichungen einbezogen worden, so dass eine Klauselkontrolle trotz § 310 Abs. 1 S. 3 BGB anhand von § 307 BGB zu erfolgen hat.

aa.

Dabei findet eine AGB-Kontrolle schon dann statt, wenn die Parteien irgendeine vertragliche Abweichung von den VOB/B vereinbart haben; auf das Gewicht der Abweichung kommt es nicht an, insbesondere bedarf es keines Eingriffs in den „Kernbereich“ der VOB/B. Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat (Leitsatz BGH, Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 – juris; BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 – VII ZR 34/20 –, BGHZ 236, 96-110, Rn. 18). Ausreichend ist, dass eine Vertragsbestimmung den Regelungsgehalt der VOB/B abändert, also ob durch die Vertragsregelung etwas anderes als bei unveränderter VOB/B gelten würde, sofern die Änderung den Vertragspartner des Verwenders der VOB/B belastet und der Verwender

der VOB/B auch diese gestellt hat (Ingenstau/Korbion/Sienz VOB 22. Auflage 2023 Anhang 3 Rn. 39).

bb.

Dies ist hier der Fall.

(a)

Die Parteien haben die „Zusätzlichen Technische Vertragsbedingungen“ in den Vertrag einbezogen. Dort heißt es unter „ZTV 04 Sicherheit auf der Baustelle“ (Anlage K2; 12 LGA Anlagen Klägerin):

„Mit dem Abschluss eines Werkvertrages wird der einzelne Auftragnehmer für den auf ihn übertragenen Teilbereich der Baumaßnahmen verantwortlich. Er hat die von ihm beherrschbaren Gefahren auszuschließen, für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen und die Sicherheit seiner Beschäftigten zu gewährleisten. Unternehmer, deren Leistungen auf der Baustelle zeitlich und örtlich zusammentreffen, haben sich gem. § 6 Abs. 2 UVV "Allgemeine Vorschriften" (BGV A 1/ bisherige VBG 1) mit den weiteren Auftragnehmern abzustimmen, um eine gegenseitige Gefährdung und nach den Bestimmungen der betreffenden Landesbauordnung die Gefährdung Dritter zu vermeiden.“

(b)

Dies stellt eine Abweichung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012 dar, wonach der „Auftraggeber (...) für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer zu regeln“ hat.

Mit der Regelung in ZTV 4 wird deshalb abweichend von dem Konzept der VOB/B 2012 dem Unternehmer statt dem Auftraggeber die Abstimmung mit anderen Unternehmern auferlegt.

Der Auftragnehmer ist zwar nach § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 VOB/B für die Ordnung auf seiner Baustelle verantwortlich, außerdem trifft ihn seinen eigenen Mitarbeitern gegenüber die Aufgabe, bestimmte Verpflichtungen wahrzunehmen. Jedoch betrifft die Verantwortung für die Ordnung allein seine eigene Baustelle. Die Regelung in ZTV 4 geht darüber hinaus, da danach eine Koordinierungspflicht des Auftragnehmers/Unternehmers auch bei einem bloßen Zusammentreffen der Leistungen der verschiedenen Unternehmer begründet wird, auch wenn dieses nicht auf der Baustelle des

Auftragnehmers erfolgt. Außerdem stellt eine Koordination etwas anderes als die Einhaltung der Ordnung dar. Dabei liegt hier die Koordinierungspflicht nach § 4 Abs. 1 VOB/B 2012 eigentlich beim Auftraggeber.

(c)

Es handelt sich bei der Regelung in ZTV 4 auch nicht um eine bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts von § 6 Abs. 2 UVV.

Nach § 6 Abs. 2 UVV hat sich der Unternehmer „je nach Art der Tätigkeit zu vergewissern, dass Personen, die in seinem Betrieb tätig werden, hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben.“

Damit wird dem Unternehmer lediglich die Pflicht auferlegt sicherzustellen, dass Personen, die in seinem Betrieb tätig werden, Anweisungen für ihre Sicherheit und Gesundheit erhalten haben.

Der Unternehmer wird nicht zur Koordination mit anderen Unternehmern verpflichtet, außerdem gilt die Verpflichtung nur gegenüber den in seinem Betrieb tätigen Personen, während ZTV 4 weitergehend die Koordinierungspflicht auch bei einem bloßen Zusammentreffen der Leistungen vorschreibt. Außerdem erfasst die Verpflichtung nur die Sicherstellung, dass die in seinem Betrieb tätigen Personen Gefahrenhinweise erhalten haben, nicht aber die Gewährleistung der Sicherheit selbst.

(d)

Die Klausel in ZTV 4 geht auch über die Regelung in § 6 Abs. 1 UVV hinaus.

In § 6 Abs. 1 UVV heißt es: „Werden Beschäftigte mehrerer Unternehmer oder selbstständige Einzelunternehmer an einem Arbeitsplatz tätig, haben die Unternehmer hinsichtlich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten, insbesondere hinsichtlich der Maßnahmen nach § 2 Absatz 1, entsprechend § 8 Absatz 1 Arbeitsschutzgesetz zusammenzuarbeiten. Insbesondere haben sie, soweit es zur Vermeidung einer möglichen gegenseitigen Gefährdung erforderlich ist, eine Person zu bestimmen, die die Arbeiten aufeinander abstimmt; zur Abwehr besonderer Gefahren ist sie mit entsprechender Weisungsbefugnis auszustatten.“

Damit erfasst § 6 Abs. 1 UVV nur den Fall, dass Beschäftigte mehrerer Unternehmer an einem Arbeitsplatz zusammenarbeiten, was enger ist als ein bloßes „Zusammentreffen“ der jeweiligen Leistungen.

Außerdem betrifft die Klausel als Regelung des Arbeitsschutzes nur den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Beschäftigten; demgegenüber regelt ZTV 4 aber auch eine Koordinierungspflicht zur Abwehr von Gefahren für Dritte, nicht nur der Arbeitnehmer. Die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung und zur Koordination der verschiedenen Auftragnehmer trägt aber nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B 2012 der Auftraggeber.

(e)

Die Regelung geht, anders als dies die Beklagte meint, auch über § 44 Abs. 1 LBO BW hinaus. § 44 Abs. 1 LBO verpflichtet den Unternehmer dazu, seine Arbeiten den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechend durchzuführen, was letztlich eine Selbstverständlichkeit ist. § 44 LBO entfaltet außerdem keine drittschützende Wirkung, auch nicht zugunsten des Auftraggebers, sondern betrifft allein das Verhältnis Unternehmer – Baurechtsbehörde (BeckOK BauordnungsR BW/Hofmeister/Mayer, 26. Ed. 1.10.2023, BWLBO § 44 Rn. 8); nicht gesagt ist damit aber, wer privatrechtlich im Verhältnis Auftraggeber – Auftragnehmer die Koordination zu übernehmen hat. Eben dies regelt § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B 2012, von der wiederum ZTV 4 abweicht.

(f)

Soweit die Beklagte meint, die Regelungen in ZTV 4 wiederholten letztlich den gesetzlichen Wortlaut oder gingen möglicherweise „etwas darüber hinaus“ (136 OLGA), so kommt es zum einen nicht auf ein Abweichen von den gesetzlichen Regelungen, sondern auf ein Abweichen von den VOB/B 2012 an, zum anderen ist auch ein geringfügiges Abweichen ausreichend, um eine Klauselkontrolle auszulösen.

(g)

Was § 34 HOAI Anlage 10 LP 8 mit der Frage einer Abweichung von ZTV 4 von § 4 Abs. 1 VOB/B 2012 zu tun haben soll, erschließt sich nicht (128 ff. OLGA).

Soweit die Beklagte auf §§ 1 ff. BaustellVO verweist, so ist die primär Verpflichtete die Beklagte als Bauherrin, die zur Sicherstellung von Sicherheit und Gesundheits-

schutz der Beschäftigten auf der Baustelle verantwortlich ist. Zwar ist korrekt, dass nach § 5 BaustellVO auch den Auftragnehmer bestimmte Pflichten bezüglich des Arbeitsschutzes treffen. ZTV 4 regelt aber Koordinierungspflichten zur Vermeidung von gegenseitigen Gefährdungen und der Gefährdung Dritter und betrifft damit einen anderen Regelungsbereich.

(h)

Ob und inwieweit auch andere von der Beklagten verwendete Klauseln die VOB/B 2012 abändern, kann damit dahingestellt bleiben.

(i)

Die Beklagte ist auch unstreitig sowohl die Verwenderin der ZTV, nachdem die Klausel in dem von ihr erstellten Leistungsverzeichnis aufgeführt ist (Anlage K2, 12 LGA Anlagen Klägerin), also auch der VOB/B 2012.

c.

Dabei hält § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand:

§ 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B weicht so gravierend von den BGB-Regeln ab, dass dieser gem. § 307 BGB unwirksam ist (BGH, Urteil vom 19. 3. 1998 - VII ZR 116/97 noch zum AGBG; BGH NJW 2004, 1597; Ingenstau/Korbion/Sienz VOB 22. Auflage 2023 Anhang 3 Rn. 100 m.w.N.; BeckOK VOB/B/Kandel VOB/B § 16 Abs. 3 Rn. 48).

6.

Hinzu kommt ein Anspruch auf Verzugszinsen aus 6.324,19 € gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286, 288 Abs. 2 BGB in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.07.2020, nachdem die Beklagte mit der Schlussrechnungsprüfung vom 25.06.2019 erklärt hat, dass keine weiteren Zahlungen erfolgen werden. Da Verzugszinsen aber erst ab dem 02.07.2020 geltend gemacht werden, können diese auch erst ab diesem Zeitpunkt zugesprochen werden, § 308 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO.

B.

Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 31.398,15 € brutto gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 bzw. § 642 BGB wegen Bauzeitenverzögerungen besteht nicht.

1.

Soweit die Klägerin 17.745,00 € netto bzw. 21.116,55 € brutto Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für durch Verzögerungen entstandene zusätzliche Bauleitertätigkeiten in Höhe von 273 Stunden à 65 € verlangt, ist der Vortrag, wie das Landgericht richtig gesehen hat, unschlüssig.

a.

Die Klägerin trägt von der Beklagten bestritten vor, ihr Bauleiter P. habe nach dem 29.09.2016, dem eigentlich vereinbarten Ende der Bautätigkeit der Klägerin, erhebliche Zeit mit der Durchsicht von Bau- und SiGeKo-Protokolle, Schrift- und E-Mail-Verkehr und Telefonaten verbracht, nämlich jeweils 2 Stunden/Woche in der Zeit vom 24.11.2016 bis 02.07.2017 (62 Stunden) wegen fehlender Vorleistungen anderer Gewerke und der Witterung, vom 04.09.2017 bis 13.09.2017 (4 Stunden) und vom 23.10.2017 bis 26.11.2017 (10 Stunden) wegen fehlender Vorleistungen von Steinmetz- und Malerarbeiten sowie jeweils 0,5 Stunden/Woche in der Zeit vom 27.11.2017 bis 29.08.2018 (13 Stunden) ebenfalls wegen fehlender Vorleistungen. Hinzu kämen 3 Fahrten à 14 Stunden am 22.11.2016, 26.06.2017 (oder 27.06.2017, 107 LGA) und 11.09.2017 (42 Stunden) zur Kontrolle der Baustelle bzw. deren Stand (60 OLGA).

b.

Dies ergibt addiert jedoch lediglich 131 Stunden, wovon im Rahmen der Berufungsbegründung – allerdings ohne den Antrag anzupassen – auch die Klägerin ausgeht (60 OLGA).

Für die darüberhinausgehenden 142 Stunden à 65 € = 9.230,00 € fehlt es damit bereits an einem Vortrag.

c.

Auch die geltend gemachten 131 Stunden zusätzliche Bauleitertätigkeit sind nicht schlüssig dargelegt.

Hierfür hätte die Klägerin im Rahmen einer bauablaufbezogenen Darstellung zum einen darlegen und beweisen müssen, dass bei ungestörtem Bauablauf die Arbeiten fristgemäß hätten erledigt werden können, und zum anderen, aufgrund welcher Verzögerungen welche vorgesehenen Arbeiten nicht durchgeführt werden konnten und wie sich dies ausgewirkt hat (BeckOK VOB/B/Oberhauser VOB/B § 6 Abs. 6 Rn. 11).

Die Klägerin hat aber weder dargelegt, wie viele Stunden Bauleitertätigkeit angefallen wären, wenn die Arbeiten in der vereinbarten Zeit hätten ausgeführt werden können, noch, wie welche Verzögerungen zu Mehrstunden geführt haben. Allein, dass die Bauleitertätigkeit nach der vereinbarten Zeit angefallen ist, begründet entgegen der Rechtsansicht der Klägerin keinen Mehraufwand des Bauleiters und damit auch keinen Schaden.

Der Vortrag zu den angeblichen Mehrstunden pro Woche ist völlig pauschal und keinem Beweis zugänglich, weshalb es einer Erhebung des Zeugenbeweises nicht bedurfte. Die Klägerin hat nicht dargelegt, welche konkreten Arbeiten zusätzlich angefallen und warum diese auf die behaupteten Bauzeitenverzögerungen zurückzuführen sein sollen. Insbesondere ist nicht ersichtlich und auch nicht dargelegt, warum der Bauleiter bei zeitweilig vollständig ruhender Baustelle dennoch 2 Stunden/Woche aufgewendet haben soll. Gleiches gilt für die Fahrten vom 22.11.2016, 27.6.2017 und 11.9.2017 mit insgesamt 42 Stunden; hier hat die Klägerin zwar vorgetragen, dass diese zur Kontrolle der Baustelle, Bautenstands- und Detailabstimmungen erforderlich gewesen seien. Warum dies aber zusätzlich notwendig wurde durch von der Beklagten konkret schuldhaft verursachte Verzögerungen, ist nicht dargelegt.

d.

Das Landgericht hat außerdem zu Recht darauf hingewiesen, dass Fahrten auch für die Nachträge notwendig geworden wären, die Klägerin aber nicht aufschlüsselt, welche Fahrten verzögerungsbedingt zusätzlich anfielen, und welche zur Erledigung der vereinbarten Nachträge notwendig wurden.

Soweit die Klägerin vorträgt, dass es auf die Nachträge deshalb nicht ankomme, da diese mit der ursprünglich geplanten Leistung hätten ausgeführt werden können (57 OLGA), so stimmt dies schon deshalb nicht, als die Nachträge sämtlich nach der ursprünglichen Leistungszeit vereinbart wurden: Nachtrag 1 am 08.11.2016 (Anlage K9), Nachtrag 2 am 21.02.2017 (Anlage K13) und Nachtrag 4 am 14.12.2017 (Anlage K22). Denkwürdig konnte die Klägerin diese Nachträge nicht in der ursprünglich vereinbarten Ausführungszeit abarbeiten, auch wenn es in den Nachträgen jeweils heißt, dass die Ausführungsfristen nicht verändert würden.

Die „einfache Überlegung“ der Klägerin, die Klägerin hätte die Fahrten auch ohne Nachträge ausführen müssen, weil es die Behinderungen gegeben habe, weshalb

es an der Kausalität der Nachträge für die Fahrten fehle (57 OLGA), ist gerade anders herum zu betrachten: Nach § 6 Abs. 6 VOB/B wird der Schaden ersetzt, der durch die Verzögerung nachweislich entstanden ist. Wenn die Klägerin aber sowieso z. B. wegen der Nachträge hätte fahren müssen, so ist dies kein Schaden. Die Argumentation, sie hätte wegen der Verzögerung auch dann fahren müssen, wenn es keine Nachträge gegeben hätte, geht von einem fiktiven Sachverhalt aus und begründet erkennbar keinen Schaden.

e.

Außerdem fehlt es an einer gem. § 6 Abs. 1 VOB/B erforderlichen Behinderungsanzeige; eine solche war auch nicht wegen Offenkundigkeit entbehrlich.

aa.

Soweit die Klägerin eine Verzögerung ihrer Bautätigkeit im Zeitraum vom 12.08.2016-17.08.2016 damit begründet, dass sich hinter einem Fallrohr ein Wespennest befunden habe, das durch eine Fachfirma habe beseitigt werden müssen, weshalb sie offenkundig behindert und erst ab dem 18.08.2016 wieder habe arbeiten können (3 LGA), ist bereits nicht nachvollziehbar, warum ein Wespennest an einem von insgesamt zwölf Fallrohren dazu geführt haben soll, dass weder an den anderen Fallrohren noch sonstige Arbeiten am Dach durchgeführt werden konnten.

Außerdem wurde eine Behinderung gem. § 6 Abs. 1 S. 1 VOB/B nicht angezeigt. Diese war auch nicht wegen Offenkundigkeit entbehrlich, da weder ersichtlich ist, wann die Beklagte vom Wespennest Kenntnis erlangt hat, noch, dass für die Beklagte erkennbar war, dass die Klägerin hierdurch an jeglichen Dacharbeiten gehindert gewesen sein will. Damit mag die Tatsache des Vorliegens eines Wespennestes offenkundig bzw. der Beklagten bekannt gewesen sein, nicht aber die aus Sicht der Klägerin bestehende Behinderung jeglicher Dacharbeiten (§ 6 Abs. 1 S. 2 a.E. VOB/B 2012).

bb.

Soweit sich die Klägerin auf Verzögerungen im Zeitraum vom 01.09.-11.09.2016 und 12.09.-31.10.2016 beruft, weil in dieser Zeit auf Grund einer Mitteilung der zuständigen Architekten der Dachzugang gesperrt gewesen sei, was für die Beklagten offenkundig gewesen sei, so überzeugt auch dies nicht.

Zwar war nach der E-Mail des Architekten der Beklagten K. vom 01.09.2016 wegen des bestehenden Zustandes der Decke über dem zweiten OG der Zugang zum 2. Ober- und Dachgeschoss ohne ausdrückliche Genehmigung seitens der Bauleitung bis auf weiteres untersagt (Anlage K5, 67 Anlagen Klägerin LGA); mit E-Mail vom 12.09.2016 wurde dies auf das 1. OG erweitert (Anlage K6, 68 Anlagen Klägerin LGA). Am 31.10.2016 wurde die Freigabe erteilt.

Jedoch hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass die Sperrung lediglich im Gebäude bestanden hat. Dass dies die Dachdeckerarbeiten behindert haben soll, ist nicht nachvollziehbar, da das Dach ungehindert betretbar und der Zugang über die Gerüsttreppen möglich war.

Auch nach dem von der Klägerin zitierten 13. Bauprotokoll vom 08.09.2016 war das Dachgeschoss zwar gesperrt. Dachdeckungsarbeiten und das Betreten des Dachs waren aber möglich („Dachdeckungsarbeiten: Fortführung Demontage Dacheindeckung. Beginn der Einlattung in KW 37. Notwendige Vorarbeiten Zimmerarbeiten können derzeit nicht erstellt werden. Mittelrisalit & Kopfbauten entsprechend sind vorzuziehen“, Anlage K36, 162 Anlagen Klägerin LGA). Im Bauprotokoll vom 13.10.2016 (Anlage K36, 167 Anlage Klägerin LGA) heißt es zu den Dachdeckungsarbeiten ausdrücklich: „Eindeckungsarbeiten und Klempnerarbeiten an Kehlen laufend“, was belegt, dass die Klägerin Arbeiten auf dem Dach ausführen konnte und dies auch getan hat.

Selbst wenn die Klägerin durch die Sperrungen im Gebäude behindert gewesen sein sollte, so war dies deshalb für die Beklagte jedenfalls nicht offenkundig im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B 2012, eine Behinderungsanzeige gem. § 6 Abs. 1 VOB/B 2012 ist unstreitig nicht erfolgt.

Soweit die Klägerin sich ergänzend darauf beruft, dass durch die Sperrung die Zimmererarbeiten als Vorleistung für die klägerische Arbeit nicht erbracht worden seien, was sich aus dem 13. Bauprotokoll vom 08.09.2016 Anlage K36 ergebe (109 LGA), so fehlt es an einer Behinderungsanzeige; diese war auch nicht wegen Offensichtlichkeit entbehrlich, da für die Beklagte nicht erkennbar war, dass die Klägerin an der Arbeit auch an anderen Stellen des Dachs gehindert gewesen sein will, § 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B 2012.

cc.

Soweit die Klägerin vorträgt, im Zeitraum vom 21.11.-27.11.2016 hätten jeweils nur drei Angestellte für nur drei Tage statt vorgesehener vier Tage arbeiten können, was wieder an fehlenden Vorleistungen des Zimmerers gelegen habe (14 LGA), so sind weder die Einschränkungen substantiiert vorgetragen noch eine Behinderungsanzeige erfolgt oder die Offenkundigkeit für die Beklagte dargelegt.

dd.

Bezüglich des klägerischen Vortrags, „die Behinderungen“ hätten bis 03.07.2017 andauert, das DG sei am 24.11.2017 noch gesperrt gewesen und Dachdeckungsarbeiten hätten im Bereich der Gauben, Dachfenster und teilweise Kehlbereiche noch immer nicht ausgeführt werden können, war in erster Instanz bereits der Zeitraum der behaupteten Verzögerung unklar. Erst im Rahmen der Berufungsbegründung hat die Klägerin diesen auf den 01.12.2016 bis 03.07.2017 konkretisiert, in dem die Klägerin keine Tätigkeiten ausführen konnte. Wofür in der Zeit der Bauleiter zwei Stunden pro Woche zusätzlich arbeiten musste, wenn die Klägerin keine Arbeiten ausführen konnte, ist nicht nachvollziehbar und wird von der Klägerin auch nicht dargelegt.

Eine Behinderungsanzeige ist auch für diesen Zeitraum nicht erfolgt.

ee.

Am 13.07.2017 hat die Klägerin zwar eine Baubehinderung angezeigt, da die Ausführung wegen Farbabweichungen der Flächenziegel zum Firstziegel gestoppt worden sei (Anlage K18, K19 LGA). Hierdurch entstandene zusätzliche Bauleiterstunden werden aber weder geltend gemacht noch wären diese ersichtlich. Soweit die Klägerin meint, dass ihr hierdurch Mehrkosten von 1.297,00 € entstanden seien (7 LGA), so ist der (nicht substantiiert dargelegte) Schaden nicht streitgegenständlich.

ff.

An einem substantiierten Vortrag fehlt es auch, soweit die Klägerin eine Baubehinderung für die Zeit vom 04.09.-10.09.2017 (KW 36) behauptet (16 LGA). Der Vortrag, die „Baustelle (sei) nicht von Arbeitern der Klägerin besetzt (gewesen), da aufgrund von fehlenden Vorleistungen der Gewerke Zimmerer, Sanitär, Fensterbauer und Steinmetz keine Dachdeckerarbeiten

möglich“ gewesen seien, ist nicht hinreichend substantiiert, als nicht ausgeführt wird, worin diese Behinderungen bestanden und warum diese zu Verzögerungen geführt haben sollen. Es fehlt außerdem an einer Anzeige der Behinderung; dass diese Behinderung offenkundig gewesen wäre, ist nicht dargetan.

gg.

Gleiches gilt für angebliche Behinderungen im Zeitraum vom 11.09.-17.09.2017 (KW 37), in der nur Dachklempnerarbeiten in Form von Einstemmen der Bleiwolle ausgeführt hätten werden können und andere Arbeiten mangels Vorleistungen nicht möglich gewesen sein sollen (16 LGA). Es ist weder dargetan, welche Vorarbeiten gefehlt haben sollen noch wie dies zu Verzögerungen der Leistung der Klägerin geführt hat. An einer Behinderungsanzeige fehlt es.

hh.

Am 04.10.2017 hat die Klägerin zwar eine Baubehinderungsanzeige bezüglich der Fallrohre auf der Südseite erstattet (Anlage K20 LGA). Danach könne statt in KW 39 erst in KW 41 mit der Montage begonnen werden, weil Vorarbeiten der Malerfirma fehlten.

Welcher Schaden hierdurch entstanden sein soll, insbesondere warum dies Mehrarbeiten für den Bauleiter bedeutet haben soll, ist aber weder dargelegt noch ersichtlich.

ii.

Der weitere Vortrag, dass „in der Folgezeit“ – unklar ist, ab wann diese beginnen und wann diese enden soll – die Baustelle nur noch mit einem Arbeiter besetzt habe werden können, da keine weiteren Arbeiten mehr möglich gewesen seien, ist völlig unsubstantiiert. Eine Behinderungsanzeige ist nicht erfolgt. Im Übrigen erfolgte am 17.10.2017 die Abnahme der klägerischen Arbeiten. Dass danach noch weitere Arbeiten notwendig wurden, ist weder vorgetragen noch nachvollziehbar.

f.

Inwieweit die Beklagte ein Verschulden an den Verzögerungen trifft (§ 6 Abs. 6 S. 1 HS 1 VOB/B 2012), kann deshalb dahingestellt bleiben. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls bezüglich einiger der gerügten Behinderungen, insbesondere der witterungsbedingten Verzögerungen, aber

auch bezüglich des Wespennests, ein Vertretenmüssen der Beklagten nicht ersichtlich ist, zumal die Klägerin für die meisten der Behinderungen keine Behinderungsanzeigen gestellt und damit der Beklagten keine Möglichkeit gegeben hat, für Abhilfe zu sorgen.

2.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B 2012 für zusätzlich 30 Fahrten à 960 km = 28.500km * 0,30 €/km = 8.640,00 € netto = 10.281,60 € brutto zu.

a.

Die Klägerin meint, sie habe wegen der oben aufgeführten Behinderungen mehrfach mit geringerer Kolonnenstärke die Baustelle anfahren müssen, was sich auf die Effektivität ausgewirkt habe. Es sei „offenkundig“, dass geringere Baustellenbesetzungen zwangsläufig zu mehrfachen zu vergütenden Anfahrten führten (19 LGA). Geplant habe sie – ohne darzulegen, dass und wie sie damit ausgekommen wäre – mit 12 Fahrten à 960 km für 6 Wochen Ausführungszeit à 10 Arbeitskräfte. Wegen Bauverzögerungen seien aber im Zeitraum 32. KW 2016 bis 42. KW 2017 insgesamt 42 Fahrten (vgl. Auflistung 107, 108 LGA) à 960 km notwendig geworden, davon 39 Fahrten mit dem Transporter und 3 für den Bauleiter.

Soweit die Klägerin in der Schlussrechnung (Anlage K48) noch von 39.360 km und damit 11.808 € ausgegangen ist, wird der Vortrag nicht aufrechterhalten. Soweit die Beklagte meine, schon wegen der vereinbarten Nachträge seien Fahrten nach der vereinbarten Ausführungszeit notwendig geworden, stimme dies nicht. Es sei ausdrücklich vereinbart worden, dass sich durch die Nachtragsanträge (Anlagen K9, 13, 22) die Ausführungsfristen nicht verlängerten (56 OLGA). Jedenfalls 10 Fahrten seien außerdem nach dem vereinbarten Zeitraum und vor dem ersten Nachtrag erfolgt, so dass diese jedenfalls nicht auf den Nachtrag zurückgeführt werden könnten (58 OLGA).

Das Landgericht hat den Anspruch abgewiesen. Der Anspruch sei nicht schlüssig dargelegt, es fehle auch hier an einer bauablaufbezogenen Darstellung. Insbesondere habe die Klägerin nicht dargelegt, wie sich die Arbeit ohne die behaupteten Baubehinderungen dargestellt hätte. Außerdem habe die Klägerin nicht berücksichtigt, dass es Nachträge gegeben habe, die weitere Fahrten sowieso nötig gemacht hätten, die die Klägerin aber nicht in ihren 12 Fahrten berücksichtigt habe.

b.

Die Abweisung durch das Landgericht ist zu Recht erfolgt.

aa.

Dass die von der Klägerin gerügten Behinderungen größtenteils nicht nachvollziehbar sind und in den meisten Fällen weder eine Behinderungsanzeige erfolgt noch die Behinderung offenkundig war, wurde bereits dargelegt. Schon deshalb fehlt es an einem ersatzfähigen Schaden.

bb.

Unabhängig davon hat die Klägerin auch nicht dargelegt, warum die von ihr gerügten Behinderungen weitere zusätzliche Fahrten notwendig gemacht haben sollen.

Insbesondere kann die Klägerin nicht pauschal darauf verweisen, sie habe „nur mit 12 Fahrten à 960 km kalkuliert“, und da 42 Fahrten angefallen seien, seien die 30 Fahrten zusätzlich angefallen. Dies wäre nur dann nachvollziehbar, wenn sie darlegen und beweisen könnte, dass 12 Fahrten tatsächlich ausreichend gewesen wären, was sie aber mangels bauablaufbezogener Darstellung nicht getan hat. Wie die angeblichen Verzögerungen zu zusätzlichen Anfahrten geführt haben sollen, ist ebenfalls nicht dargelegt.

cc.

Hinzu kommt, dass unstreitig drei Nachträge nach der ursprünglich vertraglich vorgesehenen Vertragsausführungszeit vereinbart wurden. Eine Ausführung dieser Nachträge in der ursprünglich vereinbarten Vertragsausführungszeit ist, auch wenn die Parteien dies in den Nachtragsaufträgen anders vereinbart haben (vgl. den in den Nachträgen gem. Anlagen K9, K13 und K22 LGA jeweils enthaltenen Vermerk „Die Ausführungsfristen werden nicht verändert“), denknotwendig ausgeschlossen. Ob und ggf. in welchem Umfang sich die ursprüngliche Ausführungszeit verlängert hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

3.

Der Klägerin steht auch kein weitergehender Anspruch gestützt auf § 642 BGB zu, gleich ob für zusätzliche Bauleiterstunden oder zusätzliche Fahrtkosten.

a.

Die Klägerin trägt vor, es sei offenkundig, dass sie von KW 48 2016 bis 3.7.2017 nicht habe arbeiten können und dennoch der Bauleiter 2 Stunden/Woche für Büro-tätigkeiten habe aufwenden müssen. Auch hier müssten die Nachträge außen vor bleiben, da diese in der regulären Vertragszeit hätten abgearbeitet werden sollen. Da konkrete unnütz aufgewandte Kosten und keine Vorhaltekosten verlangt würden, komme es auch nicht auf einen anderweitigen Erwerb an (§ 63 OLGA).

Das Landgericht, dem sich die Beklagte anschließt, hat Ansprüche wegen Bauzeitenverzögerung gestützt auf § 642 BGB abgelehnt. Es fehle bereits an einer schlüssigen Darlegung eines Unterlassens einer Mitwirkungsobliegenheit durch die Beklagte, deren Erforderlichkeit für den Werkerfolg und die schlüssige Darlegung der Dauer. Nicht dargelegt sei, wann die einzelne Behinderung begonnen habe und wann diese wieder beendet gewesen sei. Außerdem fehle es an hinreichend dargelegten Kriterien für eine richterliche Schätzung der angemessenen Entschädigung.

b.

Grundsätzlich ist § 642 BGB neben § 6 Abs. 6 VOB/B anwendbar (BGH, Urteil vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98).

Voraussetzung für einen Anspruch nach § 642 Abs. 2 BGB bei einem VOB/B-2012-Vertrag ist eine Behinderung der Ausführung, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber angezeigt hat oder die offenkundig ist (§ 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 S. 2 VOB/B) sowie eine erforderliche Handlung durch den Auftraggeber, die dieser unterlassen hat und auf Grund dessen dieser in Annahmeverzug gekommen ist. Ein Verschulden ist, anders als bei § 6 Abs. 6 VOB/B, nicht erforderlich (BeckOGK/Lasch, 01.10.2023 BGB § 642 Rn. 1; 126).

Inwieweit es für den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB einer bauablaufbezogenen Darstellung, also der Gegenüberstellung der Ist- und Soll-Abläufe, bedarf, ist streitig (vgl. hierzu BeckOGK/Lasch, 01.10.2023 BGB § 642 Rn. 112, 113 unter Darstellung des Streitstands; ausdrücklich offen gelassen BGH, Versäumnisurteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, dort Rn. 21), bedarf hier aber keiner Entscheidung, da der Anspruch unabhängig hiervon nicht besteht.

aa.

Weder hat die Klägerin substantiiert dargelegt, welche konkreten Behinderungen bestanden, noch hat sie dargelegt, warum sie hierdurch in der Ausführung ihrer Arbeit behindert war. Es fehlt außerdem – mit wenigen Ausnahmen, bei denen aber die Auswirkungen der Behinderung ebenfalls nicht dargelegt wurden – an der auch für einen Anspruch aus § 642 BGB erforderlichen Behinderungsanzeige, s.o..

bb.

Die Klägerin hat nicht substantiiert dargelegt, wodurch die Beklagte in Annahmeverzug geraten sein soll.

Für den Annahmeverzug ist entweder ein tatsächliches (§ 294 BGB) oder wörtliches (§ 295 BGB) Angebot der Auftragnehmerseite erforderlich. Diese sind zwar regelmäßig in der Behinderungsanzeige zu sehen, an dieser fehlt es aber überwiegend.

Zwar kann auch dadurch Annahmeverzug eintreten, dass der Auftraggeber das Objekt nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt (Dötterlin BeckOGK Stand 01.12.2022 § 295 Rn. 40.2) und eine Zeit für die Vornahme der Handlung nach dem Kalender bestimmt ist (§ 296 BGB). Insbesondere für die Zeit nach dem ursprünglichen Ausführungszeitraum nach dem 29.09.2016, was auch für sämtliche vereinbarten Nachträge gilt, fehlt es jedoch an einer kalendermäßig bestimmten Vornahmezeit.

cc.

Schließlich sind die von der Klägerin geltend gemachten Schäden nicht nach § 642 Abs. 1, 2 BGB ersatzfähig.

§ 642 Abs. 1, 2 BGB erfasst nur eine angemessene Entschädigung (keinen Schadensersatz) für die Wartezeiten des Unternehmers und eine Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital; Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Ausführung der Leistung des Unternehmers – etwa aufgrund von Lohn- oder Materialkostensteigerungen – verteuert, weil sie wegen des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung zu einem späteren Zeitraum ausgeführt wird, sind danach nicht Gegenstand der nach § 642 BGB vom Unternehmer zu beanspruchenden Entschädigung (BGH, Versäumnisurteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, dort Rn. 28). Der Entschädigungsanspruch besteht nur für die Zeit, in der tatsächlich Annahmeverzug

vorliegt, nicht für die Zeit, in der dieser nicht mehr besteht, aber als Schaden fortwirkt. Die Entschädigung ist damit auf die Dauer des Annahmeverzugs begrenzt (BGH a.a.O. Leitsatz 1, 2; Rn. 26 ff.).

Die Klägerin macht mit ihrer Klage aber ausdrücklich keine Vorhaltekosten geltend, die sie auch nicht dargelegt hat, sondern zwar auf Grund, aber nach Wegfall des angeblichen Annahmeverzugs entstandene Kosten wie nach Wegfall der Behinderung angefallene zusätzliche Anfahrten. Diese werden von § 642 BGB, anders als von § 6 Abs. 6 VOB/B 2012, nicht erfasst.

C.

Der Klägerin steht ein Anspruch in Höhe von 16.530,66 € gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B 2012 für nicht erbrachte Leistungen gemäß der 2. Schlussrechnung vom 15.12.2021 (Anlage K55, 308 Anlagen der Klägerin LGA) zu.

1.

Das Landgericht hat den Anspruch abgewiesen, da die Klägerin nicht hinreichend zu den ersparten Aufwendungen vorgetragen habe. Die vorgelegte Tabelle zu den ersparten Aufwendungen reiche nicht, da die Klägerin ihre Urkalkulation nicht offengelegt habe, aus der sich die Kalkulation ihrer Einheitspreise und damit der ersparten Aufwendungen ergebe. Auf die Frage, ob die Beklagte frei gekündigt habe, komme es deshalb nicht an.

Hiergegen wendet sich die Klägerin; ihr stehe wegen der Vertragsaufhebung eine Kündigungsvergütung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B 2012 zu, zumal die Beklagte mit E-Mail vom 20.02.2018 ausdrücklich um Abrechnung gemäß Leistungsstand gebeten habe (Anlage K26, 130 LGA Anlagen Klägerin). Hilfsweise sei die Vertragsaufhebung als Kündigung auszulegen, wobei der Beklagten keine Kündigung zugestanden habe, nachdem die Bauzeitenverzögerung sich aus der Sphäre der Beklagten ergeben habe. Der Anspruch sei – auch bezüglich der ersparten Aufwendungen, die sie sich abgezogen habe – schlüssig dargelegt, zumal die Beklagte unstreitig über die Kalkulation verfüge (65 OLGA).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Aufforderung, nach dem derzeitigen Leistungsstand abzurechnen, könne als Kündigung gewertet werden. Jedoch sei sie zur außerordentlichen Kündigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B

2012 berechtigt gewesen, da sie erfolglos mit Schreiben vom 10.11.2017 der Klägerin eine Frist zur Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit unter Androhung der Kündigung gesetzt habe (Anlage K24, 121 LGA Anlagen Klägerin). Ein Anspruch scheide deshalb aus. Außerdem sei der Anspruch nicht schlüssig dargelegt, da die Klägerin nicht hinreichend unter Verwendung der Kalkulation zu den ersparten Aufwendungen auch nicht zu einem anderweitigen Erwerb vorgetragen habe (94 OLGA). Die Schlusszahlungseinrede werde erhoben.

2.

Die Stellung einer zweiten Schlussrechnung ist bei einem Bauvertrag nach VOB/B nicht durch die Stellung der ersten Schlussrechnung ausgeschlossen (BeckOK VOB/B/Cramer VOB/B § 14 Abs. 1 Rn. 14).

3.

Die Parteien haben sich einvernehmlich darauf geeinigt, dass die Klägerin einen Anspruch nach § 8 Abs. 1 VOB/B 2012 auf die sog. große Kündigungsvergütung geltend machen kann.

a.

Eine ausdrücklich erklärte einseitige Kündigungserklärung der Beklagten liegt zwar nicht vor.

Jedoch hat die Beklagte selbst vorgetragen, dass ihre Aufforderung, nach derzeitigem Leistungsstand abzurechnen, als Kündigungserklärung verstanden werden könne (84 LGA).

b.

Unabhängig davon kann auch die Vereinbarung einer einverständlichen Vertragsaufhebung die Folgen des § 8 Abs. 1 VOB/B auslösen. Wenn die Vereinbarung wie hier keine Regelung für die Folgen enthält, ist anhand der Umstände im Wege der Auslegung eine Lösung zu ermitteln (BeckOK VOB/B/Brüninghaus VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 9): Kommt der Auftragnehmer einem Auflösungswunsch des Bestellers etwa nach einer unberechtigten Kündigung nach, so hat die Vertragsaufhebung die Folgen der freien Kündigung. Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung für Auftraggeber oder -nehmer vor, so ergeben sich die Folgen aus dieser. Einigen sich die Parteien freiwillig auf eine Vertragsauflösung, so kann schließlich die Auslegung auch ergeben, dass nur die erbrachten Leistungen zu vergüten sind, was etwa dadurch dokumentiert wird,

dass der Auftragnehmer nur die Bezahlung erbrachter Leistungen und der Auftraggeber keine Mehrkosten verlangt.

Gemessen daran ist davon auszugehen, dass die Rechtsfolgen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B Anwendung finden.

aa.

Die Auslegung ergibt, dass die Parteien sich im Grundsatz darüber geeinigt haben, dass die Klägerin ihre nicht erbrachten Leistungen gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B 2012 abrechnen kann.

Mit E-Mail vom 20.04.2018 (Anlage K28, 132 LGA Anlagen Klägerin) hat die Beklagte erklärt, dass dem Auftragnehmer (also der Klägerin) nach § 8 Abs. 1 VOB/B die vereinbarte Vergütung, allerdings abzüglich ersparter Aufwendungen, zustehe. Dies hat sie mit ihrem Schreiben vom 23.04.2018 nochmals wiederholt (Anlage K29, 133 LGA Anlagen Klägerin).

Mit Antwortschreiben vom 27.04.2018 erwiderte hierauf die Klägerin; sie verstehe die E-Mail vom 20.04.2018 so, dass auch die Beklagte davon ausgehe, dass ihr ein Anspruch gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B zustehe (Anlage K30, 136 LGA Anlagen Klägerin).

Mit Antwortschreiben vom 09.05.2018 bestätigte die Beklagte nochmals, dass im Grundsatz ein Anspruch nach § 8 Abs. 1 VOB/B bestehe, aber hierfür darzulegen sei, dass kein anderweitiger Erwerb vorliege (Anlage K31, 139 LGA Anlagen Klägerin).

Damit haben sich die Parteien darauf verständigt, dass im Grundsatz der Klägerin eine Vergütung nach § 8 Abs. 1 VOB/B zusteht, nur die Höhe derselben war streitig.

Die Klägerin hat daraufhin mit der 2. Schlussrechnung vom 15.12.2021 die nicht erbrachten Leistungen in Rechnung gestellt (Anlage K55, 308 LGA Anlagen Klägerin).

bb.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung durch die Beklagte im Zeitpunkt der E-Mail vom 20.02.2018 (Anlage K26, 130 LGA Anlagen Klägerin) nicht vorlagen.

Zwar hatte die Beklagte eine Frist zur Aufnahme der Arbeiten mit Schreiben vom 10.11.2017 bis längstens 20.11.2017 gesetzt (Anlage K24, 121 LGA Anlagen Klägerin).

Jedoch hat die Klägerin mit Schreiben vom 21.11.2017 darauf hingewiesen, dass es zu Verzögerungen in der Sphäre der Beklagten gekommen sei (was etwa bezüglich der Zimmererarbeiten als Vorleistungen zutrifft) und diese insbesondere noch immer nicht erklärt habe, in welcher Art die Dachgauben auszuführen seien (vor-oxidiertes Kupfer oder nicht).

Solange aber die Beklagte sich nicht dazu erklärt, in welcher Art überhaupt die Klägerin ihre Leistung erbringen soll und damit ihre Mitwirkung in Form von planerischen Vorgaben verweigert (vgl. Senat, Urteil vom 30. November 2021 – 10 U 58/21 –, Rn. 125 ff., 135, juris), kann die Klägerin auch nicht in Verzug geraten.

4.

Soweit die Beklagte einwendet, die Geltendmachung der Forderung sei rechtsmissbräuchlich, weil die Beklagte ihrerseits Positionen der Rechnung der Klägerin akzeptiert habe, die nicht nachgewiesen gewesen seien (84 LGA), so erschließt sich die Einwendung nicht.

Eine Einigung der Parteien darauf, dass nach der Schlusszahlung der Beklagten – die gerade nicht der Forderung der Klägerin entsprach –, keine weiteren Forderungen mehr gestellt werden könnten, ist nicht erfolgt. Der Anspruch ist auch nicht verwirkt.

Die Schlusszahlungseinrede gem. § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B greift ebenfalls nicht durch, da § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B einer Klauselkontrolle nach § 307 BGB nicht standhält und die VOB/B 2012 nicht im Ganzen einbezogen sind, s.o. unter A. Ziff. 5 c.

5.

Die Klägerin hat ihren Anspruch entgegen der Ansicht des Landgerichts schlüssig dargelegt.

a.

Die Klägerin hat die vereinbarte Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen unstreitig ordnungsgemäß in Ansatz gebracht (Anlage K55, 308 LGA Anlagen Klägerin).

b.

Die Klägerin ist auch der sie treffenden Erstdarlegungslast dazu nachgekommen, welche Aufwendungen sie tatsächlich erspart hat. Nachdem die Beweislast für die ersparten Aufwendungen bei der Beklagten liegt (allg. Meinung, vgl. etwa BeckOK/VOB/B/Brüninghaus, 53. Edition 01.11.2023, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 58), ist eine weitergehende Darlegung nicht erforderlich.

aa.

Die Klägerin hat in ihrer Schlussrechnung für die nicht erbrachten Leistungen bezüglich der einzelnen Positionen jeweils aufgeführt, was sie hierbei tatsächlich erspart hat, insbesondere Fremdleistungen und Materialkosten.

bb.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts, das die Klage deshalb abgewiesen hat, ist nicht auf die Urkalkulation abzustellen. Entscheidend sind die tatsächlich ersparten Kosten. Die Abstellung auf die Urkalkulation – die der Beklagten im Übrigen vorliegt – stellt nur eine Möglichkeit der Darlegung dar, auf die im Übrigen auch nur dann abgestellt werden kann, wenn keine Anhaltspunkte auf eine andere Kostenentwicklung bestehen (BeckOK VOB/B/Brüninghaus 53. Edition 01.11.2023, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 35).

cc.

Dass die Klägerin nicht substantiiert dargelegt hat, wie sie die in Abzug gebrachten ersparten Aufwendungen berechnet hat – sie hat nur auf die dem Gericht nicht (wohl aber der Beklagtenseite) vorliegende Urkalkulation und das Preisblatt EST verwiesen – ist unschädlich, da die Beweislast für die ersparten Aufwendungen bei der Beklagten liegt.

Die Erstdarlegungslast trifft nur deshalb die Auftragnehmerin, weil nur diese in der Regel dazu in der Lage ist, zu ihren ersparten Aufwendungen vorzutragen (BGH, Urteil vom 21.12.1995 – VII ZR 198/94, 3. Leitsatz). Wenn der Beklagten wie hier unstreitig die Kalkulation vorliegt, auf die sie selbst abstellen will, dann ist nicht ersichtlich, warum sie nicht in der Lage sein soll, selbst anhand der ihr vorliegenden Urkalkulation zu ermitteln, ob sich die von der Klägerin angesetzten ersparten Aufwendungen in diesem Rahmen halten.

Konkrete Einwendungen gegen die in Abzug gebrachten ersparten Aufwendungen hat die Beklagte aber weder vorgebracht noch bewiesen.

c.

Die Klägerin muss sich auch keinen anderweitigen Erwerb in Abzug bringen lassen.

Darlegungs- und beweisbelastet für einen derartigen anderweitigen Erwerb ist der Besteller. Allerdings können an die Substantiiertheit seiner Darlegung je nach den Umständen des Einzelfalls keine besonderen Anforderungen gestellt werden, wenn es sich um Tatsachen aus dem alleinigen Wahrnehmungsbereich des Unternehmers handelt. Diesen kann dann eine sekundäre Darlegungslast treffen, deren Umfang sich einerseits nach der Intensität des Sachvortrags der beweisbelasteten Partei richtet und die andererseits ihre Grenzen in der Zumutbarkeit der den Prozessgegner treffenden Offenbarungspflicht findet. Ob mit dem Parteivortrag der sekundären Darlegungslast genügt ist, hat das Tatsachengericht im Einzelfall zu beurteilen (BGH, Urteil vom 17. August 2023 – VII ZR 228/22 –, Rn. 38, juris).

aa.

Die Klägerin hat erstinstanzlich vorgetragen, sie habe keinen anderweitigen Erwerb „nach und aufgrund der Kündigung“ erwirtschaften können (13 LGA).

Die Beklagte, die hierfür darlegungs- und beweisbelastet ist, hat in erster Instanz keinen anderweitigen Erwerb der Klägerin behauptet. Erstmals im Rahmen der Berufungserwiderung hat sie eine aus ihrer Sicht fehlende Darstellung zum anderweitigen Erwerb gerügt („Zudem ist bei genauem Studium des § 648 bzw. § 649 BGB festzustellen, dass nicht nur die ersparten Aufwendungen, sondern auch etwaiger anderweitiger Erwerb für angestellte Mitarbeiter dargelegt werden muss. An dieser Darlegung fehlt es bisher vollständig“, 94 OLGA).

Soweit die Beklagte nunmehr erstmalig streitig gestellt hat, dass die Klägerin keinen anderweitigen Erwerb erzielt hat, so handelt es sich um neuen Sachvortrag, der nach §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt bleiben muss. Es liegt auch kein Fall der § 531 Abs. 2 Nr. 1 - 3 ZPO vor, was die Beklagte auch nicht geltend macht. Das (Nicht-)Vorliegen von anderwei-

gem Erwerb ist auch nicht unstreitig, nachdem die Klägerin in erster Instanz vorgetragen hat, keinen anderweitigen Erwerb gehabt zu haben.

bb.

Letztlich kann dies dahingestellt bleiben, nachdem die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast bezüglich des anderweitigen Erwerbs nicht nachgekommen ist. Ein anderweitiger Erwerb muss vom Auftraggeber dargelegt und bewiesen werden, den Auftragnehmer trifft nur die sekundäre Darlegungslast (BeckOK VOB/B/Brüninghaus 53. Edition 01.11.2023, VOB/B § 8 Abs. 1 Rn. 35; BeckOGK/Kessen, 01.10.2023, BGB § 648 Rn. 178). Damit wäre es zunächst Sache des Auftraggebers, also der Beklagten, zu einem anderweitigen Erwerb vorzutragen. Die Klägerin müsste sich dann (aber erst dann) hierzu erklären. Anders als es die Beklagte wohl meint, führt ein fehlender Vortrag zum anderweitigen Erwerb nicht zur Unschlüssigkeit der Klage.

6.

Weiter stehen der Klägerin Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.01.2022 (Rechtshängigkeit) zu, §§ 280 Abs. 1, 2, 286, 288 BGB.

Da es sich jedoch bei der sog. großen Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen nicht um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB handelt, betragen die Verzugszinsen nur 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

BGH zu der Frage, dass der Bauherr „seine“ Planer koordinieren muss

vorgestellt von Thomas Ax

1. Den Besteller trifft im Vertragsverhältnis zu dem mit der Ausführungsplanung beauftragten Architekten regelmäßig die Obliegenheit, diese eine mangelfreie Entwurfsplanung zur Verfügung zu stellen. Überlässt der Besteller dem mit der Ausführungsplanung beauftragten Architekten fehlerhafte Pläne, verletzt er die ihn gemäß § 254 Abs. 1 BGB treffende Obliegenheit zur Mitwirkung und er muss sich nach § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB die Mitverursachung des Schadens durch den von ihm mit der Entwurfsplanung beauftragten Architekten zurechnen lassen, weil er sich dieses Architekten zur Erfüllung seiner Obliegenheit bedient hat (Fortführung von BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14, BauR 2016, 1943 = NZBau

2017, 164; Urteil vom 15. Mai 2013 - VII ZR 257/11, BGHZ 197, 252; Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55).

2. Es obliegt dem Besteller, der verschiedene planende Architekten und ausführende Unternehmer mit Leistungen für ein Bauvorhaben beauftragt, den Ablauf des Bauvorhabens zu koordinieren, insbesondere die einzelnen Leistungen abzustimmen und die gegebenenfalls für die Planung und Ausführung notwendigen Entscheidungen zu treffen. Im Vertragsverhältnis zu den an dem Bauvorhaben beteiligten planenden Architekten und ausführenden Unternehmern ist die Koordination eine dem Besteller im eigenen Interesse obliegende notwendige Mitwirkung bei der Herstellung des Bauwerks. Bedient er sich zur Erfüllung dieser Obliegenheit eines Dritten, muss er sich dessen Verschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB als Mitverschulden zurechnen lassen (Fortführung von BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128; Urteil vom 29. November 1971 - VII ZR 101/70, NJW 1972, 447; Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68, WM 1970, 354).

3. Da der mit der Koordination eines Bauvorhabens beauftragte Architekt zur Wahrnehmung von Koordinationsaufgaben keiner mangelfreien Pläne bedarf, obliegt es dem Besteller insoweit regelmäßig nicht, diesem solche Pläne zur Verfügung zu stellen. Der Besteller muss sich daher das Verschulden des planenden Architekten im Vertragsverhältnis zu dem mit der Koordination beauftragten Architekten nicht gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB als Mitverschulden zurechnen lassen.

BGH, Urteil vom 15.01.2026 - VII ZR 119/24

Tatbestand

Die Klägerin begehrt von den Beklagten als Gesamtschuldnern Schadensersatz im Zusammenhang mit der Errichtung von Penthousewohnungen auf einem Bestandsgebäude.

Die Klägerin ließ ein auf dem Grundstück einer alten Kofferfabrik in B. liegendes Bestandsgebäude umbauen und über dem vierten Obergeschoss Penthousewohnungen aufbauen. Dabei wurde eine in der Vergangenheit oberhalb des vierten Obergeschosses aufgebraachte horizontale Abdichtungsbahn aus Teer nicht entfernt und es kam zu gesundheitsgefährdenden Ausdünstungen in den aufgebauten Wohnungen. Ein Verbleiben der Abdichtungsbahn aus Teer zwischen dem vierten Obergeschoss und den Penthousewohnungen in der nun verbauten Weise ist unzulässig.

Die Klägerin macht die Beklagten für den hierdurch entstandenen Schaden verantwortlich. Dem liegt Folgendes zugrunde:

Die Klägerin hatte ursprünglich den Streithelfer umfassend mit den Architektenleistungen für das Bauvorhaben beauftragt. Nach Erbringung der Leistungen entsprechend der Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI (2002) wurde die Zusammenarbeit beendet. Die Klägerin und der Streithelfer schlossen eine Vereinbarung, mit der dieser von der Haftung freigestellt wurde.

Die Klägerin beauftragte sodann die Beklagte zu 2 mit der Durchführung der Ausführungsplanung. In dem von der Klägerin gegengezeichneten Angebot der Beklagten zu 2 vom 8. September 2009 heißt es unter "Beschreibung der Planungsleistung" unter anderem wie folgt:

"Erarbeiten der Werkplanung M 1: 50 für die Aufstockung, Dachgeschoss mit zwei Penthousewohnungen ... Einarbeitung Funktionaler und technischer Anforderungen, unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter bis zur ausführungsfähigen Lösung. ...

Das Angebot umfasst nach § 15 HOAI folgende Leistungen: Die Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung) 25%. ..."

Die Beklagte zu 2 erhielt die vom Streithelfer erstellte Planung, die der Baugenehmigung zugrunde lag, in Kopie. Diese Planung sah jedenfalls zeichnerisch ein Verbleiben der Abdichtungsbahn über dem vierten Obergeschoss vor, wobei die Ursache hierfür streitig ist.

Mit schriftlichem "Ingenieurvertrag" vom 11. Dezember 2009 beauftragte die Klägerin ferner die Beklagte zu 1 mit der "Durchführung von Ingenieurleistungen für den Umbau und Sanierung eines Bürokomplexes zu Wohnungen". Die von der Beklagten zu 1 geschuldeten Leistungen werden unter § 2 des Vertrags unter anderem wie folgt beschrieben:

"In Anlehnung an die HOAI, insbesondere § 15 Leistungsphasen 6, 7, 8 und 9...

Durchführung der Ausschreibung, Vergabe / Bauleitung aller am Bau beteiligten Gewerke sowie Bauüberwachung. ..."

§ 3.4 des Vertrags beschreibt zusätzlich geschuldete Leistungen der Beklagten zu 1. Darin heißt es unter anderem:

"AN steuert gemeinsam mit AG den Gesamtprojektablaufplan.

Der AN ist verantwortlich für die Gesamtkoordination des Bauvorhabens in enger Abstimmung mit dem BH;

...

Der AN führt die notwendigen Koordinationsgespräche mit den Planungsbeteiligten durch. ...

Der AN organisiert Bausitzungen, welche auf der Baustelle bzw. bei Bedarf beim AG abgehalten werden. ...

Als weitere fachlich Beteiligte wird im Vertrag auch die Beklagte zu 2 als Ausführungsplanerin benannt.

Mit Vertrag vom 11. März 2010 beauftragte die Klägerin unter Einbeziehung der VOB/B die Beklagte zu 3, eine Dachdeckerunternehmerin, mit Rückbauarbeiten.

Die Beklagte zu 3 nahm den Rückbau bis zu der Abdichtungsbahn vor, die mehrschichtig und stark verklebt war. Aufgrund der starken Verklebung der Abdichtungsbahn hätten bei deren Entfernung die bestehende Attika und die Ringankerkonstruktion gegebenenfalls nicht weiterverwendet werden können.

In der Baubesprechung vom 21. April 2010 teilte die Beklagte zu 1 mit, dass die Attika sowie die Abdichtungsbahn erhalten bleiben sollten. Die Beklagte zu 2 wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Unterscheidung zwischen Bitumen und Teer mit bloßem Auge sehr schwer bis gar nicht zu sehen sei und dementsprechend Materialproben unabkömmlich seien. Ziffer 6.4 des von der Beklagten zu 1 zu dieser Besprechung erstellten Protokolls lautet: "Von Planungsseite ist zu prüfen, ob die Stahlbetonattika und die bestehende Abdichtung erhalten bleiben können. Insbesondere Anordnung Stufen, Ausklinkung der Holzbalken." Als Verantwortliche für die Prüfung werden mit einer Frist bis zum 23. April 2010 die Beklagte zu 2 und der Tragwerksplaner benannt.

Ausweislich eines an die Beklagte zu 1 gerichteten und dieser zugegangenen Schreibens vom 23. April 2010 führte die Beklagte zu 2 zu Ziffer 6.4 des Besprechungsprotokolls Folgendes aus: "... Wie ich bei der Sitzung

am 21.04. gesagt habe, ist bei dem Erhalt der bestehenden Abdichtung eine Materialprobe der Abdichtung zu erbringen."

Im Anschluss an die Baubesprechung vom 21. April 2010 war die Beklagte zu 2 noch einmal auf dem Dach, um neue Messungen durchzuführen, da bei Erhalt der Attika der gesamte Aufbau höher geplant werden musste, was konstruktive Änderungen erforderte.

Nach Darstellung der Beklagten zu 2 übermittelte sie im Mai 2010 eine Ausführungsplanung, die auf der Grundlage des Erhalts der Abdichtungsbahn und der Attika konstruktive Änderungen ihrer ursprünglichen - noch von einem Rückbau des Dachaufbaus bis auf die Trägerlage ausgehenden - Ausführungsplanung aus Februar 2010 vorsah.

Die letztlich zwischen dem vierten Obergeschoss und den aufgebauten Penthousewohnungen verbliebene Abdichtungsbahn aus Teer wurde im Rahmen der weiteren Bauarbeiten teilweise aufgebrochen.

Mit der Klage hat die Klägerin einen Teil des ihr entstandenen Schadens, nämlich Kosten für vorläufige Sanierungsmaßnahmen, Gutachterkosten sowie Erstattung von an die Käufer der Wohnungen gezahlte Nutzungsentschädigung in Höhe von 155.600,76 € geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht mit Grund- und Teilurteil die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 1, 2 und 3 zu 20 %, die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 1 und 3 zu weiteren 30 % und die Haftung der Beklagten zu 3 zu weiteren 20 % dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht insgesamt zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag gegenüber den Beklagten zu 1 und 2 in vollem Umfang weiter. Die Beklagten zu 1 und 2 begehren Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Die Klägerin hat mit der Revision zunächst auch gegenüber der in der Revisionsinstanz anwaltlich nicht vertretenen Beklagten zu 3 ihren Klageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt. Nachdem die Beklagte zu 3 während des Revisionsverfahrens wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden ist, hat die Klägerin den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt. Die Beklagte zu 3 hat der Erledigungserklärung nicht widersprochen.

Gründe

Die Revisionen der Beklagten zu 1 und 2 sind unbegründet. Die Revision der Klägerin hat in Richtung auf die Beklagte zu 1 Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet.

Auf die Schuldverhältnisse 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 zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Klägerin könne - unter Anrechnung eines Mitverschuldens in jeweils unterschiedlichem Umfang - von den Beklagten dem Grunde nach Schadensersatz wegen der Nichtentfernung der Abdichtungsbahn aus Teer verlangen.

1. Die Beklagte zu 2 hafte gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB dem Grunde nach auf Schadensersatz, weil die von ihr erstellte Ausführungsplanung gemäß § 633 BGB mangelhaft gewesen sei und sie keinen zum Entfallen ihrer Haftung führenden Bedenkenhinweis erteilt habe. Das Verschulden werde vermutet.

Die Ausführungsplanung der Beklagten zu 2 habe ein Verbleiben der Abdichtungsbahn aus Teer in dem Gebäude vorgesehen, was nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unzulässig sei, zu Gefahren für die Gesundheit führe und einen Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik darstelle. Zwar habe die allein mit der Ausführungsplanung beauftragte Beklagte zu 2 keine Materialprüfung des Baubestands geschuldet, sondern im Ausgangspunkt annehmen dürfen, dass der mit den Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 15 HOAI (2002) beauftragte Streithelfer eine solche - von ihm geschuldete - Überprüfung in Bezug auf eine etwaige Kontamination der Abdichtungsbahn bereits vorgenommen habe. Ein Planungsmangel aus einer vorhergehenden Leistungsphase entbinde einen mit der Leistungsphase 5 gemäß § 15 HOAI (2002) beauftragten Architekten jedoch nicht von der Haftung. Er habe vielmehr die Entwurfsplanung kritisch zu hinterfragen und im Rahmen der von ihm zu erwartenden Kenntnisse und der Zumutbarkeit zu prüfen, ob sie eine geeignete Grundlage für seine Ausführungsplanung ist. Danach habe auch der Beklagten zu 2 eine Lösung der

Teerproblematik obliegen. Denn sie habe nach dem Freilegen der Abdichtungsbahn und der Problematisierung durch die Beklagte zu 1 Anhaltspunkte dafür gehabt, die Planung des Streithelfers, insbesondere dessen Bestandsaufnahme, kritisch zu hinterfragen und diesbezügliche Bedenken zu entwickeln. Dies habe sie im Ansatz - wenngleich in unzureichender Form - auch getan. Hinzu komme, dass sich eine Klärungsbedürftigkeit für die Beklagte zu 2 umso mehr angesichts der von ihr vorgenommenen Umplanung in Bezug auf den Verbleib der Abdichtungsschicht ergeben habe.

Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die Beklagte zu 2 habe in Bezug auf die mangelhafte Planung des Streithelfers keinen hinreichenden, zum Entfallen ihrer Haftung führenden Bedenkenhinweis erteilt, so dass sie nicht vollständig von der Mängelhaftung befreit sei. Es bestünden bereits Zweifel, ob ihr mündlicher Bedenkenhinweis in der Baubesprechung vom 21. April 2010 inhaltlich ausgereicht habe, da das Risiko einer konkreten Kontamination und die Folgen des Verbleibens einer teerhaltigen Abdichtungsbahn nicht verdeutlicht worden seien. Jedenfalls sei der Hinweis aber deswegen unzureichend gewesen, weil er nur gegenüber der Beklagten zu 1 und nicht gegenüber der Klägerin als Bestellerin erfolgt sei. Dies genüge den Anforderungen an einen Bedenkenhinweis nicht, weil die Beklagte zu 2 Anhaltspunkte dafür gehabt habe, dass die Beklagte zu 1 sich dem Hinweis verschließen würde. So habe die Beklagte zu 1 ihr gegenüber auf ein Verbleiben der Abdichtungsbahn gedrängt und überdies deutlich gemacht, dass mündliche Hinweise nicht in das Protokoll aufgenommen würden. Ferner habe sich für die Beklagte zu 2 kein Hinweis ergeben, dass die Beklagte zu 1 eine Materialprobe veranlasst habe. Auch das Schreiben der Beklagten zu 2 vom 23. April 2010 stelle keinen hinreichenden Bedenkenhinweis gegenüber der Klägerin dar, da diese nur informatorisch im Verteiler aufgenommen gewesen sei und die Angaben in dem Schreiben inhaltlich hinter dem mündlichen Bedenkenhinweis vom 21. April 2010 zurückgeblieben seien.

2. Die Beklagte zu 1 hafte ebenfalls gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB dem Grunde nach auf Schadensersatz, weil sie ihre Koordinationspflichten in grob fahrlässiger Weise mangelhaft erbracht habe.

Die Beklagte zu 1 habe sich mit Vertrag vom 11. Dezember 2009 zur Bauüberwachung, Bauleitung und Gesamtkoordination des Bauvorhabens verpflichtet und

zudem im Hinblick auf die Abklärung des Kontaminationsrisikos der Abdichtungsbahn erkennbar auch konkret die Koordination übernommen.

Als bauüberwachende Architektin sei die Beklagte zu 1 verpflichtet gewesen, im Rahmen der von ihr zu erwartenden Kenntnisse die ihr überlassenen Pläne auf Fehler und Widersprüche sowie darauf zu überprüfen, ob auf ihrer Grundlage ein mangelfreies Bauwerk errichtet werden könne. Da sie das Risiko einer Kontamination der Abdichtungsbahn und die Klärungsbedürftigkeit dieses Umstands habe erkennen müssen und nach ihrem eigenen Vortrag im Ansatz auch erkannt habe, habe sie der Abklärung angesichts des hohen Mängelrisikos ein besonderes Gewicht beimessen müssen. Ihre diesbezüglich übernommenen Koordinationspflichten habe sie nur unzureichend erfüllt.

So ergebe sich aus Ziffer 6.4. des Protokolls vom 21. April 2010 kein eindeutiger Prüfauftrag an die Beklagte zu 2 dahingehend, dass sie nunmehr auch eine Materialprobe durchführen solle. Ein solches Verständnis liege schon deshalb nicht nahe, weil eine Materialprobe nicht zu dem ursprünglich nach dem Vertrag geschuldeten Planungssoll der Beklagten zu 2 gehört habe, sondern Aufgabe des mit den Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 15 HOAI (2002) beauftragten Streithelfers gewesen sei. Auch der Wortlaut des Protokolls spreche dafür, dass der Prüfauftrag vor allem in konstruktiver Hinsicht zu verstehen gewesen sei. Hinweise auf eine von der Beklagten zu 2 durchzuführende Materialprobe ergäben sich hieraus nicht. Vor allem aber sei der Beklagten zu 1 vorzuwerfen, dass sie die Arbeiten habe laufen lassen, ohne die Durchführung der erforderlichen Materialprobe sicherzustellen. Im Rahmen der von ihr geschuldeten Koordinationsleistung habe sie diesbezüglich nachfassen müssen, nachdem die Beklagte zu 2 mit dem mündlichen Hinweis in der Besprechung vom 21. April 2010, jedenfalls aber mit dem der Beklagten zu 1 zugegangenen Schreiben vom 23. April 2010 deutlich gemacht habe, dass sie sich für eine Materialprobe nicht zuständig sehe und diese nicht selbst durchführen werde. Infolgedessen sei für die Beklagte zu 1 klar erkennbar gewesen, dass die Durchführung der Materialprobe unerledigt geblieben sei.

Eine Befreiung von der Haftung der Beklagten zu 1 durch Übersendung des Besprechungsprotokolls vom 21. April 2010 an die Klägerin komme nicht in Betracht. Da die Beklagte zu 1 zur Koordination der Abklärung des Kontaminationsrisikos der Abdichtungsbahn verpflichtet gewesen sei, könne sie der in dem Protokoll

enthaltene - im Übrigen inhaltlich unzureichende - Hinweis nicht entlasten.

3. Die Beklagten hafteten als Gesamtschuldner, § 421 BGB.

a) Allerdings müsse sich die Klägerin das Mitverschulden des Streithelfers, das als grob fahrlässig zu bewerten sei, gemäß §§ 254, 278 BGB gegenüber den Beklagten zurechnen lassen. Bediene sich der Besteller für die Planungsaufgaben zur Durchführung eines Bauvorhabens eines Architekten, sei der Architekt Erfüllungsgelhilfe des Bestellers sowohl im Verhältnis zum ausführenden Unternehmer als auch im Verhältnis zum bauüberwachenden Architekten. Der Besteller müsse sich daher diesen gegenüber ein den Mangel des Bauwerks (mit)verursachendes Planungsverschulden des Architekten als Mitverschulden anrechnen lassen. Diese Grundsätze gälten generell bei der Beauftragung mehrerer Architekten, soweit deren Leistungen aufeinander aufbauten und sich ein Planungsmangel des einen Architekten auf die Mangelhaftigkeit der nachfolgenden Planung des anderen Architekten auswirke.

Vorliegend gehe die den Mangel begründende Nichtentfernung der Abdichtungsbahn aus Teer auch auf ein Verschulden des Streithelfers zurück. Dieser habe zur Verwendung für nachfolgende Gewerke eine Planung zur Verfügung gestellt, die ein Verbleiben der Abdichtungsbahn vorgesehen habe, ohne zuvor die von ihm geschuldete, erforderliche Materialprüfung durchzuführen. Nach der Zeugenaussage des Streithelfers habe er die Materialprobe im Rahmen der Ausführungsplanung durchführen wollen, wozu es aufgrund der Vertragsbeendigung nicht mehr gekommen sei. Die Übergabe der ohne Durchführung der erforderlichen Materialprobe erstellten Planung seitens des Streithelfers, die ein Verbleiben der Abdichtungsbahn vorgesehen habe, ohne dass der Streithelfer zumindest einen Hinweis auf das Unterlassen der Materialprobe erteilt habe, sei als grob fahrlässig zu bewerten. Der Streithelfer habe erkennen müssen, dass sich die nachfolgenden Gewerke im Ausgangspunkt auf die Ordnungsgemäßheit seiner Planung verlassen würden.

b) Bei der Bemessung der Quote des danach der Klägerin gemäß §§ 254, 278 BGB zuzurechnenden Mitverschuldens des Streithelfers im Verhältnis zur Beklagten zu 1 sei zu berücksichtigen, dass Letztere ebenfalls in grob fahrlässiger Weise ihre Pflichten verletzt habe. Das offensichtlich unzureichende Tätigwerden der Beklagten zu 1 in Bezug auf die Abklärung des Kontamina-

tionsrisikos sei angesichts ihrer besonderen Koordinationsverantwortung und der erkannten Problematik als grob fahrlässig zu bewerten. Daher sei es angemessen, das der Klägerin zuzurechnende Mitverschulden des Streithelfers in diesem Verhältnis mit 50 % zu bewerten.

c) Im Verhältnis zur Beklagten zu 2 sei zu berücksichtigen, dass es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass sie grob fahrlässig ihre Pflichten verletzt habe. Zudem müsse sich die Klägerin neben dem Mitverschulden des grob fahrlässig handelnden Streithelfers auch das Mitverschulden der grob fahrlässig handelnden Beklagten zu 1 gemäß §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen. Das sich danach ergebende Mitverschulden der Klägerin sei mit 80 % zu bewerten. Das Mitverschulden der Beklagten zu 1 liege darin, dass sie trotz des Bedenkenhinweises der Beklagten zu 2 auf das Erfordernis einer Materialprüfung einen uneindeutigen Prüfauftrag erteilt habe und sodann - ohne nachzufassen - die Arbeiten habe laufen lassen.

II.

Das hält der rechtlichen Überprüfung in Bezug auf die Beklagte zu 2 in vollem Umfang, in Bezug auf die Beklagte zu 1 jedoch nur teilweise stand.

1. Die Revision der Beklagten zu 2 ist unbegründet.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schuldet der Architekt, der eine Planungsleistung verspricht, dass die Planung als Grundlage für die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks geeignet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2020 - VII ARZ 1/20 Rn. 76 m.w.N.). Der Architekt, der - wie hier - mit der Ausführungsplanung entsprechend der Leistungsphase 5 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI (2002) beauftragt wird, schuldet eine ausführungsreife Planung, die das Durcharbeiten der Ergebnisse der Leistungsphasen 3 und 4 sowie eine zeichnerische Darstellung des Objekts mit allen für die Ausführung notwendigen Einzelangaben umfasst. Ist diese Planung als Grundlage für eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks nicht geeignet, ist sie mangelhaft.

Der Architekt ist indes dann nicht für den Mangel seiner Planung verantwortlich, wenn dieser auf eine verbindliche Vorgabe des Bestellers oder auf eine fehlerhafte Vorleistung eines Dritten zurückzuführen ist und der Architekt seine Prüf- und Bedenkenhinweispflicht bei der es sich der Sache nach um eine Obliegenheit handelt - erfüllt hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar

2011 - VII ZR 8/10 Rn. 33, BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360; Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05 Rn. 21, BGHZ 174, 110 zum Bauvertrag). Allein der Umstand, dass der Besteller dem mit der Ausführungsplanung beauftragten Architekten als Grundlage für seine Planungsleistung eine von einem anderen Architekten erstellte mangelhafte Entwurfsplanung zur Verfügung stellt, entbindet den Ausführungsplaner danach nicht von der Haftung für in der Ausführungsplanung fortgeschriebene Mängel. Vielmehr hat der Ausführungsplaner im Rahmen der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung des von ihm zu fordernden Fachwissens darstellt, die Ergebnisse der vorhergehenden Leistungsphasen 3 und 4 zu prüfen und gegebenenfalls auch Erkundigungen einzuziehen, ob sie eine geeignete Grundlage für die Ausführungsplanung bilden oder deren Erfolg in Frage stellen können (vgl. allgemein zum Umfang der Prüfpflicht BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05 Rn. 24, BGHZ 174, 110). Müssen ihm bei der danach gebotenen Prüfung Bedenken an der Mangelfreiheit der Entwurfsplanung kommen, hat er den Besteller in der gebotenen Klarheit darauf und auf etwaige mit dem Mangel verbundene Risiken hinzuweisen. Der Bedenkenhinweis hat grundsätzlich gegenüber dem Besteller zu erfolgen. Eine Erklärung gegenüber einem Empfangsbevollmächtigten für Bedenkenhinweise, wozu auch ein Bauleiter gehören kann, kann genügen. Verschließt dieser sich jedoch den Bedenken, muss der Besteller selbst informiert werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 2001 - VII ZR 457/98, BauR 2001, 622 = NZBau 2001, 200, juris Rn. 10).

Kommt der Architekt seiner Prüf- und Bedenkenhinweispflicht ordnungsgemäß nach und darf aus dem Verhalten des Bestellers der Schluss gezogen werden, dieser wolle an der bedenklichen Planung festhalten, wird der Architekt von der Mängelhaftung vollständig befreit. Eine Befreiung von der Mängelhaftung kann auch dann eintreten, wenn der Architekt seine Prüf- und Bedenkenhinweispflichten zwar verletzt hat, diese jedoch nicht ursächlich für eine unterbliebene Fehlerkorrektur geworden ist, weil feststeht, dass der Besteller trotz der an sich notwendigen Hinweise an der bedenklichen Leistung festgehalten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - VII ZR 8/10 Rn. 33, BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360).

b) Nach diesen Maßstäben lässt die Annahme des Berufungsgerichts, die Ausführungsplanung der Beklagten zu 2 sei mangelhaft gewesen und eine Befreiung

von der Mängelhaftung scheide mangels ordnungsgemäßer Erfüllung der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht aus, revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen.

aa) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts stellte das Verbleiben der Abdichtungsbahn aus Teer im Gebäude einen Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik dar, war wegen der davon ausgehenden Gefahren für die Gesundheit unzulässig und führte zur Funktionsuntauglichkeit der auf dem Bestandsgebäude errichteten Penthousewohnungen. Die Ausführungsplanung der Beklagten zu 2, die ein Verbleiben der betreffenden Abdichtungsbahn vorsah, war deshalb als Grundlage für eine funktionstaugliche Ausführung nicht geeignet und damit mangelhaft. Hiergegen erinnert die Revision nichts.

bb) (1) Soweit das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Feststellungen in tatrichterlicher Würdigung angenommen hat, die Beklagte zu 2 habe konkrete Anhaltspunkte gehabt, die ihr als Grundlage für die Ausführungsplanung zur Verfügung gestellte Entwurfsplanung des Streithelfers, insbesondere dessen Bestandsaufnahme betreffend die Abdichtungsbahn, kritisch zu hinterfragen, und daher im Rahmen der von ihr geschuldeten, zumutbaren Prüfung diesbezügliche Bedenken entwickeln müssen, was sie im Ansatz auch getan habe, sind revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

(2) Die Revision wendet sich vielmehr gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 2 habe trotz der von ihr entwickelten Bedenken in Bezug auf die Abdichtungsbahn keinen hinreichenden Bedenkenhinweis erteilt, weil ihr mündlicher Hinweis in der Baubesprechung vom 21. April 2010 nur gegenüber der Beklagten zu 1 und nicht gegenüber der Klägerin als Bestellerin erfolgt sei. Damit hat die Revision keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Besteller selbst über die Bedenken informiert werden muss, wenn sich dessen Empfangsbevollmächtigter den Bedenken verschließt, zugrunde gelegt und auf der Grundlage seiner Feststellungen eine solche Konstellation bejaht. Die Würdigung des Berufungsgerichts lässt revisionsrechtlich relevante Rechtsfehler nicht erkennen. Die hierzu von der Revision erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

(3) Entgegen der Auffassung der Revision ist das Berufungsurteil auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil nicht festgestellt worden sei, ob die Klägerin bei Erteilung eines hinreichenden Bedenkenhinweises durch die Beklagte zu 2 nicht gleichwohl an der Planung, die Penthousewohnungen ohne Entfernung der Abdichtungsbahn zu errichten, festgehalten hätte. Die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der Prüf- und Bedenkenhinweispflicht sowie für eine Entbehrlichkeit der Aufklärung trifft nach allgemeinen Grundsätzen den Architekten (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - VII ZR 8/10 Rn. 33, BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360). Er muss die Tatbestände, die ausnahmsweise von der Mängelhaftung befreien, und damit auch die fehlende Kausalität eines unterlassenen oder unzureichenden Bedenkenhinweises darlegen und gegebenenfalls beweisen. Die Revision der Beklagten zu 2 zeigt indes keine Anhaltspunkte auf, die den Schluss zuließen, die Klägerin hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Problematik einschließlich der damit verbundenen Risiken nicht "aufklärungsrichtig" verhalten. So ergeben sich weder aus den Feststellungen des Berufungsgerichts noch aus den Ausführungen der Revision Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin nicht aufklärungsbedürftig gewesen wäre, etwa weil sie bereits anderweitig aufgeklärt worden wäre oder aus anderen Gründen die Problematik und deren Tragweite erkannt hätte oder hätte erkennen müssen. Es ist revisionsrechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht aus dem Umstand, dass die Beklagte zu 1 auf einen Verbleib der Abdichtungsbahn gedrängt hatte, nicht gefolgert hat, die Klägerin hätte bei einem ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis seitens der Beklagten zu 2 auf die Durchführung einer Materialprobe und sodann bei Kenntniserlangung von der Teerhaltigkeit der Abdichtungsbahn auf eine Entfernung der unzulässigen und gesundheitsgefährdenden Abdichtungsbahn verzichtet. Die hierzu von der Revision erhobene und vom Senat geprüfte Verfahrensrüge greift nicht durch, § 564 Satz 1 ZPO.

2. Die Revision der Beklagten zu 1 ist unbegründet.

a) Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts beauftragte die Klägerin die Beklagte zu 1 unter anderem mit der Bauüberwachung in Anlehnung an die Leistungsphase 8 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI (2002) sowie mit der - in Abstimmung mit der Klägerin zu erbringenden - Gesamtkoordination des Bauvorhabens einschließlich der Durchführung der notwendigen Koordinationsgespräche mit den Planungsbeteiligten und der Organisation von Bausitzun-

gen. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Beklagte zu 1 auch konkret die Koordination bezüglich der Klärung, ob die Abdichtungsbahn im Gebäude verbleiben könne, übernahm.

Der Architekt, der Überwachungsleistungen verspricht, schuldet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - ebenso wie der mit Planungsleistungen beauftragte Architekt -, dass die von ihm versprochenen Leistungen als Grundlage für die Errichtung eines mangel freien Bauwerks geeignet sind (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2020 - VII ARZ 1/20 Rn. 76 m.w.N., BauR 2021, 225 = NZBau 2021, 29). Nichts anderes gilt für den (auch) mit der Gesamtkoordination eines Bauvorhabens beauftragten Architekten.

Zu den Aufgaben des - wie hier - in Anlehnung an die Leistungsphase 8 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI (2002) mit der Überwachung beauftragten Architekten gehört es unter anderem, im Rahmen der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung des von ihm zu fordernden Fachwissens darstellt, zu prüfen, ob die erstellte Planung als Grundlage für ein mangelfreies Bauwerk geeignet ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 Rn. 30, 36, BGHZ 179, 55). Demgegenüber zählt es zu den Koordinationsaufgaben, den reibungslosen Ablauf des Bauvorhabens dadurch sicherzustellen, dass erforderliche Entscheidungen getroffen und die Leistungen der verschiedenen Architekten und Unternehmer abgestimmt werden (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1971 - VII ZR 101/70, NJW 1972, 447, juris Rn. 30 m.w.N.). Dazu gehört es, bei im Rahmen der Planung oder Bauausführung auftretenden Problemen das weitere Vorgehen und die Aufgabenverteilung zwischen den Beteiligten zu klären. Ist ein Architekt mit diesen Aufgaben beauftragt, erfordert dies regelmäßig eine Abstimmung mit dem Besteller. Dies umfasst die Verpflichtung, den Besteller in der gebotenen Klarheit auf das betreffende Problem hinzuweisen.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe trotz erkannter Klärungsbedürftigkeit betreffend das Kontaminationsrisiko der Abdichtungsbahn nur unzureichende Maßnahmen ergriffen, um eine Klärung herbeizuführen und damit ihre vertraglich geschuldete Koordinationsleistung mangelhaft erbracht, lässt hiernach revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen.

aa) Die Rüge der Revision, die Beklagte zu 1 habe überhaupt keine Maßnahmen zur Klärung des Kontaminati-

onsrisikos treffen müssen, weil sie darauf habe vertrauen dürfen, dass der Streithelfer die von ihm geschuldete Materialprobe durchgeführt und auf dieser Grundlage ein Verbleiben der Abdichtungsbahn in seiner Entwurfsplanung vorgesehen habe, greift nicht durch. Die Feststellungen im Berufungsurteil rechtfertigen keinen solchen Vertrauenstatbestand. Das Berufungsgericht hat - was von der Revision nicht angegriffen wird - festgestellt, die Beklagte zu 1 habe im Zuge des Rückbaus, spätestens in der Baubesprechung vom 21. April 2010, im Ansatz erkannt, dass der Verbleib der Abdichtungsbahn im Gebäude aufgrund des Kontaminationsrisikos noch klärungsbedürftig war. Dies hat es aus dem eigenen Vortrag der Beklagten zu 1 sowie aus dem unstreitigen mündlichen Hinweis der Beklagten zu 2 in dieser Besprechung gefolgert. Danach ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht ab diesem Zeitpunkt hinreichende Anhaltspunkte gesehen hat, die für die Beklagte zu 1 Zweifel an der Durchführung einer Materialprobe seitens des Streithelfers und der Ordnungsgemäßheit seiner Entwurfsplanung begründen mussten. Gleichfalls nicht zu beanstanden ist die Auffassung, die Beklagte zu 1 habe aus diesem Grund Maßnahmen zur Klärung des Kontaminationsrisikos treffen müssen, zumal weiter festgestellt ist, dass die Beklagte zu 1 insoweit auch konkret die Koordination übernommen hat.

bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe zur Klärung des Kontaminationsrisikos nur unzureichende Maßnahmen ergriffen, ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei. Denn die Beklagte zu 1 hat danach nicht hinreichend geklärt, ob und durch wen die erforderliche Materialprobe durchgeführt werden sollte. Sie hat eine diesbezügliche Entscheidung auch weder mit der Klägerin abgestimmt noch diese überhaupt in der gebotenen Klarheit auf die betreffenden Bedenken und die damit verbundenen Risiken hingewiesen. Die hierzu erfolgten Ausführungen im Berufungsurteil, der Prüfauftrag an die Beklagte zu 2 in Bezug auf die Materialprobe sei nicht eindeutig gewesen, vor allem aber habe die Beklagte zu 1 nachfassen müssen, nachdem ihr erkennbar gewesen sei, dass die Beklagte zu 2 sich für eine Materialprobe nicht zuständig gesehen habe, lassen revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen, solche werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

cc) Da nach den Feststellungen im Berufungsurteil die zur Schadensersatzhaftung führende Pflichtverletzung der Beklagten zu 1 darin liegt, dass sie trotz des spätes-

tens in der Baubesprechung vom 21. April 2010 erkannten Kontaminationsrisikos das weitere Vorgehen und die Aufgabenverteilung in Bezug auf die Materialprobe nicht hinreichend abgestimmt hat, ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, es handele sich insoweit um eine Verletzung der von der Beklagten zu 1 vertraglich übernommenen Koordinationsaufgaben, revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

c) Die Revision beanstandet zu Unrecht, im Berufungsurteil fehlten Feststellungen zur Kausalität der Pflichtverletzung der Beklagten zu 1, weil offengeblieben sei, welche Konsequenzen die Klägerin gezogen und ob sie überhaupt eine geänderte Bauausführung veranlasst hätte. Weder aus den Feststellungen des Berufungsgerichts noch aus den Ausführungen der Revision ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in Bezug auf eine mögliche Kontamination der Abdichtungsbahn, das Erfordernis einer Materialprobe und die mit einer unterbleibenden Klärung verbundenen Risiken nicht aufklärungsbedürftig gewesen wäre (vgl. bereits die Ausführungen unter II.1.b) bb) (3)). Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin sich - auch im Falle eines ordnungsgemäßen Hinweises - nicht "aufklärungsrichtig" verhalten hätte, werden von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zu 1 ebenfalls nicht aufgezeigt. Insbesondere ist es angesichts der unzureichenden Aufklärung der Klägerin nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht aus deren fehlendem Tätigwerden nach Erhalt des Besprechungsprotokolls vom 21. April 2010 und des Schreibens der Beklagten zu 2 vom 23. April 2010 nicht gefolgert hat, die Klägerin hätte ohnehin keine geänderte Bauausführung veranlasst. Abgesehen davon hatte die Klägerin, worauf die Revisionserwiderng zutreffend hinweist, auch deshalb keinen Anlass tätig zu werden, weil sie davon ausgehen durfte, dass die Beklagte zu 1 die notwendigen Maßnahmen veranlassen oder sich - soweit erforderlich - mit ihr konkret abstimmen würde.

Gleichfalls ohne Erfolg bleibt die Rüge der Revision, es sei offengeblieben, ob die Beklagte zu 2 einem eindeutigen Prüfauftrag der Beklagten zu 1 zur Durchführung der Materialprobe gefolgt wäre. Diesem Umstand kommt keine erhebliche Bedeutung zu. Denn es wäre Aufgabe der Beklagten zu 1 gewesen, bei etwa auftretenden Problemen mit der Klägerin abzustimmen, wie weiter verfahren werden soll. Die Revision zeigt nicht auf, dass in einem solchen Fall die erforderliche Materialprobe unterblieben wäre.

d) Soweit die Revision weiter beanstandet, bei der Gewichtung des Mitverschuldens der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten zu 1 habe das Berufungsgericht die in der Überlassung einer mangelhaften Entwurfsplanung liegende Obliegenheitsverletzung der Klägerin nur unzureichend berücksichtigt, greift auch dies nicht durch.

Die Rüge der Revision kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Klägerin sich im Verhältnis zur Beklagten zu 1 das Verschulden des Streithelfers nicht als Mitverschulden zurechnen lassen muss (vgl. dazu die Ausführungen unter II.3.b)).

3. Die Revision der Klägerin ist im Verhältnis zur Beklagten zu 2 unbegründet, im Verhältnis zur Beklagten zu 1 hat sie Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat im Verhältnis zur Beklagten zu 2 ein Mitverschulden der Klägerin gemäß § 254 Abs. 1 BGB in Höhe von 80 % angenommen. Es hat der Klägerin insoweit das Verschulden des Streithelfers und das Verschulden der Beklagten zu 1 gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zugerechnet.

aa) Dies lässt in Bezug auf die Zurechnung des Verschuldens des Streithelfers revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Besteller in seinem Vertragsverhältnis zum bauüberwachenden Architekten regelmäßig die Obliegenheit, diesem einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Der bauüberwachende Architekt kann seine Aufgabe, eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks herbeizuführen, nur auf der Grundlage mangelfreier Pläne sinnvoll wahrnehmen. Solche zu übergeben, liegt daher im eigenen Interesse des Bestellers. Überlässt er dem bauüberwachenden Architekten fehlerhafte Pläne, verletzt er dieses Interesse im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst. Nach § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB muss er sich die Mitverursachung des Schadens durch den von ihm beauftragten planenden Architekten zurechnen lassen, weil er sich des Architekten zur Erfüllung der ihn aus § 254 Abs. 1 BGB im eigenen Interesse treffenden Obliegenheit bedient hat (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 Rn. 30, 36, BGHZ 179, 55). Nichts anderes gilt, wenn der Besteller einem Tragwerksplaner durch den von ihm mit der Planung beauftragten Architekten Pläne und Unterlagen zu den bei der Erstellung der Tragwerksplanung zu berücksichtigenden Boden- und Grundwasserverhältnissen überreicht oder dazu sons-

tige Angaben macht, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen. Sind die übergebenen Unterlagen oder die Angaben unzutreffend, verletzt der Besteller die ihn betreffende Obliegenheit, dem Tragwerksplaner die der Tragwerksplanung zugrunde zu legenden tatsächlichen Verhältnisse zutreffend mitzuteilen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2013 - VII ZR 257/11 Rn. 21 f., BGHZ 197, 252). Diese Rechtsprechung hat der Senat weiter auf das Verhältnis des Bestellers zu einem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten erstreckt, soweit dieser Pläne und Unterlagen des mit der Objektplanung beauftragten Architekten benötigt, um seine eigene Planungsleistung zu erbringen. Die Übergabe der Pläne und Unterlagen des mit der Objektplanung beauftragten Architekten stellt in diesem Fall eine dem Besteller obliegende Mitwirkungshandlung zur Erlangung einer sachgerechten Planung der Außenanlagen dar. Sind die übergebenen Pläne und Unterlagen mangelhaft, verletzt der Besteller die ihn betreffende Obliegenheit zur Mitwirkung (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14 Rn. 16, BauR 2016, 1943 = NZBau 2017, 164).

Die Rechtsprechung gilt in gleicher Weise für das Verhältnis des Bestellers zu einem mit der Ausführungsplanung beauftragten Architekten. Danach trifft den Besteller im Vertragsverhältnis zu dem mit der Ausführungsplanung beauftragten Architekten regelmäßig die Obliegenheit, diesem eine mangelfreie Entwurfsplanung zur Verfügung zu stellen. Der Ausführungsplaner darf erwarten, eine solche vom Besteller zu erhalten, da die Ausführungsplanung auf der Entwurfsplanung aufbaut. Der Ausführungsplaner kann seine Aufgabe nur sinnvoll wahrnehmen, wenn die der Ausführungsplanung zugrundeliegende Entwurfsplanung mangelfrei ist. Die Entwurfsplanung ist regelmäßig nur dann mangelfrei, wenn sie auf einer ordnungsgemäßen Bestandsaufnahme beruht. Die Überlassung einer mangelfreien, auf einer ordnungsgemäßen Bestandsaufnahme beruhenden Entwurfsplanung an den Ausführungsplaner liegt infolgedessen im eigenen Interesse des Bestellers. Überlässt er diesem fehlerhafte Pläne, verletzt er die ihn gemäß § 254 Abs. 1 BGB betreffende Obliegenheit zur Mitwirkung und er muss sich nach § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB die Mitverursachung des Schadens durch den von ihm mit der Entwurfsplanung beauftragten Architekten zurechnen lassen, weil er sich dieses Architekten zur Erfüllung seiner Obliegenheit bedient hat.

(2) Von diesen Grundsätzen, die auch die Revision nicht in Frage stellt, ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Es hat danach zu Recht angenommen, dass

der Klägerin im Verhältnis zu der mit der Ausführungsplanung beauftragten Beklagten zu 2 ein infolge der unzureichenden Bestandsaufnahme und der darauf beruhenden fehlerhaften Entwurfsplanung bestehendes Verschulden des mit den Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI (2002) beauftragten Streithelfers gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB als Mitverschulden zuzurechnen sei.

(3) Entgegen der Auffassung der Revision scheitert eine Zurechnung des Verschuldens des Streithelfers nicht daran, dass dessen Verhalten für den Schaden nicht mitursächlich gewesen wäre.

Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass der Schaden auch auf ein Verhalten des Streithelfers zurückgeht. Es hat das der Klägerin als Mitverschulden zuzurechnende Verhalten des Streithelfers darin gesehen, dass er eine mangelhafte Entwurfsplanung erstellt hat, die auf einer unzureichenden Bestandsaufnahme in Bezug auf die Abdichtungsbahn beruhte. Die Feststellung der Mitursächlichkeit lässt revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler nicht erkennen. Hätte der Streithelfer eine ordnungsgemäße Bestandsaufnahme durchgeführt und eine darauf beruhende mangelfreie Entwurfsplanung erstellt, hätte die Kontamination der Abdichtungsbahn und das Erfordernis, diese zu entfernen, festgestanden. Die im Zuge des Rückbaus aufgetretene Frage, ob die Abdichtungsbahn im Gebäude verbleiben könne, hätte sich dann nicht mehr gestellt. Die weiter erfolgte Pflichtverletzung der Beklagten zu 2 baute auf diesem Verhalten des Streithelfers auf.

Soweit das Berufungsgericht den Umstand, dass der Streithelfer keinen Hinweis auf die im Hinblick auf das Kontaminationsrisiko noch ausstehende, erforderliche Materialprobe erteilt habe, als - das Mitverschulden verstärkenden - kausalen Beitrag angesehen hat, ist auch dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte zu 2 lediglich Anhaltspunkte, die Planung des Streithelfers kritisch zu hinterfragen, und das Problem nur im Ansatz erkannt. Hieraus ergibt sich nicht, dass ein klarer, positive Kenntnis vermittelnder Hinweis seitens des Streithelfers sich nicht auf das Verhalten der Beklagten zu 2 und den weiteren Schadensverlauf ausgewirkt hätte. Die insoweit erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

bb) Auch die im Verhältnis zur Beklagten zu 2 erfolgte Zurechnung des Verschuldens der Beklagten zu 1 als

Mitverschulden der Klägerin ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(1) Allerdings weist die Revision zu Recht darauf hin, dass sich der Besteller nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Überwachungsverschulden des von ihm beauftragten bauüberwachenden Architekten im Verhältnis zum planenden Architekten nicht gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zurechnen lassen muss (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 1988 - VII ZR 182/87, BauR 1989, 97, juris Rn. 46). Den Besteller trifft im Vertragsverhältnis zum planenden Architekten nicht die Obliegenheit, diesen zu überwachen, so dass der bauüberwachende Architekt insoweit kein Erfüllungsgehilfe ist. Zwar erfolgt die Beauftragung eines bauüberwachenden Architekten im eigenen Interesse des Bestellers, der damit eine Qualitätssicherung erreichen will. Der planende Architekt bedarf indes keiner Überwachung, um seine Planungsleistung sinnvoll erbringen zu können. Die Überwachung ist daher keine dem Besteller im eigenen Interesse obliegende Mitwirkung, die der Planer erwarten darf und die es rechtfertigen würde, dem Besteller ein Überwachungsverschulden als Mitverschulden zuzurechnen.

Anderes gilt indes hinsichtlich der Zurechnung eines Koordinationsverschuldens. Es obliegt dem Besteller, der verschiedene planende Architekten und ausführende Unternehmer mit Leistungen für ein Bauvorhaben beauftragt, den Ablauf des Bauvorhabens zu koordinieren, insbesondere die einzelnen Leistungen abzustimmen und die gegebenenfalls für die Planung und Ausführung notwendigen Entscheidungen zu treffen (vgl. zur Koordinierung verschiedener Unternehmer § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B). In den Vertragsverhältnissen zu den an dem Bauvorhaben beteiligten planenden Architekten und ausführenden Unternehmern ist eine notwendige Koordinierung eine dem Besteller im eigenen Interesse obliegende Mitwirkung bei der Herstellung des Bauwerks, die dessen Vertragspartner auch erwarten dürfen. Bedient er sich zur Erfüllung dieser Obliegenheit eines Dritten, muss er sich dessen Verschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB als Mitverschulden zurechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, juris Rn. 11; Urteil vom 29. November 1971 - VII ZR 101/70, NJW 1972, 447, juris Rn. 30; Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68, WM 1970, 354, juris Rn. 41).

(2) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht der Klägerin in ihrem Verhältnis zur Beklagten zu 2 das Verschulden der Beklagten zu 1 rechtsfehlerfrei als Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, § 278

BGB zugerechnet. Denn es hat das Mitverschulden der Klägerin nicht auf ein Überwachungsverschulden, sondern auf ein Koordinationsverschulden der Beklagten zu 1 gestützt. Deren Verschulden ist nicht damit begründet worden, sie habe die in Bezug auf die Abdichtungsbahn mangelhafte Planung und Bauausführung bei ordnungsgemäßer Prüfung erkennen müssen. Vielmehr hat das Berufungsgericht beanstandet, die Beklagte zu 1 habe trotz Hinweises auf das Kontaminationsrisiko betreffend die Abdichtungsbahn nur unzureichende Maßnahmen zur Klärung getroffen. Sie habe insbesondere nicht - wie erforderlich - in Abstimmung mit der Klägerin die Aufgabenverteilung, nämlich die Frage, ob und durch wen eine Materialprobe durchgeführt werden solle, eindeutig geklärt. Die Annahme, die darin liegende Pflichtverletzung der Beklagten zu 1 sei als Koordinationspflichtverletzung einzuordnen, ist - wie bereits unter II.2.b) cc) ausgeführt - revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

cc) Die tatrichterliche Abwägung der Mitverursachungs- und Mitverschuldensanteile gemäß § 254 Abs. 1 BGB lässt revisionsrechtlich beachtliche Fehler nicht erkennen.

Die Abwägung gemäß § 254 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Sie kann in der Revision lediglich darauf überprüft werden, ob der Abwägung rechtlich zulässige Erwägungen zugrunde liegen und ob der Tatrichter dabei alle Umstände vollständig und richtig berücksichtigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2008 - I ZR 183/06 Rn. 23, MDR 2009, 96; Beschluss vom 27. September 1990 - III ZR 124/89, juris Rn. 15). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf.

b) Dagegen hat die Revision Erfolg, soweit das Berufungsgericht der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten zu 1 das Mitverschulden des Streithelfers gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB als Mitverschulden in Höhe von 50 % zugerechnet hat.

aa) Eine Mitverschuldenszurechnung des Bestellers setzt, wie sich aus der oben ausgeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt, voraus, dass der Besteller eine ihn im Vertragsverhältnis zum beauftragten Architekten oder ausführenden Unternehmer treffende Pflicht oder Obliegenheit verletzt hat. Eine Mitwirkungshandlung, die im eigenen Interesse des Bestellers liegt, weil sie zur sinnvollen Erbringung der Leistung des in Anspruch genommenen Architekten oder ausführenden Unternehmers notwendig ist und diese sie deshalb erwarten dürfen, stellt eine solche Obliegenheit dar. Nur soweit der mit der Koordination eines

Bauvorhabens beauftragte Architekt zur Wahrnehmung von Koordinationsaufgaben mangelfreier Pläne bedarf, obliegt es dem Besteller, diesem solche Pläne zur Verfügung zu stellen. Lediglich in einem solchen Fall muss sich der Besteller das Verschulden des planenden Architekten im Vertragsverhältnis zu dem mit der Koordination beauftragten Architekten gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB als Mitverschulden zurechnen lassen.

bb) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, die Klägerin müsse sich im Verhältnis zur Beklagten zu 1 das Verschulden des Streithelfers als Mitverschulden zurechnen lassen. Es fehlt an einer Obliegenheit der Klägerin, der Beklagten zu 1 zur Wahrnehmung ihrer Koordinationsaufgabe eine mangelfreie, auf einer ordnungsgemäßen Bestandsaufnahme beruhende Entwurfsplanung zur Verfügung zu stellen. Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten zu 1, wie bereits ausgeführt, nicht auf ein Überwachungsverschulden, sondern auf ein Koordinationsverschulden gestützt. Zur Wahrnehmung ihrer Koordinationsaufgabe bedurfte die Beklagte zu 1 indes keiner mangelfreien Pläne. Vielmehr war es gerade ihre Aufgabe, das weitere Vorgehen angesichts der aufgetretenen Bedenken an der Planungsleistung des Streithelfers abzustimmen und zu klären. Eine Zurechnung des Verschuldens des Streithelfers gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB scheidet mithin aus, da der Streithelfer insoweit nicht als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist.

Die Beklagte zu 1 haftet der Klägerin danach in vollem Umfang.

OLG Schleswig zu der Frage, dass der Auftraggeber bei Biogasanlagenbehältern auch ohne die Geltung expliziter technischer Regeln erwarten darf, dass die Behälter bei ordnungsgemäßem Betrieb der Anlage mindestens während der vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungsfrist die notwendige Dichtigkeit aufweisen und dass keine Leckagen auftreten

vorgestellt von Thomas Ax

Wenn der mit dem Vertrag verfolgte Herstellungszweck eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt, liegt ein Sachmangel i.S.v. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2009) vor. Welcher Zweck nach dem Vertrag verfolgt wird und welche Funktion nach dem Vertrag vorausgesetzt

wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei auch die berechnete Erwartung des Bestellers an die Werkleistung zu berücksichtigen ist. Bei Biogasanlagenbehältern darf der Auftraggeber auch ohne die Geltung expliziter technischer Regeln erwarten, dass die Behälter bei ordnungsgemäßem Betrieb der Anlage mindestens während der vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungsfrist die notwendige Dichtigkeit aufweisen und dass keine Leckagen auftreten. Das Risiko, dass ein Werk für die gewöhnliche Verwendung nicht taugt, bleibt grundsätzlich beim Auftragnehmer. Wenn er bei einer funktionalen Bauausschreibung für das verwendete Material (hier Behälterinnenbeschichtung auf mineralischer Grundlage) keine Haftung übernehmen will, muss er als Fachunternehmer entweder nach § 4 III VOB/B einen entsprechenden Bedenkenhinweis geben oder seine Gewährleistung entsprechend beschränken. Entstehen dem Auftraggeber durch die Mängelbeseitigung Vorteile, kann eine Kostenbeteiligung geboten sein. Die Vorteilsausgleichung scheidet jedoch bei Verzögerung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer grundsätzlich aus. Ausnahmsweise kann aber - trotz Schuldnerverzugs - eine Vorteilsausgleichung dann geboten sein, wenn der Mangel sich erst verhältnismäßig spät ausgewirkt hat und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste. "Sowieso-Kosten" sind die Mehraufwendungen, die entstanden wären, wenn die zusätzlich erforderlichen Maßnahmen bereits bei der ursprünglichen Leistungserstellung mit durchgeführt worden wären, wobei auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Werkleistung abzustellen ist. Fermenter (und Nachgärer) einer Biogasanlage unterliegen üblicherweise alle 8 bis 12 Jahre einer vollständigen Überprüfung und Revision. Für das bedachte Gärrestlager gelten - im Vergleich dazu - üblicherweise noch längere Revisionsintervalle.

OLG Schleswig, Urteil vom 16.11.2021 - 7 U 185/19

Gründe

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Mängelansprüche aus einem Bauvertrag geltend.

Die Klägerin betreibt - neben 13 weiteren Anlagen - u. a. in I., seit 2009 eine Biogasanlage mit zwei Blockheizkraftwerken (211 KW und 625 KW). Im Jahre 2010 nahm sie deren Erweiterung in Angriff und ließ durch die G1 GmbH & Co. KG die Genehmigungsplanung durchführen. In diesem Zuge fragte die G1 bei der Beklagten wegen der Errichtung von zwei Behältern aus

Beton an, nämlich einem Gärproduktelager (= Gärrestlager 2) und einem Fermenter (= Fermenter 3). Im Innenbereich sollten die Behälter mit einem Schutzanstrich versehen werden, der "beständig gegen Substrat und aggressive Gase" sein sollte, hinsichtlich des Fermenters im Bereich der oberen 1,50 m (sog. Gaswechselzone) und hinsichtlich des Gärproduktelagers auf der gesamten Höhe ("Anfrage Behälter" der G1 KG, vgl. Anlage K9, Bl. 57 - 59 d. A.). In der Angebotsanfrage (Anl. K9) heißt es weiter, dass die Anlage mit "Rindergülle und Pflanzensilage" betrieben wird, die Betriebstemperatur 35- 42 °C (Fermenter 3) bzw. 3 - 40 °C (Gärproduktelager 2) betrage und sich oberhalb des flüssigen Mediums jeweils Gas befindet. Eine konkrete Vorgabe für die Beschichtung wurde nicht gemacht.

Im März und April 2011 erstellte die Beklagte diverse Angebote auf entsprechende Anforderung der Klägerin. Am 19. Mai 2011 (vgl. Anlage K1, Anlagenband) kam es zur Erteilung des Auftrags an die Beklagte zum Pauschalpreis von 483.000,00 €, das auf dem Angebot der Klägerin vom 2. Mai 2011 beruhte (vgl. Anlage K2, Anlagenband). Gegenstand des Auftrags war die Herstellung eines Fermenters (Durchmesser 21 m) und eines Gärproduktelagers (Durchmesser 34 m) einschl. aller Nebenarbeiten durch die Beklagte. Einbezogen waren u. a. die VOB/B und C in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung und nachrangig sollte Werkvertragsrecht des BGB gelten. Die Gewährleistungszeit betrug 5 Jahre nach § 13 VOB/B. Das Angebot der Beklagten sah zum Schutzanstrich der Behälter (hinsichtlich des Fermenters nur im Bereich der oberen 2 m) die Ausführung "... K1" vor. Bei der Firma K1 handelte es sich um ein Unternehmen, das den Betonanstrich "K1 ..." hergestellt hatte. Dieses Unternehmen hatte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allerdings bereits seine Geschäftstätigkeit eingestellt. Die Firma G2 übernahm die Programmpalette der Fa. K1 und den weiteren Vertrieb (vgl. Anlage S1, Bl. 90 d. A.). Sie lieferte für den Anstrich das Produkt "G2...". Ob dieser Schutzanstrich mit dem Schutzanstrich der Firma K1 identisch ist, ist zwischen den Parteien im Streit.

Im Juni 2011 erklärte die Firma G2 (vgl. Anlage S2, Bl. 91 d. A.) zur Beständigkeit des Produkts "G2 ...", dass dieses gegenüber den in Biogasanlagen vorhandenen Gasen, Säuren und Laugen (im Wesentlichen: Methan / Kohlendioxid / Wasserdampf / Stickstoff / Ammoniak / Schwefelwasserstoff / schwefelige Säure / Buttersäure / Propionsäure / Essigsäure / Ethanol u. a.) beständig sei. Am 13. September 2011 beauftragte die Beklagte die Streithelferin mit der Durchführung der Beschichtungsarbeiten und des Korrosionsschutzes

(vgl. Anlagenband OH, Stichwort: Beschichtung). Die Beschichtungsarbeiten wurden Anfang November 2011 durchgeführt. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2011 (vgl. Anlage B2, Anlagenband) gab die Streithelferin gegenüber der Beklagten die Fachunternehmerklärung hinsichtlich der von ihr durchgeführten Beschichtungsarbeiten ab. Dort wurden als eingesetzte Materialien verschiedene Produkte der Firma K1 aufgeführt.

Am 16. Dezember 2011 wurden die Arbeiten der Beklagten von der Klägerin abgenommen. Im Abnahmeprotokoll wurde der 9. Dezember 2011 als Beginn der fünfjährigen Gewährleistungszeit vereinbart. Der Werklohn wurde sodann vollständig gezahlt und die Erweiterung der Biogasanlage Ende 2011 in Betrieb genommen. Seit 2012 ist ein drittes BHKW mit 527 KW an die Anlage angeschlossen. Die EEG-Förderdauer von 20 Jahren läuft noch bis 2029 (für die ersten beiden BHKW's) bzw. bis 2032.

Ende 2015 bemerkte die Klägerin im Gärproduktelager 2 den Austritt von gelagerten Substraten und Betonschwundrisse. Dies rügte sie durch Schreiben vom 16. Dezember 2015 (vgl. Anlage K 4 Anlagenband). Mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 wies die Beklagte die Mängelrüge unter Hinweis auf eine Stellungnahme Dipl.-Ing. K2 zurück (vgl. Anlagen K 5 und B 4, jeweils Anlagenband). Am 13. Januar 2016 leitete die Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Kiel (Az. 11 OH 7/16) ein, in dessen Verlauf sie auch mit Schreiben vom 18.4.2016 bezüglich des Fermenters eine Mängelrüge (vgl. Anlage K 10, Bl. 60 ff. d. A.) erhob. Im selbständigen Beweisverfahren erstattete Dr. Ing. P1 unter dem 9. März 2017 (vgl. Anlage K 6, Anlagenband) und 24. Januar 2018 (vgl. Anlage K 7, Anlagenband) ein Sachverständigengutachten, in dem dieser die großflächige Ablösung der Beschichtung in beiden Behältern feststellte und dies auf unzureichende Leistungsfähigkeit der Beschichtung zurückführte. Unstreitig wiesen die bereits 2008/2009 gebauten Behälter der Biogasanlage (Fermenter 1 + 2; Gärrestelager 1) keine Beschichtungsmängel auf.

Die Klägerin hat erstinstanzlich einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung gegen die Beklagte geltend gemacht. Hierzu hat sie behauptet, die Betonkonstruktion beider Behälter weise erhebliche Rissbildungen auf, durch die in den Behältern befindliche Substrate austreten könnten. Die spezielle Beschichtung, die dies eigentlich verhindern sollte, sei mangelhaft und habe sich abgelöst. Deshalb sei es zum Austritt der Substrate gekommen. Sie hat die vom Sachverständigen Dr. Ing.

P1 angegebenen Mängelbeseitigungskosten als Mittelwert im Wege des Vorschusses beansprucht und beantragt

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 175.662,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Februar 2018 zu zahlen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle über den Antrag zu 1. hinausgehenden weiteren Schäden und Folgeschäden zu ersetzen, die ihr durch die Beseitigung der in dem Verfahren 11 OH 7/16 des LG Kiel festgestellten Mängel an der Biogasanlage S., I., entstehen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, soweit Mängel bestünden, seien diese nicht auf Leistungen der Beklagten zurückzuführen. Die Klägerin habe die Anlage nicht sachgerecht betrieben und nicht hinreichend gewartet. Im Übrigen habe sie hinsichtlich der Schutzanstriche nur den Vorgaben der Firma G1 Folge geleistet, die im Auftrage der Klägerin agiert habe. Das Bausoll habe die Klägerin vorgegeben, die Beklagte habe sich daran gehalten. Sie habe den Mangel nicht zu vertreten.

Die Streitverkündete B1 GmbH ist mit Schriftsatz vom 19.8.2018 auf Seiten der Beklagten dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin beigetreten.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme (Beiziehung der Akte aus dem selbständigen Beweisverfahren und ergänzende mündliche Erläuterung durch den Sachverständigen Dr. Ing. P1) der Klage stattgegeben. Der Vorschussanspruch sei begründet, da die Betonbehälter wegen Verwendung einer ungeeigneten Beschichtung mangelhaft gewesen seien. Nach Ausführung des Sachverständigen wäre eine Beschichtung nötig gewesen, die gegen saure Medien bis zu einem pH-Wert von 1 beständig sei. Bezogen auf den Schutzanstrich der Firma K1 gehe aus einem vorliegenden Schreiben vom 6. Dezember 2010 hervor, dass dieser nicht für Anlagen mit Schwefelsäure oder den pH-Wert von 1 geeignet sei, da dies im Schreiben nicht stehe. Zudem habe die Beklagte auch nicht den angebotenen Schutzanstrich der Firma K1 aufgebracht, sondern stattdessen den Schutzanstrich "G XY" des Beschichtungssystems "G2 ..." der Firma G2 verwendet. Dieser sei dauerhaft aber nur gegen saure Medien bis 4,5 pH beständig. Außer-

dem dürfe es nur angewendet werden, wenn die Behälter frei von Rissen seien, was hier nicht der Fall sei. Bezüglich der Geltung und technischen Regeln sei zwischen den Parteien vereinbart, dass diese in der bei Abnahme geltenden Fassung gelten sollten. Zu diesem Zeitpunkt habe der Beklagten das Schreiben der Firma K1 vom 6. Dezember 2010 bereits bekannt sein müssen. Demgegenüber sei der Hinweis auf mangelnde Wartung durch die Klägerin unsubstantiiert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags sowie der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Gegen das Urteil wenden sich die Beklagte und die Streithelferin mit ihren Berufungen. Sie führen im Wesentlichen aus, das Produkt K1 NB 1 sei von der Klägerin vorgegeben worden. Bei dem verwendeten Fabrikat der Firma G2 handelt es sich um das identische Fabrikat. Ein Schutz gegen Säure sei auch nicht geschuldet gewesen, sondern nur ein Schutzanstrich beständig gegen Substrat und aggressive Gase. Vorliegend könnten auch gar keine Schwefelgase entstehen, da die Klägerin angegeben habe, die Entschwefelung des Biogases durch Zugabe von Eisenoxid und Sauerstoff durchzuführen. Die Beklagte treffe keine Garantiehaftung, sondern sie müsse nur nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik arbeiten. Zu diesem Zeitpunkt (2011) habe es aber solche anerkannten Regeln der Technik für die Innenbeschichtung in den Anlagen noch gar nicht gegeben. Das vom Landgericht angeführte Produkt R1, das angeblich besser geeignet sei, habe zu dem Zeitpunkt nicht einmal eine bauaufsichtsrechtliche Zulassung gehabt. Das Schreiben der Firma K1 vom 6. Dezember 2010 könne nicht maßgeblich sein, denn die Beklagte habe statt des Produktes der Firma K1 ein Produkt der Firma G2 (G XYZ) verwendet, für das eine Produkt- und Verfahrensbeschreibung vom 1. Dezember 2010 vorliege (vgl. Anlage ST 3, Bl. 111 ff. d. Beilagen). Zudem sei die Auslegung des Schreibens der Firma K1 vom 6. Dezember 2010 an das Landgericht fehlerhaft. Auch Schwefelsäure sei eine schwefelige Säure. Außerdem stehe in dem Schreiben zum pH-Wert gar nichts. Das Landgericht habe zudem den gesamten Vortrag zum unsachgemäßen Betrieb der Anlage durch die Klägerin nicht beachtet. Diese habe die Zugabe von Eisenhydroxid zur Entschwefelung in jedem Stadium der vorgegebenen Verfahrenstechnologie nicht durchgeführt. Sie habe zudem den eingebrachten Sauerstoff falsch verwendet und das Gärrestelager faktisch als Nachgärer betrieben. Insbesondere bestehe die Pflicht

des Betreibers, jährlich eine Sichtkontrolle und Reinigung der Behälter durchzuführen. Dies sei besonders wichtig, weil durch die falsche Bedienung der Biogasanlagen Schäden entstehen können. Hierzu habe der Sachverständige geäußert, dass er es für unwahrscheinlich halte, dass der von ihm vorgefundene Schaden innerhalb eines Jahres aufgetreten sei. Die Klägerin habe damit gegen ihre eigene Schadensminderungspflicht verstoßen. Zudem sei der Abzug "Neu für Alt" und der Abzug von "Sowieso-Kosten" unterblieben. Durch eine erneute Beschichtung würde sich die Haltbarkeit der Beschichtung deutlich verlängern, was zu berücksichtigen sei. Auch die Streithelferin nimmt zur Begründung ihrer Berufung Bezug auf die Verfahrensbeschreibung der Firma G2 GmbH vom 1. Dezember 2010. Hieraus gehe hervor, dass die eingesetzte Beschichtung den zur Abnahmezeit geltenden Regeln der Technik entsprochen habe. Alle Beteiligten seien damals davon ausgegangen und durften auch davon ausgehen, dass die eingesetzte Beschichtung bis zum pH-Wert von 1 beständig sei.

Die Klägerin ließ die Mängel in den Jahren 2018/2019 beheben und macht im zweiten Rechtszug insoweit Sanierungskosten i.H.v. insgesamt netto 168.601,32 € geltend. Ferner habe die Fa. A1GmbH im Zuge der Sanierung Unterstützungsarbeiten im Wert von ca. 3.500,00 € geleistet, die aber noch nicht abgerechnet worden seien.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts aufzuheben,
 2. die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen
- hilfsweise

die Klage abzuweisen.

Die Streithelferin beantragt,

das Urteil des Landgerichts zu ändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

sowie im Wege der Klagänderung (Schriftsatz vom 2.12.2019, Bl. 249 GA),

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 168.601,32 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Februar 2018 zu zahlen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle über den Antrag zu 1. hinausgehenden weiteren Schäden und Folgeschäden zu ersetzen, die ihr durch die Beseitigung der im Verfahren 11 OH 7/16 des LG Kiel festgestellten Mängel an der Biogasanlage S. in I. entstehen.

Für die Umstellung der Klage im zweiten Rechtszug nach Durchführung der Mängelbeseitigung nimmt die Klägerin auf zwölf Rechnungen (zusammengestellt S. 252/253 d. A.) Bezug und kommt zu einem Gesamtnettoschaden von 168.601,32 €.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und weist darauf hin, dass die Beklagte gar nicht das von ihr angebotene Produkt verwendet habe. Dass der Anstrich der Firma G2 mit dem Anstrich der Firma K1 identisch sei, werde bestritten. Die Argumentation der Beklagten liefe darauf hinaus, dass die Klägerin das Risiko des Fehlschlagens tragen müsse. Jedenfalls sei die Beklagte zur Erteilung eines Bedenkenhinweises verpflichtet gewesen, wenn es zum Zeitpunkt der Ausführung kein den allgemeinen Regeln der Technik entsprechendes Beschichtungsprodukt gegeben hätte. Ein Abzug "Neu für Alt" stehe der Beklagten schon wegen Schuldnerverzuges nicht zu. Behälter und Beschichtung hätten im Übrigen eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, die der Lebensdauer der Biogasanlage entspreche.

Die Beklagte bemängelt sodann noch die Darlegung des Schadensersatzanspruchs durch die Klägerin. Hierbei handele es sich um eine unzulässige Klageänderung, die die Klägerin im Berufungsrechtszug, mangels Anschlussberufung, nicht vornehmen könne. Zudem habe sie nicht im Einzelnen dargelegt, welche Arbeiten durchgeführt worden seien und dass diese Arbeiten konkret und allein der Mängelbeseitigung dienen würden. Bezüglich der vorgelegten Rechnungen bestreitet die Beklagte die Erforderlichkeit der Kosten, rügt die Nichtvorlage von Abrechnungsbelegen und macht Abzüge "Neu für Alt" und die Anspruchsreduzierung wegen Abrechnung von sog. "Sowieso-Kosten" geltend. Soweit die Klägerin den Anspruch auf eine Verletzung der Hinweispflicht stützt, erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die im zweiten Rechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat die Parteien in den Terminen am 30. Juni 2020 und 19. Oktober 2021 gehört und Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen der Einzelheiten wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. H. vom 17. Juni 2021 sowie die mündlichen Erläuterungen im Verhandlungstermin am 19. Oktober 2021 Bezug genommen.

II.

Die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin haben nur wegen des Schadensumfangs zu einem geringen Teil Erfolg. Im Übrigen sind sie unbegründet.

1. Kein Aufhebungsgrund

Ein Anlass, die Sache auf den Hauptantrag der Beklagten unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszugs zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen, besteht nicht. Vielmehr hatte der Senat gemäß § 538 Abs. 1 ZPO die notwendigen Beweise zu erheben und auf den Hilfsantrag der Klägerin in der Sache selbst zu entscheiden.

2. Zulässigkeit der Klage / der Klagumstellung

Die Klage ist trotz der Klagumstellung zulässig.

Die Klägerin hat in der zweiten Instanz ihre Klage von einem Vorschussanspruch auf die Kostenerstattung nach Mängelbeseitigung (= Selbstvornahme und Aufwendungsersatz) umgestellt. Der Übergang vom Vorschussanspruch auf den Anspruch auf Erstattung der tatsächlichen Kosten ist keine Klageänderung, sondern eine Anpassung der Klage an die geänderten Abrechnungsverhältnisse, die gemäß § 264 Nr. 3 ZPO zu beurteilen ist (vgl. OLG Frankfurt a. M. Urteil vom 24.07.2017 - 24 U 64/16, BeckRS 2017, 147626, Rn. 41).

Soweit der Anspruch infolge der Umstellung hinter dem erstinstanzlich zuerkannten Betrag zurückbleibt, handelt es sich in der Sache um eine teilweise Klagrücknahme, § 269 Abs. 1 ZPO (vgl. Zöller/Greger, ZPO 33. Aufl. § 263 Rn. 4a zum Fall des § 263 Nr. 2 ZPO). Mangels Zustimmung der Beklagten zur Klagrücknahme unterliegt der Anspruch der Klägerin insoweit der Klagabweisung.

3. Anspruch der Klägerin aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B (2009)

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung von 142.659,41 € aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B (2009). Kommt der Auftragnehmer hiernach der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.

Zwischen den Parteien ist unstreitig die VOB/B in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen Fassung einbezogen.

a) Mangelhaftigkeit des Werks

Das Werk der Beklagten ist i.S.v. § 13 Abs. 1 VOB/B mangelbehaftet, weil es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufwies. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werks, die den vereinbarten und vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Danach liegt eine Abweichung der vereinbarten Beschaffenheit vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05, in NJW 2008, 511, 512, Rd. 15 ff.). Welcher Zweck nach dem Vertrag verfolgt wird und welche Funktion nach dem Vertrag vorausgesetzt wird, ergibt sich gem. §§ 133, 157 BGB aus der Auslegung des Vertrages. Im Rahmen der Auslegung ist die berechnete Erwartung des Bestellers an die Werkleistung von Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 31.08.2017 - VII ZR 5/17, in NJW 2017, 3590, 3591, Rd. 25). Üblicherweise verspricht der Unternehmer stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik. Werden diese nicht eingehalten, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor (vgl. BGH, Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 134/12, NJW 2013, 1226).

Das Landgericht hat diesbezüglich maßgeblich auf § 2 Abs. 1c des Bauvertrags abgestellt, wonach hinsichtlich der Geltung von technischen Regeln auf die bei der Abnahme gültigen Fassung abzustellen ist. Darauf kommt es nach Ansicht des Senats jedoch nicht an. Denn für die Beschichtung der Behälter von Biogasanlagen gibt es nach den Ausführungen des Sachverständigen eine

DIN-Vorschrift erst seit dem Jahr 2015 (vgl. Bl. 125 d. A.), was zwischen den Parteien auch nicht im Streit ist. Mithin war weder zur Zeit des Vertragsschlusses (Mai 2011) noch zum Zeitpunkt der Abnahme (16. Dezember 2011) eine technische Regel vorhanden. Soweit es um die Qualität der Beschichtung geht, stand also keine technische Vorschrift als objektiver Maßstab für die Überprüfung zur Verfügung. Bloße Herstellerangaben können keine technischen Regeln begründen.

Es liegt ein Sachmangel i.S.v. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2009) vor. Die im Jahr 2011 aufgebrachte Behälterbeschichtung eignete sich nicht für die "gewöhnliche Verwendung" und wies keine übliche Beschaffenheit auf, die der Auftragnehmer nach Art der Leistung erwarten konnte. Die Klägerin konnte und durfte nämlich zu Recht erwarten, dass die Behälter bei ordnungsgemäßem Betrieb der Anlage mindestens während der vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungsfrist (vgl. § 9 des Bauvertrages v. 2.5.2011) die notwendige Dichtigkeit aufweisen und dass keine Leckagen auftreten. Auf die vom Landgericht erörterte Frage, ob die Beklagte gewusst hat oder wissen musste, dass die eingebrachte Beschichtung ungeeignet ist, kommt es deshalb nicht an. Zeigt sich innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist ein Mangel, dann ist dieser auch dann zu beseitigen, wenn die zur Abnahmezeit gültigen Regeln eingehalten sind. Die Frage, ob die Einhaltung der technischen Vorschriften den Unternehmer entlastet, stellt sich nur bei dem verschuldensabhängigen Schadensersatz (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rn. 408), der hier nicht geltend gemacht wird.

Der Auftragnehmer schuldet eine Beschaffenheit, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.1997 - VII ZR 350/96, NJW 1998, 3707, 3708). Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändert sich grundsätzlich nichts, wenn keine objektiven technischen Regeln bei Auftragsvergabe vorliegen und die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben (vgl. BGH, a.a.O., NJW 1998, 3707, 3708). Das Risiko, dass das Werk für die vereinbarte oder die gewöhnliche Verwendung nicht taugt, bleibt beim Auftragnehmer.

Ein der Klägerin zurechenbares, kausales Planungsverschulden wegen der "Anfrage Behälter" durch die G1

GmbH & Co KG (vgl. Anl. K9, Bl. 57-59 " ... Schutzanstrich beständig gegen Substrat und aggressive Gase") liegt nicht vor. Die fehlende Erwähnung des Begriffs "Säure" in der Anfrage hindert nicht die Annahme eines Mangels, denn es handelt sich um eine funktionale Baubeschreibung ohne konkrete Materialvorgabe. Im Übrigen hätte die Beklagte als Fachunternehmerin dann nach § 4 III VOB/B einen entsprechenden Bedenkenhinweis geben oder ihre Gewährleistung beschränken müssen. Außerdem hat der Geschäftsführer der Beklagten auf Nachfrage im Termin am 30.6.2020 selbst eingeräumt, dass er damals auch im Fall der konkreten Vorgabe "gegen Säure" für den Schutzanstrich dieselben Produkte der Fa. K1/G2 verwendet hätte.

Die Klägerin hat bewiesen, dass die aufgebrachte Beschichtung für den vorgesehenen Zweck mangelhaft war. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. Ing. P1 hätte die Beschichtung gegen saure Medien bis zu einem pH-Wert von 1 beständig sein müssen. Das Produkt der Fa. G2 wies diese Beständigkeit nicht auf, außerdem war es für großformatige, runde Betonbehälter - wie hier - ungeeignet. Der Sachverständige hatte außerdem Bedenken, weil die verwendete Beschichtung auf einer mineralischen Grundlage beruhte, die sich im Zusammenwirken mit Schwefelsäure auflösen konnte. Diesen Ausführungen des Sachverständigen ist bereits das Landgericht gefolgt und sie überzeugen auch den Senat.

Das von der Beklagten gegen die Annahme einer Mangelhaftigkeit angeführte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. November 2017 (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14, NJW 2018, 391 - 394) passt hier nicht. Dem Fall lag eine nachträgliche Veränderung der technischen Vorschriften zwischen Vertragsschluss und Abnahme zugrunde. Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um eine solche Änderung, weil weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch der Abnahme eine technische Vorschrift existierte.

Es kann nach alledem dahinstehen, ob die Verwendung der Beschichtung der Fa. G2 bereits deshalb mangelhaft ist, weil sie hinter dem Bausoll (Beschichtung Fa. K1) zurückbleibt.

Einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung bedurfte es nicht (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B). Denn mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 (Anlage K5) hat die Beklagte die Mängelbeseitigung ernstlich und endgültig verweigert.

b) Kausalität des Mangels für den eingetretenen Schaden

Der Beschichtungsmangel ist auch kausal für den eingetretenen Schaden geworden, der vorliegend zur Undichtigkeit der Behälter führte. Unstreitig sind die auf der Anlage der Klägerin bereits im Jahr 2008/2009 gebauten Behälter (Fermenter 1+ 2 und Gärrestelager 1; vgl. Planzeichnung Anlage 3 Gutachten Dr. Ing. P1 vom 09.03.2017) - trotz gleichartiger betrieblicher Belastungen - bis heute nicht undicht geworden.

Der Mangel beruht auch nicht auf einer unzureichenden Entschwefelung. Auch im zweistufigen Verfahren - wie hier - entsteht im Zuge des Gärungsprozesses am Ende immer auch Schwefelsäure. Der Sachverständige Dr. H1 hat im Termin am 19.10.2021 nachvollziehbar erklärt, dass sich - auch bei hoher Dosierung von Eisenhydroxid - die Entstehung von Schwefelwasserstoff (H₂S) nie ganz vermeiden lässt. Das gilt auch für das Gärrestelager, weil auch dort die Gärreste noch mit Sauerstoff in Berührung kommen, was zu weiteren Entschwefelungsprozessen im Behälter führt.

4. Keine Obliegenheitsverletzung der Klägerin beim Betrieb der Anlage (§ 254 BGB)

Der insoweit beweispflichtige Auftragnehmer, hier also die Beklagte, hat den Beweis für eine Verletzung eigener Obliegenheiten der Klägerin beim Betrieb der Biogasanlage in den Jahren 2011 bis zum Schadenseintritt 2015 nicht bewiesen.

Der Senat folgt hier den Ausführungen des für die "Verwertung, Kompostierung und Vergärung von Bioabfällen" fachkundigen Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. H1 aus seinem Gutachten vom 17.06.2021 nebst mündlicher Erläuterung vom 19.10.2021. Der Sachverständige ist seit 1998 öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger und war bis 2006 in der Praxis tätig, zuerst in einem Ingenieurbüro und anschließend bei einem Hersteller von Biogasanlagen. Vor 15 Jahren hat er sich als Gutachter selbständig gemacht und fertigt im Schnitt jährlich 20 Gutachten zum Thema Biogasanlagen. Der Sachverständige verfügt damit auch über eine langjährige Berufserfahrung als Sachverständiger für Biogasanlagen. Er trifft seine Aussagen erst nach sorgfältiger Überprüfung der konkreten Situation und nach gewissenhafter Abwägung aller Umstände. Die Ausführungen des Sachverständigen sind deshalb eine nachvollziehbare und zuverlässige Grundlage für die Urteilsbildung des Senats. Dass der Sachverständige H1 eine sachverständige Beurteilung der Qualität des

Schutzanstrichs nicht vornehmen konnte, steht dem nicht entgegen. Die Beurteilung des Schutzanstrichs war dem insoweit fachkundigen Sachverständigen Dr. P1 aufgegeben. Dem Sachverständigen Dr. H1 oblag demgegenüber die Beurteilung der Verfahrenstechnologie und des Schadensumfangs.

Die von der Beklagten mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 9. November 2021 ins Feld geführte Tätigkeit des Sachverständigen als Arbeitskreissprecher für den Verein ... e. V., in dem eine Gesellschaft Mitglied sei, die zum Firmenverband der Klägerin gehöre, begründet für den Senat keinen Anlass, an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu zweifeln. Zudem sind die Parteien gemäß § 404 Abs. 2 ZPO am 17. August 2020 vor der Bestellung des Sachverständigen Dr. H1 angehört worden. Bedenken gegen den Sachverständigen wurden nicht erhoben. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 3. September 2020 sogar ausdrücklich mitgeteilt, gegen die Bestellung keine Bedenken zu erheben. Die Streithelferin hat mit Schriftsatz vom 2. September 2020 zwar Zweifel geäußert, ob der Sachverständige die Fragen tatsächlich beantworten könne, weil er für Fragen des Behälterbaus nicht sachkundig sei. Im Übrigen bestünden gegen seine Bestellung aber grundsätzlich keine Einwände. Letztlich wäre der diesbezügliche Vortrag der Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz auch im Sinne des § 296 a ZPO verspätet.

Die Feststellungen des Sachverständigen Dr. H1 beruhen auf einer Vor-Ort-Besichtigung am 25.03.2021 und auf den von ihm ausgewerteten Tagesberichten der Klägerin für den Zeitraum Februar 2012 bis August 2016. Es begegnet keinen Bedenken, wenn der Sachverständige für seine Beurteilung auch auf handschriftliche Auswertungen der Klägerin abgestellt hat, denn die Vornahme handschriftlicher Auswertungen ist - so der Sachverständige selbst - auch bei computergesteuerten Anlagen üblich.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme haben sich die Behauptungen der Beklagten zum fehlerhaften Betrieb der Biogasanlage allesamt nicht bestätigt.

a) Entschwefelung

Hinweise für eine fehlerhafte Entschwefelung konnten bei der Biogasanlage nicht gefunden werden. Die Entschwefelung erfolgt hier zum einen durch die Zugabe von Eisenhydroxid (Ferrosorp) und zum anderen durch das Einblasen von Luft in die Gaswechselzone des Fer-

menters. Die Schwefelwasserstoffgehalte lagen im Untersuchungszeitraum - so der Sachverständige - alle deutlich unterhalb des Mittelwertes von 129 ppm H₂S. Aus der Bedienungsanleitung der B2 GmbH zur streitgegenständlichen Biogasanlage von Juni 2012 (AS 7) ergibt sich ferner ein Orientierungswert des BHKW Motorenherstellers von maximal 200 ppm H₂S. Die vorgenannten Werte wurden - bis auf wenige einzelne Tage - immer weit unterschritten (vgl. S. 3 des schriftlichen Gutachtens Dr. H1 vom 17.06.2021). In den Betriebsdaten der Klägerin ist auch die Zugabe von Ferrosorp (Eisenhydroxid) dokumentiert. Außerdem erfolgte eine Entschwefelung durch Luftzufuhr auch in dem neu gebauten Fermenter 3. Der Sachverständige hat eine entsprechende Leitung von außen selbst gesehen und sich von der ordnungsgemäßen Funktion der Entschwefelung überzeugt. Die ordnungsgemäße Funktion der Luftzufuhr im Fermenter 3 ist insbesondere durch die dicken Schwefelablagerungen - wie aus den Bildern 3 und 4 des Gutachtens Dr. Ing. P1 vom 09.03.2017 ersichtlich - nachgewiesen. Auf den pH-Wert des Substrats bzw. des Gärrestes kommt es - so der Sachverständige - nicht maßgebend an. Maßgeblich für den Angriff auf die Behälterbeschichtung ist vielmehr der Schwefelwasserstoffgehalt vor und nach der Gasaufbereitung, der in ppm H₂S gemessen werde. Der pH-Wert des Substrats in der sogenannten Gasphase wird - so der Sachverständige - üblicherweise weder gemessen noch dokumentiert.

b) Gärrestlager 2 nicht als Nachgärer betrieben

Entgegen der Behauptung der Beklagten wird das Gärrestlager 2 auch nicht faktisch als sog. Nachgärer betrieben. Nachgärer werden nach VDI 4631 definiert als "Fermenter, der überwiegend mit Gärgemisch (also nicht mit Frischmaterial) beschickt wird und an das gasführende System angeschlossen ist". Nach dem Betriebsablauf der streitgegenständlichen Anlage werden die Fermenter 1 und 3 jeweils mit frischem Substrat beschickt. Der Fermenter 2 (= Teil der Erstanlage vor der Erweiterung im Jahr 2011) fungiert hingegen als Nachgärbehälter. Ob ein Behälter Fermenter oder Nachgärer ist, hängt lediglich von dessen Anordnung im Substratfluss ab. Kennzeichen eines Nachgärers ist u. a., dass er in der Regel nicht mit Frischmaterial beschickt wird und dass er nach Bedarf beheizt wird. Diese beiden Eigenschaften treffen auf den Fermenter 2 zu. Da die beiden Gärrestlager der streitgegenständlichen Anlage nicht beheizbar sind, können sie auch nicht als Nachgärer betrieben worden sein.

c) Betriebstemperatur

Die Beklagten haben auch nicht bewiesen, dass die Biogasanlage mit zu hohen Temperaturen betrieben wurde. Der Geschäftsführer der Klägerin hat im Termin vom 30.06.2020 (Bl. 379 GA) ausgeführt, dass es sich hier um eine sogenannte "mesophile, zweistufige Anlage" handelt, die mit Betriebstemperaturen zwischen 35 und 42 Grad gefahren werde. Entsprechendes ergibt sich auch aus den Vorgaben der Klägerin für die Angebotserstellung ("Behälteranfrage" der >Geenline aus 2010, Anl K9, Bl. 57 ff. GA). Der Sachverständige Dr. H1 hat - nach Auswertung der ihm zur Verfügung gestellten Betriebsdaten - mit Ausnahme weniger Tage im Juli und August 2014 sowie im Juli 2015 und dort auch nur im Hinblick auf den Fermenter 1 - keine Temperaturüberschreitungen in den drei Fermentern feststellen können. Überschreitungen gab es - wenn überhaupt - nur um wenige Zehntelgrad. In den Gärrestlagern wurden die Temperaturen zwar nicht gemessen oder dokumentiert. Aufgrund der Rohrleitungslängen ist - so der Sachverständige - jedoch davon auszugehen, dass die Substratreste in den nicht beheizbaren Gärproduktlagern jeweils deutlich geringere Temperaturen aufwiesen.

d) Inspektionsintervalle für die Behälter

Die Beklagten haben auch nicht bewiesen, dass die Klägerin die vorgeschriebenen oder üblichen Kontroll- und Inspektionsintervalle für die streitgegenständlichen Behälter (Fermenter 3 und Gärrestlager 2) nicht eingehalten hat. Für die Überprüfung der Innenbeschichtung bei Behältern von Biogasanlagen gibt es - entgegen der Behauptung der Beklagten - keine festen zeitlichen Regeln. Nach der VAwSV sollen lediglich regelmäßige Prüfungen der Behälterdichtigkeit vorgenommen werden, dies erfolgt in der Regel jedoch über automatische Leckageerkennungssysteme (vgl. S. 7 des Gutachtens v. 17.06.2021). Behälterbeschichtungen dienen - so der Sachverständige - lediglich dem Betonschutz hinsichtlich der Korrosion und würden keiner regelmäßigen Prüfpflicht unterliegen. Der Hinweis der Streithelferin vom 12.11.2021 auf die AwSV v. 18.04.2017 (BGBl I 2017 Nr. 22) geht insoweit fehl.

Nach Einschätzung des Sachverständigen Dr. H1 würden Fermenter (und Nachgärer) üblicherweise alle 8 bis 12 Jahre einer vollständigen Überprüfung und Revision unterzogen. Dies sei mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden, weil es dazu der Abschaltung der Anlage sowie der Öffnung und Freilegung der Beschichtungs-

zonen bedarf. Bei einer solchen Revision werden üblicherweise auch die Behälter entleert und gereinigt, wozu auch die Prüfung und ggf. Erneuerung der Beschichtung in der Gaswechselzone gehöre. Es gäbe keine vorgeschriebenen Inspektionsintervalle. In den meisten Fällen erfolge eine Behälterrevision nach 8 bis 12 Jahren (vgl. die Ausführungen des Sachverständigen Dr. H1 im Termin vom 19.10.2021, S. 4 des Protokolls). Eine - wie von der Beklagten behauptet - jährliche Prüfung der Behälterbeschichtung ist vor dem Hintergrund des dafür erforderlichen Aufwands und den Kosten für die Betriebsunterbrechung in der Praxis nicht üblich.

Für das Gärrestlager gelten - im Vergleich zum Fermenter/Nachgärer - üblicherweise noch längere Revisionsintervalle. Das hängt damit zusammen, dass im Gärrestlager naturgemäß geringere Temperaturen herrschen und es dort auch nur noch eine geringe Reaktionsgeschwindigkeit gibt. Zur Üblichkeit von Revisionsintervallen hinsichtlich der Innenbeschichtung eines Gärrestlagers konnte der Sachverständige zwar keine konkreten Angaben machen, weil bedachte Gärrestlager erstmals um die Jahrtausendwende gebaut wurden und es deshalb noch keine hinreichenden Erfahrungen zur Haltbarkeit dieser Behälterbeschichtung gibt. Der Sachverständige hat jedoch ausgeführt, dass er sich gut vorstellen könnte, dass hinsichtlich des Gärrestlagers während einer durchschnittlichen 20-jährigen Betriebsdauer überhaupt keine vollständige Innenrevision durchgeführt werden muss. Ihm war kein Fall bekannt, in dem die Innenbeschichtung eines Gärrestlagers - wie hier - bereits nach 8 Jahren komplett erneuert werden musste. Es gibt keine Verpflichtung zur Revision des Gärrestlagers bereits nach 10 Jahren. Nach den Erfahrungen des Sachverständigen ist es mit einer Quote von 50 : 50 lediglich wahrscheinlich, dass innerhalb der normalen Betriebszeit von 20 Jahren tatsächlich eine normale Revision des Gärrestlagers erfolgt (S. 7 des Protokolls vom 19.10.2021). Eine Verletzung von Kontroll- und Revisionspflichten durch die Klägerin ist nach alledem auch insoweit nicht festzustellen.

5. Anspruchshöhe

Gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B (2009) kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen. Die Klägerin hat insoweit einen Aufwendungsersatzanspruch für die in den Jahren 2018/2019 durchgeführten Sanierungsarbeiten an beiden Behältern (Fermenter 3 und Gärrestlager 2) in Höhe von 142.659,41 € netto dargelegt und nachgewiesen (Rechnungen Anlagen K11 bis K22). Nach dem

Prinzip des Vorteilsausgleichs (§ 242 BGB) muss sich die Klägerin einen Betrag in Höhe von 18.828,66 € anrechnen lassen (6.687,52 € Anlage K12 + 12.141,14 € Anlage K 18). Die Rechnung der C1 GmbH vom 18.11.2019 über 7.113,25 € (Anlage K22) für Beratungs- und Betreuungsleistungen ist - entsprechend dem Hinweis des Senats vom 30.06.2020 - nicht erstattungsfähig, weil es sich dabei um allgemeinen Prozessaufwand der Klägerin im Zusammenhang mit der Sanierung handelt. Von der geltend gemachten Klagforderung in Höhe von 168.601,32 € ist mithin ein Betrag in Höhe von insgesamt 25.941,91 € abzuziehen, so dass ein begründeter Aufwendungsersatzanspruch für die Behältersanierung in Höhe von 142.659,41 € verbleibt.

Der Senat teilt nicht die Ansicht der Klägerin, dass sie sich allein wegen des Verzugs der Beklagten mit der Mängelbeseitigung (Mängelrüge wegen Gärrestlager vom 16.11.2015, Anlage K4; Mängelrüge wegen Fermenter vom 18.04.2016, Anlage K10) keine Vorteile aus der durchgeführten Behältersanierung in den Jahren 2018/2019 anrechnen lassen müsse.

Es gibt keinen generellen Obersatz, welche Arten von Vorteilen unter welchen Voraussetzungen auf welche Schäden anzurechnen sind (Ebert in Ermann, BGB, 16. Aufl. 2020, vor § 249 Rn. 86 b m.w.N.). Einigkeit besteht nur insoweit, dass der Vorteil - ebenso wie der Schaden - eine äquivalent kausale Folge des schädigenden Ereignisses sein und der Billigkeit entsprechen muss. Über die Adäquanz hinaus, dass die Anrechnung dem Zweck des Ersatzanspruchs entsprechen und für den Geschädigten zumutbar sein muss, darf die Anrechnung nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen, zwischen Vorteil und Schaden muss ein innerer Zusammenhang bestehen, der beides bei wertender Betrachtung zu einer Rechnungseinheit verschmelzen lässt und insgesamt Treu und Glauben entsprechen muss (BGH, Urteil vom 4.4.2014 - V ZR 275/12, NJW 2015, 468, 470; Ebert in Ermann, BGB, a.a.O. vor § 249 Rn. 87 c). Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Hierbei sind ihm nur diejenigen Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, die dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlasten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457, 2458; Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06, ZfBR 2007, 677, 678). Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung ist vom Schädiger, hier also der Beklagten, zu beweisen (BGH, Urteil vom 15. 1. 2013 - II ZR 90/11, NJW 2013, 1958, 1961, Rn. 29 bei Beck-Online).

Entstehen dem Auftraggeber durch die Mängelbeseitigung Vorteile, so kann grundsätzlich eine Kostenbeteiligung geboten sein. Das aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelte Prinzip des Vorteilsausgleichs ist auch auf Mängelrechte des § 13 Abs. 5 VOB/B anwendbar (vgl. BGH, Urteil vom 17.05.1984 - VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457, 2458; Urteil vom 13. 9. 2001 - VII ZR 392/00, NJW 2002, 141, 142; Koenen in Cramer/Kandel/Preussner, Beck OK VOB/B, 44. Edition, § 13 Rn. 74 m.w.N.). Das Prinzip des Vorteilsausgleichs wird insbesondere in den Fällen relevant, in denen sich infolge einer erst nach vielen Jahren durchgeführten Mängelbeseitigung die Lebensdauer der Werkleistung deutlich verlängert und der Auftraggeber dadurch übliche Instandhaltungs-/Renovierungskosten erspart. Generell soll zwar ein Ausgleich dann ausscheiden, wenn diese Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer beruhen und der Auftraggeber sich jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Auftragnehmer soll sich nämlich keine Vorteile dadurch "erarbeiten", dass er begründete Mängelansprüche des Auftraggebers nicht erfüllt (BGH, a.a.O., NJW 1984, 2457, 2459; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.12.2001 - 21 U 92/01 BeckRS 2005, 14721, beck-online).

Ausnahmsweise kann ein Vorteilsausgleich jedoch - trotz Verzugs des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung - dann geboten sein, wenn trotz späterer Mängelbeseitigung keine Gebrauchsnachteile eintreten (vgl. BGH, a.a.O., NJW 2002, 141, 142; OLG Düsseldorf, a.a.O., BeckRS 2005, 14721). Eine Anrechnung des Vorteils, der durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht, kommt immer dann in Betracht, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (vgl. BGH, Urteil vom 27.9.2018 - VII ZR 45/17, NJW 2019, 421, 427, Rn. 86 bei Beck-Online; a.a.O., NJW 2002, 141, 142).

Diese Voraussetzungen liegen hier im Hinblick auf die Rechnungen K12 und K 18 - soweit der Fermenter 3 betroffen ist - vor, weil es sich dabei um Aufwendungen handelt, die ohnehin im Rahmen der üblichen Revisions-/Inspektionsintervalle angefallen wären und die die Klägerin deshalb erspart hat. Der Klägerin sind hier in der Zeit zwischen Verzug (2015) und Mängelbeseitigung (2018/2019) offenbar keine Gebrauchsnachteile entstanden, denn die Anlage ist bis zur Sanierung 2018/2019 - trotz der Beschichtungsmängel - offenbar weiter betrieben worden.

Im Einzelnen:

a) K11 Bl. 261, J.. vom 26.07.2018 über 869,13 € netto (Kranarbeiten für Öffnung des Dachs des Fermenters)

Der Anspruch der Klägerin ist berechtigt, die Arbeiten sind erforderlich und die angesetzten Kosten nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. H1 plausibel (vgl. S. 9 des schriftlichen Gutachtens vom 17.6.2021). Die genügt für die Zuerkennung nach § 287 ZPO. Ein Vorteilsausgleich kommt insoweit nicht in Betracht. Der Sachverständige Dr. H1 hat im Termin am 19.10.2021 (vgl. S. 8 des Protokolls) ausgeführt, dass eine komplette Abnahme des Daches bei der normalen Revision des Fermenters nicht unbedingt erforderlich ist. Vielmehr genügt in den meisten Fällen eine bloße Dachöffnung, indem die Plane über die Mauerkrone zurückgeschlagen wird. Dafür wird kein Kran benötigt.

b) K12 Bl. 262, A.. GmbH vom 02.08.2018 über 6.687,52 € netto (Entleerung und Reinigung des Fermenters)

Dieser Betrag ist im Wege der Vorteilsausgleichung (Abzug "Neu für Alt") abzuziehen, weil diese Kosten auch bei der insoweit erforderlichen üblichen Behälterrevision angefallen wären. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. H1 betragen die üblichen Inspektionsintervalle für Fermenter/Nachgärer 8 - 12 Jahre. Da die (erweiterte) Anlage Ende 2011 in Betrieb ging, ist eine Laufzeit bis Ende 2031 zu erwarten. Die hier streitgegenständlichen Arbeiten am Fermenter wurden im Jahr 2018 (vgl. Anlage K 18, Rechnung Albe) vorgenommen. Aufgrund der Angaben des Sachverständigen zu den üblichen Kontroll- und Revisionsintervallen sieht es der Senat als überwiegend wahrscheinlich an, dass eine weitere Revision in der restlichen Betriebslaufzeit nicht mehr durchgeführt werden muss, sondern der Fermenter bis zum Ende der Betriebszeit ohne erneute grundlegende Revision weiterbetrieben werden kann. Soweit die Klägerin vorträgt, sie müsse nur wenige Jahre vor Ablauf der Betriebszeit erneut eine aufwendige Revision des Fermenters durchführen, sieht der Senat dies in der Prognose als unwahrscheinlich an. Durch die umfassende Behältersanierung 2018/2019 hat die Klägerin insoweit die betriebsüblichen Revisionskosten erspart. Diesen Vorteil muss sie sich im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen.

c) K13, Bl. 263, J.. vom 12.09.2018 über 1.425,88 € netto (Schließung des Dachs Fermenter)

Der Anspruch der Klägerin ist berechtigt, die Arbeiten sind erforderlich und die angesetzten Kosten nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. H1 plausibel (vgl. S. 12 des schriftlichen Gutachtens vom 17.6.2021). Die genügt für die Zuerkennung nach § 287 ZPO. Ein Vorteilsausgleich kommt insoweit nicht in Betracht. Der Sachverständige Dr. H1 hat im Termin am 19.10.2021 (vgl. S. 8 des Protokolls) ausgeführt, dass eine komplette Abnahme des Daches bei der normalen Revision des Fermenters nicht zwingend erforderlich ist. Vielmehr genügt in den meisten Fällen eine bloße Dachöffnung, indem die Plane über die Mauerkrone zurückgeschlagen wird. Dafür wird kein gesonderter Kran benötigt.

d) K14, Bl. 264 ff, B.. GmbH vom 14.09.2018 über 22.514,85 € netto (Dachöffnungsarbeiten und Wiederverschließen des Foliendachs am Fermenter mit Durchmesser 21 m)

Die vom Kostenansatz her angemessenen Arbeiten waren erforderlich. Die vom Sachverständigen Dr. H1 in der schriftlichen Begutachtung noch aufgeworfenen Zweifel hinsichtlich der Erforderlichkeit der Kosten für die Erneuerung von Netz und Gurten (5.870 €) sind nach der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen durch den Senat nicht mehr durchgreifend. Wenn die Gurte - wie hier - fixiert waren, ist die Auswechslung/Erneuerung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erforderlich, weil dies günstiger ist als eine Reinigung (vgl. S. 5 des Protokolls vom 19.10.2021). Gleiches gilt für den Ersatz der Folie der Mauerkronenabdichtung. Die zum Ersatz führende Beschädigung der dort befindlichen Folie ist im Zuge der Arbeiten als überwiegend wahrscheinlich anzusehen (Seite 6 des Protokolls vom 19.10.2021).

e) K15, Bl. 267, J.. über 931,85 € netto vom 18.06.2018 (Kranarbeiten für die Dachöffnung des Gärproduktlagers)

Der Anspruch der Klägerin ist berechtigt, die Arbeiten sind erforderlich und die angesetzten Kosten nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. H1 plausibel (vgl. S. 15 des schriftlichen Gutachtens vom 17.6.2021). Die genügt für die Zuerkennung nach § 287 ZPO. Die Anrechnung eines Vorteilsausgleichs kommt insoweit nicht in Betracht. Die Arbeiten betreffend das Gärrestlager. Die Beklagte hat nicht nachgewiesen, dass auch insoweit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) eine umfassende Revision während der üblichen 20-jährigen EEG-Förderdauer erforderlich war.

f) K16, Bl. 268, K.. über 2.680,50 € netto vom 20.06.2019 (Öffnung Foliendach Gärproduktlager)

Die erforderlichen Arbeiten finden auch der Höhe nach die Billigung des Senats. Zwar hat der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten ein Einsparpotenzial durch die Einschaltung eines Unternehmens vor Ort für die durchgeführten Arbeiten gesehen (abgerechnet wurden u. a. 318 € für 600 km Fahrtkosten für die Anfahrt aus Neubrandenburg). Die Klägerin hat jedoch unbestritten vorgetragen, dass die vom Sachverständigen erwähnte ortsansässige Fa. aus R (Niedersachsen) um ein Vielfaches teurer gewesen wäre, als die Fa. K.. (Bl. 619 GA).

Der Senat kann deshalb insoweit nicht feststellen, dass die abgerechneten Kosten wegen Nichtbeachtung des aus § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB folgenden Wirtschaftlichkeitsgebots als nicht erforderlich anzusehen sind. Es ist anerkannt, dass den Schädiger bei der Mängelbeseitigung durch den Geschädigten das Prognoserisiko hinsichtlich erhöhter Kosten trifft (vgl. etwa OLG Naumburg Ur. v. 7.11.2019 - 3 U 7/18, BeckRS 2019, 44409). Hier war die Heranziehung einer der Klägerin bekannten Firma für die Durchführung der Mängelbeseitigung - trotz der Entfernung - nicht erkennbar unwirtschaftlich.

Ein von den Berufungen geltend gemachter Abzug "neu für alt" hat nicht zu erfolgen, zumal es hier um das Gärrestlager geht, für das normale Revisionsintervalle weder vorgeschrieben noch (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) üblich sind. Die Betriebsdauer der Anlage der Klägerin ist wegen der EEG-Förderdauer auf 20 Jahre veranschlagt. Der Sachverständige Dr. H1 hat die Wahrscheinlichkeit einer Revision in Bezug auf das Gärrestlager bei einer 20-jährigen Betriebszeit lediglich mit "50:50" veranschlagt (Seite 7 des Verhandlungsprotokolls vom 19. Oktober 2021). Die wenigstens überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Ersparnis für die Klägerin lässt sich daraus nicht ableiten. Denn es ist als ebenso wahrscheinlich anzusehen, dass die Klägerin das Gärrestlager ohne Revision für die veranschlagte Betriebsdauer genutzt hätte. Ein solches Vorgehen hat der Sachverständige auch nicht als pflichtwidrig angesehen.

g) K17, Bl. 269 f., A.. über 17.727,49 € netto vom 22.07.2019 (Entleerung und Reinigung des Gärproduktlagers)

Die Arbeiten waren erforderlich und die hierfür abgerechneten Kosten sind angemessen. Dies folgt aus der

Anhörung des Sachverständigen im Termin am 19.10.2021. In seinem schriftlichen Gutachten hatte der Sachverständige noch Zweifel wegen des abgerechneten Zeitaufwandes von 139 ½ Stunden für das Entleeren, Reinigen und Aufsaugen mittels eines sog. "Super-Saugers" geäußert (Bl. 577 f. d. A.). Nach der Schilderung des Geschäftsführers der Klägerin zu den tatsächlichen Begebenheiten vor Ort, namentlich der Größenbegrenzung des Zugangs zum Behälter (sog. Mannloch), einer Stahltür mit der Größe von 60x80 cm, hat der Sachverständige seine dahingehenden Bedenken aufgegeben und den Stundenumfang als plausibel angesehen (S. 6 des Verhandlungsprotokolls vom 19.10.2021).

Eine Vorteilsausgleichung wegen des Abzugs "neu für alt" hat nicht zu erfolgen. Auf die vorstehenden Ausführungen zu den Rechnungen K.. Kunststoff Abdichtungstechnik wird Bezug genommen.

h) K18, Bl. 271 ff., Ax GmbH vom 28.08.2019 über 88.745,73 € netto (Betonanierungs- und Beschichtungsarbeiten an beiden Behältern mit dem Betonschutzsystem O)

Insoweit kann die Klägerin nur die Kosten für die Sanierung des Gärrestlagers in Höhe von netto 76.604,59 € beanspruchen. Die Kosten für die Sanierung des Fermenters 3 (12.141,14 €) muss sie sich hingegen im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen.

Wegen der Sanierung des Gärproduktlagers ist eine Vorteilsausgleichung nicht vorzunehmen. Auf die vorstehenden Ausführungen zu den Rechnungen K.. Kunststoff Abdichtungstechnik nimmt der Senat erneut Bezug. Soweit die Beklagte den Einwand von "Sowieso-Kosten" geltend macht, fehlt es an einer schlüssigen Darlegung der Voraussetzungen für den Abzug. "Sowieso-Kosten" sind die Mehraufwendungen, die entstanden wären, wenn die zusätzlich erforderlichen Maßnahmen bereits bei der ursprünglichen Leistungserstellung mit durchgeführt worden wären, wobei auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Werkleistung abzustellen ist (vgl. BeckOK VOB/B/Koenen, 44. Ed. 30.4.2021, VOB/B § 13 Abs. 5 Rn. 72). Hierzu hat die Beklagte nicht vorgetragen, sondern nur pauschal das Vorliegen von "Sowieso-Kosten" behauptet.

Hinsichtlich der Sanierungskosten für den Fermenter i.H.v. 12.141,14 € steht der Klägerin kein Anspruch zu. Insoweit hat die Berufung Erfolg. Denn dieser Betrag ist im Wege der Vorteilsausgleichung (Abzug "Neu für

Alt") abzugiehen, weil sie auch bei der insoweit erforderlichen üblichen Behälterrevision angefallen wären. Auf die obigen Ausführungen zur Rechnung Anlage K12 wird Bezug genommen.

l) K19, Bl. 279, Rechnung P.. vom 07.10.2019 über 1.040 € (Umpumpen Oberflächenwasser in den Fermenter und Entleeren des Gärrestlagers v. 7.7. - 4.9.2019)

Die händische, vollständige Entleerung des Gärrestbehälters (16 h/ 65€ = 1.040 € netto) war erforderlich, um die anschließende Komplettreinigung (mit Sandstrahlen) und Behältersanierung durchführen zu können. Die Gärreste (Bodensatz) müssen mit einem Schneeschieber (vgl. die Ausführungen des Geschäftsführers der Klägerin auf S. 6 des Protokolls v. 19.10.2021) zusammengeschoben und ausgebracht werden. Der Aufwand ist plausibel und nachvollziehbar.

j) K20, Bl. 280, J.. vom 25.10.2019 über 1.801 € (Wiederverschließen des Gärproduktlagers)

Der Anspruch der Klägerin ist berechtigt, die Arbeiten sind erforderlich und die angesetzten Kosten nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. H1 angemessen (vgl. S. 20 des schriftlichen Gutachtens vom 17.6.2021). Zum Wiederauflegen des Gasspeicherdachs nach der Gärrestlagersanierung ist der Einsatz eines Autokrans obligatorisch. Das gilt hier auch für den Einsatz eines 50 t Krans, da das Auflegen und Montieren des Gasspeicherdachs aufwendiger ist als die Demontage. Dies genügt für die Zuerkennung nach § 287 ZPO. Die Anrechnung eines Vorteilsausgleichs kommt insoweit nicht in Betracht. Die Arbeiten betreffen das Gärrestlager.

k) K21, Bl. 281, K.. Kunststoff Abdichtungstechnik vom 30.10.2019 über 17.379,12 € (Dach des Gärproduktlagers wieder anbringen und verschließen)

Wegen des Rechnungsbetrags aus der Rechnung vom 30.10.2019 macht die Klägerin einen Teilbetrag in Höhe von 315 € für den Wechsel des Rührwerks nicht geltend und verlangt lediglich 17.064,12 € (vgl. Bl. 251 d. A.). Die vom Sachverständigen geäußerten Zweifel an der Berechtigung dieser Schadensposition gehen daher ins Leere. Die Anrechnung eines Vorteilsausgleichs kommt insoweit nicht in Betracht. Die Arbeiten betreffen das Gärrestlager.

l) K22, Bl. 282 u. 283, C1 GmbH vom 18.11.2019 über netto 7.113,25 € wegen Beratungsleistungen 2016 bis

2019 (100 Stunden, davon 13,25 Stunden der Geschäftsführung; 26 Stunden der Abteilungsleitung Dr. H2 und 55 Stunden Mitarbeiter von Technik, Buchhaltung und Sekretariat sowie Fahrtkosten)

Mit Beschluss vom 30.06.2020 hat der Senat darauf hingewiesen, dass diese als "Beratungskosten" deklarierte Rechnung nicht erstattungsfähig ist. Trotz dieses Hinweises hat die Klägerin nicht hinreichend dargelegt, dass es sich insoweit um Aufwendungen handelt, die zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. Es fehlt an der Darlegung der vertraglichen Grundlage und insbesondere an einer Abgrenzung zum allgemeinen Prozessaufwand der Klägerin, der grundsätzlich auch dann nicht erstattungsfähig ist, wenn ein Dritter damit beauftragt wird (vgl. BeckOK ZPO/Jaspersen, 36. Ed. 1.3.2020, ZPO § 91, Rn. 118). Soweit die Klägerin zur Begründung anführt, sie müsse kostenpflichtig auf Beschäftigte der eigenen Unternehmensgruppe zurückgreifen, weil sie selbst nicht über eigene Beschäftigte verfüge (Bl. 426 d. A.), kann dies den Anspruch nicht rechtfertigen. Denn beim Verzicht auf eigenes Personal für das normale Vertrags- und Prozesshandling handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung der Klägerin, die nicht zu Lasten der Beklagten wirken kann.

Soweit hiernach Ansprüche der Klägerin in Höhe von 142.659,41 € begründet sind, folgt der Zinsauspruch aus den §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.

6. Feststellungsanspruch

Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Die Klägerin hat dargelegt, dass noch eine Rechnung für die durchgeführten Arbeiten aussteht, deren Höhe sie mit brutto ca. 3.500 € erwartet (vgl. Bl. 379 d. A.).

7.

Schriftsatznachlass zum Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Beklagten und der Streithelferin auf ihren Antrag vom 19.10.2021 nicht zu gewähren. Die Voraussetzungen des § 283 ZPO liegen nicht vor. Das Nachreichen einer schriftlichen Beweismündigung kann grundsätzlich nicht beansprucht werden (Greger in Zöller, ZPO, 33. Aufl. § 285 Rn. 2 m. Hinweis auf BGH NJW 1991, 1547, 1548). Zwar kann die Einräumung einer Schriftsatzfrist geboten sein, wenn die Partei auf das erst abzufassende Protokoll einer längeren Beweisaufnahme bzw. auf sachverständige Beratung angewiesen ist (vgl. Musielak/Voit/Foerste, 18. Aufl. 2021, ZPO § 285 Rn. 2 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 17.04.1984 - VI ZR 220/82, NJW 1984, 1823).

Dieser Fall ist hier allerdings nicht gegeben. Die ergänzende Anhörung des Sachverständigen Dr. H1 im Termin am 19.10.2021 hat keine neuen Fragen aufgeworfen, zu denen sich die Parteien ohne sachkundige Beratung nicht hätten äußern können. Sowohl im Termin als auch danach bis zur Urteilsverkündung hätten die Beklagte und die Streithelferin genügend Zeit gehabt, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Der Sachverständige Dr. H1 ist zwar bei der Erläuterung des Gutachtens hinsichtlich der Frage des Revisionsintervalls beim Gärrestlager von den Annahmen im schriftlichen Gutachten abgewichen. Allerdings geht die diesbezügliche Beweisfrage auf einen Vortrag der Beklagten zu den Revisionsintervallen zurück und spätestens aufgrund der Beweisbeschlüsse des Senats vom 16. Juli 2020 und 1. Oktober 2020 war den Parteien bekannt, dass der Senat ihren Vortrag auch als entscheidungserheblich ansieht. Gleichwohl hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt eine privatsachverständige Beratung gesucht noch eine solche mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 9. November 2021 angekündigt.

Aus denselben Gründen gebietet der nicht nachgelassene Schriftsatz vom 9. November 2021 auch nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Streithelferin vom 12. November 2021 bietet gleichfalls keinen Anlass, die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO wieder zu eröffnen. Der Verweis auf § 46 Abs. 2 der "Verordnung zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen" (VAwSV) stellt die Ausführungen des Sachverständigen nicht in Zweifel. Zum einen wäre auch bei Zugrundelegung eines fünfjährigen Prüfungsintervalls der Schaden an der Beschichtung nicht - wie die Beklagte behauptet hat - früher aufgefallen mit Folge, dass dem Schadensbild frühzeitiger hätte entgegengewirkt werden können. Denn vorliegend zeigte sich ein Austritt von Gärsubstrat bereits nach vier Jahren, also zu einem Zeitpunkt an dem auch auf der Grundlage der VAwSV noch keine "wiederkehrende Prüfung" im Sinne der Anlage 5 zu § 46 Abs. 2 der VAwSV hätte vorgenommen werden müssen. Soweit die Frage der Revisionsintervalle für die Behälter für den Senat zur Beurteilung des Abzugs "Neu für Alt" relevant ist, geht es um eine grundlegende Revision der Behälter, nicht hingegen um die bloße Überprüfung der Dichtigkeit, die die Verordnung zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen im Blick hat. Deshalb können hierauf bezogene Prüfzeiten nicht auf Fristen zur Behälterrevision übertragen werden. Auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. 4 d des Urteils wird Bezug genommen.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 269 Abs. 3, S. 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Es entspricht der Billigkeit, die Mehrkosten, die aufgrund des höheren Streitwerts mit der ursprünglichen Vorschussklage verbunden waren, der Beklagten aufzulegen, weil insoweit das Schätz-/Prognoserisiko zu ihren Lasten geht.

Die Revision wird nicht zugelassen (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die Entscheidung hat ihren Schwerpunkt in der tatrichterlichen Würdigung.

OLG Düsseldorf zu der Frage, dass der Schadensersatz wegen Mängeln keinen frustrierten Werklohn umfasst

vorgestellt von Thomas Ax

Bemisst der Besteller die Höhe des zu beanspruchenden Schadensersatzes gem. §§ 280, 281, 634 Nr. 4 BGB nach der Entscheidung des BGH vom 20.02.2018 (IBR 2018, 196) in Anlehnung an § 634 Nr. 3, § 638 BGB (ausgehend von der vereinbarten Vergütung) nach dem Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels, kann der Besteller darüber hinaus nicht noch den Ersatz von frustrierten Werklohaufwendungen für andere Gewerke anderer Unternehmer verlangen, die aufgrund der mangelhaften Werkleistung ihren Wert verloren haben. Unnötige oder infolge des Werkmangels nutzlose Aufwendungen für andere Gewerke können nur im Rahmen des Minderwerts des Gesamtobjekts berücksichtigt werden. Anderenfalls würde der von dem BGH verfolgte Gedanke der Verhinderung von Überkompensation ausgehöhlt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.04.2019 - 5 U 30/15

Gründe

I.

Ab dem Jahr 2003 ließen die Klägerin und ihr in 2004 verstorbener Ehemann ein viergeschossiges Einfamilienhaus in der Rheinallee 146 in Düsseldorf, errichten. Die Beklagte zu 1) war u.a. beauftragt, auf den Kronen der die Terrasse umlaufenden Betonwände, auf den Zwischenpodesten und den Treppenläufen zum Außenbereich großformatige Kalksteinplatten des Typs

"Crema Romano" und "Crema Romana", einem römischen Travertin, zu verlegen. Die Klägerin machte im ersten Rechtszug gegen die Beklagten zu 1) u.a. einen Vorschussanspruch geltend für die Beseitigung angeblicher Mängel an diesen Natursteinbelägen. Von dem Beklagten zu 5), dem Innenarchitekten, begehrt sie Schadensersatz wegen angeblicher Planungs- und Überwachungsfehler bei den von der Beklagten zu 1) ausgeführten Natursteinarbeiten. Die Streithelfer zu 1) und 2) waren mit der Gebäudeplanung betraut. Die Klägerin nahm die Arbeiten ab und bezahlte die im Jahr 2005 erstellte Schlussrechnung der Beklagten zu 1). Im Jahr 2007 zeigten sich erste Mängel der Natursteinarbeiten, die sich in der Folgezeit verstärkten. Es kam unter anderem zu Rissen und Ablösungen der Platten, zu Kalk- und Salzausspülungen, Farb- und Putzabplatzungen sowie zu starken Durchfeuchtungen des Putzes.

Die Klägerin hat in der ersten Instanz von der Beklagten zu 1) unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils von 25 % wegen Planungsfehlern Vorschuss in Höhe von 91.792,58 € nebst Zinsen für die Durchführung der Mängelbeseitigung begehrt. Gegenüber dem Beklagten zu 5) hat sie Schadensersatz in Höhe von 122.390,11 € nebst Zinsen - in Höhe von 91.792,58 € als Gesamtschuldner neben der Beklagten zu 1) - geltend gemacht. Darüber hinaus hat sie Feststellung einer entsprechenden Ersatzpflicht der Beklagten zu 1) und 5) hinsichtlich aller weiteren, anlässlich der Mängelbeseitigung entstehenden Schäden begehrt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Während des Berufungsverfahrens veräußerte die Klägerin mit Kaufvertrag vom 17. August 2015 das Objekt. Sie hat in der Folge die Vorschussklage gegen die Beklagte zu 1) auf Schadensersatz in Höhe von 75 % der fiktiven Mängelbeseitigungskosten umgestellt. Den Feststellungsantrag haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt.

Der Senat hat durch das am 19.01.2017 verkündete Urteil auf die Berufungen der Beklagten das erstinstanzliche Urteil insoweit abgeändert, als er jeweils die Umsatzsteuer auf die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht zuerkannt hat. Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen hat er die Beklagten zu 2) bis 4) antragsgemäß verurteilt und die Beklagten zu 1) und 5) als Gesamtschuldner zur Zahlung von 77.429,21 € nebst Zinsen, den Beklagten zu 5) zur Zahlung von weiteren 25.809,74 € nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Der Senat hat die Revision zur Schadenshöhe zugelassen wegen der Frage, wie der Schaden zu bemessen sei, wenn der

Besteller auf die Beseitigung des Werkmangels verzichte.

Auf die Revisionen der Beklagten zu 1) und 5) und die Anschlussrevision der Klägerin hat der VII. Senat des Bundesgerichtshofs durch das am 22.02.2018 verkündete Urteil (- VII ZR 46/17 -) das Senatsurteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 1) und 5) und zum Nachteil der Klägerin im Verhältnis zu den Beklagten zu 1) und 5) erkannt worden ist. Die Sache ist im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an den Senat zurückverwiesen worden.

Zur Begründung hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung - ausgeführt, der Besteller, der das Werk behalte und den Mangel nicht beseitigen lasse, könne im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen. Der Besteller könne den Schaden in der Weise berechnen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittle. Habe der Besteller die durch das Werk geschaffene oder bearbeitete Sache veräußert, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen worden sei, könne er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen. Der Schaden könne in Anlehnung an § 634 Nr. 3, § 638 BGB auch in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt werde. Maßstab sei danach die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses. Auch im Verhältnis zum Architekten scheide hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht hätten, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk aus. Lasse der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, könne er seinen Schaden gegenüber dem Architekten im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen oder gegebenenfalls - bei Veräußerung des Objekts - nach dem

konkreten Mindererlös. Habe der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliege, könne der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittle.

Durch die Verfügung vom 03.04.2018 hat der Vorsitzende des erkennenden Senats der Klägerin aufgegeben, ihren Schaden unter Berücksichtigung der Gründe des Urteils des Bundesgerichtshofs am 22.02.2018 darzulegen.

Die Klägerin trägt daraufhin vor, sie bemesse ihren Schaden in Anlehnung an § 634 Nr. 3, 638 BGB nach der eingetretenen Störung des werkvertraglichen Äquivalenzinteresses, wobei sich die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Schadensschätzung an ihrem Leistungsinteresse zu orientieren habe. Die von der Beklagten zu 1) erstellten Gewerke hätten in jeder Hinsicht vollkommen versagt, sowohl aufgrund der mangelhaften Konstruktion der gartenseitigen Treppenanlagen, Podeste und Mauerabdeckungen als auch aufgrund des konkret verwendeten, nämlich zuvor mit Kunstharz bearbeiteten und jedenfalls auch deswegen hier ungeeigneten Travertins. Vor dem Hintergrund der totalen Unbrauchbarkeit der Gewerke der Beklagten zu 1) seien diese für sie wertlos und ihr Schaden bestehe in den nutzlos aufgewandten Kosten, die sie für die wertlosen Gewerke der Beklagten zu 1) gezahlt habe. Im Einzelnen handele es sich um folgende Kosten:

Rechnungsposition 1.62.01 - 1.74.01 der Abrechnungsblätter zur Schlussrechnung vom 30.12.2005 von 81.807,31 €. Unter Berücksichtigung des vereinbarten Nachlasses von 10 % habe sie inklusive damaliger Mehrwertsteuer von 16 % insgesamt brutto 85.406,93 € gezahlt.

Anteilige Tagelohnarbeiten gemäß Rechnungsposition 1.75.01 und 1.75.03: Von den unter Ziff. 1.75.01 aufgeführten 482 Facharbeiterstunden zum Nachweis seien 144 Stunden auf die streitgegenständlichen Außentreppenanlagen entfallen, also netto 6.739,20 €. Für das in Ziff. 1.75.03 genannte "Material zum Nachweis" seien für die streitgegenständlichen Positionen insgesamt Kosten in Höhe von netto 1.816,38 € zu veranschlagen. Unter Berücksichtigung des vereinbarten

Nachlasses von 10% habe sie an die Beklagte zu 1) inklusive Mehrwertsteuer von 16 % insgesamt brutto 8.932,03 € gezahlt.

Verputzarbeiten: Durch die von der Beklagten zu 1) fehlerhaft erbrachten Belagsarbeiten hätten auch zur Zerstörung der an den Gartentreppen und Podesten erbrachten Verputzarbeiten geführt. Auch diese Schäden seien in der ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme des Sachverständigen A (Anlage ARQ 1, Bilder Nr. 1- 5) dokumentiert. Insgesamt entfielen auf die Arbeiten brutto 2.624,34 €. Auch diese Arbeiten seien wertlos für sie gewesen.

Sachverständigenkosten: Die Kosten für den erstinstanzlich beauftragten und mit 2.394,69 € vergüteten Sachverständigen seien gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 BGB ersatzfähig.

Anders als die Beklagte zu 1), bei der sie sich ein Mitverschulden in Höhe von 25 % anrechnen lasse, schulde der Beklagte zu 5) als Schadensersatz die volle Erstattung der oben genannten nutzlosen Aufwendungen sowie der entstandenen Sachverständigenkosten.

Soweit die Beklagten zu 3) und 4) 15.660 € (11.500 € nebst Zinsen in Höhe von 4.160 €) bzw. 20.424,52 € (15.000 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5.424,52 €), an sie gezahlt hätten, erkläre sie die Erledigung.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagten hätten die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Eine Teilerledigung sei auch darin zu sehen, dass - entgegen der Ansicht des Senats in dem angefochtenen Urteil - sie aufgrund der Veräußerung des Objekts die Mängel nicht mehr habe beseitigen und sie deshalb den Umsatzsteueranteil nicht mehr geltend machen können. Der Erwerber des Objekts habe die mangelbehaftete Treppenanlage dann auch abreißen lassen. Es sei mit dem im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, dass sie aufgrund der Veräußerung des Objekts nach einem langjährigen Rechtsstreit nun mit ganz erheblichen Kosten belastet sei.

Nachdem die Klägerin durch Schriftsatz vom 06.02.2019 die Klage teilweise (hinsichtlich der Kosten für den Treppenabgang Einliegerwohnung in Höhe von 5.497,82 € brutto und hinsichtlich der dauerelastischen Verfübung in Höhe von 9.896,02 €) zurückgenommen hat, beantragt sie nunmehr,

1. die Beklagten zu 1) und 5) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 63.285,92 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, abzüglich am 09.03.2017 geleisteter 15.660 € sowie abzüglich am 22.03.2017 geleisteter 20.424,52 €;

2. den Beklagten zu 5) darüber hinaus zu verurteilen, an sie weitere 20.825,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten zu 1) und 5) beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) meint, ihr Gewerk sei nicht "total" unbrauchbar gewesen; die Treppen hätten begangen werden können. Bei den Tagelohnkosten seien 144 Stunden herauszunehmen. Es habe sich um Rohbauarbeiten gehandelt, die mit dem Treppengewerk nichts zu tun gehabt hätten. Es bleibe unberücksichtigt, dass die Klägerin ihr Objekt verkauft habe. Sie müsse darlegen, dass der Erwerber für ihre Gewerke Abzüge vom Kaufpreis gemacht habe. Die Kosten des Rechtsstreits seien nach dem Maß des Obsiegens bzw. Unterliegens zu verteilen.

Der Beklagte zu 5) ist der Ansicht, der von der Klägerin bemessene konkrete Schaden entspreche nicht den Vorgaben des BGH. Es werde bestritten, dass das Gewerk der Natursteinverlegung im Außenbereich völlig unbrauchbar gewesen sei. Dagegen spreche schon, dass die Außenanlagen ab der Errichtung des Gebäudes in den Jahren 2004 bis 2007 völlig mangelfrei hätten benutzt werden konnten. Erst danach hätten sich geringfügige erste Mängel in Gestalt von Trennrissen, Kalk- und Salzausspülungen gezeigt. Auch nach diesen ersten Mängelsymptomen seien die Terrassen - und Balkonflächen weiterhin nutzbar gewesen. Zu den Schadenspositionen im Einzelnen:

Rechnungsposition 1.62.01 - 1.74.01 der Abrechnungsblätter zur Schlussrechnung vom 30.12.2005: Es ergebe sich nicht, welche Leistung einer Position 1.62.01 zuzuordnen sei. Überdies beinhalteten die Vergütungspositionen auch Materiallieferungen für den eingebauten Travertinstein. Die trotz mangelhafter Verlegung verbliebenen Natursteinmaterialien hätten weiterhin einen messbaren erheblichen Wert. Sie hätten bei einer Sanierung wiederverwendet werden können (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 31.08.2018 - 13 U 191/16 -).

Die Darlegung der Stundenlohnvergütung als Schadensposition sei nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Denn es handele sich offenbar um Korrekturarbeiten, die auf einen Fehler der Einmessung der Treppenanlage zurückzuführen seien.

Die Verputzarbeiten beträfen nicht das Äquivalenzverhältnis zwischen der Klägerin und Beklagter zu 1). Die Schäden an den Verputzarbeiten seien allenfalls Folgeschäden der mangelhaften Bauausführung durch die Beklagte zu 1). Es handele sich um Leistungen eines weiteren Baubeteiligten. Es werde bestritten, dass die Verputzarbeiten völlig unbrauchbar gewesen seien und der zu ermittelnde Minderwert brutto 2.624,34 € betrage.

Die Sachverständigenkosten dürften als notwendige Kosten nach § 91 ZPO im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens erstattungsfähig sein.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die dort zu den Akten gereichten Schriftsätze und Urkunden verwiesen. Die Akte des selbstständigen Beweisverfahrens LG Düsseldorf 10 OH 7/07 wurde zu Beweis Zwecken beigezogen und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II.

Die zulässigen Berufungen der Beklagten zu 1) und 5) sind in der Sache teilweise begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagten zu 1) und 5) als Gesamtschuldner ein Schadensersatzanspruch gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B bzw. §§ 280, 634 Nr. 4 BGB in Höhe von 49.163,07 € zu. Von dem Beklagten zu 5) kann sie weitere 16.387,68 € beanspruchen.

1.

Aufgrund der wirksamen Beschränkung der Zulassung der Revision durch den Senat und der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof steht rechtskräftig fest, dass die Klägerin gegen die Beklagte zu 1) dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes wegen der mangelhaften Natursteinarbeiten im Außenbereich ihres Einfamilienhauses gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B (2002) hat. Ferner steht rechtskräftig fest, dass die Klägerin gegen den Beklagten zu 5) dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung wegen mangelhafter Planung und Überwachung der Natursteinarbeiten gemäß

§ 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB hat. Das Senatsurteil vom 19.01.2017 hat nach der Entscheidung des BGH (BauR 2018, 815 ff) keinen Bestand, soweit dort die Höhe des Schadens nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen worden war. Insoweit ist die Sache an den Senat zurückverwiesen worden.

Auf den Hinweis des Senatsvorsitzenden hat die Klägerin ihren Schaden nunmehr in Anlehnung an §§ 634 Nr. 3, 638 BGB aufgrund der eingetretenen Störung des werkvertraglichen Äquivalenzinteresses bemessen. Sie behauptet, dass die von der Beklagten zu 1) erstellten Gewerke in jeder Hinsicht vollkommen versagt hätten, so dass diese Gewerke für sie wertlos seien. Ihr Schaden bestehe in den nutzlos aufgewandten Kosten, die sie für die Gewerke der Beklagten zu 1) gezahlt habe.

a.

Diese Schadensberechnung entspricht der (geänderten) Rechtsprechung des BGH. Danach kann der Schaden in Anlehnung an § 634 Nr. 3, § 638 BGB in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt wird. Maßstab ist danach die durch den Mangel des Werks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses. Die von den Parteien durch den Werkvertrag zum Ausdruck gebrachte Bewertung des (mangelfreien) Werks in Höhe der Vergütung rechtfertigt es, bereits das Ausbleiben der vollständigen (mangelfreien) Gegenleistung mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses - unabhängig von einer objektivierten Bewertung durch einen "Markt" - als einen beim Besteller eingetretenen Vermögensschaden anzusehen. Auch im Verhältnis zum Architekten kann der Schaden in gleicher Weise bemessen werden. Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks - wie hier - zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzinteresses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermitteln (BGH a.a.O. juris Rn. 65).

Der mangelbedingte Minderwert des Werks ist danach ausgehend von der Vergütung als Maximalwert nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu schätzen. Im Rahmen dieser - sich an § 634 Nr. 3, § 638 BGB anlehnenden - Schadensbemessung können die fiktiven Mängelbeseitigungskosten aber nicht als Maßstab herangezogen werden. Dage-

gen komme - so der BGH - beispielsweise eine Schadensbemessung anhand der Vergütungsanteile in Betracht, die auf die mangelhafte Leistung entfallen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - VII ZR 181/00, BGHZ 153, 279, 284, juris Rn. 21, für die Ausführung mit minderwertigem Material). Ergäben sich die Vergütungsanteile nicht aus dem Vertrag, seien sie zu schätzen. Für den VOB/B-Vertrag ergäben sich insoweit keine Besonderheiten, die zu abweichenden Erwägungen führen. Der Umstand, dass die Minderung gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B nur in den dort genannten Fällen möglich sei, hindere nicht die Geltendmachung eines an der Vergütung orientierten Minderwerts des Werks wegen des nicht beseitigten Mangels (BGH a.a.O. und Verweis auf BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - VII ZR 161/80, BauR 1982, 277, 279, juris Rn. 31 f.; vgl. auch Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 392 m.w.N.).

b.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist gemäß § 287 ZPO eine Minderung um 80 % der für die Außennatursteinarbeiten geleisteten Vergütung angemessen. Der Senat kann im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO die Schadenshöhe schätzen, wobei in Kauf genommen werden muss, dass das Ergebnis unter Umständen mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt (vgl. BGH MDR 2013, 212 ff; NJW 1964, 589).

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist nicht die gesamte von der Schlussrechnung der Beklagten vom 30.12.2005 auf die Rechnungspositionen 1.62.01 - 1.74.01 der Abrechnungsblätter entfallende Vergütung von brutto 85.406,93 € nutzlos aufgewandt worden.

aa.

Zur Berechnung der Minderung ist nach dem Wortlaut des § 638 Abs. 3 BGB die vereinbarte Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werks in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Es ist umstritten, ob sich die Herabsetzung des vereinbarten Werklohns nicht doch nach dem Verhältnis richtet, in welchem der Wert der mangelfreien Leistung zum Wert der mangelhaften bei der Abnahme steht (vgl. Kapellmann-Weyer, VOB, 6. Auflage, § 13 VOB/B Rn. 376). Diese Frage kann hier aber dahinstehen, da im Regelfall - so auch hier - der Wert der mangelfreien Bauleistung mit dem vereinbarten Werklohn gleichgesetzt wird. Dann reduziert sich die Formel dahin, dass

der geminderte Werklohn dem Wert der mangelhaften Bauleistung entspricht.

Demgemäß kann der Auftraggeber den vereinbarten Werklohn auf Null mindern, wenn die Bauleistung wegen ihrer Mängel völlig unbrauchbar und damit gänzlich wertlos ist. Davon ist hier nicht auszugehen. Zwar ist die Treppe unstreitig von dem neuen Eigentümer abgebrochen worden. Gleichwohl wäre die Treppe mit dem darauf angebrachten Belag als Zuwegung zum Garten noch nutzbar gewesen. Es fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Treppe aufgrund der Mängel des Belags auch statisch so unsicher geworden wäre, dass eine gefahrenlose Benutzung nicht mehr möglich gewesen wäre. Eine Minderung auf Null, setzt voraus, dass die Werkleistung für den Besteller gänzlich ohne Wert ist. Das kann der Fall sein, wenn z.B. eine auf die Ästhetik zielende Restaurierung einer älteren Hausfassade völlig misslingt (vgl. OLG Köln NJW-RR 1993, 666) oder aufgebrachten Dachziegel wasserdurchlässig sind (vgl. BGHZ 42, 232 ff) oder Sickerschächte bei nahezu wasserundurchlässigem Boden keine Versickerung ermöglichen (vgl. OLG Düsseldorf IBR 2011, 633).

Teilweise wird mit Aurnhammer, BauR 1978, 356, der auf den mangelhaften Teil des Werkes entfallende Preisanteil ermittelt und dann die Frage gestellt, zu welchem Prozentsatz er seine Funktionen noch zu erfüllen vermag (vgl. auch BGHZ 153, 279 = NJW 2003, 1188 = BauR 2003, 533; Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014) BGB § 634 Rdn. 115). Überdies wird die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung des technischen Minderwerts letztlich nur durch einen Sachverständigen erfolgen könne (ibronline-Kommentar-Manteufel, VOB/B § 13 Rdn. 471). Zur Bestimmung des technischen Minderwerts hat sich in der sachverständigen Praxis - mit unterschiedlichen Ausprägungen im Detail - die sog. Nutzwertanalyse (oder auch Zielbaumverfahren) etabliert. Bei dieser Methode wird die Werkleistung in einzelne "Nutzwerteinheiten" unterteilt (z.B. Belastbarkeit, Schutzwirkung, optischer Eindruck, Haltbarkeit, Verarbeitung) und für diese jeweils die Auswirkungen des Mangels auf einer Skala von 0 (mangelfrei) bis 10 (unbrauchbar, nicht verwertbar) bewertet. Aus der Relation der einzelnen Nutzwerteinheiten und deren Minderungen im Verhältnis zur Gesamtleistung wird dann die prozentuale Minderung errechnet (vgl. ibronline-Kommentar-Manteufel a.a.O.).

Der Senat vermag indes aufgrund seiner langjährigen Erfahrung in der Bearbeitung von Bauprozessen auch ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen den Min-

derwert des Werks zu schätzen. Die durch einen Sachverständigen vermittelte Bemessung des technischen Minderwerts würde den Minderwert der geschuldeten Leistung ohnehin nicht vollständig abbilden. Zu berücksichtigen ist, dass es sich hier um ein unstreitig sehr repräsentatives, architektonisch und finanziell aufwendig errichtetes Objekt handelt. Die Bemessung des verbliebenen Wertes der erbrachten, mangelhaften Werkleistung hat diesen aufwendigen Zuschnitt des gesamten Objekts zu berücksichtigen. Dieser Aspekt ist bei der Störung des Äquivalenzverhältnisses in besonderem Maße zu berücksichtigen. Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 22.02.2018 ausführt, ist nicht von einer objektivierten Bewertung durch einen "Markt" auszugehen (BGH, BauR 2018, 815, juris Rn. 41). Hier hat sich die Klägerin durch den geleisteten Werklohn eine ihren ästhetischen Ansprüchen und finanziellen Möglichkeiten entsprechende Werkleistung "erkauft". Daher war nicht eine rein technisch mögliche und taugliche Zuwegung in den Garten geschuldet, sondern neben der rein technischen Funktion überwog die ästhetische Wirkung, die die Großzügigkeit und Wertigkeit des Gesamtojekts widerspiegeln sollte. Diese Wirkung wurde nicht erzielt.

Bei der Bemessung des Minderungsbetrags ist es unerheblich, dass Mängelercheinungen erst 3 Jahre nach der Errichtung des Objekts offenbar geworden sind. Denn die Beklagten zu 1) und 5) schuldeten eine dauerhafte hochwertige und bestandskräftige Qualität ihrer Leistung, orientiert an der Lebensdauer des Gesamtojekts. Anders als z.B. ein Gebäudeanstrich ist der Treppenbelag ein beständiges Bauteil, das nicht in regelmäßigen Abständen zu erneuern oder zu renovieren ist. Die Bemessung des Minderwertes hat sich an der Funktion der Werkleistung zu orientieren. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll (BGH BauR 2008, 344 ff). Der funktionale Mangelbegriff erweitert den vereinbarten Leistungsumfang (OLG Düsseldorf IBR 2013, 611). Die Herstellungspflicht des Werkunternehmers beschränkt sich nicht auf die Einhaltung der vereinbarten Ausführungsart, wenn diese nicht zu einer zweckentsprechenden und funktionstauglichen Werkleistung führe. Die Leistungsvereinbarung der Parteien wird überlagert von der Herstellungspflicht, die dahin gehe, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk zu erbringen. Demgemäß schuldete die Beklagte zu 1) eine dauerhafte Bauleistung, die dem äs-

thetischen Anspruch und Zuschnitt des Gebäudes gerecht wird. Der Beklagte zu 5) hatte entsprechende Planungs- und Überwachungsleistungen zu erbringen, um ebenfalls dieses Ziel zu erreichen. Demgemäß ist es unerheblich, dass die Werkleistungen - rein optisch - jedenfalls für einen Zeitraum von drei Jahren diesen Anforderungen genügten. Diese Konstruktion war bereits bei Abnahme - allerdings damals noch unerkannt - mangelhaft.

Orientiert an der beschriebenen Funktionserwartung stellen sich die Verlegearbeiten der Beklagten zu 1) als in hohem Maße unbrauchbar dar. Wie von dem Senat in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, sind die Natursteinarbeiten auf den Kronen der umlaufenden Betonwände der UG-Terrasse, auf den Zwischenpodesten und den Treppenläufen der Treppen, die vom Haus in den Garten führen, nicht hinreichend gegen Feuchtigkeit geschützt. Die auf die Natursteine auftreffende Feuchtigkeit wird nicht fachgerecht abgeleitet. Danach sind an den Treppenwangen und an den Betonwänden Aussalzen, Farbblasen, Kalkausspülungen, Salze etc. und teilweise auch Trennrisse zu finden. Unter den Platten läuft Wasser in die Aufmörtelung. Wasser dringt durch die Abdeckplattenfugen und auch durch die Platten selbst in die Aufmörtelung. Im Winter kommt es zu Auffriererscheinungen, im Sommer zu Dampfdruck, so dass die Platten "hochgehen". Der Sachverständige B hat Hohllagen bei den Platten festgestellt. Diese Mängelercheinungen legen nahe, dass die Lebensdauer der Gesamtkonstruktion der Natursteinanlage erheblich vermindert ist. Nach den Feststellungen des Sachverständigen B hat sich in der Zeit zwischen seinen Gutachten von 2011 bis 2013 der Zustand der Anlage erheblich verschlechtert. Ein Indiz für ihre verkürzte Lebensdauer liegt auch darin, dass nach der Einschätzung des Sachverständigen C eine Mängelbeseitigung nur durch eine Totalsanierung möglich sei.

Wie die von dem Sachverständigen B gefertigten Fotos (Bl. 340 ff, 564 ff) zeigen, ist auch die ästhetische Wirkung der gesamten Natursteinarbeiten im Außenbereich erheblich beeinträchtigt. Durch die Feuchtigkeit sind die Wände verfärbt, der Putz ist großflächig abgebröckelt, es werden Farbbeulen offenbar. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass die Unterkonstruktion unterhalb des Travertinbelags kaum noch einen eigenständigen Wert hat. Sie ist durch den stetigen Eintritt von Feuchtigkeit infiziert. Daher ist eine Wertminderung um 80 % gerechtfertigt.

bb.

Ohne Erfolg rügt der Beklagte zu 5), dass die von der Klägerin benannten Vergütungspositionen 1.62.01 - 1.74.01 der Abrechnungsblätter zur Schlussrechnung auch die Vergütung für die Materiallieferungen erfassen. Das Material hätte bei einer Sanierung wiederverwendet werden können. Nach der von dem Beklagten zu 5) zitierten Entscheidung des OLG Frankfurt -13 U 191/16- , BauR 2019, 282 ff) ist aber nicht das eingesetzte Material von vornherein herauszurechnen, denn der vereinbarte Werklohn, der Ausgangspunkt für die Schadensschätzung ist, umfasst auch die Materialkosten. Entscheidend ist allein der Minderwert des Gesamtwerks wegen des nicht beseitigten Mangels.

Hier ist nicht erkennbar, dass das der Klägerin verbleibende Material noch einen wirtschaftlichen Wert hat. Die Parteien streiten darüber, ob Travertin überhaupt für den Außenbereich geeignet sei. Diese Frage muss hier nicht abschließend geklärt werden. Denn das verwendete Material und damit die Werkleistung der Beklagten zu 1) war mit dem Risiko belastet, für die konkrete Außenanlage ungeeignet zu sein. Über dieses Risiko war die Klägerin nicht aufgeklärt worden. Nach der Auffassung des gerichtlich bestellten Sachverständigen C ist das verlegte Material römischer Travertin nur bedingt für eine Außenanlage geeignet. Es handele sich um einen Süßwasser-Kalkstein, der mit Lunkern und Poren durchsetzt sei, die eine hohe Wasseraufnahme und Wasserdurchlässigkeit ermöglichen. Bei dem am Niederrhein häufigen Frost-Tau-Wechsel sei das Material nur eingeschränkt für freiliegende Außenanlagen geeignet. Die gespachtelte Oberfläche wirke sich negativ auf das Gefüge des Kalksteins aus, weil das Gefüge des Kalksteins hierdurch nicht weniger wasserundurchlässig werde und sich die in den unter der gespachtelten Oberfläche liegenden Hohlstellen befindliche Feuchtigkeit bei Frosteinwirkung und Volumenvergrößerung die gespachtelten Oberflächen beschädige. Überdies verwittere dieses Material deutlich schneller. Dass die Beklagten dies bestreiten, ist letztlich für die Bemessung der Werthaltigkeit des Materials unerheblich. Denn die Verwendung dieses Materials ist in jedem Fall mit dem von einem anerkannten Sachverständigen formulierten Risiko verbunden, nicht für den Außenbereich geeignet zu sein. Dass die Klägerin sich bewusst dieses Risikos ausgesetzt hat, ist nicht dargetan worden. Es wäre ihr nicht zumutbar, dieses Risiko im Falle einer Sanierung erneut einzugehen.

cc.

Zu der für die Minderung anzusetzenden Vergütung der mangelhaften Natursteinarbeiten zählen auch die von der Klägerin aus der Position 1.75 geltend gemachten 144 Stunden nebst Materialanteil in Höhe insgesamt 8.932,03 € brutto. Die Klägerin hat mit dem vorgelegten Stundenlohnnachweis sowohl die Anzahl der Stunden, als auch die Höhe des Materialanteils plausibel gemacht. Dies bestreiten die Beklagten auch nicht. Die Behauptung der Beklagten zu 1), es handele sich um Rohbauarbeiten, die mit der Treppengewerk nichts zu tun gehabt hätten, ist unerheblich. In dem Stundenlohnnachweis ist als Baustelle ausdrücklich das mangelhafte Gewerk, nämlich die "Außentreppenanlage", bezeichnet worden. Unter der Rubrik "ausgeführte Arbeiten" ging es auch um das Einmessen der Treppenanlage, nachdem festgestellt worden sei, dass eine Stufe fehlte. Überdies ist die Anlage eingeschalt und aufbetoniert worden. Mit diesen Arbeiten am "Unterbau" der Treppe ist die Beklagte zu 1) unstreitig betraut worden. Sie sind damit Teil des mangelhaften Gewerks. Dass es sich um Korrekturen und ggf. um Mängelbeseitigungsarbeiten für ein anderes Gewerk handelt, ist ebenfalls unerheblich. Die Treppenanlage - auch soweit sie um eine weitere Stufe ertüchtigt worden ist - ist mangelhaft. Durch ihre in dem Stundenlohnnachweis erledigten Arbeiten wurden sie Teil der Werkleistung der Beklagten zu 1), die aufgrund der oben benannten Mängel nur noch einen geringen Wert für die Klägerin hatte.

dd.

Zu Recht rügt der Beklagte zu 5), dass die von der Klägerin geltend gemachten Verputzungsarbeiten an der Hochwasserschutzmauer, den Gartentreppen und der Treppe in das Erdgeschoss in Höhe von 2.624,34 € nicht bei der Bemessung des Minderungsbetrags zu berücksichtigen sind. Es ist nicht erkennbar, dass sie Teil der Leistung der Beklagten zu 1) sind, deren verminderter Wert zu ermitteln ist. Sie sind vielmehr dem Gewerk des Putzers zuzuordnen, mit dem die Beklagte zu 1) nicht betraut war.

Fraglich ist, ob die Klägerin unabhängig von der Bemessung ihres Schadens nach dem Minderwert der konkreten mangelhaften Werkleistung ihren Schaden auch auf frustrierte Aufwendungen für andere Gewerke ausdehnen kann, die aufgrund der mangelhaften Werkleistung der Beklagten zu 1) ihren Wert verloren haben. Dies hätte zur Konsequenz, dass ein Besteller die geleistete Vergütung für die im engen Zusammenhang

mit dem mangelhaften Gewerk stehenden Folgegewerke als vergebliche Aufwendungen geltend machen könnte.

Diese Schadensbemessung dürfte nach der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr zulässig sein. Denn dieser hat abschließend die Wege der Schadensbemessung aufgezeigt. Diese beschränken sich darauf, den Schaden nach den tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten, nach dem Minderwert des Gesamtobjekts bzw. dem Minderwert des konkreten Gewerks zu bemessen oder einen Vorschuss auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu fordern. Unnötige oder infolge des Werkmangels nutzlose Aufwendungen für andere Gewerke können demnach nur im Rahmen des Minderwerts des Gesamtobjekts berücksichtigt werden. Andernfalls würde der von dem BGH verfolgte Gedanke der Verhinderung von Überkompensation ausgehöhlt. Denn gerade bei gravierenden Planungsmängeln des Architekten oder Fehlern der Statik würden nahezu sämtliche nachfolgenden Werkleistungen nutzlos und durch den Mangel infiziert sein, so dass der darauf gezahlte Werklohn vergebens investiert wäre. Dann könnte der Besteller die geleisteten Beträge für sich vereinnahmen, ohne sie zur Mängelbeseitigung zu nutzen. Im Übrigen billigt § 284 BGB dem Gläubiger auch nur anstelle des Schadensersatzes den Ersatz fehlgeschlagener Aufwendungen zu. Hier hat sich die Klägerin für Schadensersatz entschieden.

c.

Die Sachverständigenkosten in Höhe von 2.394,69 € sind gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 BGB ersatzfähig. Wie der Senat bereits in dem angefochtenen Urteil deutlich gemacht hat, sind diese Kosten angefallen und zur Durchsetzung der Ansprüche der Klägerin auch notwendig gewesen. Die Klägerin bedurfte fachkundigen Rats, um ihre Rechte sowohl in diesem Rechtsstreit und seinem Vorfeld als auch in dem selbständigen Beweisverfahren angemessen wahren zu können. Dass die Klägerin möglicherweise diese Kosten auch im Kostenerstattungsverfahren geltend machen könnte, hindert sie nicht, diese als selbständige Schadenspositionen zu verfolgen.

d.

Von dem sich ergebenden Schadensbetrag lässt sich die Klägerin im Verhältnis zu Beklagten zu 1) wegen des Mitverschuldens des Beklagten zu 5) 25 % anrechnen.

Der Beklagte zu 5) haftet auf 100 %. Beide sind Gesamtschuldner. Ihre Schuld ist bereits durch die Zahlungen der Beklagten zu 3) und 4) teilweise gemäß §§ 422 Abs. 1, 362 BGB erloschen. Die Beklagte zu 3) zahlte 11.500 € nebst Zinsen in Höhe von 4.160 € und die Beklagte zu 4) leistete 15.000 € nebst 5.424,52 € Zinsen.

2.

Soweit der zugebilligte Schadensbetrag hinter dem ursprünglich beantragten Schaden (unter Berücksichtigung der Klagerücknahmen) zurückbleibt, hat sich - entgegen der Ansicht der Klägerin - der Rechtsstreit nicht teilweise erledigt.

Wie der Senat bereits in seinem angefochtenen Urteil deutlich gemacht hat, hat sich der Rechtsstreit im Hinblick auf den Umsatzsteueranteil dadurch, dass die Klägerin statt des Vorschussanspruchs nun Schadensersatz begehrt, nicht erledigt. Nachdem nun der BGH seine Rechtsprechung zur Bemessung des Schadens geändert hat, liegt in der Änderung der Rechtsprechung kein erledigendes Ereignis. Ein Erledigungseignis ist eine Tatsache mit Auswirkungen auf die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage (BGHZ 155, 392 ff.). Die Hauptsache ist erledigt, wenn die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das behauptete Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde (BGH a.a.O.) Hier hat sich die Veräußerung des Objekts weder auf die Zulässigkeit noch auf die Begründetheit der Klage ausgewirkt. Die Klägerin hat zwar ihre Begehren von einem Vorschuss- auf ein Schadensersatzbegehren umgestellt. Sie hat dies aber nicht bei der Höhe ihres Anspruchs berücksichtigt, sondern hat an der absoluten Höhe ihres Antrags festgehalten. Anders als bei ihrem Feststellungsbegehren hat sie in Bezug auf den Schadensersatzanspruch keine Erledigung erklärt (s. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 03.12.2015j). Soweit nach der geänderten Rechtsprechung des BGH neben dem Umsatzsteueranteil nunmehr auch die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht mehr ersatzfähig sind, verwirklicht sich das allgemeine Prozessrisiko der Klägerin.

3.

Der Verzugszinsanspruch beruht auf §§ 280, 286, 288 BGB. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 2, 91a, 100 Abs. 4, 101, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Kostenentscheidung berücksichtigt auch, dass die Beklagten zu 2) bis 4) nicht an dem Revisionsverfahren

teilgenommen haben. Gleichwohl hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Rechtsmittelgericht die Kosten des Rechtsstreits unter den Parteien nach dem Verhältnis des endgültigen Obsiegens und Unterliegens zu verteilen und kann dabei die einen im Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligten Streitgenossen betreffende Kostenentscheidung der Vorinstanz ändern (vgl. MDR 1981, 928 ff). Ferner war zu berücksichtigen, dass gemäß § 15 Abs. 5 S. 2 RVG für das nach der Zurückverweisung durch den Bundesgerichtshof fortgesetzte Berufungsverfahren bei der Kostenberechnung nur die Terminsgebühr nicht die Verfahrensgebühr angesetzt worden ist, weil das vorangehende Berufungsverfahren nicht mehr als 2 Jahre vor der Zurückverweisung entschieden worden war. Im Hinblick auf die geringfügige Beteiligung der Beklagten zu 2) bis 4) an den in der Berufung angefallenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin war nach § 92 Abs. 2 ZPO zu verfahren.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

OLG Stuttgart zu der Frage, dass die Abnahme der GU-Leistung nicht die Abnahme der NU-Leistung bedeutet

vorgestellt von Thomas Ax

1. § 641 Abs. 2 BGB beinhaltet nach dem Wortlaut der Norm, ihrer Stellung im BGB und dem gesetzgeberischen Zweck allein eine Regelung zur Fälligkeit des Werklohns. Weitere Rechtsfolgen einer Abnahme kann die Durchgriffsfälligkeit daher nicht auslösen.

2. Die Durchgriffsfälligkeit berührt die Beweislast des Unternehmers für die Mangelfreiheit seines Werks vor Abnahme nicht, weil der Vertragspartner des Unternehmers die Werkleistung nicht als Erfüllung angenommen hat (§ 363 BGB).

3. Die Mangelhaftigkeit der Werkleistung steht beim Vorliegen der Voraussetzungen der Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB zwar nicht der Fälligkeit der Werklohnforderung entgegen, sie begründet aber ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Werklohnforderung.

OLG Stuttgart, Urteil vom 22.10.2024 - 10 U 34/24

Gründe

A.

I.

Die Klägerin macht verbleibende Ansprüche auf Werklohnvergütung aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom 13.11.2017 geltend, in welchem sie mit Planungs- und Bauleistungen der Technischen Gebäudeausrüstung bei der Sanierung eines Museums in Bad Homburg beauftragt wurde. Im Bauvertrag war die Geltung der VOB/B vereinbart. Die Beklagte ihrerseits war als Auftragnehmerin aufgrund eines Generalübernehmervertrages vom 26.10.2017 / 07.11.2017 mit der Bauherrin S. als Auftraggeberin vertraglich verbunden und verpflichtete sich dieser gegenüber zur Erbringung sämtlicher Architekten- und Ingenieurleistungen einschließlich sämtlicher erforderlicher Fachplanungsleistungen im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Bauvorhaben.

In Ziffer 3.5 („Umsatzsteuer“) des Bauvertrages vom 13.11.2017 heißt es:

„Die Mehrwertsteuer ist in den vorstehenden Preisen nicht enthalten.

Der AG ist Umsatzschuldner und wird die Umsatzsteuer an das zuständige Finanzamt abführen. Der AN wird jeweils Netto-Rechnungen (ohne ausgewiesene Umsatzsteuer) ausstellen, die den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes entsprechen müssen. Er wird in den Rechnungen auf die Steuerschuldnerschaft des AG hinweisen.“

Der Umfang der von der Klägerin vertraglich geschuldeten Leistungen ist insbesondere im Hinblick auf Erhaltungmaßnahmen an der Gebäudehülle zwischen den Parteien streitig.

Z. 6 des Bauvertrags sieht eine förmliche Abnahme vor.

Für die Leistungen der Klägerin war zunächst ein Pauschalpreis von 1.125.000,00 € vereinbart, der später im Wege eines Nachtrags vom 02.10.2018 um 94.000,00 € netto erhöht wurde (Anl. K8). Dieser Nachtrag wurde – vereinbarungsgemäß vor der Fertigstellung aller klägerischen Leistungen – gesondert abgerechnet (Anlage K 24) und von der Beklagten bezahlt. Darüber hinaus wurde der Austausch der Einbauleuchten in der Lounge und im Flur UG zum Preis von weiteren 9.000,00 € vereinbart.

Eine weitere Zusatzvereinbarung war erstinstanzlich zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin behauptete weitergehende Zusatzvereinbarungen im Umfang von insgesamt 64.149,39 € netto (76.337,77 € brutto). Diesbezüglich wies das Landgericht die Klage im angefochtenen Urteil vom 28.02.2024 (I.1 der Entscheidungsgründe) ab. In diesem Umfang ficht die Klägerin das Urteil nicht an.

Die Klägerin rechnete ihre vertraglichen Leistungen unter Berücksichtigung der gesonderten Abrechnung für den Nachtrag vom 02.10.2018 mit Schlussrechnung vom 30.06.2020 ab, die der Beklagten am 28.10.2020 übersandt wurde.

Den nach Abzug geleisteter Abschlagszahlungen geltend gemachten Restbetrag bezahlte die Beklagte auch nach Aufforderung durch die Klägerin nicht.

Die Beklagte, die mittlerweile von der Rechtsnachfolgerin der Bauherrin vor dem Landgericht Frankfurt am Main auf Schadensersatz wegen behaupteter Mängel im Rahmen der Erbringung der vertraglichen Leistung durch die Beklagte in Anspruch genommen wird (Az. 2-26 O 634/23), erhebt gegenüber der Klägerin insbesondere aufgrund der von der Bauherrin geltend gemachten Mängel Einwendungen gegen den Werklohnanspruch der Klägerin.

Die Parteien streiten über die Verantwortung für Mängel und Schäden, die am Bauwerk aufgetreten sind.

II.

Das Landgericht hat die Klage – in Höhe von 159.460 € als derzeit unbegründet und im Übrigen endgültig – abgewiesen.

Der Klägerin stehe in Höhe von 76.337,77 € kein Vergütungsanspruch gem. §§ 2 VOB/B, 631 BGB zu, weil die Vereinbarung und Erbringung der in Pos. 2.1.1 der Schlussrechnung mit 64.149,39 € zzgl. Umsatzsteuer abgerechneten Leistungen nicht schlüssig dargelegt worden sei.

In Höhe von 159.460 € sei die Klage mangels Fälligkeit des Werklohns derzeit unbegründet.

Eine förmliche Abnahme habe unstreitig nicht stattgefunden, ohne dass ein einvernehmlicher Verzicht – insbesondere unter Beachtung der in Z. 14.1 des Vertrags vorgesehenen doppelten Schriftformklausel – der Par-

teien auf die in Z. 6.1 des Bauvertrags vertraglich vorgesehene förmliche Abnahme vorliege. Selbst einen mündlich vereinbarten Verzicht auf die Schriftform zur Änderung der Schriftformklausel habe die Klägerin nicht dargelegt.

Eine wirksame mündliche Abnahme sei – insbesondere anlässlich eines Vor-Ort-Termins vom 11.02.2020 – nicht festzustellen, da es jedenfalls an einer Annahmeerklärung der Klägerin fehle.

Aufgrund der unstrittigen Darstellung der Abschlagszahlungen in der Schlussrechnung im Umfang von 1.190.000,00 € gehe das Gericht davon aus, dass die Klägerin die in Z. 5.1 und 5.2 des Bauvertrags vereinbarten Abschlagsrechnungen entgegen 3.5 des Bauvertrags mit Umsatzsteuerausweis gestellt und die Beklagte darauf Abschlagszahlungen in Höhe der in der Schlussrechnung ausgewiesenen jeweiligen Bruttobeträge geleistet habe. Die in der Schlussrechnung ausgewiesene Umsatzsteuerforderung sei dann auch als derzeit unbegründet abzuweisen.

Weder das von der Klägerin beantragte erneute Schriftsatzrecht noch deren nicht nachgelassener Schriftsatz vom 14.02.2024 veranlassten eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO.

Mangels Hauptforderung stehe der Klägerin auch der geltend gemachte Zinsanspruch nicht zu.

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

III.

Mit seiner Berufung wendet sich die Klägerin gegen die – nur nach den Entscheidungsgründen als derzeit unbegründet – erfolgte Abweisung der Klage, soweit i.H.v. 159.460,00 € mangels Abnahme eine Fälligkeit nicht gegeben sei. Im Übrigen, soweit die Klage wegen eines Betrages in Höhe von brutto € 76.337,77 als (endgültig) unbegründet abgewiesen wurde, greift sie das Urteil nicht an.

Die Entscheidung beruhe auf einer Rechtsverletzung. Es sei unrichtig, dass es auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung in diesem Rechtsstreit ankomme, was auch den Hinweisen des Gerichts in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 widerspreche. Es stelle eine Verletzung der Klägerin auf rechtliches Gehör dar, dass das Gericht in überraschender Weise die Abnahmereife nicht geprüft und hierfür gegebenenfalls einen

Beweisbeschluss erlassen habe. Ein Verzicht auf die förmliche Abnahme sei wirksam vereinbart worden, wobei Nr. 14.1 des Bauvertrags aufgrund seiner Unwirksamkeit nicht entgegenstehe, da es sich dabei um eine allgemeine Geschäftsbedingung handele. Aus den Umständen der Vor-Ort-Besprechung am 11.02.2020 sei zu entnehmen gewesen, dass der Geschäftsführer der Berufungsbeklagten Herr Wolff, unabhängig von gegebenenfalls bestehenden vertraglichen Regelungen, verbindlich die Abnahme gegenüber Herrn C., Geschäftsführer der Klägerin, und Herrn R. habe erklären wollen. Das Landgericht habe dabei den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin aus dem Schriftsatz vom 01.12.2023 übergangen. Die Klägerin habe zudem den Vertragsgegenstand vollständig dargelegt und auch zur Leistungserbringung vollständig vorgetragen. Das Landgericht habe das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt, indem das mit Schriftsatz vom 6. Februar 2024 beantragte Schriftsatzrecht nicht gewährt worden sei.

Die Auftraggeberin der Berufungsbeklagten und Bauherrin habe die Leistungen gegenüber der Berufungsbeklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen.

Allein das Thema TGA sei ihr nach dem Bauvertrag vom 13.11.2017 zugeordnet worden, sodass Mängelansprüche, die über diesen Bereich hinausgingen, gegen die Klägerin von vornherein nicht bestünden. Der Beklagten sowie dem von dieser beauftragten Objektplanungsbüro P. GmbH seien die Leistungen in Bezug auf die Gebäudehülle und die Baukonstruktion im Übrigen zugewiesen worden, sodass die Beklagte insbesondere aus einer behaupteten Vereinbarung mit der P. GmbH vom 20.06.2017 und einer angeblich von der Klägerin mitgestalteten Präsentation vom 04.09.2017 nichts herleiten könne. Ihrer Pflicht zur Erteilung von Bedenkenhinweisen sei die Klägerin in Bezug auf die Gebäudekonstruktion in ausreichendem Maße nachgekommen. Die Koordination fachlich Beteiligter zur Beseitigung bestehender Schwachstellen der Gebäudehülle sei Aufgabe des Objektplaners der Beklagten (Büro P. GmbH) gewesen. Die vertraglich geschuldeten Planungsleistungen seien vollständig und mangelfrei von der Klägerin erbracht worden. Soweit die Beklagte Mängel an der vertraglich geschuldeten Werkleistung der Klägerin behauptet habe, habe sie diese Behauptungen teilweise nicht mehr aufrechterhalten. Hinsichtlich einzelner kleinerer Mängelbehauptungen habe die Klägerin der Berufungsbeklagten bereits angeboten, diese Arbeiten kostenneutral durchzuführen. Die Beklagte habe zuletzt am 14.05.2024 mitgeteilt, dass die Bauherrin derzeit keine Durchführung dieser

Maßnahmen wünsche. Im Übrigen habe die Klägerin ihre Leistungen mangelfrei erbracht.

Mit nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingereichtem Schriftsatz vom 19.08.2024 bringt die Klägerin weiter vor, im Rahmen der Einarbeitung in das Verfahren beim Landgericht Frankfurt am Main (Az 2-26 O 634/23) zwischen der S. und der Beklagten, an welchem die Klägerin als Streithelferin der Beklagten beteiligt sei, habe sich herausgestellt, dass die Leistungen der Beklagten einschließlich der „kompletten technischen Sanierung“, die sie als Generalübernehmerin für die Sanierung des Museums gegenüber der Bauherrin erbracht habe und somit auch sämtliche solcher Leistungen, die seitens der Beklagten im Rahmen des streitgegenständlichen Vertragsverhältnisses an die Klägerin untervergeben worden seien, bereits am 21.11.2018 in einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll abgenommen worden seien.

Die Klägerin beantragt:

Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 28.02.2024, Az. 28 O 81/23 wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin € 159.460,00 nebst Zinsen hierauf in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.11.2020 zu bezahlen.

Hilfsweise: Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 28.02.2024, Az. 28 O 81/23 wird insoweit aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, als dass die Klage im Übrigen wegen eines Betrags in Höhe von € 159.460,00 als derzeit unbegründet abgewiesen wurde.

IV.

Die Beklagte beantragt:

im Umfang der Klagerücknahme der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und die Feststellungen über die nach § 269 Abs. 3 ZPO eintretenden Wirkungen zu beschließen, im Übrigen die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Keineswegs habe das Landgericht Abnahmereife mit Abnahmeerklärung verwechselt.

Eine Abnahmereife könne weiterhin nicht festgestellt werden. Diese hänge vom Ausgang des Verfahrens vor dem Landgericht Frankfurt am Main aufgrund der

Streitverkündung gegen die Klägerin im Verfahren der S. gegen die hiesige Beklagte ab. Die Klägerin habe einen Werkerfolg geschuldet, nicht aber Einzelleistungen, auf deren Erbringung die Beklagte gleichwohl nicht habe verzichten können. Die Klägerin habe selbst eine förmliche Abnahme verlangt, die unstreitig nicht erteilt worden sei und nicht habe erteilt werden können. Für die Beklagte sei es ersichtlich von elementarer Bedeutung gewesen, dass sie als Haupt-Auftragnehmerin gegenüber der Klägerin als ihrer Subunternehmerin den Tag des Beginns der Verjährungsfrist nach der vertraglichen Vereinbarung genau habe bestimmen können. Die Klägerin habe zur Abnahmereife gar nicht vorgebracht. Die vertraglichen Voraussetzungen für eine Abnahmeerklärung fehlten weiterhin. Die Klägerin sei vorgerichtlich selbst von der Notwendigkeit der förmlichen Abnahme, auf welche sich die Parteien verständigt hatten, ausgegangen. Aus den dem Termin vom 11.02.2020 nachgelagerten Schreiben – insbesondere dem Schreiben vom 13.12.2022 (Anlage B 22) – der Klägerin und der Vorlage der Abnahmeprotokolle zur Unterzeichnung gehe hervor, dass die Klägerin ein Angebot der Beklagten zur Abbedingung der förmlichen Abnahme nicht angenommen habe bzw. haben könne. Der am 21.02.2020 per E-Mail durch die Klägerin übermittelte Mitschrieb der Besprechung vom 11.02.2020 erfülle nicht die Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Zum Zeitpunkt 2022 sei die Klägerin längst über die im Kern schon bei Abschluss der Bauleistungen bestehenden erheblichen Mängel der Gebäudetechnik im gegenständlichen Objekt informiert und von der Beklagten in Anspruch genommen worden. Die Klägerin habe bis zuletzt nicht beantwortet, welche Leistungen ihr vertragliches Leistungssoll zu 100 % ausfüllten und daher die vertraglichen Grundlagen nicht vollständig dargelegt. Die Parteien hätten zwei Verträge abgeschlossen, nämlich den der P. GmbH vom 20.06.2017 mit der Beklagten sowie den Bauvertrag vom 13.11.2017. Ausweislich ihrer eigenen Schlussrechnung habe die Klägerin das Vertrags-soll zutreffend mit „Planung, Umbau, Sanierung“ beschrieben. Die Klägerin könne nicht ihre Tätigkeit im Rahmen der Vereinbarung vom 20.06.2017, für welche sie die A. GmbH als Subunternehmerin engagiert habe, von den späteren Planungs- und Bauleistungen abkoppeln, zumal diese Planungstätigkeit vollumfänglich als Vertragsbestandteil vereinbart worden sei. Die Gebäuhülle des gegenständlichen Gebäudes sei aufgrund des Denkmalschutzes nicht angerührt worden, was nicht gegen den Willen der Klägerin, sondern im Zusammenwirken mit dieser geschehen sei.

Zum Schriftsatz der Klägerin vom 19.08.2024 erwidert die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.08.2024, der neue Vortrag sei nicht zuzulassen. Ausweislich Anlage K 48 habe der damalige Projektleiter der Klägerin R. an der Abnahmehandlung vom 21.11.2018 persönlich teilgenommen. Zugleich habe die Klägerin gewusst, dass diese Abnahme für sie nicht relevant gewesen sei, weil der Leistungszeitraum für sie selbst noch nicht abgeschlossen gewesen sei.

V.

Bezüglich des weiteren Sach- und Streitstands in beiden Instanzen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Protokolle der mündlichen Verhandlungen und den übrigen Aktinhalt verwiesen.

B.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und hat jedenfalls vorläufig insofern Erfolg, als dass das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren Beweisaufnahme, Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen wird, soweit die Klage hinsichtlich eines Betrages in Höhe von 134.000,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.11.2020 als derzeit unbegründet abgewiesen wurde. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.

I.

Die Berufung der Klägerin ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthaft; die gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwerde ist – auch vor dem Hintergrund, dass die Klägerin das erstinstanzliche Urteil im Umfang der (endgültig erfolgten) Klagabweisung hinsichtlich eines Betrags von 76.337,77 € nicht angreift – erreicht. Die Form- und Fristvorschriften der §§ 517, 519 und 520 ZPO sind gewahrt. Die Berufung ist zulässig.

II.

1.

Das Urteil des Landgerichts unterliegt gemäß §§ 528, 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ZPO nur insoweit der Anfechtung, als i.H.v. 159.460,00 € die Abweisung der Klage mangels Fälligkeit des Werklohns (in den Entscheidungsgründen) als derzeit unbegründet erfolgt ist. Soweit eine (endgültige) Abweisung der Klage hinsichtlich der Position 2.1.1 der Schlussrechnung im Umfang von

64.149,39 € netto und der aus diesem Betrag anfallenden Umsatzsteuer (brutto somit 76.337,77 €) erfolgt ist, greift die Klägerin das Urteil ausdrücklich nicht an. Insoweit – hinsichtlich dieses abgrenzbaren Teils des klägerischen Anspruchs in Höhe von 76.337,77 € – unterliegt das Urteil daher gemäß § 528 S. 2 ZPO nicht der Abänderung und ist in diesem Umfang rechtskräftig geworden.

Anders als von der Beklagten angenommen ist im Vorgehen der Klägerin keine Klagerücknahme im Sinne von § 269 ZPO zu erblicken, sondern eine Beschränkung des Berufungsantrags mit der Folge der damit einhergehenden Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Rechtsmittelgerichts (MüKoZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, ZPO § 528 Rn. 3, beck-online).

2.

Soweit die Klägerin mit der Berufung die Umsatzsteuer aus einem Nettobetrag von 134.000,00 € und somit weitere 25.460,00 € geltend macht, steht ihr ein solcher Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Die Klage unterliegt daher in dieser Höhe der Abweisung und die Berufung der Zurückweisung.

a.

Unstreitig haben die Parteien im Bauvertrag vom 13.11.2017 in Z. 3.5 die Umschuldnerschaft der Beklagten ebenso festgehalten wie deren Verpflichtung, die Umsatzsteuer an das zuständige Finanzamt abzuführen. Daher sollte die Klägerin jeweils Netto-Rechnungen (ohne ausgewiesene Umsatzsteuer) ausstellen. Eine Grundlage für die Geltendmachung von Umsatzsteuer durch die Klägerin ist daher nicht ersichtlich. Etwas Anderes ergibt sich insbesondere auch nicht daraus, dass – wie aus der Schlussrechnung gemäß Anlage K9 ersichtlich – die 5 von der Klägerin erteilten Abschlagsrechnungen Umsatzsteuer auswiesen und die Beklagte diese beglich. Ein Wille, dadurch die vertragliche Vereinbarung in Z. 3.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 abzubedingen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, zumal die Umschuldnerschaft der Beklagten aus § 13b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 S. 1 UStG resultiert. Wie aus dem Wortlaut dieser Vorschrift hervorgeht, können Planungs- und Überwachungsleistungen nicht zu einer Verlagerung der Steuerschuld führen. Ist, wie vorliegend, die Bauleistung Hauptleistung bzw. liegt in ihr der Schwerpunkt der erbrachten Leistungen, erstreckt sich die Verlagerung der Steuerschuld auch auf die (unselbstständigen) Nebenleistungen. Diese teilen das Schicksal der Hauptleistung

(BeckOK UStG/Spilker, 41. Ed. 16.6.2024, UStG § 13b Rn. 194, beck-online). Nachdem die Parteien auf einem fremden Grundstück bauten, erbrachte die Beklagte – anders als ein Bauträger (BFH, Urteil vom 22. August 2013 – V R 37/10 –, juris; BeckOK UStG/Spilker, a. a. O., Rn. 209, beck-online) – auch eine eigene Bauleistung im Sinne von § 13b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 S. 1 UStG und ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt Steuerschuldnerin.

b.

Die Klage ist daher im Hinblick auf die geltend gemachte Umsatzsteuer i.H.v. 25.460,00 € unschlüssig. Der infolgedessen auszusprechenden endgültigen Abweisung der Klage steht auch nicht das Verschlechterungsverbot durch die Bindung an die Berufungsanträge gemäß § 528 ZPO entgegen. Das Verschlechterungsverbot ist auf die vorliegende Konstellation der erstinstanzlich erfolgten Abweisung als (lediglich) derzeit unbegründet nicht anwendbar, da die Klägerin durch das angefochtene Urteil insoweit noch keine schutzwürdige Position erlangt hat (BGH, Urteil vom 21. April 1988 – VII ZR 372/86 –, BGHZ 104, 212-215; Rn. 21; OLG Hamm, Urteil vom 10. März 2022 – I-24 U 194/20 –, Rn. 66, juris).

c.

Da ein Hauptanspruch in diesem Umfang (25.460,00 €) nicht gegeben ist, ist insoweit auch der als Nebenforderung geltend gemachte Zinsanspruch unbegründet mit der Folge, dass die Berufung insoweit der Zurückweisung unterliegt. Ein Zinsanspruch ergibt sich mangels Hauptforderung insbesondere nicht aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

3.

Ob ein Anspruch der Klägerin auf restliche Werklohnvergütung in Höhe von 134.000,00 € gemäß § 631 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung besteht, kann derzeit nicht beurteilt werden.

a.

Das gegenständliche Geschehen beruht auf einem Schuldverhältnis in Gestalt des Bauvertrages vom 13.11.2017 (Anl. K6, K 20). Nachdem dieses Schuldverhältnis vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden gemäß Art. 229 § 39 EGBGB die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung Anwendung. In diesen Vertrag wurde

gemäß Z. 2.9 des Bauvertrags die VOB/B Fassung 2016 wirksam einbezogen.

b.

Die Klägerin ist aktivlegitimiert; die Beklagte ist passivlegitimiert.

Der Bauvertrag vom 13.11.2017 wurde zwischen der W. als Auftraggeberin und der B. GmbH als Auftragnehmerin geschlossen.

aa.

Die Klägerin ist als Rechtsnachfolgerin der B. GmbH aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 28.02.2020 und der Versammlungsbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger vom 28.02.2020, wie aus dem als K 1 vorgelegten Handelsregistrauszug ersichtlich, gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG aktivlegitimiert.

bb.

Die Beklagte ist ausweislich der als Anlagen K 3 - K 5 vorgelegten Handelsregistrauszüge als Rechtsnachfolgerin der W. aufgrund der Verschmelzungen der Selbigen mit der N. GmbH (Anlage K 3) und deren Verschmelzung mit der V. GmbH (Anlage K 4), die nunmehr wie im Passivrubrum angegeben am Rechtsverkehr teilnimmt (Anlage K 5) gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG passivlegitimiert.

c.

Die W. und die B. GmbH haben mit dem durch den Geschäftsführer der Klägerin Herrn C. und den Geschäftsführer der Beklagten Herrn X. unterzeichneten Bauvertrag vom 13.11.2017 einen wirksamen Globalpauschalpreisvertrag geschlossen, mit welchem die Klägerin zu einem Pauschal-Festpreis von netto 1.125.000,00 € beauftragt wurde. Die Vertragssumme wurde nachträglich im Zuge des Nachtrags Nr. 1 gemäß Anl. K 8 vom 13.09.2018 um 94.000,00 € auf 1.219.000,00 € erhöht (Anl. K 8), wobei diese Erhöhung zwischen den Parteien unstreitig gesondert abgerechnet wurde und daher nicht Gegenstand des hier von der Klägerin geltend gemachten Vergütungsanspruches ist. Darüber hinaus sollte die Klägerin unstreitig gegen eine Vergütung von 9.000,00 € zusätzlich zu den ursprünglich vereinbarten Leistungen die Einbauleuchten in der Lounge und im Flur des UG austauschen. Die Beklagte beauftragte diese Leistungen mit E-Mail vom 24.05.2019 (Anlage K 26).

aa.

Entgegen der Auffassung der Beklagten schuldete die Klägerin durch den Bauvertrag vom 13.11.2017 nach einer Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB nicht alle Grundleistungen des Leistungsbildes Technische Ausrüstung wie in § 55 i. V. m. Anlage 15 Nummer 15.1 zu § 55 Abs. 3 HOAI 2013 beschrieben.

aaa.

Was ein Architekt oder Ingenieur vertraglich schuldet, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel also aus dem Recht des Werkvertrages. Der Inhalt dieses Architekten-/Ingenieurvertrages ist nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Vertragsrechts zu ermitteln (BeckOK HOAI/Söns, 13. Ed. 1.11.2022, HOAI 2013 § 7 Rn. 16, beck-online, BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 – VII ZR 283/95 –, BGHZ 133, 399-404). Die HOAI enthält keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen; die in der HOAI geregelten "Leistungsbilder" sind Gebührentatbestände für die Berechnung des Honorars der Höhe nach (BGH, a. a. O.). Die Parteien können durch Bezugnahme auf die Leistungsbilder oder Leistungsphasen der HOAI diese zum Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht machen. Diese stellen dann eine Auslegungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung dar (BGH, Urteil vom 26. 7. 2007 – VII ZR 42/05). Vorliegend sollte der Umfang der vertraglich geschuldeten Leistung der Klägerin nicht durch eine Bezugnahme der Leistungsbeschreibung auf Leistungsbilder oder Leistungsphasen gemäß § 55 i. V. m. Anlage 15 Nummer 15.1 zu § 55 Abs. 3 HOAI 2013 bestimmt werden. Die Parteien haben für die Beschreibung der Leistung der Klägerin einen anderen Weg gewählt.

Gemäß Ziffer 1 Abs. 1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 waren Gegenstand des Vertrages „Bauleistungen und Ingenieurleistungen des Leistungsbildes Technische Ausrüstung, § 55 HOAI in dem nach § 3 dieses Vertrages beschriebenen Umfang“. Ersichtlich ist mit „§ 3 dieses Vertrages“ Ziffer 3 des Vertrages („Leistungen des AN/Vertragspreis“) gemeint. Nach der dortigen Unterziffer 3.1 umfasst die Leistungspflicht der Klägerin alle Leistungen, die erforderlich sind, um das durch den Vertragsgegenstand und die Bestimmungen dieses Vertrags beschriebene Vertragsobjekt „funktions- und bezugsfähig zur Nutzung zu übergeben“. Die Leistung war somit funktional und konkretisierend durch die – wie aus der einleitenden Voranstellung des Wortes „insbesondere“ deutlich wird – beispielhafte Auflistung

von Einzelleistungen beschrieben, nicht aber durch einen im Einzelnen vorgegebenen Leistungskatalog. Die Parteien haben damit die von der Klägerin zu erbringende Leistung pauschaliert und einen Globalpauschalvertrag abgeschlossen.

Deutlich wird dies auch daraus, dass die Parteien erkennbar auf bereits vorhandene Planungen aufbauten und ausdrücklich auf ein konkretes, zuvor zwischen den Beteiligten abgestimmtes Planungsziel im letzten Absatz zu Ziffer 1 des Vertrages abhoben, in welchem der Gegenstand des Vertrages beschrieben wird. Dort heißt es, die Beklagte habe im Rahmen einer Präsentation am 04.09.2017 in München dem Bauherrn die Möglichkeiten zur Sanierung des Objekts vorgestellt, wobei von der Beklagten zwei Varianten erarbeitet worden seien und die vom Bauherrn gewählte Variante 2b eine Technikerweiterung, die Entkernung des Dachgeschosses sowie dessen Umbau (Einziehen der neuen Wände und Türen) beinhaltet. Hätten die Parteien an das konkrete Leistungsbild der Technischen Ausrüstung anknüpfen wollen, zu welchem gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 HOAI 2013 insbesondere auch die Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) und die Vorplanung (Leistungsphase 2) gehört hätten, hätte ein Anknüpfen an diese bereits vorhandenen Planungen keinen Sinn ergeben.

bbb.

Durch diesen letzten Absatz zu Ziffer 1 des Vertrages wird darüber hinaus deutlich, dass es nach der gemeinsamen Vorstellung der Parteien eben die Beklagte und nicht etwa die Klägerin, war, welche dem Bauherrn Sanierungsmöglichkeiten vorstellte und Varianten erarbeitete. Somit war es nicht die Klägerin, welche die Planung von Sanierungsvarianten schuldete; vielmehr sahen die Parteien darin bereits erbrachte Leistungen der Beklagten.

(1)

Vor diesem Hintergrund kann die Beklagte insbesondere auch nicht aus der Vereinbarung vom 20.06.2017 (Anlage B 16) ein anderes Auslegungsergebnis herleiten. Die Beklagte stützt sich dabei im Wesentlichen darauf, dass die Klägerin vor dem gegenständlichen Bauvertrag vom 13.11.2017 mit der P. GmbH, also der Objektplanerin des vorliegenden Bauvorhabens, eine „Vereinbarung“ vom 20.06.2016 (Anlage B 16) geschlossen hat, in welcher sie sich zu einem Preis von 15.000,00 € bereit erklärte, Leistungen „angelehnt an die HOAI Leistungsphasen 1 bis 4“ in das entwickelte 3-

D-Modell des Museums mit einzuarbeiten. Dies „mit der Zielsetzung, dass eine visualisierte Vorstellung verschiedener Umbauvarianten anhand des Modells möglich ist.“ Die Vereinbarung spricht zum einen gerade dagegen, dass die Klägerin eine umfassende eigene Planungsverantwortung für die aufzuzeigenden Umbauvarianten innehatte. Sie fügt sich insoweit klar und widerspruchsfrei in die bereits beschriebene, gemeinsame Vorstellung der Parteien ein, wonach es gerade nicht die Klägerin war, welche die Planung von Sanierungsvarianten schuldete. Besonders deutlich wird dies aus dem letzten Absatz der Vereinbarung vom 20.06.2017, in welchem die Klägerin der P. GmbH das ausschließliche, unwiderrufliche und unbeschränkte Recht zur Nutzung, Änderung oder Verwertung der geschuldeten Leistung einräumte. Es zeigt, dass die Leistungen der Klägerin in einen übergeordneten Kontext (auch fach-)planerischer Leistungen eingebunden war und die Klägerin dabei nicht – auch nicht in fachplanerischer Hinsicht – die Federführung innehatte. Zum anderen wird auf diesen Vertrag im Bauvertrag vom 13.11.2017 unter Ziffer 2, in welchem die Vertragsbestandteile aufgeführt sind, gerade nicht Bezug genommen. Bereits unabhängig davon, dass die Vereinbarung vom 20.06.2017 von der Klägerin nicht mit der Beklagten, sondern der P. GmbH abgeschlossen wurde, führt diese Vereinbarung nicht dazu, dass sich daraus eine anderweitige Betrachtung in Bezug auf das vertragliche Leistungssoll der Klägerin ergeben würde.

(2)

Vielmehr erklärt der Bauvertrag vom 13.11.2017 im ersten Spiegelstrich unter Z. 2.2 die bereits angesprochene Projektbeschreibung/Präsentation vom 04.09.2017 als Anlage 1 zum Vertragsbestandteil des Bauvertrages. Diese Präsentation, zu welcher die Beklagte vorträgt, es handele sich inhaltlich um eine Machbarkeitsstudie (vergleiche Schriftsatz vom 31. Januar 2024, Seite 42), weist als Erstellerin die P. GmbH aus. Unabhängig davon, ob die Präsentation nun selbst die von der Beklagten erwähnte Machbarkeitsstudie darstellt oder ob eine solche dieser Präsentation vorausging (so die Angaben des informierten und bevollmächtigten Vertreters der Beklagten W. in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023, Seite 3), ist nicht erkennbar, dass auch eine solche Machbarkeitsstudie nach der zur Vertragsgrundlage gewordenen Vorstellung der Parteien eine Leistung der Klägerin darstellen sollte. So war es – wie bereits ausgeführt – nicht die Klägerin, sondern die P. GmbH, welche aus der Präsentation als deren Erstellerin hervorgeht (Anlage B 1, K 21) und nach der im Bauvertrag vom 13.11.2017 zum

Ausdruck gekommenen gemeinsamen Vorstellung der Parteien handelte es sich dabei um eine erbrachte Leistung der Beklagten. Zutreffend wies bereits das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 des Weiteren darauf hin, dass außerhalb von Anlage B1 keine Machbarkeitsstudie vorliege, insbesondere keine, die die Klägerin als Urheberin ausweise. Vielmehr war unstreitig an der Erstellung der Präsentation vom 04.09.2017 neben der Klägerin (auf Grundlage des Vertrags vom 20.06.2017) und der Beklagten, welche aus der Präsentation als Ersteller hervorgeht, die A. GmbH beteiligt, nach dem Vortrag der Beklagten entscheidend (Schriftsatz vom 31. Januar 2024, Seite 10). Die Beklagte behauptet zwar, die A. GmbH habe die Machbarkeitsstudie im Auftrag der Klägerin erstellt. Weder die Vereinbarung vom 20.06.2017 noch die als Anlage 1 zum Vertragsbestandteil des Bauvertrags vom 13.11.2017 erklärte Präsentation vom 04.09.2017 bieten dafür, wie aufgezeigt, indes einen Anhaltspunkt. Auf welche Weise vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und der A. GmbH bereits vor dem Bauvertrag vom 13.11.2017 bestanden haben sollen und welchen konkreten Inhalt bzw. Anlass diese gehabt haben sollen, trägt die Beklagte auch nicht näher vor. Vielmehr war nach der zwischen der P. GmbH und der Klägerin getroffenen Vereinbarung vom 20.06.2017 (Anlage B 16) der Leistungsumfang auf die Einarbeitung von (Teil)-Leistungen in ein „entwickeltes“ 3-D-Modell im Rahmen eines übergeordneten Planungskontextes begrenzt und die P. GmbH legte Wert darauf, dass das Recht zur Nutzung, Änderung oder Verwertung der von der Klägerin geschuldeten Leistung bei ihr verblieb (siehe bereits oben unter 3 c aa.bbb. (1)). Erkennbar war daher die Verantwortlichkeit für die abschließende Planungsleistung außerhalb des Verantwortungsbereiches der Klägerin angesiedelt. Welchen Anlass diese für eine Beauftragung der A. GmbH gehabt haben soll, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass im vorvertraglichen Stadium des Bauvertrags vom 13.11.2017 – wie klägerseits vorgetragen (Seite 12 des Schriftsatzes vom 01.12.2023) – die P. GmbH bzw. die Beklagte direkt mit der A. GmbH in Kontakt und vertraglichen Beziehungen stand.

ccc.

Der weiter von der Beklagten zu Felde geführte Umstand, dass laut dem letzten Satz des 6. Absatzes in Ziffer 1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 als Ziel des Projektes im Wesentlichen die ganzheitliche Betrachtung und Umsetzung eines bedarfsgerechten Klimas im Museum und eines zeitgemäßen Beleuchtungskonzeptes

festgehalten wurde, führt anders als von der Beklagten angenommen ebenfalls nicht zu einer Erweiterung des vertraglichen Leistungssolls. Der Satz findet sich in der allgemeinen Beschreibung des Vertragsgegenstandes und der Erläuterung des Hintergrundes und nicht in der unter Ziffer 3. vorgesehenen Konkretisierung der vertraglichen Leistung der Klägerin. Aus der Gestaltung des Bauvertrags vom 13.11.2017 wird indes deutlich, wie die Parteien das beschriebene Ziel begriffen und umsetzen wollten – nämlich im Sinne eines Aufbaus auf die bisherigen Planungen sowie einer Abschiebung der Leistungspflichten der Klägerin und der Beklagten: So wird unter Ziffer 2.2 ausdrücklich zwischen einem „Leistungsverzeichnis des AG“ (also der Beklagten – vorgelegt als Anlage K 22 und K7) und einem „Leistungsverzeichnis des AN“ (also der Klägerin – vorgelegt als Anlage K 22) differenziert. Auch wenn die genannten Anlagen tatsächlich kein Leistungsverzeichnis im engeren Sinne darstellen, sondern lediglich eine thematische Eingrenzung des Leistungsprogramms anhand der Kostengruppen der DIN 276 vornehmen, würde eine derartige Gestaltung keinen Sinn ergeben, wenn die Parteien das Leistungssoll der Klägerin durch Leistungsbilder oder Leistungsphasen gemäß § 55 i. V. m. Anlage 15 Nummer 15.1 zu § 55 Abs. 3 HOAI 2013 hätten definieren wollen. Die vorgenommene Abschiebung der Leistungspflichten liefe einem solchen Konzept der von der Klägerin sodann in Ziffer 3 i. V. m. Nr. 1 des Bauvertrags näher beschriebenen, geschuldeten Leistung zuwider.

Die Formulierung in Ziffer 1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 „Bauleistungen und Ingenieurleistungen des Leistungsbildes Technische Ausrüstung, § 55 HOAI“ hat nach alledem keinen Regelungscharakter für das vertragliche Leistungssoll, sondern lediglich deskriptiven Charakter für die im Wesentlichen durch Ziffer 3 des Bauvertrags beschriebene vertragliche Leistung der Klägerin.

ddd.

Hinsichtlich des unter Z. 2.2 im vierten Spiegelstrich erwähnten Angebots „des AN“ ist zwischen den Parteien unstreitig, dass ein solches Angebot nicht existiert. Dies trugen die Parteien ausdrücklich übereinstimmend vor (zur Klägerseite siehe 117 LGA, zur Beklagtenseite siehe 160 LGA). Soweit das Landgericht in den Entscheidungsgründen unter I.3 also bemängelt, dass die klägerische Darstellung der vom Pauschalpreis umfassten Einzelleistungen an einem entgegen Z. 2.2 des Bauvertrags fehlenden Angebot leide, steht dies nicht im Einklang mit dem unstreitigen Parteivortrag. Die für die

Bestimmung des klägerischen Leistungssolls maßgeblichen Vertragsunterlagen liegen ersichtlich vor. Das Vorliegen weiterer relevanter Unterlagen wird von den Parteien nicht behauptet.

bb.

Auch durch den Nachtrag Nr. 1 (Anl. K8), wonach durch den Pauschalpreis auch diejenigen Leistungen abgegolten seien, die in den Vertragsbestandteil nicht ausdrücklich genannt waren, jedoch erforderlich sind, um den Vertragszweck zu verwirklichen, erweitert die Leistungspflichten der Klägerin im Hinblick auf den Hauptvertrag nicht. Insoweit liegt eine Wiederholung der funktionalen Betrachtung der Leistungsbeschreibung aus dem Hauptvertrag vor.

d.

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist vorliegend unabhängig von einer Abnahme gemäß § 641 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung und § 14 Abs. 3 VOB/B bereits fällig geworden.

aa.

Der Werklohn der Klägerin wird gemäß § 641 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung grundsätzlich mit Abnahme fällig. Die Parteien haben dabei in Ziffer 6.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 eine förmliche Abnahme gemäß § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B vorgesehen, die unstreitig nicht stattgefunden hat.

bb.

Ob die Beklagte durch ihren Geschäftsführer Klaus Wolff unter Verzicht auf die förmliche Abnahme im Rahmen einer Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärte, ist offen. Die Klägerin berief sich erstinstanzlich und unter Beweisantritt (Vernehmung des Zeugen Mathias R.) darauf, die Beklagte habe unter Verzicht auf die förmliche Abnahme im Rahmen einer Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärt. Die Beklagte hat dies bestritten. Das Landgericht hielt den klägerischen Vortrag diesbezüglich nicht für hinreichend substantiiert und lehnte die Voraussetzungen einer mündlichen (nicht förmlichen) Abnahme ab.

aaa.

Soweit das Landgericht zunächst davon ausgeht, nach Ziffer 14.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 hätte es für

einen Verzicht auf die förmliche Abnahme einer schriftlichen Vereinbarung bedurft, übersieht es, dass die mit einem Verzicht verbundene Individualabrede gemäß § 305b BGB Vorrang gegenüber Ziffer 14.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 genießt (BGH, Versäumnisurteil vom 21. 9. 2005 - XII ZR 312/02). Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Solche liegen bei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen vor, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind. Die Vorformulierung setzt voraus, dass die Vertragsbestimmungen nicht für den konkreten Vertragsschluss entworfen, sondern als Grundlage oder Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse aufgestellt sind. In diesem Sinne sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (BGH, Urteil vom 11. Juli 2019 – VII ZR 266/17 –, BGHZ 223, 1-12, Rn. 31). Unstreitig stammte die Vertragsurkunde des Bauvertrags vom 13.11.2017 – was auch aus der Gestaltung der Vertragsurkunde unter dem Briefkopf der Gesellschaft hervorgeht – von der W. und wurde der Klägerin zur Unterzeichnung vorgelegt. Dabei tritt die Absicht zur mehrfachen, mindestens dreimaligen Verwendung bereits deutlich aus dem ersichtlich betriebenen Formulierungs- und Gestaltungsaufwand der Vertragsbedingung hervor. Hierfür spricht auch, dass die gleiche Regelung auch der Generalübernehmervertrag in § 17, Z. 17.1 enthält, welchen die W. mit der Bauherrin unter demselben Briefkopf abgeschlossen hat (Anlage K 49).

bbb.

Das Landgericht überspannt die Anforderungen an den klägerischen Vortrag, wenn es annimmt, die Klägerin habe nicht dazu vorgetragen, dass sie einen konkludenten Verzicht auf die förmliche Abnahme angenommen habe. Die Klägerin trägt vor, der Geschäftsführer der Beklagten, Herr W., habe bei dieser Besprechung der Klägerin gegenüber die Abnahme erklärt, wobei in der Erklärung einer formlosen Abnahme durch den Auftraggeber gleichzeitig der Verzicht auf eine förmliche Abnahme liege. Die Beklagte bestreitet die Abnahmeerklärung. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann konkludent wieder aufgehoben werden. Für eine derartige Aufhebungsvereinbarung muss der Tatrichter hinreichende Anhaltspunkte feststellen. An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung

sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 – VII ZR 310/99 –, BGHZ 146, 250-264, Rn. 37). Maßgeblich ist, ob beide Vertragspartner das Verhalten des jeweils anderen Vertragspartners nach §§ 133, 157 BGB dahin verstehen durften, es werde auf eine förmliche Abnahme verzichtet (OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 – 10 U 9/09 –, Rn. 79, juris). Vorliegend hatte die Klägerin bereits unstreitig durch ihren Projektleiter R. am 19.07.2019 um die Erklärung der Abnahme gebeten, welche die Beklagte in der Folge nicht erteilte. Sollte der Klägerin der Beweis gelingen, dass Herr W. im Rahmen der Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärte, ist zu sehen, dass die Klägerin ersichtlich auf diese Erklärung der Abnahme durch die Beklagten hin im zeitlichen Zusammenhang mit der behaupteten Abnahmeerklärung nicht weiter auf eine förmliche Abnahme gedrängt hat. Vielmehr spricht insbesondere die als Anlage K 18 vorgelegte E-Mail des Projektleiters R. vom 21.02.2020, mit welchem dieser seinen Mitschrieb der Besprechung vom 11.02.2020 unter anderem an die Beklagte versandte, dafür, dass dies gerade nicht der Fall gewesen ist. Aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers ist daher anzunehmen, dass beide Parteien auf eine förmliche Abnahme keinen Wert gelegt haben, sondern die Beklagte außerhalb einer förmlichen Abnahme die Abnahme erklären konnte.

ccc.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist es nicht richtig, die Klägerin habe nicht behauptet, eine zur Annahme vertragsändernder Erklärungen, hier des Verzichts auf die förmliche Abnahme, befugte Person sei bei dem Termin anwesend gewesen. Die Klägerin hat – schriftsätzlich – vorgetragen, dass R. anwesend war. Bei ihm handelt es sich unstreitig um den Projektleiter der Klägerin. Als solcher war er nach Z. 8.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 zwar nicht mit Vertretungsbefugnis ausgestattet, aber berechtigt, Anordnungen und Erklärungen der Beklagten entgegen zu nehmen und somit Empfangsbote. Mit dem als Anlage K 18 per E-Mail übersandten Mitschrieb des Projektleiters R. vom 21.02.2020 wurde der Abnahme seitens der Klägerin nicht widersprochen und jedenfalls damit konkludent auf die förmliche Abnahme ebenfalls verzichtet.

Das Landgericht hätte danach - auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung - aufgrund des schlüssigen Vortrags der Klägerin auf das Bestreiten der Beklagten den von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen, dass die Beklagte in der Besprechung vom

11.02.2020 die Abnahme erklärt hat. Gegen die Abnahmeerklärung kann sprechen, dass laut der als Anlage K 18 vorgelegten E-Mail in der Besprechung zahlreiche Mängel gerügt wurden, wobei dies eine Abnahme unter Mängelvorbehalt nicht ausschließt – zumal die Bauherrin und Auftraggeberin der Beklagten die Leistungen gegenüber der Beklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen hatte. Eine abschließende Bewertung ist dabei erst nach durchgeführter Beweisaufnahme und anschließend vorzunehmender Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände möglich.

ddd.

Von einer Beweiserhebung war das Landgericht nicht aufgrund der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens befreit. Unter einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist ein von dem einen Vertragspartner an den anderen gerichtetes Schreiben zu verstehen, in welchem der Absender seine Auffassung über das Zustandekommen und den Inhalt eines mündlich, fernmündlich oder telegrafisch geschlossenen Vertrages mitteilt (BGH NJW 1965, 965). Hier dokumentiert die E-Mail vom 21.02.2020 jedoch keinen Vertragsschluss, sondern eine einseitige Erklärung der Beklagten zur Abnahme (unter Mängelvorbehalten). Der E-Mail vom 21.02.2020 kommt damit lediglich ein Indiz für die Abgabe der Abnahmeerklärung zu, die im Rahmen der Beweiswürdigung nach Vernehmung des Zeugen zu berücksichtigen ist.

cc.

Der Werklohn der Klägerin ist nach § 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB ohne Abnahme fällig geworden.

aaa.

Die Vorschrift ist auch auf den VOB/B-Bauvertrag anwendbar (OLG Celle, Urteil vom 28. Mai 2014 – 14 U 171/13 –, Rn. 37, juris.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018 – 8 U 55/17, Rn. 43 - juris). Mit der Berufungsbegründung hatte die Klägerin, was von der Beklagten nicht bestritten wurde und somit gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt, vorgetragen, die Auftraggeberin der Berufungsbeklagten und Bauherrin habe die Leistungen gegenüber der Berufungsbeklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen. In der Folge legte sie auch das diesbezügliche Abnahmeprotokoll gemäß Anlage K 48 vor. Da es sich um unstreitiges Vorbringen handelt, ist dieses neue Vorbringen in jedem

Fall zuzulassen und unterliegt nicht der Zulassungsbeschränkung gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO (BGH, Urteil vom 18. 11. 2004 - IX ZR 229/03).

bbb.

Der Fälligkeit steht dabei nicht entgegen, dass nach eigenem klägerischen Vortrag die gegenständlichen Leistungen bis Februar 2020 ausgeführt wurden. Wenn die Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB vorliegen, wird der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers unabhängig davon fällig, ob dessen Leistung abnahmereif erbracht worden ist oder nicht (Kniffka u. a., IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, a. a. O., Rdnr. 22). Dann darf der Hauptunternehmer die Vergütungszahlung gegenüber dem Nachunternehmer selbst dann nicht verweigern, wenn dessen Leistung mit erheblichen Mängeln behaftet ist. Vielmehr ist er auf die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 641 Abs. 3 BGB beschränkt (OLG Celle, a.a.O.; Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, 4. Aufl. 2022, BGB § 641 Rn. 238, beck-online).

ccc.

Entgegen der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung über die Berufung geäußerten Ansicht wurde im Bauvertrag vom 13.11.2017 die Fälligkeit nach § 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB nicht ausgeschlossen.

(1)

Ausgeschlossen wurde in Ziffer 6.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 lediglich die fiktive Abnahme durch eine Fertigstellungsmitteilung oder eine konkludente Abnahme durch frühere Benutzung, Inbetriebnahme oder behördliche Abnahme. Soweit die Beklagte daraus und aus einer Auslegung der vertraglichen Bestimmungen insgesamt ableiten möchte, dass hier der Wille der Parteien hervorgehe, ihr Rechtsverhältnis isoliert von jenem der Beklagten zur Bauherrin betrachten zu wollen, kann dem bei einer Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB nicht gefolgt werden. Ersichtlich handelt es sich bei der Regelung in Z. 6.5 um eine abschließende Aufzählung und nicht lediglich um eine Benennung von Regelbeispielen, nachdem Formulierungen wie „insbesondere“ oder „namentlich“ fehlen. Überdies knüpft die Regelung an Abnahmesurrogate an und nicht an Bestimmungen zur Fälligkeit, wie sie die in § 641 Abs. 2 BGB genannten Fälle darstellen. Konkrete Anhaltspunkte, dass das Vertragsverhältnis der Parteien über den Grundsatz der Relativität der Schuldver-

hältnisse hinaus völlig losgelöst von gesetzlichen Bestimmungen sein sollte, die diesem Grundsatz einschränken, sind nicht ersichtlich. Selbst wenn man davon ausginge, dass eine entsprechende Auslegung nach Ausschöpfung der für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht kommenden Methoden neben der hier vorgenommenen Auslegung vertretbar wäre, käme dann jedenfalls die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung (BGH, Urteil vom 29. 5. 2009 - V ZR 201/08). Hiernach ginge der Zweifel bei der Auslegung der vorformulierten und zur mehrfachen Verwendung bestimmten Klausel zum Nachteil der Beklagten als Verwenderin der selbigen mit der Folge, dass ein Ausschluss nach § 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB durch die Regelung nicht bezweckt sein sollte.

(2)

Es kann daher offenbleiben, ob die Klausel bei der von der Beklagten formulierten Auslegung einer Inhaltskontrolle anhand von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB stand hielte. Die Regelung geht auf das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zurück und verfolgt den Zweck, den Subunternehmer daran partizipieren zu lassen, was der Hauptunternehmer vom Besteller schon erhalten hat (BeckOGK/Lasch, 1.10.2024, BGB § 641 Rn. 141, beck-online). Manches spricht dafür, dass die Regelungen zur Durchgriffsfälligkeit dabei zu den Leitbildern des Werkvertragsrechts gehören und daher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers nicht zu Lasten des Unternehmers abdingbar sind, insbesondere nicht durch eine Regelung, die Inbetriebnahme des Gebäudes gelte nicht als Abnahme (OLG Celle, Urteil vom 28. Mai 2014 – 14 U 171/13 –, Rn. 36, juris).

ddd.

§ 641 Abs. 2 BGB beinhaltet indes, wie bereits angesprochen, keine Regelung zur Abnahme, sondern eine Regelung zur Fälligkeit der Vergütung. Das Vorliegen der Abnahme der Bauherrin gegenüber dem Generalunternehmer führt damit nicht zu einer Umkehr der Beweislast im Hinblick auf die Mangelfreiheit/Mangelhaftigkeit der Werkleistung, die mit einer Abnahme gemäß § 363 BGB verbunden ist. Vor dem Hintergrund der weiteren Wirkungen der Abnahme, insbesondere der Beweislast, ist es weiterhin notwendig, über die Frage der Abnahme Beweis zu erheben. Zwar wird vertreten, dass - damit § 641 Abs. 2 BGB nicht leer laufe - sich auch die Beweislast zugunsten des Auftragnehmers umkehren müsse (Grüneberg/Retzlaff, BGB,

83. Auflage 2024, § 641 Rn. 10). Für den Fall des Eintritts der Fälligkeit nach endgültiger Verweigerung der Abnahme ist indes bereits entschieden, dass sich in diesem Fall die Beweislast nicht umkehrt (BGH, Urteil vom 25. April 1996 – X ZR 59/94 –, Rn. 24, juris; BeckOK BGB/Voit, 71. Ed. 1.2.2024, BGB § 641 Rn. 12, beck-online). Ebenso wird eine Umkehr der Beweislast nicht allein deshalb angenommen, weil der Auftraggeber die Mängel im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 – VII ZR 64/07 –, Rn. 16, juris). Auch im Fall einer Fälligkeit aufgrund von § 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB liegt die Beweislast für die Mangelfreiheit nach wie vor beim Auftragnehmer (OLG Celle, Urteil vom 28. Mai 2014 – 14 U 171/13 –, Rn. 53, juris). Hierfür spricht insbesondere die systematische Auslegung, wonach die Regelungen zur Durchgriffsfälligkeit nicht bei der Abnahmefiktion in § 640 Abs. 2 S. 1 BGB angesiedelt wurden, sondern als Fälligkeitsregelung in § 641 Abs. 2 BGB. Auch ist ein Leerlaufen von § 641 Abs. 2 BGB nicht anzunehmen, da aufgrund des Eintritts der Fälligkeit jedenfalls die Wirkung eintritt, dass sich der Auftraggeber nur noch auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB (i.V.m. § 320 BGB) zurückziehen kann.

eee.

Eine Fälligkeit der Werkleistung ist indes nicht deswegen eingetreten, weil der gesamte Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen wäre, nachdem die Beklagte nicht bezüglich aller gerügter Mängel Schadensersatz geltend macht. Demzufolge liegen die Voraussetzungen des § 281 Abs. 1, Abs. 4 BGB im Hinblick auf das Erlöschen der Herstellungspflicht des Unternehmers nur soweit vor, als Schadensersatz begehrt wird.

dd.

Auch die weitere Fälligkeitsvoraussetzung des Stellens einer Schlussrechnung nach § 14 Abs. 3 VOB/B liegt vor. Nach unbestritten gebliebenem klägerischen Vortrag wurde die Schlussrechnung am 28.10.2020 vorab per E-Mail und anschließend per Post an die Beklagte übermittelt (Anlage K9). Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung hat die Beklagte nicht vorgebracht. Eine Schlussrechnung liegt somit vor. Sie endet ohne die (mit der Berufung nicht angegriffene Klageabweisung bezüglich der) Zusatzleistungen auf Stundenbasis in Ziffer 2.1.1., die in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden, auf nun noch 134.000 € netto.

e.

Die Forderung der Klägerin ist nicht gemäß § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen. Es fehlt an einer Aufrechnungslage im Sinne von § 387 S.1 BGB.

aa.

Eine Aufrechnungserklärung der Beklagten gemäß § 388 S. 1 BGB liegt vor. Der hilfsweise erklärten Aufrechnung steht nicht § 388 S. 2 BGB entgegen, nachdem die Beklagte die Aufrechnung in zulässiger Weise von einer innerprozessualen Bedingung abhängig gemacht und in der mündlichen Verhandlung vom 01. Oktober 2024 auf entsprechende Nachfrage klargestellt hat, dass die Hilfsaufrechnung dabei unter der Bedingung steht, dass das Gericht von einer fälligen Forderung ausgeht.

bb.

Eine Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen im Sinne von § 387 S. 1 BGB liegt nicht vor. Die Beklagte macht mit ihrem Schadensersatzanspruch in der Sache geltend, dass sie infolge der mangelhaften Leistung der Klägerin mit Verbindlichkeiten ihrer Auftraggeberin belastet wird. In der mündlichen Verhandlung vom 01. Oktober 2024 hat sie auf entsprechende Nachfrage klargestellt, dass hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Mängel keine Zahlung an die Bauherrin erfolgt ist und dieser Sachverhalt, jedenfalls teilweise, den Gegenstand des Rechtsstreits vor dem Landgericht Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) darstelle. Solange der Schaden des Hauptunternehmers in einer solchen Konstellation zunächst darin liegt, dass er infolge der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist, ist der Anspruch auf Freistellung von diesen Verbindlichkeiten gerichtet (BGH, Urteil vom 9. November 2023 – VII ZR 92/20 –, BGHZ 239, 8-21, Rn. 21). Somit stehen sich mit der auf Geldzahlung gerichteten Forderung der Klägerin und dem Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit der Beklagten im Sinne von § 257 S. 1 BGB keine gleichartigen Leistungen gegenüber, sodass eine Aufrechnungslage nicht gegeben ist.

f.

Ob der Beklagten aufgrund einer mangelhaften Leistung der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist nach aktuellem Sach- und Streitstand offen.

aa.

Die Beklagte hat ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Wenn die Wirksamkeit einer Aufrechnung daran scheitert, dass die wechselseitig geschuldeten Leistungen ihrem Gegenstand nach nicht gleichartig im Sinne von § 387 S. 1 BGB sind, kann die erklärte Aufrechnung ein Zurückbehaltungsrecht begründen, wobei die Geltendmachung eines solchen und damit der Antrag, ihn nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen, darin erblickt werden kann, dass die Beklagte unter Hinweis auf die von ihr erklärte Aufrechnung die Abweisung der Klage beantragt hat (BGH, Versäumnisurteil vom 26. Januar 2022 – XII ZR 79/20 –, Rn. 11, juris). Vorliegend hat die Beklagte durch den Antrag auf Abweisung der Klage unter konkludenter Bezugnahme auf die erklärte Aufrechnung ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

bb.

Ob ein Gegenanspruch der Beklagten, soweit er Bauleistungen betrifft und nicht Planungsleistungen, gegen die Klägerin in Gestalt eines Schadensersatzanspruches gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB gegeben ist, ist nach aktuellem Sach- und Streitstand offen.

aaa.

Die allgemeinen Regelungen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB sind im vorliegenden Fall anwendbar, solange die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass vorliegend von einer wirksamen Abnahmeerklärung auszugehen ist. Wie oben unter 3.d.bb.ddd. aufgezeigt, ersetzt § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB nicht die Abnahme. Die im Erfüllungsstadium grundsätzlich vorrangige Regelung in § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist unwirksam.

(1)

Die Parteien haben vorliegend im Bauvertrag vom 13.11.2017 die Geltung der VOB/B vereinbart. Allerdings wurde, wie oben unter Ziffer 3.d.bb.aaa. aufgezeigt, die Vertragsurkunde und damit auch die VOB/B von der Beklagten gestellt. Die VOB/B unterliegt einer Inhaltskontrolle, wenn sie nicht als Ganzes vereinbart ist. Welches Gewicht der Eingriff hat, ist unerheblich (BGH, Urteil vom 22.01.2004, Az. VII ZR 419/02, BGHZ 157,346, juris Rn. 11). Die VOB/B wurde vorliegend nicht vollständig einbezogen. Wie oben unter 3.d.cc.ccc (1) aufgezeigt, wurde durch Z. 6.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 die fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 Nr. 1

und Nr. 2 VOB/B ausgeschlossen. Damit ist die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet.

(2)

Vor Abnahme kann sich der geltend gemachte Anspruch, soweit er Bauleistungen betrifft und nicht Planungsleistungen, aus § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ergeben. Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B jedoch ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Abs. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 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. Januar 2023 – VII ZR 34/20 –, BGHZ 236, 96-110).

(3)

Somit greift gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung ein. Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch der Beklagten statt der Leistung sind damit §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB. Solange nicht von einer Abnahme auszugehen ist, trägt die Klägerin die Beweislast für die Mangelfreiheit ihres Werks auch im Rahmen des § 281 BGB (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Auflage 2024, § 281 Rn. 53).

bbb.

Zwischen den Parteien liegt ein Schuldverhältnis in Gestalt des Bauvertrages vom 13.11.2017, somit eines Werkvertrages im Sinne von § 631 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung vor.

ccc.

Eine Mangelhaftigkeit des Werks der Klägerin liegt vor, da es nicht die vereinbarte Beschaffenheit im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung hat. Es ist allerdings offen, ob die Klägerin für die Mangelhaftigkeit ihres Werks verantwortlich ist.

(1)

Das Werk der Klägerin hat nicht die vereinbarte Beschaffenheit im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung. Welche Beschaffenheit eines Werkes die Parteien vereinbart haben,

ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrages. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll (BGH, Urteil vom 9. Juli 2002 – X ZR 154/00 –, Rn. 28, juris). Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit ein Mangel wird angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05 –, BGHZ 174, 110-126, Rn. 15 - Blockheizkraftwerk).

Vorliegend umfasste nach der ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung im Bauvertrag vom 13.11.2017 in Ziffer 3.1 die Leistungspflicht der Klägerin die Funktions- und Bezugsfähigkeit ihrer Leistungen. Unstreitig ist zwischen den Parteien zunächst, dass in dem gegenständlichen Objekt Museum Sinclair Mangelerscheinungen in der Weise aufgetreten sind, dass sich an den Holzverkleidungen der Fenster, dem Stockwerkgesims, dem Dachgesims und den Eckverkleidungen Verformungen, Ablösungen sowie Feuchtigkeits- und Schimmelbildungen zeigten (vergleiche die entsprechende Mängelrüge der Bauherrin – Anlage B 8). Über die Ursache der Mangelerscheinungen holte die Bauherrin ein privates Sachverständigengutachten ein, welches als Anl. B 7 vorliegt. Neben den genannten Mangelerscheinungen stellte der Sachverständige dabei darüber hinaus insbesondere fest, dass die Brandschutzdecke im EG und OG nicht funktionstüchtig und die Decke oberhalb der Brandschutzdecke mit Zellulose verfüllt sei, welche die Balken im Bereich des Außenmauerwerks umschließe und stellenweise durchfeuchtet sei. Ein luftdichter Anschluss sei nicht gegeben und die Balkenköpfe zeigten bereits Feuchtigkeitsschäden. Die Parteien streiten über die Ursache der Mangelerscheinungen. Die Klägerin geht – unter Berufung auf die Einschätzung des privaten Sachverständigen (Anl. B 7,

Seite 11) – davon aus, die aufgetretenen Schäden seien auf Fehler in der luftdichten Ausführung der Fassade zurückzuführen. Die Einschätzung des privaten Sachverständigen J. greift sie dabei nur insoweit an, als dieser ausführt, der Schaden habe sich „mit Sicherheit“ durch die neue Lüftungstechnik verstärkt. Sie stellt dies in Abrede und verweist auf die ihrer Ansicht nach fehlerhafte Methodik des privaten Sachverständigen, wonach seine Einschätzung darauf fuße, dass er einen Überdruck von 50 Pa einstellte, während die Anlage bei normalem Betrieb mit einem Überdruck von 5 Pa arbeite. Im Hinblick auf die in der Einschätzung des Sachverständigen erwähnten Mängel an der Decke habe das Planungsbüro der Klägerin, die A. GmbH, auf diese Defizite in einer an die Objektplanung übermittelten kommentierten Fotodokumentation hingewiesen. Die Beklagte stellt in Abrede, dass diese als Ursache für die Probleme des denkmalgeschützten Bestandes stünden und beruft sich darauf, dass die Klägerin gewusst habe, dass es in dem bestandsgeschützten Gebäude Schwachstellen gebe, sie diese daher nicht habe ausblenden können und auf Wechselwirkungen zwischen der neuen Kälte- und Lufttechnik und den latenten Mängeln im Bestand – insbesondere an den Bauteilanschlüssen, den Fensterdichtungen und der Brandschutzdecke – habe hinweisen müssen. Insbesondere verweist die Beklagte dabei darauf, dass der Klägerin die Planung und Ausführung der raumluftechnischen Anlagen (KG 430 der DIN 276) oblag. Auch wenn die Klägerin damit in Abrede stellt, dass die Mangelerscheinungen einen (unmittelbaren) Bezug zu den Arbeiten hatten, die mit der technischen Gebäudeausrüstung zusammenhängen, ist auch auf Grundlage ihres und des unstreitigen Vortrags eine funktionstaugliche Werkleistung nicht gegeben. Die Mangelerscheinungen traten auf, nachdem die Klägerin ihre Werkleistung erbracht hatte. Sie führen dazu, dass die von der Klägerin im Gebäude erbrachten Leistungen nicht nutzbar sind, und zwar unabhängig davon, ob sie auf Fehler in der luftdichten Ausführung der Fassade zurückzuführen sind oder durch die neue, von der Klägerin angebrachte Lüftungstechnik verstärkt wurden, und entziehen der Funktionstauglichkeit des Werks der Klägerin die Grundlage. Ein Abweichen des Werks von der vereinbarten Beschaffenheit liegt somit vor.

(2)

Es ist offen, ob die Klägerin für die Mangelhaftigkeit ihres Werks verantwortlich ist.

(2.1)

Ein Unternehmer ist dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat. In den genannten Fällen von verbindlichen Vorgaben und Vorleistungen ist die Eigenverantwortung des Unternehmers für die Herstellung des Werkes eingeschränkt und deshalb die verschuldensunabhängige Mängelhaftung des Unternehmers nicht uneingeschränkt interessengerecht. Es ist deshalb nach Treu und Glauben geboten, den Unternehmer unter der Voraussetzung aus der Mängelhaftung zu entlassen, dass er seine ebenfalls auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung gerichtete Pflicht erfüllt hat, den Besteller auf die Bedenken hinzuweisen, die ihm bei der gebotenen Prüfung gegen die Geeignetheit der verbindlichen Vorgaben, der gelieferten Stoffe oder Bauteile oder der Vorleistung anderer Unternehmer gekommen sind oder bei ordnungsgemäßer Prüfung hätten kommen müssen (BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05 –, BGHZ 174, 110-126, Rn. 21). Der Rahmen der Prüfungs- und Hinweispflicht und ihre Grenzen ergeben sich aus dem Grundsatz der Zumutbarkeit, wie sie sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalls darstellt. Was hiernach zu fordern ist, bestimmt sich in erster Linie durch das vom Unternehmer zu erwartende Fachwissen und durch alle Umstände, die für den Unternehmer bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind (BGH, a. a. O., Rn. 22; OLG Dresden, Urteil vom 6. Oktober 2015 – 9 U 272/15 –, Rn. 37, juris; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 113). Steht die Arbeit eines Werkunternehmers in engem Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Unternehmers oder ist sie aufgrund dessen Planung auszuführen, muss er prüfen und gegebenenfalls auch geeignete Erkundigungen einziehen, ob diese Vorarbeiten, Stoffe oder Bauteile eine geeignete Grundlage für sein Werk bieten und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner Arbeit in Frage stellen können (BGH, a. a. O., Rn. 24).

Gemessen hieran hat die Klägerin vorliegend keine hinreichenden Bedenkenhinweise angebracht. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben müssen konkret dargelegt werden, damit der Auftraggeber die Tragweite dieser Problematik voll erkennen kann (Kniffka/Koeble, Teil 5 Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rn. 69, beck-online, vgl. BGH, Urteil vom

10. Februar 2011 – VII ZR 8/10 –, Rn. 37, juris). Die Klägerin beruft sich zwar hinsichtlich der Notwendigkeit der Ertüchtigung der Gebäudehülle auf eine E-Mail von Herrn Sch. vom 01.03.2018 (Anlage K 14), Projektleiter ihres Subunternehmers A. GmbH. Als notwendige Maßnahme wird hier jedoch lediglich der Austausch und Ersatz der Fenster genannt. Der Austausch jedenfalls der Glasscheiben wurde von der Beklagten im Übrigen in der Folge unstreitig auch vorgenommen. Die nachteiligen Folgen werden insbesondere im Hinblick auf die Raumluftechnik nicht konkret angesprochen. Auch die Fotodokumentation von Herrn Sch. gemäß Anlage K 15 vom 23.05.2018 enthält lediglich eine Dokumentation des vorgefundenen Zustandes hinsichtlich fehlender Dämmungen und Dampfsperren an Fenstern, ohne die sich daraus ergebenden nachteiligen Folgen zu benennen. Die Klägerin legt auch nicht dar, an wem genau die Fotodokumentation übermittelt worden sein soll. Ebenso fehlt es dem schriftsätzlich vorgetragenen Hinweis des Bauleiters der Klägerin in einer Baustellenbesprechung vom 09.05.2018, wonach das Thema der Kondenswasserbildung an den Fenstern, das nach dem Objektplaner durch eine Verstärkung der Heizleistung der Heizkörper vermieden werden sollte, durch einen Bauphysiker geprüft werden müsse, an der gebotenen Klarheit hinsichtlich der nachteiligen Folgen. Die Anlage K 16, auf die dabei Bezug genommen wird, ist dabei im Übrigen kein Baustellenprotokoll vom 09.05.2018, sondern ein solches vom 13.06.2017, sodass die zitierte Passage darin gerade nicht enthalten ist. Schließlich fehlt es auch der Fotodokumentationen von Herrn Sch. vom 09.03.2018 (K 17) hinsichtlich der Deckenkonstruktion an der gebotenen Klarheit. Durch die darin enthaltenen Lichtbilder wird lediglich der Status quo dokumentiert und beschrieben, dass keine Unterdeckenhöhe vorhanden sei. Weiter heißt es „Folge: Druckkammerbelüftung notwendig“. Durch diese knappen Ausführungen ist die Tragweite der Problematik nicht aufgezeigt. Auch hier liegt die Klägerin zudem nicht dar, an wen die Fotodokumentation konkret gerichtet wurde. Es heißt lediglich, sie sei „an die Objektplanung“ übermittelt worden.

(2.2)

Offen ist indes, ob der Klägerin ein Bedenkenhinweis angesichts des Zustandes des Gebäudes nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung insbesondere des von ihr zu erwartenden Fachwissens und aller bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbaren Umstände zumutbar war. In Abhängigkeit des Ergebnisses eines zu dieser

Frage einzuholenden Sachverständigengutachtens, für deren Beantwortung auch die Klärung der Ursächlichkeit der Mangelercheinungen von Bedeutung sein dürfte, kann sich dabei gegebenenfalls die Frage der Aufklärungsbedürftigkeit der Beklagten im Hinblick auf die Notwendigkeit des Verpressens der Fenster stellen. So war einerseits dieser Umstand in der als „Leistungsverzeichnis des AG“ bezeichneten Zusammenstellung gemäß Anlage K 22 (Anl. K7) ausdrücklich unter Ziffer 330 aufgeführt. Auch das Protokoll zu der Besprechung am 30.06.2017 (Anlage K19) spricht dafür, dass die Schwachstellen an den Fenstern jedenfalls dem Geschäftsführer der Beklagten W. sowie Z., die ausweislich des Protokolls an der Besprechung teilnahmen, bekannt waren. Die Beklagte beruft sich unter Beweisanttritt des Zeugen Z. indes darauf, dass die Gebäudehülle wegen des Denkmalschutzes mit dem Willen der Klägerin und im Zusammenwirken mit der Klägerin nicht angerührt worden sei. Hinsichtlich der weiteren, vom privaten Sachverständigen angesprochenen Defizite am Gebäudebestand fehlt indes ersichtlich eine Erwähnung in Anlage K 22 (Anl. K7) oder sonstigen vorgelegten Unterlagen.

ddd.

Sollte im weiteren Verlauf des Rechtsstreits von einer Verantwortlichkeit der Klägerin für die Mangelhaftigkeit der Werkleistung auszugehen sein, wäre damit auch ein Vertretenmüssen der Klägerin gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu bejahen. Die Erfüllungsgehilfen der Klägerin, deren Verhalten ihr gemäß § 278 BGB zuzurechnen ist, hätten in diesem Fall, wie aus der obigen Prüfung ersichtlich, schuldhaft ihre Prüfungs- und Hinweispflichten verletzt.

eee.

Eine Fristsetzung durch die Beklagte gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ist weder vorgetragen, noch ersichtlich. Sie war vorliegend jedoch gemäß § 281 Abs. 2, 2. Var. BGB entbehrlich, weil deren Zweck fehlt. Dieser liegt darin, dem Auftragnehmer eine letzte Gelegenheit einzuräumen, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen (BGH, Urteil vom 20. Dezember 1990 – VII ZR 302/89 –, Rn. 10, juris). Die vorgetragenen Mangelercheinungen stellen sich jedoch als außerhalb des Gewerks der Klägerin liegende Mangelfolgeschäden dar. Die Klägerin hat indes lediglich Mängel an ihrem eigenen Gewerk nachzubessern; zur Beseitigung darüber hinaus aufgetretener Fol-

geschäden ist sie hingegen weder berechtigt noch verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1985 – VII ZR 270/83 –, BGHZ 96, 221-230, Rn. 11).

fff.

Sollte im weiteren Verlauf des Rechtsstreits von einer Verantwortlichkeit der Klägerin für die Mangelhaftigkeit der Werkleistung auszugehen sein, ist im haftungsausfüllenden Tatbestand darüber hinaus der Frage der Kausalität zwischen Pflichtverletzung (Werkmangel) und eingetretenem Schaden nachzugehen und welche Maßnahmen zur Schadensbehebung erforderlich sind. Da die Klägerin in Abrede stellt, dass die Mangelercheinungen einen (unmittelbaren) Bezug zu den Arbeiten hatten, die mit der technischen Gebäudeausrüstung zusammenhingen, wird die für den Kausalzusammenhang zwischen Werkmangel und Schaden beweisbelastete Beklagte diesen Nachweis zu führen haben. Sie hat die ihrer Ansicht nach zur Mangelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen in der Anlage B 11 zusammengestellt und kommt dabei zu einem erforderlichen Mangelbeseitigungsbetrag für innen- und außenseitige Maßnahmen i.H.v. 596.802,50 € netto. Die Klägerin hat die von der Beklagten aufgeführten Mangelbeseitigungskosten pauschal bestritten. Der Umfang der erforderlichen Maßnahmen und der für deren Umsetzung aufzuwendende Geldbetrag wäre gegebenenfalls ebenfalls durch Sachverständigengutachten zu klären, soweit die Parteien nicht im Laufe des Rechtsstreits auf die Erkenntnisse aus dem vor dem Landgericht Frankfurt am Main anhängigen Verfahren (2-26 O 634/23) zwischen der Bauherrin und der Beklagten, deren dortige Streithelferin die Klägerin ist (vergleiche Streitverkündungsschrift gemäß Anlage B 21), zurückgreifen.

ggg.

Nach durchgeführter Beweisaufnahme wird bei gegebener Verantwortlichkeit der Klägerin im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände zu bestimmen sein, inwieweit der etwaige Schadensersatzanspruch der Beklagten gemäß §§ 254, 278 BGB eingeschränkt ist. Die §§ 254, 278 sind als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch auf die werkvertragliche Gewährleistung anzuwenden (BGH, Urteil vom 22.03.1984 – VII ZR 50/82, juris). Vorliegend kommt ein eigenes Mitverschulden der Beklagten gemäß § 254 Abs. 1 BGB insbesondere im Hinblick darauf in Betracht, dass ihr nach dem Bauvertrag vom 13.11.2017

die Verantwortlichkeit insbesondere für das Verpressen der Fenster zugewiesen war, ohne dass vorgetragen oder ersichtlich ist, dass diese Maßnahme durchgeführt wurde. Soweit sich die Beklagte für Themen der Baukonstruktion ihres Architekten bedient hat, muss sie sich - worauf sich auch die Klägerin beruft - dessen Mitverschulden gemäß §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zurechnen lassen. So ist ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten dem Besteller gemäß § 278 BGB etwa dann zuzurechnen, wenn dieser im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, auf Grund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll (Kniffka/Koeble, Teil 5 Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rn. 95, beck-online; BGH, Urteil vom 22.03.1984 - VII ZR 50/82 -, juris).

cc.

Hinsichtlich der Planungsleistungen handelt es sich - wie bei Planungsleistungen eines Architekten - der Sache nach um einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, denn die Mängel des Bauwerks können nicht durch Nacherfüllung der fehlerhaften Planungsleistung noch beseitigt werden (BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13 -, Rn. 23, juris). Dabei umfasst der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB auch die Bauwerksschäden, weil sie als Folgeschäden der mangelhaften Planung und nicht als Mangelschaden anzusehen sind (OLG Stuttgart Urt. v. 30.11.2010 - 10 U 67/10, BeckRS 2012, 19255, beck-online). Vor Abnahme enthält die VOB/B zu Planungsleistungen keine Regelungen. Es bleibt daher auch ohne Inhaltskontrolle der VOB/B bei der gesetzlichen Regelung.

aaa.

Inwieweit sich die Planung der Klägerin - bzw. die ihr gemäß § 278 S. 1 BGB zurechenbare Planung ihrer Subunternehmerin A. GmbH - als mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung darstellt, ist erforderlichenfalls - für den Fall, dass ein Gegenanspruch der Beklagten nicht bereits aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB resultiert (siehe oben 3.d.bb.) - im Rahmen des einzuholenden Sachverständigengutachtens zu klären. Die Klägerin behauptet, auch soweit die Bauherrin Mangelsymptome gerügt habe, habe sie ihre Planungsleistungen vollständig und mangelfrei erbracht. Soweit sie unter Beweisantritt durch den Zeugen Günther Sch. vorbringt, die Deckenkonstruktion selbst sei von der P. GmbH geplant worden (Anlage

K 34), und sich die Beklagte gegenbeweislich für die gegenteilige Behauptung auf die Zeugen M. und X. beruft, wird es voraussichtlich für die Haftung der Klägerin zunächst einmal darauf ankommen, ob und wenn ja, welche Vorgaben an der Deckenkonstruktion durch die Klägerin aufgrund der Planung für die Bauunternehmer erforderlich waren, damit diese die Planung vertragsgerecht umsetzen können (für den Architekten BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 - VII ZR 259/02 -, BGHZ 159, 376-382, Rn. 28). Konkret im Zusammenhang mit den Planungsleistungen, welche in der klägerischen Darstellung der KG 439 (Anlage K 34) zugeordnet sind, bringt die Beklagte dabei vor, der Bauherr rüge ihr gegenüber Symptome, die auch mit den Planungsleistungen der Klägerin in einem sachlichen Zusammenhang stünden. Ersichtlich bezieht sich die Beklagte dabei auf die vom privaten Sachverständigen J. festgestellten Defizite an der Deckenkonstruktion. Aus der im Bauvertrag vom 13.11.2017 als „Leistungsverzeichnis des AN“ bezeichneten Anlage K 23 geht dabei hervor, dass dort auf die extrem beengten Platzverhältnisse im Museum hingewiesen wurde, welche eine komplexe, kreuzungsfreie und aufwändige, extrem flache Luftkanalführung bedingten, da die Zwischendecke nur ca. 13 cm hoch sei. Die Luftverteilung sei extrem aufwendig und müsse sich fast ausschließlich an den vorhandenen Platzverhältnissen orientieren. Die Anforderungen an die Beleuchtungstechnik (vgl. dazu auch KG 445 und die diesbezüglichen Ausführungen in K 23, Seite 8) sowie die Anforderungen an die Raumluftechnik (vgl. dazu auch KG 430 und die diesbezüglichen Ausführungen in K 23, Seite 4) müssten hier „optimiert zueinander angepasst“ werden. Es wird daher ggf. zu klären sein, inwieweit die Klägerin - bzw. ihre Subunternehmerin A. GmbH als Erfüllungsgehilfe nach § 278 S. 1 BGB - den Belangen der technischen Gebäudeausrüstung und den daraus erwachsenden Anforderungen Geltung verschaffen musste.

bbb.

Soweit die Beklagte Planungsdefizite vorbringt, welche keinen Bezug zu den von der Bauherrschaft ihr gegenüber gerügten Mangelsymptomen aufweisen, ist im Lichte der unter 3. c. aa. vorgenommenen Auslegung des Bauvertrages vom 13.11.2017 nicht erkennbar, welche konkreten Planungsleistungen der Klägerin hinter dem vertraglichen Leistungssoll zurückbleiben sollen und inwieweit hierdurch die Leistung der Klägerin nicht funktionstauglich sein und nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen soll. Die Beklagte benennt außerhalb dessen keine Mangelsymptome, welche aus einer fehlerhaften Planung hervorgehen sollen.

Insoweit hat die Beklagte daher Planungsfehler der Klägerin nach aktuellem Sach- und Streitstand nicht schlüssig dargelegt.

dd.

Sollte nach durchgeführter Beweisaufnahme zur Abnahme von einem Nachweis der selbigen auszugehen sein, resultiert die erforderliche Beweiserhebung im dargestellten Umfang daraus, dass in diesem Fall ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B im Raum steht. § 13 Abs. 7 VOB/B wäre dann Anspruchsgrundlage sowohl für Mängel an der Bauleistung als enge Mangelfolgeschäden (BeckOK VOB/B/Koenen, 56. Ed. 1.8.2024, VOB/B § 13 Abs. 7 Rn. 62, beck-online), als auch solche hinsichtlich der Planung. Die unter 3.f.bb. und cc. angeordneten Erwägungen gelten im Rahmen der Prüfung dieses Anspruches entsprechend. Das Vorliegen eines Sachmangels bemisst sich dann nach § 13 Absatz 1 S. 2 VOB/B mit dem von der Klägerin zu beweisenden Ausschlussstatbestand nach § 13 Abs. 3 VOB/B in Verbindung mit § 4 Abs. 3 VOB/B.

g.

Die Beklagte macht wegen verschiedener Mängelbehauptungen darüber hinaus ein „Zurückbehaltungsrecht“ geltend. Nachdem auf Grundlage der bisherigen Ausführungen von einer Fälligkeit der Werklohnforderung der Klägerin aufgrund von § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB auszugehen ist, begründen (berechtigte) Mängelbehauptungen ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB (BGH, Versäumnisurteil vom 1. 8. 2013 – VII ZR 75/11 Rn. 19). Insbesondere im Falle einer Fälligkeit nach § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Besteller auf die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts (§ 641 Abs. 3 BGB) beschränkt (OLG Celle, Urteil vom 28. Mai 2014 – 14 U 171/13 –, Rn. 37, juris). Die Vorschrift ist auch im Rahmen eines VOB/B-Vertrages anwendbar (OLG Celle, a.a.O.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018 – 8 U 55/17, Rn. 35). Dieses Leistungsverweigerungsrecht wirkt objektiv und muss nicht ausdrücklich geltend gemacht werden (BeckOK BauVertrR-Mayr, Stand 01.08.2024, § 641 Rn. 31b).

aa.

Hinsichtlich folgender, im Rechtsstreit vorgebrachter Mängelbehauptungen der Beklagten ist nach aktuellem Sach- und Streitstand ein Leistungsverweigerungsrecht nicht gegeben:

aaa.

Ein Mangel aufgrund eines übermäßigen Energieverbrauchs ist nicht schlüssig vorgetragen. Unabhängig davon, dass ihre diesbezügliche Mängelbehauptung unschlüssig gewesen ist, da sie nicht vorträgt, welcher Energieverbrauch vertraglich geschuldet gewesen sein soll, hat die Beklagte mit ihrem zuletzt gehaltenen Vortrag, sie behalte sich den Punkt vor, bis sie Gewissheit habe, dass die Bauherrin keine Ansprüche mehr an sie stelle, nicht zu erkennen gegeben, dass sie einen zu hohen Energieverbrauch weiterhin konkret behaupten möchte und sich dieser auf eine entsprechende Tatsachengrundlage stützen lässt.

bbb.

Auch die ursprünglich aufgestellte Mängelbehauptung bezüglich eines Wassereintritts in der Technikzentrale aufgrund einer Mängelanzeige der Beklagten an die Klägerin vom 10.01.2023 hat die Beklagte nicht mehr aufrecht erhalten. Sie trägt dazu vor, dass von der Klägerin insoweit nachgebessert worden sei und die Problematik behoben scheine.

ccc.

Auch die Mängelbehauptung, der Außenluftkanal der Technikzentrale sei undicht, wird seitens der Beklagten nicht mehr aufrechterhalten.

ddd.

Hinsichtlich der ebenfalls durch die Anlage B 12 unterfütterten Behauptung, die Kälteleitungen müssten auftragsgemäß entlüftet werden, ist ein Mangel nicht schlüssig vorgetragen. Ersichtlich behauptet die Beklagte einen Wartungsaufwand an den Kälteleitungen, ohne konkret vorzutragen, ob ein solcher im Zuge der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung vereinbart bzw. zu erwarten war oder nicht. Nur im letzteren Fall könnte ein Mangel vorliegen. Der Vortrag der Beklagten diesbezüglich ist unschlüssig. Auf den klägerischen Vortrag, wonach der als Zeuge benannte, seinerzeitige Projektleiter der Klägerin, Herr R., die Situation am 02.11.2023 vor Ort überprüft und festgestellt habe, dass die Kälteleitung entlüftet und kein Gluckern hörbar sei, kommt es daher nach aktuellem Sach- und Streitstand nicht an.

eee.

Zu einer ursprünglich in Anlage B 12 aufgestellten Mangelbehauptung eines Unterdruckproblems in der Technikzentrale erklärt die Beklagte in der Berufungserwiderung, dass diese nicht mehr aufrechterhalten werde.

fff.

Hinsichtlich der ebenfalls durch die Anlage B 12 unterfütterten Behauptung des Vorhandenseins einer undichten Trinkwasserleitung ist ein Mangel nicht schlüssig vorgetragen. Die Beklagte hat dazu zunächst ausgeführt, dass dieser Mangel erledigt worden sei, um dann vorzutragen, man werde sehen, ob die Bauherrin die Erledigung bestätige. Mit der Berufungserwiderung bringt sie vor, die Erledigungsbestätigung der Bauherrin sei Voraussetzung dafür, dass die Klägerin bis zur Abnahme ihre vollständige Vertragserfüllung beweise. Aus dem Vortrag der Beklagten geht daher keine schlüssige Mangelbehauptung hervor, da nicht ersichtlich ist, dass sie einmal selbst die Behauptung einer Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit aufgestellt hat.

ggg.

Auf die Mängelbehauptung, es liege keine fachgerechte Kabeleinführung in der Technikzentrale vor und Wasser tropfe vom KG-Rohr in die Zentrale, kann die Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB nach aktuellem Sach- und Streitstand nicht stützen, da der Anspruch der Beklagten auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB untergegangen ist. Die Klägerin bringt vor, die Leerrohre seien bauseitig eingebaut worden und die Funktionstüchtigkeit werde durch die Ausführung nicht beeinträchtigt. Sie habe zu dieser Mängelrüge, wie auch zu weiteren, im Folgenden näher bezeichneten Mängelrügen, die sie als „Kleinigkeit“ bewertet, die Firma S. damit beauftragt, den Zustand gemäß Wunsch der Beklagten herzustellen. Die Beklagte habe das mehrfache Angebot der Klägerin, diese und die bestimmten weiteren kleineren Arbeiten kostenneutral durchzuführen, nicht angenommen, sodass sich die Beklagte im Annahmeverzug befinde. Zu den näheren Umständen des Angebots durch den ehemaligen Projektleiter R. wird auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung Bezug genommen. Am 14.05.2024 sei der Klägerin über die Beklagte mitgeteilt worden, dass die Bauherrin derzeit keine Durchführung dieser Maßnahmen wünsche. Die Beklagte trägt unter Bezugnahme auf die Anlagen B 25 (Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Bauherrin

an die Beklagte) und B 26 (Auszug aus dem Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Bauherrin vom 06.05.2024) vor, die Bauherrin erachte die vorgeschlagenen Maßnahmen nicht als Mangelbeseitigung. Aus den genannten Anlagen geht hervor, dass sich die Bauherrin darauf beruft, die Beklagte habe ihr Recht auf Mangelbeseitigung bereits verloren. So heißt es in Anlage B 25: „Da Ihre Mandantschaft das Recht zur Mangelbeseitigung bereits verloren hat, gehen wir davon aus, dass das Angebot zur Mangelbeseitigung als Vorschlag zu einem Teil-Vergleich gedacht ist.“ Tatsächlich datiert die Mängelanzeige der Bauherrin vom 06.06.2023. Aus dem Anwaltsschreiben der Prozessbevollmächtigten der Bauherrin an die Beklagte vom 07.08.2023 gemäß Anlage B 13 geht hervor, dass die angezeigten Mängel bezüglich Wassereintritt und Feuchtigkeitsschäden Gegenstand einer gemeinsamen Besprechung vom 12.06.2023 gewesen sind. In diesem Schreiben wurde die Beklagte zur Mangelbeseitigung bis 25.08.2023 aufgefordert. Die Beklagte hat somit gegenüber der Bauherrin ihr Nachbesserungsrecht verloren, sodass ein solches gegenüber der Bauherrin nicht mehr durchsetzbar ist. Dies hat zur Folge, dass die rechtliche Möglichkeit zur Nachbesserung für die Klägerin vom Willen der Bauherrin abhängig ist. Mit dem Schreiben vom 06.05.2024 hat die Bauherrin bezüglich der Mängel, hinsichtlich derer die Klägerin eine Nachbesserung angeboten hatte, zum Ausdruck gebracht, dass sie bezüglich dieser Mängel einer Nachbesserung nicht näher treten möchte. Die Beklagte befindet sich mit der Nacherfüllung daher nicht lediglich im Annahmeverzug; diese ist vielmehr rechtlich unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB. Rechtliche Unmöglichkeit wird etwa angenommen, wenn eine für die Nachbesserung erforderliche behördliche Genehmigung nicht beschafft werden kann oder eine Nutzung des Gebäudes auch nach durchgeführter Nachbesserung gegen bauaufsichtliche Auflagen verstoßen würde (BeckOK VOB/B/Koenen, 56. Ed. 1.8.2024, VOB/B § 13 Abs. 6 Rn. 17, beck-online). Vorliegend bedarf die Nachbesserung zwar keiner behördlichen Genehmigung, aber einer solchen der Bauherrin, sodass in gleicher Weise von einer rechtlichen Unmöglichkeit auszugehen ist. Die Beklagte ist daher auf ein Minderungsrecht verwiesen, zu welchem schlüssiger Vortrag fehlt. Geht der Anspruch auf Nacherfüllung unter, erlischt das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB (BeckOGK/Lasch, 1.7.2024, BGB § 641 Rn. 90, beck-online).

Aus den genannten Gründen kann daher derzeit offenbleiben, ob ein Mangel an der Werkleistung der Kläge-

rin gegeben ist, sodass die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der streitigen Frage, ob die Mangelercheinung auf eine vertraglich geschuldete Leistung der Klägerin zurückgeht, entbehrlich ist.

Auch in den folgenden weiteren Fällen kann sich die Beklagte aus den genannten Gründen nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB berufen:

hhh. Keine fachgerechte Rohreinführung Übergang KG-Rohr auf Metallrohr

iii. Keine fachgerechte Wasserableitung aus dem Pumpensumpf Tauchpumpe

jjj. Eindichtung des Leerrohres für die Außenbeleuchtung

kkk. Keine sohlegleiche Ausführung Lichtschachtentwässerung

mmm. Nicht zum Rohrdurchmesser passende Befestigungsschellen am Rohr

Von einer rechtlichen Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB kann nur hinsichtlich solcher Mängel ausgegangen werden, hinsichtlich derer die Bauherrin nach fruchtlosem Ablauf einer Frist zur Mängelbeseitigung ein verspätetes Angebot zur Nachbesserung bereits abgelehnt hat. Soweit dies nicht vorgetragen ist, liegt eine Unmöglichkeit nicht vor - was bei den übrigen Mängeln, die von der Klägerin nicht ausdrücklich als solche benannt sind, zu welchen sie ein Angebot zur Nachbesserung unterbreitet hat, nicht der Fall ist. Dies hat umso mehr zu gelten, als die Klägerin noch im November 2023 zu einzelnen Mangelbehauptungen Maßnahmen durchgeführt haben will (vergleiche die jeweiligen Ausführungen zu den betreffenden Mangelpunkten) und somit nicht angenommen werden kann, dass ein global ablehnender Wille der Bauherrin anzunehmen ist.

nnn.

Auch eine Mangelbehauptung hinsichtlich der Ableitung von Kondensat hat die Beklagte nach aktuellem Sach- und Streitstand nicht schlüssig vorgetragen. Sie bringt vor, die Ableitung von Kondensat funktioniere nicht, wenn durch die Kältemaschine feuchtwarme Außenluft im Sommer in großen Mengen in den kühlen Keller gezogen werde. Hier seien ungewollte Kondensationen nicht auszuschließen. Die Klägerin beruft sich

darauf, es sei unklar, worin der Mangel liegen solle, ein solcher werde rein vorsorglich bestritten. Der Behauptung der Beklagten lässt sich ein konkret aufgetretenes Mangelsymptom nicht entnehmen. Der Besteller genügt seiner Darlegungslast, wenn er Mangelercheinungen, die er der fehlerhaften Leistung des Unternehmers zuordnet, genau bezeichnet (Symptom-Rechtsprechung, bspw. BGH, Urteil vom 5. Juni 2014 - VII ZR 276/13, Rn 16.). Eine konkret eingetretene Mangelercheinung lässt sich dem Vortrag indes nicht entnehmen. Soweit die Behauptung aufgestellt wird, die Ableitung von Kondensat funktioniere nicht, wenn durch die Kältemaschine feuchtwarme Außenluft im Sommer in großen Mengen in den kühlen Keller gezogen werde, heißt es in Anlage B 15, es seien „ungewollte Kondensationen nicht auszuschließen“. Insgesamt geht aus dem Vortrag der Beklagten nicht hinreichend deutlich hervor, aufgrund welcher Umstände sie davon ausgeht, die Klägerin habe gegen die Ableitung von Kondensat bei der Planung bzw. Ausführung Vorkehrungen treffen müssen. Eine konkrete vertragliche Vereinbarung ist nicht ersichtlich. Die Beklagte müsste vor dem Hintergrund der vagen Ausführungen in der Stellungnahme des privaten Sachverständigen gemäß Anlage B 15, ungewollte Kondensationen seien nicht auszuschließen, insoweit konkret zu Umständen, die eine Mangelhaftigkeit begründen sollen, vortragen.

ooo.

Auch einen Mangel hinsichtlich der Ausbildung der Zuluftleitung als KG-Rohr hat die Beklagte nach aktuellem Sach- und Streitstand nicht schlüssig vorgetragen. Sie bringt vor, die Zuluftleitung sei als KG-Rohr ausgebildet und in diesem seien deutliche Wasserlaufspuren zu sehen. Diese könnten zwei Ursachen haben, zum einen aufgrund von Kondensat der feuchtwarmen Außenluft im kälteren Erdrohr oder eine Undichtigkeit im Rohr. Das Rohr sei auf Undichtigkeiten zu prüfen, da durch dieses auch Radon ins Gebäude eindringen könne. Die Klägerin bringt vor, dieser Bereich sei von der Beklagten bzw. einem von ihr beauftragten Unternehmer bearbeitet worden. Es liege jedenfalls kein Mangel der Leistung der Klägerin vor. Er sei zudem laut dem Projektleiter Herrn R., dessen Vernehmung als Zeuge sie als Beweis für diese Behauptung anbietet, bereits im Juni 2023 behoben worden. Die Beklagte erwiderte auf diesen Vortrag, die Bauherrin halte auch diesen Punkt für ein Thema der Gebäudetechnik. Sie stellt eine Mangelbeseitigung in Abrede und verweist darauf, sie werde in der Klageschrift der Bauherrin vom 31.10.2023 (ersichtlich ist das Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) mit diesem

Mangel weiter konfrontiert (182 LGA). Die Beklagte hat damit nicht schlüssig vorgetragen, dass die Mangelercheinungen auf eine Leistung der Klägerin zurückgehen. Es ist in diesem Zusammenhang nicht ausreichend, dass sie lediglich auf die Einschätzung der Bauherrin zu dieser Frage verweist. Vielmehr muss die Beklagte selbst konkret behaupten, dass die beanstandeten Mangelercheinungen auf von der Klägerin vertragswidrig erbrachte Leistungen zurückgehen. Nach aktuellem Sach- und Streitstand ist also dem Beweisangebot der Klägerin auf Vernehmung des Zeugen R. zu dieser Frage mangels Erheblichkeit nicht nachzugehen.

ppp.

Zu einer ursprünglich zum Thema Entwässerung aufgestellten Behauptung brachte die Beklagte mit der Berufung vor, dieser Punkt scheine der Firma M. zuzuordnen zu sein und werde einstweilen nicht weiterverfolgt. Nur wenn sich im Rahmen dieses Verfahrens Anzeichen dafür ergeben sollten, dass es sich um eine (Mit-)Verantwortlichkeit der Klägerin handle, werde die Beklagte darauf zurückkommen. Demzufolge bringt die Beklagte diesbezüglich aktuell keine Mangelbehauptung vor.

bb.

Hinsichtlich folgender, im Rechtsstreit vorgebrachter Mängelbehauptungen der Beklagten ist nach aktuellem Sach- und Streitstand eine Beweisaufnahme zur Klärung erforderlich, ob diese ein Leistungsverweigerungsrecht begründen, wobei die Beweislast für die Mangelfreiheit der Werkleistung wie aufgezeigt bei der Klägerin liegt, sofern keine Abnahme durch die Beklagte erfolgt sein sollte:

aaa.

Die Beklagte behauptet eine Undichtigkeit am Gitterflansch des Zuluftkanals, bei welchem es sich um eine gebäudetechnische Einrichtung handle, in der Technikzentrale entsprechend einer Mängelanzeige der Bauherrin vom 04.07.2023. Die Klägerin bestreitet dies und behauptet unter Beweisanspruch durch den Zeugen R. und Vorlage einer Fotodokumentation (Anlage K 43), dass das Wasser über das Betonbauwerk (Baukonstruktion) eindringe und nichts mit den Leistungen der Klägerin zu tun habe. Letzteres wird unter Beweis gestellt durch Vernehmung des Zeugen Sch.. Über die Mängelbehauptung ist Beweis erheben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und Verneh-

mung der Zeugen R. und Sch. (auf den sich gegenbeislich auch die Beklagte beruft), wobei zu klären sein wird, ob offenbar vorhandene Mangelsymptome des Eindringens von Wasser auf Einrichtungen zurückgehen, die im Rahmen des Leistungsprogramms der Klägerin geschuldet waren. Der Parteivortrag wird dabei so verstanden, dass der angesprochene Gitterflansch als solcher unstreitig zum Leistungsprogramm der Klägerin gehört, diese aber eine andere Ursache für das Auftreten des Mangelsymptoms geltend machen möchte.

bbb.

Die Beklagte behauptet – gestützt auf eine entsprechende Mängelbehauptung der Bauherrschaft (Anlage B 12) – die Dampflanze sei undicht und es fehle eine Isolierung. Dem wohnt jedenfalls die Behauptung inne, dass die Leistung damit keine Beschaffenheit aufweise, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann. Die Klägerin trägt unter Vorlage einer Fotodokumentation (Anlage K 44) vor, die Mängelbehauptung am 02.11.2023 durch den Zeugen R. vor Ort überprüft zu haben, wobei festgestellt worden sei, dass die Dampflanze dicht und isoliert sei. Die Mängelbehauptung ist laut Vortrag der Beklagten auch Gegenstand des Verfahrens vor dem Landgericht Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) (176 LGA). Über die Mängelbehauptung ist Beweis erheben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen R..

ccc.

Die Beklagte behauptet weiter, Trilux Wandfluter lösten sich aus ihrer Verankerung, was auf einen Montagefehler der Klägerin zurückgehe. Die Klägerin bestreitet die Behauptung und bringt vor, dass der als Zeuge benannte seinerzeitige Projektleiter der Klägerin, Herr R., die Situation am 02.11.2023 vor Ort überprüft und – ohne dies durch Lichtbilder zu dokumentieren – festgestellt habe, dass die Fluter in ihrer Verankerung seien. Sie verweist zur ordnungsgemäßen Montage und einwandfreien Verankerung auf eine Fotoaufnahme vom 28.11.2018 (K 45). Über die Mängelbehauptung ist Beweis zu erheben durch Vernehmung des Zeugen R..

ddd.

Die Beklagte behauptet weiter eine Undichtigkeit des Abluftschlauches sowie des Abluftschachtes in der Technikzentrale (B 12). Ersichtlich handelt es sich dabei

um eine weiter behauptete Mangelursache zum bereits unter „Undichtigkeit am Gitterflansch des Zuluftkanals“ beschriebenen Mangelsymptom des Eindringens von Wasser in der Technikzentrale. Der klägerische Vortrag zu dieser Mangelbehauptung entspricht jenem unter „Undichtigkeit am Gitterflansch des Zuluftkanals“. In entsprechender Weise wie dort ist über die Mängelbehauptung Beweis zu erheben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung der Zeugen R. und Sch..

eee.

Die Beklagte behauptet einen fehlenden Eingriffsschutz im UG / RLT-Zentrale, eine Überströmung zum SIBE-Raum auf der Abströmseite des Brandschutzventils und einen fehlenden Eingriffsschutz auf der Ansaugseite des BEK-Elements im UG/SIBE-Raum/ABL – SIBE-Raum. Die Klägerin trägt vor, der Eingriffsschutz sei am 27. November 2023 angebracht worden und beruft sich auf das Zeugnis von Herrn R. und die als Anlage K 46 vorgelegte Fotoaufnahme sowie die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Nachdem die Beklagte lediglich darauf verweist, die Bauherrin müsse bestätigen, dass das Problem als gelöst gelte, ist davon auszugehen, dass die Beseitigung des beanstandeten Zustands – der grundsätzlich, wie aus dem Vortrag der Klägerin zu schließen ist, als nicht vertragsgemäße Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit anzusehen ist – zwischen den Parteien streitig ist, sodass dem klägerischen Beweisangebot auf Vernehmung des Zeugen R. und erforderlichenfalls auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu diesem Punkt nachzugehen ist.

Unter Bezugnahme auf die entsprechenden Einschätzungen des privaten Sachverständigen J. der Bauherrin (Anlage B 15) nach einem Ortstermin vom 17.07.2023 stellt die Beklagte eine Reihe weiterer Mangelbehauptungen auf, die im Folgenden aufgeführt sind und jeweils mit Schriftsatz der Beklagten vom 11.08.2023 in den Rechtsstreit eingeführt wurden. Diese stellt sie jeweils gegenbeweislich unter Beweis durch Sachverständigengutachten und das sachverständige Zeugnis des Herrn J.

fff.

Im Bereich des Treppenabgangs zur Technikzentrale seien Leitungen ungedämmt. Diese gehörten zu Kühlung. An diesen kondensiere die Raumfeuchte und tropfe ab. Die Klägerin trägt in diesem Zusammenhang vor, Entleerungs- und Entlüftungsleitungen seien nicht

gedämmt worden und beruft sich auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des (sachverständigen) Zeugen J. wäre demzufolge zu klären, ob sich die ungedämmte Ausführung der Leitungen im Bereich des Treppenabgangs zur Technikzentrale als mangelhaft darstellt.

ggg.

Die Bauteilfuge zum Altbau sei nicht gemäß DIN 18533 ausgeführt. Hier drücke bei starken Regenfällen Wasser in das Gebäude. Die Klägerin bestreitet den Mangel und bringt darüber hinaus vor, wenn überhaupt, liege dann ein Mangel der Baukonstruktion vor, für welche die Beklagte nicht zuständig gewesen sei, da sich ihre Zuständigkeit auf den Bereich der TGA beschränkt habe. Im Hinblick darauf, dass die Klägerin einerseits ihre ausgeführten Leistungen zu planen und sie diese andererseits auszuführen hatte, musste sie zur Erreichung der Funktionstauglichkeit ihrer Leistung auch die Randbedingungen für eine bedenkenlose Unterbringung der Technik im Untergeschoss des Gebäudes überprüfen. Sollte tatsächlich ein Eintritt von Wasser in das Gebäude ermöglicht sein, weil die Bauteilfuge zum Altbau nicht gemäß DIN 18533 ausgeführt wurde, steht daher sowohl ein Mangel bei der Ausführungsplanung als auch der Ausführung selbst im Raum. Zur Klärung der Frage Mangelhaftigkeit der Bauteilfuge und der Frage, ob der Klägerin – sollte sich eine Mangelhaftigkeit der Bauteilfuge bestätigen – die Anbringung eines Bedenkenhinweises zumutbar und der Fehler im Rahmen der Planung erkennbar war, wäre Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erheben. Im Hinblick auf das Vorliegen eines Planungsfehlers müsste die Beklagte indes schlüssig vortragen, dass die Ausführung der Bauteilfuge zum Altbau der Ausführung des Objektplaners entsprochen hat und für die Klägerin - bzw. ihren Erfüllungsgehilfen, der A. GmbH - aufgrund der ihr vorliegenden Unterlagen und Informationen erkennbar war, dass eine unzureichende Abdichtung des Gebäudes zu befürchten steht. Bislang fehlt diesbezüglich schlüssiger Vortrag.

hhh.

Als weitere Mangelbehauptung bringt die Beklagte vor, am Eintritt der Luftnachführung für die Kältemaschine gebe es Laufspuren von eintretendem Wasser. Die Einführung sei offensichtlich nicht gemäß DIN 18533 abgedichtet. Die Klägerin bestreitet den Mangel und bringt vor, wenn ein solcher vorliege, handele es sich um einen Mangel der Baukonstruktion. Die Beklagte

bringt in diesem Zusammenhang vor, die Klägerin habe die Position der Lichtschächte vorgegeben und beruft sich auf das Zeugnis der Zeugen „W“, womit offensichtlich der Prokurist der Beklagten X und der Architekt M. gemeint sind. Es ist somit zunächst Beweis durch Vernehmung der Zeugen X und M. über die Frage zu erheben, ob die Klägerin die Position der Lichtschächte aufgrund ihrer Planung vorgab und anschließend gegebenenfalls ein Sachverständigengutachten zu den Fragen einzuholen, ob entweder die Mangelrüge das Werk der Klägerin betrifft oder eine gemachte Planungsvorgabe der Klägerin zur Position der Lichtschächte den anerkannten Regeln der Technik entspricht und für die Mangelercheinung ursächlich ist.

iii.

Als weitere Mangelbehauptung bringt die Beklagte vor, die Kondensatleitung aus der Zuluft sei offen zur Hebeanlage geführt. Dort entweiche konditioniert Luft in den Raum. Wenn der Wasserspiegel im Pumpensumpf zu hoch steige, liege diese Leitung unter Wasser und lasse das Wasser in alle Richtungen spritzen. Es fehle ein geeigneter Schutz in Form eines Siphons.

Nachdem die Klägerin zunächst ausführte, der Punkt werde zeitnah vor Ort überprüft und es werde nachgerüstet, sollte ein Siphon fehlen, wurde zuletzt – unter Verweis auf Ausführungen „zu 2j.“ – bestritten, dass ein Mangel vorliege. Unklar ist, was mit dem Verweis auf 2j. gemeint ist, da eine solche Ziffer im Schriftsatz vom 01.12.2023 ersichtlich nicht existiert. Möglicherweise sind die klägerischen Ausführungen unter der hiesigen Ziffer 3.g.bb.fff. gemeint. Jedenfalls durch den Verweis auf Ziffer 2. hat sich die Klägerin ersichtlich auch auf das Beweisangebot der Einholung eines Sachverständigengutachtens bezogen, nachdem in sämtlichen nicht erledigten Mangelbehauptungen unter 2. das Beweisangebot eines Sachverständigengutachtens enthalten ist. Daher ist ein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob die als offen zur Hebeanlage ausgeführte Kondensatleitung aus der Zuluft den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

jjj.

Zur Kondensatleitung der Lüftungsanlage stellt die Beklagte die Mangelbehauptung auf, durch die ungedämmte Ausführung kondensiere die Raumluftfeuchte an der Leitung und tropfe unkontrolliert ab. Es komme zur Pfützenbildung unter der Leitung. Die Klägerin bringt vor, eine solche Leitung werde nicht gedämmt

und bezieht sich wiederum auf Ausführungen unter Ziffer 2j.. Insoweit gilt das unter der vorstehenden Mangelbehauptung Ausgeführte entsprechend. Es ist ein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob die ungedämmte Ausführung der Kondensatleitung der Lüftungsanlage den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

kkk.

Als weitere Mangelbehauptung bringt die Beklagte vor, die Pumpe der Wärmerückgewinnung weise einen Rückstand auf, der wie eine Verkalkung wirke; auch seien sämtliche Rohre der Einheit von außen korrodiert. Die Ursache hierfür habe im Ortstermin vom 17.07.2023 nicht geklärt werden können. Damit hat die Beklagte ein Mangelsymptom hinreichend konkret vorgetragen. Die Klägerin trägt in diesem Zusammenhang vor, eine Kondensatbildung lasse sich hier nicht vollständig vermeiden, weshalb die Pumpe auch regelmäßig zu reinigen sei. Ein Mangel liege nicht vor, wofür die Klägerin zum Beweis die Einholung eines Sachverständigengutachtens anbietet. Zudem habe die Beklagte (Replik vom 31.08.2023, Seite 26 - ersichtlich gemeint: die Bauherrin) das Gebäude schon mehrere Jahre im Betrieb und solche Arbeiten seien entsprechend über die Jahre durchzuführen. Soweit die Parteien darüber streiten, ob eine Verantwortlichkeit der Klägerin, die von der Bauherrin zwar offenbar – in unbekanntem Umfang – mit Wartungsarbeiten beauftragt ist, schon aufgrund eines Wartungsvertrages gegeben ist, kann offenbleiben. Aufgrund des bisherigen Sach- und Streitstandes ist ein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, ob die Ursache für den Rückstand der Pumpe der Wärmerückgewinnung und die Korrosion der Rohre der Einheit auf eine nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechende Ausführung durch die Klägerin zurückzuführen ist.

mmm.

Als weitere Mangelbehauptung bringt die Beklagte vor, die Verbindungsleitung der Signal- und Steuerleitungen zum Büro sei nicht abgedichtet und es werde unkontrolliert Luft in den Keller gesaugt. Die Klägerin bringt vor, die Leitung abgedichtet zu haben, bietet Beweis durch Vernehmung des Zeugen R. an und verweist auf eine als Anlage K 47 vorgelegte Fotoaufnahme. Hinsichtlich dieser Fotoaufnahmen fällt auf, dass sie augenscheinlich einen anderen Bereich abbildet, als der Mangelbehauptung, die durch ein (schwarz-weiß) Lichtbild in Anlage B 15 dokumentiert ist, zugrunde liegt. Nichtsdestotrotz wird dem Beweisangebot auf

Vernehmung des Zeugen R. nachzugehen sein, nachdem die Beklagte die Abdichtung nach wie vor erkennbar in Abrede stellt.

h.

Durch Sachverständigenbeweis ist weiter aufzuklären, welches wirtschaftliche Gewicht die einzelnen Mängelrügen haben, damit das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB bzw. die Hilfsaufrechnung / das Zurückbehaltungsrecht im zutreffenden Umfang berücksichtigt werden können. Die Beklagte trägt dabei zur Höhe der Mangelbeseitigungskosten nicht vor, was sie auch nicht muss (BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 – VII ZR 125/95 –, juris).

4.

Da im Umfang von 134.000,00 € der Rechtsstreit hinsichtlich der Hauptforderung noch nicht entscheidungsreif ist, ist in diesem Umfang auch der als Nebenforderung geltend gemachte Zinsanspruch noch nicht zur Entscheidung reif.

III.

1.

Der Rechtsstreit war gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Landgericht zurückzuverweisen, soweit die Klage wegen eines Betrags in Höhe von € 134.000,00 als derzeit unbegründet abgewiesen wurde.

a.

Die Klägerin hat hilfsweise die Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht beantragt. Eine hilfsweise Antragstellung ist ausreichend (OLG Koblenz, Urteil vom 31.05.2007 - 5 U 123/07, Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 538 Rn. 56). Der Sache nach handelt es sich bei diesem Antrag jedoch richtigweise um den Hauptantrag.

b.

Ein Zurückverweisungsgrund im Sinne von § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO ist gegeben. Das Landgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt und dadurch eine notwendige umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme vermieden.

aa.

Ein Verfahrensfehler auf Grund des allein maßgeblichen materiell-rechtlichen Standpunkts des Landgerichts (BGH, Versäumnisurteil vom 1. 2. 2010 - II ZR 209/08) liegt vor. Das Landgericht hat unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin zur Abnahmereife ihrer Leistungen übergeben. Die Gehörsverletzung stellt einen Verfahrensfehler dar (BGH, Beschluss vom 22.12.2015 – VI ZR 67/15, Rn. 4, MüKoZPO/Rimmelpacher, 6. Aufl. 2020, ZPO § 520 Rn. 55, beck-online). Das Landgericht setzt sich in seinem Urteil mit der Abnahmereife der klägerischen Leistung nicht auseinander, obgleich es in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 noch den richterlichen Hinweis erteilte, dass es in Ermangelung einer von den Parteien in § 6 des Bauvertrages vorgesehenen förmlichen Abnahme „auf die Abnahmereife der klägerischen Leistungen als Fälligkeitsvoraussetzung für den geltend gemachten Restwerklohn ankomme“ (100 LGA). Soweit das Landgericht in seinem Hinweis die Klägerseite auf ihre Darlegungs- und Beweislast für die Abnahmereife hingewiesen hat und hierbei insbesondere darauf, dass zur Bestimmung des vertraglichen Leistungssolls auch die Vertragsgrundlagen hinreichend dargelegt werden müssten, hat die Klägerseite dazu im Schriftsatz vom 01.12.2023 umfangreich ergänzend vorgetragen. Sollte das Landgericht die Frage der Abnahmereife nicht mehr als entscheidungserheblich angesehen haben, hätte es einen richterlichen Hinweis erteilen müssen, dass es an seiner in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 geäußerten Rechtsauffassung nicht mehr festhält (BVerfG, Beschluss vom 15.08.1996 - 2 BvR 2600/95). Sollte das Landgericht, was aus den Entscheidungsgründen nicht klar hervorgeht, die Abnahmereife mit dem Argument verneint haben, die Klägerin habe die vom Pauschalfestpreis umfassten Einzelleistungen wegen des fehlenden Angebots gemäß Ziffer 2.2 des Bauvertrags vom 13.11.2017 nicht ausreichend dargestellt, hat es entscheidungserheblichen (und unstrittigen) Vortrag der Klägerin übergeben. Zwischen den Parteien ist – wie oben unter II.3.c.aa.ddd. ausgeführt – unstrittig, dass ein solches Angebot nicht existiert.

Der Vortrag ist auf Basis des maßgeblichen materiell-rechtlichen Standpunkts des Landgerichts auch entscheidungserheblich. Im Falle der Abnahmereife kann unmittelbar auf Zahlung des Werklohns geklagt werden, wenn der Werkbesteller die Abnahme zu Unrecht verweigert, nachdem im Zahlungsantrag ein konkludentes Abnahmeverlangen liegt (OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 17.5.2021 – 13 U 365/21). Aus der

obigen Darstellung unter II. ergibt sich, dass die Klägerin die Abnahmereife schlüssig vorgetragen hat.

Das Landgericht hat zudem den schlüssigen Vortrag der Klägerin zur Abnahmeerklärung der Beklagten nicht hinreichend berücksichtigt, weil es die Substantiierungslast zu hoch angesetzt hat (siehe oben II.3.d.bb.).

bb.

Der Verfahrensmangel stellt sich auch als wesentlich dar. Ein Gehörsverstoß ist grundsätzlich ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinn von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO (BGH, Urteil vom 14. 5. 2013 – II ZR 76/12). Anhaltspunkte dafür, dass dies vorliegend anders zu beurteilen ist, sind nicht ersichtlich.

cc.

Überdies wird vorliegend eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig. Eine Zurückverweisung wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels erfordert weiter, dass der Mangel eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig und nicht nur wahrscheinlich macht (BeckOK ZPO/Wulf, 53. Ed. 1.7.2024, ZPO § 538 Rn. 16, beck-online). Eine solche muss sicher zu erwarten sein (BGH, Urteil vom 12.04.2018 - III ZR 105/17). Dies ist vorliegend der Fall.

Insbesondere zu folgenden Fragen ist eine Beweisaufnahme sicher zu erwarten:

- Die Vernehmung des Zeugen R. zur Abnahme für die Klärung der Beweislast zur Mangelfreiheit der Werkleistung der Klägerin (siehe oben II.3.d.bb.)

- Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Fragen, ob der Klägerin Bedenkenhinweise angesichts des Zustandes des Gebäudes nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung insbesondere des von ihr zu erwartenden Fachwissens und aller bei hinreichend sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbaren Umstände zumutbar waren und auf welche Ursachen die Mangelerscheinungen zurückgehen (siehe oben II.3.f., dort insbesondere bb.ddd.(2),

- Zu den Mängelbehauptungen der Beklagten:

o Undichtigkeit am Gitterflansch des Zuluftkanals (siehe oben II.3.g.bb.aaa.): Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie Vernehmung der Zeugen R. und Sch.

o Dampfzange undicht und Isolierung fehlt (siehe oben II.3.g.bb.bbb): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen R.

o Trilux Wandfluter lösen sich aus Verankerung (siehe oben II.3.g.bb.ccc): Vernehmung des Zeugen R.

o Undichtigkeit des Abluftschlauches und des Abluftschachtes (siehe oben II.3.g.bb.ddd) Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung der Zeugen R. und Sch.

o Fehlender Eingriffsschutz im UG/RLT Zentrale (siehe oben II.3.g.bb.eee.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen R.

o Dämmung von Leitungen zur Kühlung (siehe oben II.3.g.bb.fff.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen J.

o Bauteilfuge zum Altbau für Technikzentrale nicht geeignet (siehe oben II.3.g.bb.ggg.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen J.

o Laufspuren am Eintritt der Luftnachführung (siehe oben II.3.g.bb.hhh.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung der Zeugen J., X und M.

o Kondensatleitung offen zur Hebeanlage ausgeführt (siehe oben II.3.g.bb.iii.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen J.

o Kondensatleitung der Lüftungsanlage nicht gedämmt (siehe oben II.3.g.bb.jj.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen J.

o Verkalkung der Pumpe der Wärmerückgewinnung (siehe oben II.3.g.bb.kkk.): Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung des Zeugen J.

o Verbindungsleitung nicht abgedichtet (siehe oben II.3.g.bb.mmm.): Vernehmung des Zeugen R.

- Zu allen erfolgreichen Mängelrügen ist ein Sachverständigengutachten dazu erforderlich, welches wirtschaftliche Gewicht die einzelnen Mängelrügen haben, damit das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB bzw. die Hilfsaufrechnung / das Zurückbehaltungsrecht im zutreffenden Umfang berücksichtigt werden können (siehe oben II.3.h.).

d.

Eine Zurückverweisung entspricht auch pflichtgemäßem Ermessen. Bei der insoweit notwendigen Abwägung ist in Erwägung zu ziehen, dass eine Zurückverweisung der Sache zu einer erheblichen Verteuerung und Verzögerung des Rechtsstreits führt und dies in der Regel den schützenswerten Interessen der Parteien entgegensteht (BGH, Urteil vom 8. 7. 2004 - VII ZR 231/03, juris). Die Aufhebung und Zurückverweisung wegen einer noch durchzuführenden Beweisaufnahme ist deshalb auf Ausnahmefälle zu beschränken, in denen die Durchführung des Verfahrens in der Berufungsinstanz voraussichtlich zu größeren Nachteilen führt als die Zurückverweisung der Sache an das erstinstanzliche Gericht (BGH, Urteil vom 22. 9. 2006 - V ZR 239/05, juris). In diesem Zusammenhang muss nachprüfbar dargelegt werden, dass eine aus seiner Sicht durchzuführende Beweisaufnahme so aufwändig und umfangreich ist, dass eine Zurückverweisung an das Landgericht ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint (BGH, Urt. v. 5. 7. 2011 - II ZR 188/09, juris). Steht ein Gutachten zu einer lediglich einen Mangel eines Bauwerks betreffenden Beweisfrage aus, liegen die Voraussetzungen eines Ausnahmefalls regelmäßig nicht vor (BGH, Versäumnisurteil vom 16. 12. 2004 - VII ZR 270/03, juris).

Bei der vorzunehmenden Ermessensentscheidung ist vorliegend zunächst zu berücksichtigen, dass in erster Instanz noch überhaupt keine Beweisaufnahme stattgefunden hat und der umfangreiche, noch anhängige Prozessstoff bislang noch keinerlei Aufbereitung erfahren hat, die eine Entscheidungsgrundlage für die Berufungsinstanz ermöglicht. Den Parteien würde durch die erstmalige Durchführung der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz eine zweite Tatsacheninstanz genommen. Vorliegend geht aus der obigen Aufzählung unter 3.b.cc. dabei hervor, dass sich die notwendige Beweisaufnahme als ausgesprochen aufwändig, umfangreich und vielschichtig erweist. Der Verlust einer Tatsacheninstanz ohne durchgeführte Beweisaufnahme und entsprechende Aufbereitung des Streitstoffes in lediglich einer Instanz stellt sich demzufolge als besonders gravierend dar. Da insofern bislang keine Beweiserhebung stattgefunden hat, ist die Fortführung des Verfahrens in der Berufungsinstanz mit keinem zeitlichen Vorteil gegenüber einer Fortsetzung des Verfahrens beim Landgericht verbunden, vielmehr würden die Parteien lediglich eine Tatsacheninstanz verlieren. Unter diesen Umständen ist eine Zurückverweisung an das Landgericht zur erneuten Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung zweckmäßig.

2.

Erstinstanzlich hat die Beklagte beantragt, den Rechtsstreit wegen Vorgeiflichkeit des Verfahrens vor dem Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) gemäß § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen. Darauf hat sie auch in der Berufungsinstanz verwiesen. Die Aussetzung ist von Amts wegen in jeder Verfahrenslage möglich (Anders/Gehle/Bünigmann, 82. Aufl. 2024, ZPO § 148 Rn. 15, beck-online). Eine Vorgeiflichkeit wird angenommen, wenn in einem anderen Rechtsstreit eine Entscheidung ergeht, die für das auszusetzende Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- bzw. Interventionswirkung erzeugt (BGH, Beschluss vom 27.6.2019 – IX ZB 5/19 Rn. 7, beck-online). Vorliegend hat die Beklagte der Klägerin im Prozess vor dem Frankfurt am Main (2-26 O 634/23), in welchem sie von der Bauherrin Stiftung Kunst und Natur gGmbH in Anspruch genommen wird, den Streit verkündet. Die Entscheidung in diesem Rechtsstreit erzeugt demzufolge eine Interventionswirkung zwischen den Parteien. Die Klägerin ist dem dortigen Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Aus den genannten Gründen ist das vorgeifliche Rechtsverhältnis auch Gegenstand eines vor einem anderen Gericht bereits anhängigen Verfahrens. Vorgeiflichkeit liegt demnach grundsätzlich im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit des Werks vor. Allerdings wird in dem Prozess vor dem Frankfurt am Main (2-26 O 634/23) aus Rechtsgründen eine Differenzierung zwischen dem Werk der Beklagten und dem Werk der Klägerin nicht stattzufinden haben.

Über die Aussetzung wird bei Zurückverweisung das Landgericht zu befinden haben.

OLG Brandenburg zu der Frage, dass ein Verstoß gegen Bauordnungsrecht ein Baumangel ist

vorgestellt von Thomas Ax

1. Die Leistung des Auftragnehmers ist mangelhaft, wenn sie die bauordnungsrechtlichen Vorschriften nicht einhält (hier: Fehlen notwendiger Verwendbarkeitsnachweise für tragende Holzbauteile). Es entlastet den Auftragnehmer nicht, dass eine bestandskräftige Baugenehmigung vorliegt. Die Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflicht sind zwar insoweit eingeschränkt, aber nicht völlig aufgehoben.

2. Der Auftragnehmer haftet trotz eines Planungsfehlers des Architekten gesamtschuldnerisch auf die gesamten Mängelbeseitigungskosten, wenn der Schaden sowohl durch einen Planungsfehler als auch

durch einen Ausführungsfehler entstanden ist. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn der Ausführungsfehler auch ohne den Planungsmangel und umgekehrt selbstständig zum vollen eingetretenen Schaden beigetragen hat.

OLG Brandenburg, Urteil vom 07.11.2024 - 12 U 162/23

Gründe

I.

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche des Klägers im Zusammenhang mit dem von dem verstorbenen Beklagten zu 1. ausgeführten Zimmerarbeiten im Rahmen der Sanierung eines im Eigentum des Klägers stehenden denkmalgeschützten Stallgebäudes zur Nutzung mit zwei Ferienwohnungen im Dachgeschoss sowie Garage und Werkstatt im Erdgeschoss.

Der Kläger beauftragte den Beklagten zu 1. mit VOB-Vertrag vom 16.05./19.05.2010 mit Zimmerarbeiten auf der Grundlage des von dem Beklagten zu 2. erstellten Leistungsverzeichnisses. Die VOB Teile B und C sollten danach Vertragsbestandteil werden. Mit Schreiben vom 13.05.2013 erklärte der Kläger die außerordentliche Kündigung des Vertrages unter Hinweis auf gravierende Mängel der Werkleistung des vormaligen Beklagten zu 1., unter anderem, weil dieser Holz unbekannter Herkunft und ohne Gütenachweis verbaut und nicht auf Mängel der Planung hingewiesen habe. Inwieweit eine Abnahme seiner Leistungen erfolgt ist, war zwischen den Parteien streitig.

Mit der am 05.11.2013 beim Landgericht eingegangenen und den vormaligen Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1. am 11.02.2014 zugestellten Klage hat der Kläger den vormaligen Beklagten zu 1. sowie den Beklagten zu 2., der gemäß Planungsvertrag vom 13.03.2009 mit den Leistungsphasen 3 - 8 des § 15 HOAI a.F. beauftragt war, zunächst gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz i.H.v. 65.835,83 € in Anspruch genommen. Hinsichtlich der geltend gemachten Planungs- und Ausführungsfehler wird auf das Vorbringen in der Klageschrift Bezug genommen. Mit Schriftsatz vom 10.06.2015 hat der Kläger die Klage um einen Feststellungsantrag erweitert und beantragt festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihm den darüber hinausgehenden weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm durch die nicht ordnungsgemäß ausgeführten Zimmerarbeiten des vormaligen Beklagten zu 1. sowie durch die mangelhafte Planung und Überwachung durch den Beklagten zu 2. entstanden sei.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 22.05.2014 die Beweiserhebung über eine Vielzahl der geltend gemachten Mängel angeordnet. Die Parteien kamen dahin überein, die Beweiserhebung auf die Beweisfrage 1.33 des Beweisbeschlusses, ob die verbauten Mittelpfetten, Deckenbalken, Sparren und Kehlbalken die Anforderungen für tragende Holzbauteile erfüllen, zu beschränken. Der gerichtlich bestellte Sachverständige („Name 01“) kam in seinem Gutachten vom 15.02.2017 zu dem Ergebnis, dass die Anforderungen für tragende Holzbauteile nicht erfüllt seien, da die nach der Brandenburgischen Bauordnung notwendigen Verwendbarkeitsnachweise nicht vorlägen, weshalb die Dach- und Deckenkonstruktion abgebrochen und neu eingebaut werden müsse. Die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten schätzte der Sachverständige auf insgesamt ca. 144.000,00 € brutto. Der Kläger ließ daraufhin den Rückbau und die Neuherstellung des Dachstuhls durchführen und bezifferte den mit Schriftsatz vom 06.12.2019 den ihm bis dahin entstandenen Schaden auf 337.604,94 €. Wegen der Aufstellung im einzelnen wird auf die Seite 14 des Schriftsatzes vom 06.12.2019 (Bl. 1525 GA) verwiesen.

Im Verlaufe des Rechtsstreits hat der Kläger darüber hinaus geltend gemacht, bei einer Decke über einer kleinen Garage und einer Holzverarbeitenden Werkstatt müssten gemäß der Brandenburgischen Bauordnung und der Garagen- und Stellplatzverordnung die tragenden Teile aus einem nicht brennbaren Material bestehen, weshalb der Einbau einer Holzbaudecke nicht zulässig sei.

Mit Beschluss vom 12.02.2020 hat das Landgericht gem. § 278 Abs. 6 ZPO festgestellt, dass der Kläger und der Beklagte zu 2. einen Vergleich geschlossen haben, wonach sich der Beklagte zu 2. verpflichtet hat, an den Kläger zur Abgeltung aller Streitgegenständlichen und sonstigen unmittelbar oder mittelbar in das Verfahren eingeführten Ansprüche des Klägers einen Betrag i.H.v. 230.000,00 € zu zahlen. Der Kläger hat daraufhin mit Schriftsatz von 23.07.2020 mitgeteilt, dass noch ein restlicher Schadensersatzbetrag i.H.v. 107.604,94 € ausstehe (Bl. 2052 GA).

Nachdem der vormalige Beklagte zu 1. am 09.09.2022 verstorben ist, hat der Kläger den Rechtsstreit einseitig für in der Hauptsache erledigt erklärt.

Im Übrigen wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es fehle an einem erledigenden Ereignis, das die Klage unzulässig oder unbegründet werden lasse. Allein der Umstand, dass die klagende Partei ihr wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung der von ihr verfolgten Ansprüche verloren habe, sei im Zivilprozess kein Ereignis, das die Klage gegenstandslos mache. Dass der Kläger nach dem Tod des Beklagten zu 1. mit schlechteren Vollstreckungschancen rechne, habe keine rechtlichen Auswirkungen. Der Tod einer natürlichen Person führe nicht zum Wegfall der Parteifähigkeit, da im Zivilprozess die Erben kraft Gesetzes in das Prozessverhältnis des Erblassers einrückten. Es liege auch nicht der Ausnahmefall vor, wonach sich bei Versterben des Anspruchsgegners bei Geltendmachung höchstpersönlicher Ansprüche der Rechtsstreit erledige. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt der Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das seiner Prozessbevollmächtigten am 06.09.2023 zugestellte Urteil mit einem am 26.09.2023 beim Brandenburgischen Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel innerhalb der auf rechtzeitigen Antrag verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am 06.12.2023 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger rügt mit der Berufung, der Urteilsbegründung mangle es an der Prüfung, ob die ursprüngliche Leistungsklage zulässig und begründet gewesen sei. Der Sachverständigenbeweis sei nicht gewürdigt worden, der die im Klageverfahren gerügten Mängel hinsichtlich der mangelhaften Güte des Leimholzes, die Mängelbeseitigungskosten und das Verschulden des vormaligen Beklagten zu 1. beweissicher festgestellt habe. Zudem mangle es der Urteilsbegründung an der Würdigung des Sachverhaltes, dass die Nachlasspflegerin ausschließlich nach § 1961 BGB bestellt worden sei, die ermittelten Erben das Erbe ausgeschlagen hätten das Erbe überschuldet sei. Das Gericht hätte vor Entscheidungsfindung prüfen müssen, ob die Nachlasspflegerin pflichtgemäß ein Aufgebots- oder Nachlassinsolvenzverfahren gem. den §§ 1970 ff. BGB eingeleitet habe. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand sei die ursprüngliche Leistungs- und Feststellungsklage zulässig und begründet gewesen. Ebenso hafte der vormalige Beklagte zu 1. für Planungsmängel hinsichtlich der Fehlplanung der Decke mit Holzbalken, da keine Bedenken angemeldet worden seien. Durch den Tod des Beklagten zu 1., der Überschuldung des Nachlasses und der Erbausschlagung der ermittelten Erben könne

er nur noch gegen den Nachlass klagen und allenfalls eine Eintragung in einer Liste der Nachlassgläubiger erreichen. Hiermit sei der Fall der Erledigung durch Insolvenz vergleichbar. Das Landgericht habe verkannt, dass es bei der bestehenden Sachlage aussichtslos sei, dass sich ein Rechtsnachfolger finden werde. Vielmehr müsse er befürchten, dass ihm bei Fortsetzung des Rechtsstreits schlussendlich die Kosten auferlegt würden. Bei zutreffender Würdigung der Sach- und Beweislage hätte das Landgericht demzufolge feststellen müssen, dass mit dem Tod des Beklagten zu 1. unter Berücksichtigung der Gesamtkonstellation ein erledigendes Ereignis eingetreten sei. Hilfsweise werde die Fortsetzung der ursprünglichen Leistungsklage begehrt. In Anbetracht der wirtschaftlichen Erwartungen an den Nachlass des Beklagten zu 1. werde gemäß dem gerichtlichen Vergleichsvorschlag eine Summe von 1.800,00 € weiterverfolgt. Schließlich seien auch die Kostengrundentscheidung des Landgerichts und die Festsetzung des Gebührenstreitwertes fehlerhaft.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 05.09.2023 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt (Oder) zur Geschäftsnummer 12 O 271/13 festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache durch Erklärung des Klägers vom 21.03.2023 erledigt hat;

hilfsweise die Beklagten zu 1. gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn 1.800,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil. Die rechtliche Annahme des Klägers, der Tod einer Partei könne ein erledigendes Ereignis begründen, sei nicht nachvollziehbar. Unabhängig davon sei die Klage zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung unzulässig und unbegründet gewesen, da nach der Zahlung des Beklagten zu 2. aufgrund des Vergleiches der Kläger die ursprünglichen Anträge zu keinem Zeitpunkt angepasst habe und der Mangel durch Verwendung nicht gekennzeichnete Hölzer nicht kausal für den eingetretenen Schaden geworden sei, da der Abriss des Dachstuhls wegen der mangelhaften Planung des Beklagten zu 2. ohnehin erforderlich geworden wäre. Bezüglich des Hilfsantrages werde die Einrede der Verjährung erhoben.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht gem. §§ 517 ff. ZPO eingelegte Berufung des Klägers hat hinsichtlich des Hauptantrages keinen Erfolg (dazu unter 1.). Die mit dem Hilfsantrag weiterverfolgte Leistungsklage ist hingegen zulässig und begründet (dazu unter 2.).

1. Soweit der Kläger mit dem Hauptantrag die Feststellung begehrt, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache durch die einseitige Erledigungserklärung des Klägers erledigt hat, ist die Berufung unbegründet.

a) Bei der einseitigen Erledigungserklärung handelt sich um eine Prozesshandlung, die eine nach § 264 Nr. 2 ZPO privilegierte Klageänderung darstellt. Sie umfasst den Antrag festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat. Der Antrag ist begründet, wenn die ursprüngliche Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde (vgl. BGHZ 155, 392, 395 m.w.N.). Voraussetzung ist somit, dass die zunächst zulässige und begründete Klage nachträglich durch ein nach Anhängigkeit eingetretenes Ereignis gegenstandslos geworden ist (vgl. BGHZ 106, 366 f.; BGH NJW 2017, 3521 Rn. 30; BGH, Urteil vom 10.01.2017 – II ZR 10/15 Rn. 8).

b) Im Streitfall ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass es an einem erledigenden Ereignis fehlt. Erledigendes Ereignis ist der Eintritt einer Tatsache mit Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage (vgl. BGHZ 155, 392, 398; BGH NJW 2007, 3721, juris Rn. 12; Zöller/Althammer, ZPO 35. Aufl. § 91a Rn. 3 m.w.N.). Der Kläger beruft sich auch in der Berufungsinstanz zur Begründung des Eintritts der Erledigung allein darauf, dass der Beklagte zu 1. verstorben ist und eine weitere Rechtsverfolgung wegen der Überschuldung des Nachlasses aussichtslos sei. Auf ein anderes erledigendes Ereignis, etwa den Abschluss des Vergleichs mit dem Beklagten zu 2. und die daraufhin durch diesen erfolgte Zahlung i.H.v. 230.000,00 € beruft sich der Kläger gerade nicht. Im Gegenteil ist er auch in der Berufung weiterhin der Ansicht, er müsse nur bei Erfüllung der gesamten Forderung durch einen der Gesamtschuldner den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären. Auch durch die Bezugnahme im Berufungsantrag auf den Schriftsatz vom 21.03.2023 wird deutlich, dass Anlass für die Erledi-

gungserklärung allein der Tod des Beklagten zu 1. gewesen ist, was sich aus der Bezugnahme auf den Rechtsgedanken des § 249 Abs. 3 ZPO ergibt. Auf den Hinweis des Landgerichts mit Verfügung vom 02.05.2023, wonach kein erledigendes Ereignis vorliegen dürfte, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 30.05.2023 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Verlust der Rechtsfähigkeit ein Grund für die Erledigung sei. Soweit der Kläger mit dem Schriftsatz vom 02.05.2024 nunmehr darzustellen versucht, Grund für die Erledigung sei vielmehr der mit dem Beklagten zu 2. geschlossene Vergleich gewesen und gegenüber dem Beklagten zu 1. habe noch nach Zahlung der Vergleichssumme eine restliche Schadensersatzforderung i.H.v. 78.617,84 € bestanden, steht dem entgegen, dass der Kläger auch in der Berufungsinstanz weiterhin die Feststellung der vollständigen Erledigung der Hauptsache begehrt. Der Tod einer Partei stellt jedoch kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar, da er keine Auswirkungen auf die materielle Rechtslage hat. Die Klage ist dadurch, ihre Zulässigkeit und Begründetheit zu diesem Zeitpunkt unterstellt, nicht unbegründet geworden. Vielmehr wird der Rechtsstreit in diesem Fall durch den Eintritt der Erben kraft Gesetzes gem. § 1922 BGB anstelle des Beklagten zu 1. fortgesetzt, da die Rechtsstellung einer Partei im Zivilprozess vererblich ist (vgl. BGHZ 104, 1, juris Rn. 10). Eine Unterbrechung des Rechtsstreits ist aufgrund der anwaltlichen Vertretung nach § 246 ZPO nicht eingetreten. Auf die Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage hat dies ebenso wenig Einfluss wie der Umstand, dass eine Vollstreckung aus einem zugunsten des Klägers ergehenden Urteil möglicherweise aufgrund der – auch nur pauschal behaupteten – Überschuldung des Nachlasses aussichtslos geworden ist. Ist jedoch keine Erledigung eingetreten, ist die Klage abzuweisen, ohne dass es einer Prüfung der Erfolgsaussichten der ursprünglichen Klage bedarf (vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1989, 444; Zöller/Althammer a.a.O. Rn. 45). Die Rüge des Klägers, das Landgericht habe nicht geprüft, ob die ursprüngliche Leistungsklage zulässig und begründet war, ist daher unzutreffend.

Es ist vorliegend auch kein Ausnahmefall gegeben, in dem der Tod einer Partei ein erledigendes Ereignis darstellen kann. Dies ist lediglich bei höchstpersönlichen Ansprüchen und Angelegenheiten der Fall, die nur durch die Partei erfüllt werden können (vgl. BGH NJW-RR 1986, 369: Auskunftspflicht). Bei dem gegen den ursprünglichen Beklagten zu 1 gerichteten Zahlungsanspruch handelt es sich nicht um einen solchen höchstpersönlichen, nur durch den Beklagten zu 1 erfüllbaren

Anspruch, da eine Zahlung auch durch die Erben oder sonstige Dritte vorgenommen werden kann.

Aus den vom Kläger mit der Berufungsbegründung zitierten Entscheidungen ergibt sich nichts anderes. Die Entscheidung des OLG Hamburg vom 20.07.2018 (11 W 27/18) betraf einen Fall der Kostentragung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nach Klagerücknahme bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit und ist daher nicht einschlägig, zudem liegt im Streitfall kein Insolvenzverfahren vor. Die Entscheidung des BGH vom 08.02.1989 (IVa ZR 98/87) betraf einen Fall, in dem die als Erbin in Anspruch genommene Beklagte das Erbe ausgeschlagen hatte. Der BGH hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass kein Fall des § 265 ZPO vorliegt, weil die Erbschaft gemäß § 1953 Abs. 2 BGB dem nächst Berufenen anfällt. Dies betrifft ebenfalls nicht den hier vorliegenden Sachverhalt. Inwieweit etwaige Versäumnisse der Nachlasspflegerin Einfluss auf den vorliegenden Rechtsstreit, insbesondere die materielle Rechtslage haben sollen, erschließt sich ebenfalls nicht.

2. Der mit der Berufung weiter verfolgte, in der Höhe beschränkte Leistungsantrag ist zulässig und begründet.

a) Eine Erledigungserklärung ist grundsätzlich freiwiderruflich, solange sich der Beklagte ihr nicht angeschlossen und das Gericht noch keine Entscheidung über die Erledigung der Hauptsache getroffen hat. Solange über den Antrag auf Feststellung der Erledigung noch nicht rechtskräftig entschieden ist, kann die Rückkehr zu den ursprünglichen Klageanträgen ebenfalls als eine nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Klageänderung behandelt werden. Eine unmittelbar Prozessgestaltende Wirkung geht von der Erledigungserklärung, solange sie einseitig bleibt, nicht aus (vgl. BGH NJW 2002, 442 juris Rn. 19; BGH NJW 2014, 2199 juris Rn. 14). Zwar ist durch das Landgericht bereits eine Entscheidung über die Erledigung der Hauptsache getroffen worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Widerruf der einseitigen Erledigungserklärung noch in der Revisionsinstanz zulässig ist (vgl. BGH a.a.O.) folgt, dass ein solcher Widerruf ungeachtet dessen, dass bereits eine nicht rechtskräftige Entscheidung vorliegt, in der Tatsacheninstanz ohne weiteres möglich ist, ohne dass es darauf ankommt, ob der Sachverhalt, auf den sich die ursprünglichen Anträge stützen, bereits gewürdigt worden ist.

b) Der Hilfsantrag ist auch begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagten zu 1. ein Schadensersatzanspruch aus dem § 13 Nr. 7 VOB/B 2009 bzw. § 234 Nr. 4, 280, 281 BGB jeweils i.V.m. § 1922 BGB zu.

aa) Gegen die hinreichende Bestimmtheit des Hilfsantrages gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestehen in der jetzt noch geltend gemachten Fassung keine Bedenken. Zutreffend ist allerdings der Einwand der Beklagten, dass der ursprüngliche Zahlungsantrag zu 1. auf Zahlung von 65.835,83 € nicht hinreichend bestimmt war. Der Kläger hat sich auch nach der erhaltenen Zahlung seitens der Beklagten zu 2. aus dem Vergleich noch eines Anspruchs i.H.v. 107.604,94 € berühmt, ohne den Zahlungsantrag entsprechend anzupassen, sodass unklar geblieben ist, welche einzelnen Schadenspositionen von dem Zahlungsantrag umfasst sein sollten und welche Gegenstand des Feststellungsantrages waren. Insoweit wäre der Umfang der Rechtskraft eines auf Zahlung lautenden Urteils unklar geblieben. Nachdem der Kläger seinen Hilfsantrag auf die Zahlung von 1.800,00 € beschränkt hat und der Feststellungsantrag nicht mehr weiterverfolgt wird, ergeben sich solche Abgrenzungsprobleme nicht mehr. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Kläger insoweit einen erstrangigen Teilbetrag in der von ihm noch geltend gemachten Forderung i.H.v. 107.604,94 € gemäß der Aufstellung in dem Schriftsatz vom 06.12.2019 geltend macht. Letztlich kommt es darauf auch nicht entscheidend an, da der Kläger keine weiteren Forderungen mehr geltend macht und jedenfalls ein Mindestschaden i.H.v. 1.800,00 € ohne weiteres nach § 287 ZPO geschätzt werden kann.

bb) Die Werkleistung des vormaligen Beklagten zu 1. war mangelhaft. Dies steht in der Berufungsinstanz letztlich auch nicht mehr im Streit. Aufgrund des eingeholten gerichtlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen („Name 01“) steht fest, dass die erforderlichen Verwendbarkeitsnachweise der verwendeten Hölzer nach der Brandenburgischen Bauordnung nicht vorlagen und die Hölzer ohne diese Verwendbarkeitsnachweise nicht eingesetzt werden durften, was einen Mangel der Werkleistung des Beklagten zu 1. darstellt. Darüber hinaus stellt auch der Einbau einer Holzdecke entgegen den Vorschriften der Brandenburgischen Garagen- und Stellplatzverordnung, die vorsieht, dass die Decke über der Garage feuerbeständig mit einer Feuerwiderstandsdauer von mindestens 90 Minuten sein muss, und entgegen § 23 Abs. 3 Brandenburgische Bauordnung, wonach tragende und auch streifende Bauteile aus nicht brennbaren Baustoffen bestehen müssen, einen Mangel der Werkleistung des

vormaligen Beklagten zu 1. dar. Der Beklagte zu 1. hat unstreitig auch nicht seine ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt und Bedenken angemeldet. Dies ist vom Kläger auch von Anfang an immer wieder beanstandet worden, sodass der Einwand der Beklagten, der Kläger habe einen solchen Vorstoß nicht geltend gemacht, nicht zutrifft. Dass ein Unternehmer die einschlägigen baurechtlichen Vorschriften kennen muss, darf vorausgesetzt werden und ergibt sich zudem auch ohne weiteres aus § 4 Abs. 2 VOB/B. Der vormalige Beklagte zu 1. hat zudem mit der von ihm vorgelegten Herstellerbescheinigung ausdrücklich bestätigt, dass seine Werkleistung im Einklang mit den gültigen gesetzlichen Bestimmungen steht. Insoweit entlastet es ihn auch nicht, dass bereits eine bestandskräftige Baugenehmigung vorlag. Zwar sind insoweit die Anforderungen an die Prüfungs- und Hinweispflicht eingeschränkt, aber nicht völlig aufgehoben. In diesem Fall dürfte jedoch der überwiegende Verursachungsbeitrag bei dem Beklagten zu 2. als planenden Architekten liegen, dessen Verschulden sich der Kläger über § 278 BGB zurechnen lassen muss. Selbst bei Annahme einer Mithaftungsquote des Beklagten zu 1. von nur 10 % bliebe immer noch ein Schaden des Klägers in der noch geltend gemachten Höhe übrig, für den die Beklagten zu 1. einzustehen haben.

Auch die übrigen formellen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs liegen vor. Zwar hat der Kläger seinerzeit dem vormaligen Beklagten zu 1. keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben, sondern auf die umfangreichen Mängelanzeigen sogleich die Kündigung des Bauvertrages ausgesprochen. Da eine Nachbesserung durch den Beklagten zu 1. jedoch unmöglich war, sondern der Mangel nur durch Abbruch und Neuerrichtung des Dachstuhls zu beheben war, war eine Fristsetzung im Streitfall entbehrlich.

Auch der Einwand der Beklagten, die mangelhafte Werkleistung des vormaligen Beklagten zu 1. habe sich nicht kausal ausgewirkt, da aufgrund des Planungsfehlers des Beklagten zu 2. der Abriss und die Neuerrichtung des Dachstuhls ohnehin erforderlich geworden wäre, greift nicht durch. Der Bauunternehmer haftet trotz eines Planungsfehlers des Architekten gesamtschuldnerisch auf die gesamten Mängelbeseitigungskosten, wenn der Schaden sowohl durch einen Planungsfehler als auch durch einen Ausführungsfehler des Unternehmers entstanden ist. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn der Ausführungsfehler auch ohne den Planungsmangel und umgekehrt selbstständig zum vollen eingetretenen Schaden beigetragen hat

(vgl. OLG Dresden, NJW-RR 1999, 170, juris Rn. 20; OLG Frankfurt, NZV 2013, 232, juris Rn. 48; OLG Stuttgart NJW-RR 2022, 392 juris Rn. 119). So liegt der Fall auch hier. Sowohl der Planungsmangel des Beklagten zu 2. als auch der Ausführungsmangel des vormaligen Beklagten zu 1. in Form der fehlenden Kennzeichnung der Hölzer und der unterlassenen Bedenkenanmeldung haben selbstständig und unabhängig voneinander den Schaden herbeigeführt.

Der Anspruch ist auch noch nicht verjährt. Entgegen der Auffassung der Beklagtenvertreterin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat handelt es sich nicht um die Geltendmachung eines neuen, bisher noch nicht streitgegenständlichen Anspruchs. Vielmehr wird mit dem Hilfsantrag lediglich der bereits in erster Instanz verfolgte Leistungsantrag in beschränkter Form aufrechterhalten, sodass insoweit auch keine erneute Klageänderung im Sinne von § 264 Nr. 2 ZPO vorliegt.

c) Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 288, 291 BGB.

LG Ravensburg zu der Frage, dass wenn das vom Unternehmer geschuldete Werk zur Errichtung eines Ausbauhauses nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen soll (hier: nicht dichte Dampfbremse) und die Herstellung der Dampfbremse zu den Eigenleistungen des Bestellers gehören, der Unternehmer für die von ihm nicht dicht hergestellte Dampfbremse nach §§ 633 ff. BGB, § 13 VOB/B nur dann nicht haftet, wenn der Unternehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist

vorgestellt von Thomas Ax

Ein Vertrag über die Errichtung eines Ausbauhauses ist ein Werkvertrag i. S. des § 631 BGB, wenn die Erstellung eines funktionsfähigen und zum Ausbau geeigneten Wohngebäudes im Vordergrund steht. Soll das vom Unternehmer geschuldete Werk zur Errichtung eines Ausbauhauses nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen (hier: nicht dichte Dampfbremse) und die Herstellung der Dampfbremse zu den Eigenleistungen des Bestellers gehören, so haftet der Unternehmer für die von ihm nicht dicht hergestellte Dampfbremse nach §§ 633 ff. BGB, § 13 VOB/B nur dann nicht, wenn der Unternehmer

den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist. Unklarheiten in der Abgrenzung von Leistungen des Unternehmers bei der Errichtung eines Ausbauhauses zu Eigenleistungen des Bestellers gehen zu Lasten des Unternehmers. Die Verkürzung der Verjährungsfrist wegen Sachmängeln von fünf auf vier Jahre in einem Verbraucherbaupvertrag verstößt gegen § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB und ist unwirksam, selbst wenn die VOB/B insgesamt und damit § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B in den Baupvertrag einbezogen worden sind.

LG Ravensburg, Urteil vom 24.05.2023 - 5 O 110/21

Tatbestand

Gegenstand des Rechtsstreits sind Gewährleistungsansprüche aus einem Baupvertrag (VOB).

Der Kläger und seine Ehefrau, die dem Kläger ihre Gewährleistungsansprüche abgetreten hat (Anlage K 2), schlossen mit der Beklagten, einem Anbieter von Holz-Häusern, am 08.12.2011 einen Baupvertrag über ein Wohnhaus in Holztafelbauweise ab Oberkante Bodenplatte / Kellerdecke-Oberkante entsprechend dem Lieferungs- und Leistungsverzeichnis. Der Werkvertrag bezieht vor § 1 die VOB/B in den Vertrag ein. § 11 bestimmt die Gewährleistung und eine Verjährungsfrist von 4 Jahre. Die Bau- und Leistungsbeschreibung enthält unter Ziff. 3 die Beschreibung der „Außenwände als Putzfassade“ ohne eine Beschreibung der Dampfbremse, unter Ziff. 7 die Dachkonstruktion mit u.a. folgender Regelung

Dampfbremse (Material geliefert, Einbau erfolgt bauseits)

und unter Ziff. 12 den „Trockenbau EG und DG“ und dort folgende Regelung:

Das Ausbaumaterial (beinhaltet Dämmung, Dampfbremse, Lattung, Fermacell) wird von uns auf die Baustelle abgeladen geliefert, und bereits während der Montage wird das Fermacell in das Haus versetzt. ...

und unter § 13 eine „Empfangsbestätigung“, die auch den Erhalt des VOB/B-Gesetzestextes umfasst. Bezüglich des Inhaltes des Vertrages und der Leistungsbeschreibung wird darüber hinaus auf die Anlage K 1 Bezug genommen. Ob den Bestellern bei Vertragsschluss die VOB/B übergeben worden sind, ist zwischen den Parteien streitig.

Die Beklagte führte den Baupvertrag aus und ließ dabei die Fassade durch den Subunternehmer ..., den Streit verkündeten, verputzen. Die Beklagte hatte die Wandelemente von Innen mit OSB-Platten vorgefertigt. Die Besteller führten den Innenausbau in Eigenleistung aus und verklebten - nicht alle - Stöße der Dampfbremse an den Fertigbauteilen und stellten die Dachdämmung und die Dampfbremse im Dachstuhl in Eigenleistung her. Die Beklagte befand die Verklebungen durch die Kläger als ordnungsgemäß.

Die Besteller nahmen im November 2012 das von der Beklagten errichtete Holzhaus ab.

Bereits im Mai 2013 nahmen die Besteller an der Westfassade Risse und Putzabplatzungen und Feuchtigkeit wahr und rügten dies gegenüber der Beklagten. Darauf schlossen sich Gespräche und Diskussionen zwischen den Parteien über die Mangelsursache und die Mängelbeseitigung an, an der auch der Subunternehmer ... beteiligt war. Die Beklagte ließ im Mai 2016 die Westfassade sanieren und diese neu verputzen.

Mit Mail von 04.09.2020 bemängelten die Besteller gegenüber der Beklagten erneut Rissen an der Westfassade. Ob es sich um das gleiche Schadensbild wie vor 2016 gehandelt hat, ist zwischen den Parteien streitig. Die Besteller ließen die Beklagten mit Schreiben vom 10.11.2020 zur Mängelbeseitigung bis zum 20.11.2020 vergeblich auffordern. Mit Anwaltsschreiben vom 19.11.2020 (Anlage B 1) ließ sich die Beklagte zur Prüfung der Mangelbehauptungen bereit erklären. Es fand sodann ein Ortstermin statt. Eine Einigung zwischen den Parteien konnte nicht erreicht werden.

Risse und Abplatzungen an den anderen Gebäudeseiten wurden und werden zu keiner Zeit gerügt.

Der Kläger trägt vor:

Die VOB/B seien bei Vertragsschluss nicht vorgelegt worden. Die formularmäßige Empfangsbestätigung sei AGB-widrig.

Die Schadensbilder von 2020 und von vor 2016 seien gleich bzw. identisch. Sowohl aktuell als auch ab 2013 seien Risse entstanden, die die gleiche Ursache hätten. Die Fassade sei konstruktiv fehlerhaft. Es lägen nach wie vor Feuchtigkeitsschäden vor. Vorhandene Wärmebrücken seien schadensursächlich auch für die Rissbildungen.

Die Dampfbremse im Bereich der Außenwände sei bereits von der Beklagten aufgebracht und fertig montiert geliefert worden. Dafür sei die Beklagte verantwortlich.

Die Sanierungsarbeiten im Jahr 2016 seien nicht aus Kulanz erfolgt.

Der Kläger beantragt,

es wird festgestellt, dass die Beklagte dem Kläger sämtliche Schäden zu ersetzen hat, die ihm sowie Frau ... dadurch entstehen, dass die Westfassade der Liegenschaft ... Risse und Putzabplatzungen aufweist.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor:

Der Innenausbau habe in Eigenleistung erfolgen sollen. Die Besteller hätten auch den Trockenbau incl. Dachdämmung mit Dampfbremse und Dampfbremsebene in den Anschlussbereichen der Außenwand durchgeführt. Für die Schäden an der Fassade sei sie nicht verantwortlich. Eine Ursache für die beklagte erhöhte Feuchtigkeit im Bereich der Fenstersimse sei 2016 offen geblieben. Eine Gewährleistungshaftung habe sie zu keiner Zeit anerkannt.

Sie erhebt die Verjährungseinrede. Die VOB/B seien in den Werkvertrag wirksam einbezogen worden. Dies hätten die Besteller unter § 13 bestätigt. Eine unzulässige Beweislastklausel läge nicht vor. Ausreichende Hemmungszeiträume seien nicht gegeben und auch nicht vorgetragen worden. Etwaige Verhandlungen hätten mit der Erklärung der Beklagten vom 07.10.2015 geendet, die geöffneten Ecken zu reparieren und zu verputzen und weitere Stellen zu kontrollieren und abzufügen. Ein Anerkenntnis iSd. § 212 Abs. 1 Ziff. 1 BGB liege nicht vor. Die Nachbesserung sei freiwillig und aus Kulanz erfolgt.

Die Schadensbilder von vor 2016 und das aktuelle Schadensbild unterschieden sich. Die Risse beruhten auf einer fehlerhaften Ausführung der Eigenleistung der Besteller, insbesondere der selbst verlegten Dampfbremse in den Wand-, Fenster- und Anschlussbereichen. 2016 seien keine Feuchtigkeitsschäden und -eintritte moniert worden. Für die Mangelursache sei sie nicht verantwortlich.

Zum Parteivortrag im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Parteivertreter samt Anlagen verwiesen. Das Gericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten zu den behaupteten Mängeln und deren Ursachen eingeholt, das der Sachverständige ... am 24.01.2023 schriftlich erstattet, unter dem 24.01.2023 schriftlich ergänzt und in der mündlichen Verhandlung vom 21.04.2023 ergänzt und erläutert hat. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten (in Papier) und Ergänzungsgutachten (Bl. 134 d.A.) und das Protokoll vom 21.04.2023 (Bl. 202 d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet. Die Beklagte haftet dem Kläger gegenüber auf Schadensersatz für die Risse und Putzabplatzungen an der Westfassade.

Die nachfolgenden Ausführungen technischer Art beruhen auf den Ausführungen des Sachverständigen ..., die dieser in seinem Gutachten, im Ergänzungsgutachten sowie im Rahmen seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 21.04.2023 gemacht hat. Seine Ausführungen waren nachvollziehbar, widerspruchsfrei, folgerichtig und damit für das Gericht überzeugend. Insbesondere zum Thema Dampfbremse hat der Sachverständige seine Ausführungen nachvollziehbar - mündlich - korrigiert, präzisiert und erläutert.

1)

Die Klage ist zulässig.

Der Klageantrag ist ausreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das geltend gemachte Mangelsymptom ist im Klageantrag ausreichend bezeichnet.

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis liegt in dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch. Dabei handelt es sich um eine gegenwärtige, bürgerlich-rechtliche Beziehung der Parteien untereinander.

Das Feststellungsinteresse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO ist ebenfalls zu bejahen. Die von der Beklagten eingewandte Verjährung begründet ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO (BGH NJW-RR 2010, 750, 751 mit Nachw.). Eine Bezifferung ist dem Kläger wegen der - bei Klageerhebung - unklaren Mangelursache nicht möglich. Zur Erhebung einer Teilzahlungsklage ist der Kläger nicht verpflichtet.

Soweit es um die Feststellung der Ersatzpflicht (auch) für künftige Schäden geht, liegt die Voraussetzung,

dass ein Schaden tatsächlich droht (BGH NJW-RR 2010, 750 f.), vor. Im Rahmen einer zukünftigen Schadensbeseitigung entstehen erstattungsfähige Aufwendungen.

2)

Die Klage ist begründet. Der Kläger kann von der Beklagten dem Grunde nach Schadensersatz verlangen. Weil Schäden möglich sind, ist der Feststellungsantrag begründet.

a)

Rechtsgrundlage für das auf Schadensersatz gerichtete Begehren des Klägers ist §§ 631, 634 Nr. 3, 280 f. BGB oder § 13 Abs. 7 Nr. 3 Nr. 1 und 2 VOB/B 2009. Beide Anspruchsgrundlagen sind auf Schadensersatz gerichtet und setzen eine erfolglose Frist zur Mangelbeseitigung voraus. Die weitergehenden Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 1 und 2 VOB/B sind erfüllt. Deshalb kommt es insoweit nicht darauf an, ob die VOB/B 2009 nun in den Vertrag wirksam einbezogen worden sind oder nicht.

b)

Die Parteien haben am 08.12.2011 einen Bauvertrag (§ 631 BGB a.F.) geschlossen. Ausbauhausverträge stellen ebenfalls Werkverträge dar, weil es dem Auftraggeber um die Erstellung eines funktionsfähigen und zum Ausbau geeigneten Wohngebäudes geht, wobei die herzustellenden Teile einer bestimmten Bauweise und die verwendeten Baustoffe bestimmten technischen Anforderungen entsprechen sollte, und nicht nur vorwiegend um die Eigentumsverschaffung (BGH NJW 2006, 904 zu Rn. 11 f.; BeckOGK/Kober, 1.4.2023, BGB § 634 Rn. 29).

c)

Das Werk der Beklagten ist mangelhaft.

Ein Werk ist frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht; ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann (§ 634 BGB, § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B). Üblicherweise sichert der Unternehmer stillschweigend bei Vertragsschluss die

Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik zu. Entspricht die Werkleistung diesen nicht, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor (BGH NZBau 2013, 295). Ein Werk ist allerdings auch dann mangelhaft, wenn es zwar die anerkannten Regeln der Technik einhält und der vereinbarten Ausführungsart entspricht, gleichwohl aber nicht funktionstauglich und zweckentsprechend ist (BGH NJW 2008, 511 Rn. 15). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Abnahme (OLG Köln NZBau 2022, 398 Rn. 20). Beweisbelastet nach Abnahme ist der Besteller, hier der Kläger.

aa)

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass es an der Westfassade des Hauses Risse und Putzabplatzungen gibt. Diese hat der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten auf den Seiten 12 bis 65 im einzelnen aufgeführt und dokumentiert; darauf wird Bezug genommen. Dabei handelt es sich um Schrägrisse auf Sturzhöhe, Risse an den Bordprofilen der Fensterbänke, Oberputzablösungen, Ablösungen am Sockelprofil, Abplatzungen an den Fensterleibungen. Die Risse weisen auch eine Breite auf, welche die Funktionsfähigkeit der Fassade beeinträchtigt und einen Schlagregenschutz und Witterungsbeständigkeit nicht mehr gewährleistet. Die Putzfassade ist damit nicht ausreichend funktionstauglich.

Im Bereich der Fassade war ein Feuchteintritt festzustellen (GA 88).

bb)

Diese Risse und Abplatzungen sind auf eine nicht fachgerechte Herstellung der Fassade unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung zurückzuführen.

Wenn sich auch nicht genau bestimmen lässt, welche Mangelursache genau schadenskausal ist, so sind jedenfalls Ursachen, für welche die Beklagte nicht verantwortlich wäre, weder erkennbar noch feststellbar. Für die feststellbaren Mängelursachen aber ist die Beklagte verantwortlich.

Dazu spricht wegen der durch Nichtbeachtung der anerkannten Regeln der Technik verbundenen Gefahrerhöhung eine widerlegliche Vermutung dafür, dass im örtlichen Zusammenhang mit der Bildung von Rissen und Abplatzungen diese auf einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik zurückzuführen sind

(BGH, Urteil vom 19. April 1991 - V ZR 349/89 -, BGHZ 114, 273-276, juris zu Rn. 25 zu einem Verstoß gegen DIN-Normen). Den Beweis dafür, dass die Risse und Abplatzungen nicht auf den Verstoß gegen die aaRdT zurückzuführen sind, hat die insoweit beweisbelastete Beklagte nicht erbringen können. Insoweit bestehende Zweifel gegen zu Lasten des Unternehmers, hier der Beklagten.

(1) Als Ursache kommt zum einen Undichtigkeiten im Bereich der Dampfbremsebene in Betracht. Die OSB-Platten als Dampfbremse sind nicht vollständig verklebt.

Im vorliegenden Fall dienen die auf den Wandelementen aufgetragenen OSB-Platten als Dampfbremsebene, eine weitere Dampfbremse ist weder geplant noch verbaut worden.

Zwar wurden die OSB-Platten von der Beklagten in den gelieferten und montierten Wandelementen aufgebracht. Die Verklebung der Stöße der Wandelemente haben die Besteller ausgeführt. Jedoch sind die Stöße zwischen den einzelnen OSB-Platten nicht vollständig verklebt, teilweise fehlt eine Verklebung. Dadurch besteht die Gefahr von Feuchteintritt von innen nach außen mit der Folge von Feuchteschäden. Dies wiederum kommt als Ursache für Risse und Putzablösungen an der Westfassade in Frage (EG 19).

Die Beklagte war zur Herstellung der Dampfbremse verpflichtet gewesen.

Grundsätzlich schuldet der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Abnahme ein Bauwerk, das der vereinbarten Beschaffenheit und den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Zwar können die Parteien eine Vereinbarung treffen, nach der die Bauausführung hinter den allgemein anerkannten Regeln der Technik zurückbleibt. Dies erfordert indes, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist (vgl. BGH NJW 2018, 391 Rn. 29; BGH NJW 2009, 2439 Rn. 15; vgl. auch BGH NJW 2013, 2268 Rn. 13 f.; OLG Köln NZBau 2022, 398 Rn. 31). Daran fehlt es hier. Dass die Beklagte nicht eine Fassade mit funktionierender Dampfbremse herstellen sollte, haben die Parteien so nicht vereinbart. Mangels dahingehenden hinreichenden Hinweises an die Besteller haftet die Beklagte für die unzureichende Dampfbremse.

Unter Ziff. 3 der Leistungsbeschreibung sind die OSB-Beplankung als Leistung der Beklagten aufgeführt. Der weitere Innenausbau durch Herstellung einer Installationsebene und das Anbringen von Dämmstoff aus Holzfaser sind als bauseitig auszuführen beschrieben. Zur Her- oder Fertigstellung der Dampfbremse in Form der geschlossenen OSB-Beplankung ist unter Ziff. 3 nichts weiter ausgeführt. Unter Ziff. 7 ist die Dampfbremse im Bereich des Daches ausdrücklich als bauseitige Leistung aufgeführt. Unter Ziff. 12 ist unter „Trockenbau EG und DG“ die Dampfbremse als bauseitige Eigenleistung beschrieben; nur das Material sollte von der Beklagten gestellt werden. Der Anschluss der Dampfbremse im Bereich der Außenwände an die Dampfbremse des Daches wird im Leistungsverzeichnis nicht (ausdrücklich) beschrieben.

Die Beschreibung im Bau- und Leistungsverzeichnis ist - aus technischer wie aus rechtlicher Sicht - im Hinblick auf die Dampfbremse an den Außenwänden und den Anschluss an die Dampfbremse des Daches nicht eindeutig. Diese Unklarheit geht zu Lasten des Unternehmers. Die Herstellung einer nicht dampf-dichten Außenfassade ist damit bereits nicht Vertragsgegenstand geworden.

An keiner Stelle wird der Besteller auf die Bedeutung der Verklebung der Stöße zwischen den OSB-Platten und auf den Anschluss der Wände an das Dach hingewiesen. Während die mit der Herstellung einer Dampfbremse verbundenen Risiken an sich selbsterklärend sind und keiner weiteren Hinweise auf Konsequenzen und Risiken der Nichtausführung bedürfen, ist dies bezüglich der Verklebung der OSB-Platten-Stöße und des Anschlusses der Wand- an die Dach-Dampfbremse gerade anders. Denn zum einen ist bereits nicht ausdrücklich im Bauvertrag beschrieben, dass die OSB-Platten als Dampfbremse fungieren sollte, wenn auch eine andere Art der Dampfbremse, die technisch grundsätzlich möglich wäre und sich auch in der Dämmebene befinden kann, nicht beschrieben ist. Insoweit und bezüglich der Nichtverklebung der Stöße zwischen den OSB-Platten fehlt es an entsprechenden Hinweisen durch die Beklagte. Wegen der Bedeutung der Luftdichtigkeit für Schäden am Gebäude ist dieser Gesichtspunkt auch besonders wichtig. Deshalb hatte die Beklagte die Außenwände mit einer funktionierenden Dampfbremse herzustellen. Eine wirksame Vereinbarung, dass die Außenwände nicht funktionell im Sinne einer Dampfbremse hergestellt werden sollte, wurde deshalb zwischen den Parteien nicht wirksam vereinbart.

Dass unter der Position Putzfassade die Wand als Schutz nach Außen vor Feuchtigkeitseintritt zu verstehen ist, steht hier nicht entgegen. Denn unter Pos. 3 werden auch Positionen des Innenausbaus aufgeführt wie die OSB-Platten, der Trockenrahmen und die Dämmung. Einen ausschließen Bezug der Pos. 3 für das Werk nach außen liegt damit nicht vor.

Dass nicht auch an den anderen Gebäudeseiten Risse infolge der unzureichenden Dampfsperre aufgetreten sind, steht dem ebenfalls nicht entgegen und erklärt sich dadurch, dass die Westfassade die Seite ist, die der Witterung (Schlagregen, Niederschlagsereignisse) am meisten ausgesetzt ist, während die anderen Gebäudeseiten weniger der Witterung ausgesetzt sind und damit dort keine Schäden infolge der unzureichenden Dampfsperre entstehen müssen.

Die Grundsätze über die Prüfung eines Vorgewerkes durch den nachfolgenden Handwerker und das Erfordernis, Bedenken anzumelden, gelten hier nicht und können die Beklagte nicht entlasten.

(2) Als weitere Ursache war eine unzureichende Putzschichtdicke festzustellen, dies auch für die Risse im Sockelbereich.

Zwar verfügt das ausgeführte Putzsystem über eine bauaufsichtliche Zulassung. Die danach erforderliche Putzdicke lag aber - ausweislich der vom Sachverständigen veranlassten Bauteilöffnungen und Materialuntersuchungen - nicht vor. Eine Unterschreitung der Mindestdicke konnte im Bereich des Armierungsspachtels / Unterputzes und des Deckputzes festgestellt werden (GA 96).

Wenn auch nicht gesagt werden kann, dass dieser Zustand im Bereich der Materialproben im gesamten Bereich der Westfassade vorzufinden ist, so liegen jedenfalls einzelne Bereiche vor, in der die Putzdicke unzureichend ist.

Als Ursache für die Rissbildung kommt auch dieser Umstand in Frage. Dass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, dass dieser Umstand ursächlich für die Rissbildung ist, ist nicht erheblich (vgl. oben).

(3) Das Armierungsgewebe wurde mittig bzw. oben ausgeführt, die mittige Ausführung widerspricht aber der DIN EN 13914-1 (GA 97).

(4) Im Bereich der Fensterbänke fehlt eine Entkopplung durch ein Komprimband.

(5) Auch die fehlende Luftdichtigkeit kommt als (Mit)Ursache für die Risse und Abplatzungen in Frage. In wenigen Bereichen der Fassade (GA 85) wurden zu beanstandende Leckagen bzw. Luftaustritte festgestellt.

(6) Der Putz im Bereich des Sockels ist nicht ausreichend gegen Spritzwasser geschützt. Deshalb ist es dort zu Feuchtigkeitsschäden und Rissen gekommen. Nach der Planung hätten jedenfalls die unteren 12 cm des Außenputzes gegen Spritzwasser geschützt werden müssen (EG 16).

Dass der Kläger die Außenanlage entgegen der Planung um 11 cm höher ausgeführt hat, was zur Folge hat, dass die unteren 23 cm des Außenputzes gegen Spritzwasser geschützt werden müssen, ist der Beklagten dagegen nicht anzulasten.

cc)

Die Mangelursache lag bei Übergabe vor. Die gleiche Mangelsymptomatik vor 2016 und aktuell (vgl. dazu unten) lässt auf die gleiche Ursache schließen, die von Anfang an vorgelegen hat und auch durch die Sanierungsmaßnahmen aus dem Jahr 2016 nicht behoben wurde.

d)

Ein Verschulden der Beklagten liegt in Anbetracht der Mängel und Mangelursachen vor (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB, § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1, 2 VOB/B).

Der Kläger hat den Beklagten eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung gesetzt, die abgelaufen ist.

In den Rissen und Abplatzungen des Putzes an der Westfassade mit der Gefahr von Feuchteintritt in die Fassade liegt ein wesentlicher Mangel iSd. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B mit einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit vor.

Weiter liegt ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik vor, dazu ein Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit iSd. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B (vgl. oben).

e)

Die Ansprüche sind nicht verjährt.

aa)

Ob die VOB/B 2009 hier wirksam iSd. § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen worden sind, kann dahinstehen. Dass § 13 des Werkvertrages einer AGB-Kontrolle nicht standhält und gegen § 309 Nr. 12 Buchst. b BGB verstößt, kann auf sich beruhen. Der Geschäftsführer der Beklagten brauchte deshalb nicht zur Aushändigung der AGB bei Vertragsschluss (Bl. 19 d.A.) angehört zu werden.

Auf § 13 Abs. 4 VOB/B, der von § 13 Abs. 7 Nr. 4 VOB/B wegen des nicht versicherten Erfüllungsinteresses nicht ausgenommen ist, und die dortige Verjährungsfrist von 4 Jahre kommt es nicht entscheidend an, denn in § 11 des Werkvertrages und damit außerhalb der VOB/B ist ebenfalls eine Verjährungsfrist von 4 Jahren vorgesehen. Damit liegt eine vertragliche Vereinbarung über die Verjährungsfrist iSd. § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B am Anfang vor, der die 4-jährige Verjährungsfrist der VOB/B ausschließt. Aber auch dies kann dahinstehen:

(1) Die Verkürzung der Verjährungsfrist von 5 auf 4 Jahre verstößt gegen § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB (BGH NJW 1999, 2434; BGH NJW 2014, 206; BGH NJW-RR 1987, 144, 145 f.; BeckOGK/Weiler, 1.1.2023, BGB § 309 Nr. 8 Rn. 390). Danach darf die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels im Fall des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht erleichtert werden.

(2) Das Gleiche gilt für § 13 Abs. 4 VOB/B, wenn der Auftragnehmer - wie hier - der Verwender der AGB ist und der Auftraggeber ein Verbraucher ist, auch wenn die VOB/B insgesamt in den Vertrag einbezogen worden wären (Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Rn. 148; NWJS/Moufang/Koos, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 13 Rn. 275; BeckOK VOB/B/Koenen, 51. Ed. 30.4.2023, VOB/B § 13 Abs. 4 Rn. 10; Messerschmidt/Voit/Voit, 4. Aufl. 2022, VOB/B § 13 Rn. 17, 51; vgl. BGH NJW 1986, 315, 316 zur Einzeleinbeziehung des § 13 Abs. 4 VOB/B). Die VOB/B unterliegen in einem Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher stets der AGB-Kontrolle, unabhängig von der Vereinbarung als Ganzes (NWJS/Moufang/Koos, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 13 Rn. 272). Ein Fall des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB, der zum Ausschluss der Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1, 2, 308 Nr. 1a BGB führen würde, liegt hier nicht vor. § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB enthält ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeiten. Dafür kommt es nicht darauf

an, ob die VOB/B insgesamt oder nur in einzelnen Bestimmungen in den Vertrag einbezogen sind.

bb)

Die 5-jährige Verjährungsfrist ist hier nicht abgelaufen.

Die Verjährung hat mit der Abnahme im November 2012 zu laufen begonnen.

Im Zeitraum Mai 2013 bis Mai 2016 (Anlage K 3) haben Gespräche und Handlungen in Bezug auf gerügte Mängel zwischen den Parteien stattgefunden. Nachdem der Kläger einen Anspruch geltend gemacht und dargelegt hat, worauf er ihn stützt, hat zwischen den Parteien ein Meinungsaustausch darüber stattgefunden, ohne dass die Beklagte die Verhandlung (sofort) abgelehnt hätte (st.Rspr.; BGH NJW 2007, 587). Im Mai 2016 haben umfangreichere „Nachbesserungsarbeiten“ stattgefunden. Hierin liegt eine Verjährungshemmung durch Verhandlung im Sinne des § 203 BGB bis Mai 2016 vor.

Die Verhandlung haben auch nicht durch die Erklärung der Beklagten vom 07.10.2015 geendet, weil die dort angebotene Reparatur der geöffneten Ecken und Kontrolle weiterer Stellen nicht den von den Bestellern geforderten Mängelbeseitigung entsprochen hat und die Beklagte nicht zum Ausdruck gebracht haben, eine weitere Verhandlung darüber hinaus abzulehnen im Sinne eines sog. doppelten Nein (Grüneberg/Ellenberger, 82. Aufl. 2023, § 203 Rn. 4).

Ob die Sanierungsmaßnahmen im Mai 2016 einen Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Folge haben, kann dahinstehen. Dies wäre der Fall, wenn die Beklagte diese Arbeiten nicht nur aus Kulanz ausgeführt hat. Aus dem vorliegenden Schriftverkehr ergibt sich eine Ausführung dieser Arbeiten aus Kulanz so nicht. Es ist sogar von Gewährleistung die Rede.

Würde man von einem Neubeginn i.S.d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgehen, so würde die Verjährung im Mai 2016 neu laufen und wäre erst im Mai 2021, also nach Klageerhebung abgelaufen. Verjährung wäre dann nicht eingetreten.

Ohne Einbeziehung eines Neubeginns wäre die Verjährung durch Verhandlung zwischen Mai 2013 und Mai 2016 um 3 Jahre gehemmt bzw. verlängert worden und deshalb erst im November 2020 abgelaufen. Jedoch haben im September 2020 Gespräche zwischen den Parteien begonnen, und deshalb wieder Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB stattgefunden, die sich bis kurz vor

Klageerhebung fortgesetzt haben. Auch danach wäre eben Verjährung nicht eingetreten.

cc)

Die Mängelbehauptungen, die zwischen 2012 und 2016 Gegenstand der Verhandlungen waren, sind auch identisch mit den Mängelsymptomen, die seit September 2020 Thema der Gespräche zwischen den Parteien waren. Die aktuellen Beanstandungen liegen nahezu an denselben Stellen und Bereichen wie die Beanstandungen vor der Fassadensanierung 2016 (GA 100).

Kurz belichtet

Kein zeitliches Anordnungsrecht nach § 650b BGB

§ 650c Abs. 3 BGB ist - ebenso wie § 650d BGB - auf Bauverträge anwendbar, in die die VOB/B einbezogen ist. Will der Unternehmer nach § 650c Abs. 3 BGB vorgehen, müssen aber auch im VOB/B-Vertrag die Voraussetzungen des § 650b BGB gegeben sein (Anschluss an OLG München, IBR 2024, 223. Das Vorliegen eines Nachtragsangebotes nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB setzt - über die Voraussetzungen der §§ 145 ff. BGB hinaus - voraus, dass der Besteller durch dieses in die Lage versetzt wird, die auf ihn im Falle einer Beauftragung zukommenden Zusatzkosten wenigstens annähernd abzuschätzen. Das Angebot muss zeitlich vor der Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB in hinreichend bestimmter Form vorliegen, da es der Unternehmer andernfalls in der Hand hätte, durch ein nachträgliches Angebot die Höhe seiner Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 BGB selbst festzulegen. Leistungsänderungen, die sich nicht auf die bautechnische Leistung (den sog. Bauinhalt), sondern lediglich auf die Bauumstände, insbesondere die Bauzeit, beziehen, werden von § 650b Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfasst. Der gesetzlich vermutete Verfügungsgrund des § 650d BGB entfällt wegen Selbstwiderlegung, wenn der Antragssteller von der Möglichkeit der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes unangemessen lange keinen Gebrauch macht. Wie lange ein Antragssteller mit dem Verfügungsantrag zuwarten darf, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Die Dringlichkeitsvermutung des § 650d BGB ist auf Streitigkeiten über Anordnungen nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B und die Berechnung von Nachtragsvergütungen nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sowie über auf andere Anspruchsgrundlagen als § 650c BGB gestützte Vergütungsansprüche nicht anwendbar.

OLG Celle, Urteil vom 14.05.2025 - 14 U 238/24

Wann können die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden?

Sind Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, muss der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers gem. § 5 Abs. 3 VOB/B unverzüglich Abhilfe schaffen. Die Ausführungsfristen können offenbar nicht eingehalten werden, wenn der mit den bisher vorhandenen persönlichen und sachlichen Mitteln erreichte Fortgang der Bauherstellung im Verhältnis zur verstrichenen Zeit in einem derartigen Missverhältnis steht, dass nach allgemein anerkannter Erfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Gesamtfertigstellung der betreffenden vertraglichen Leistung nicht bis zum Ablauf der Ausführungsfrist zu erwarten ist. Inhaltlich muss auf der Grundlage des bisherigen Baufortschritts eine Prognoseentscheidung getroffen werden. Schafft der Auftragnehmer nicht unverzüglich Abhilfe, kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn er dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und die Kündigung angedroht hat (§ 5 Abs. 4 VOB/B). Eine zur Vertragserfüllung gesetzte Frist ist angemessen, wenn dem Auftragnehmer genügend Zeit gegeben wird, die geplante Arbeit vorzubereiten, die notwendigen Materialien, Geräte und Arbeitskräfte zu beschaffen und bereitzustellen, sowie die Arbeiten selbst ordnungsgemäß auszuführen. Eine Frist von (nur) einem Tag kann angemessen sein, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer zuvor wiederholt fruchtlos zur unverzüglichen Arbeitsaufnahme aufgefordert hat. Vertragsfristen können nicht nur bei Abschluss des Bauvertrags, auch während der Bauausführung vereinbart werden. So kann einem gestörten Bauablauf dadurch Rechnung getragen werden, dass überholte oder nicht mehr einhaltbare Fristen durch eine Terminplanfortschreibung einvernehmlich angepasst werden, wobei diese Terminplanfortschreibung wiederum Vertragsfristen und unverbindliche Kontrollfristen beinhalten kann.

KG, Urteil vom 24.01.2023 - 27 U 154/21

Vom LV erfasste Leistungen sind nicht nachtragsfähig

Der Unternehmer kann keine Mehrvergütung beanspruchen, wenn die hinter dem Nachtrag stehenden Leistungen nicht nachtragsfähig sind, weil sie bereits vom beauftragten Leistungsverzeichnis erfasst und mit den dort aufgeführten Einheitspreisen abgegolten werden. Zur Auslegung eines Leistungsverzeichnisses über Maler- und Lackiererarbeiten in einem Schulgebäude, um zu klären, ob der Werkunternehmer für eine bestimmte vom Besteller beanspruchte Leistung eine Mehrvergütung beanspruchen kann. Im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 650d BGB kann auch für eine positive Feststellung i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse bestehen.

KG, Urteil vom 13.02.2026 - 21 U 13/26

Neuer „Mangel“ durch Mängelbeseitigung: Schadensersatz, keine Nachbesserung

1. Der Auftragnehmer muss einen Mangel nicht beseitigen, solange es an einer fehlerfreien Vorleistung (hier: Herstellung einer Unterspannbahn für Fensteranschluss) fehlt. Die Nacherfüllung ist vorübergehend unmöglich.

2. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Werk mangelhaft ist, kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Abnahme an. Mit einem nach Abnahme eingetretenen Zustand allein kann die Mangelhaftigkeit eines Werks nicht begründet werden.

3. Birgt Ausführung einer Dichtung das Risiko eines Wassereintritts, ohne dass dies allein einem - bei Ausführung nach den Herstellervorgaben nicht in dieser Form zu erwartenden - Verschleiß des Dichtungsmaterials zuzuordnen wäre, liegt bereits unter Zugrundelegung des funktionalen Mangelbegriffs unabhängig von der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik ein Mangel.

4. Die Regelung des § 13 Abs. 4 VOB/B, wonach die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken vier Jahre beträgt, wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, benachteiligt bei Verwendung durch den Auftragnehmer den Auftraggeber unangemessen und ist unwirksam, wenn die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart wurde.

5. Verursacht der Auftragnehmer im Rahmen einer Mangelursachenerforschung oder -beseitigung einen neuen "Mangel" an einer bei Gefahrübergang noch mangelfreien Stelle, kann der Auftraggeber von ihm zwar Schadensersatz verlangen, nicht jedoch die Beseitigung des Mangels fordern.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.09.2024 - 19 U 29/21

Im Brennpunkt

Statiker haftet für Verzögerungsschäden infolge mangelhafter Pläne

1. Mangelbedingte Verzögerungsschäden sind Mangel-
folgeschäden und deshalb auch vor Abnahme unab-
hängig 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 wer-
den, trägt der Architekt die Darlegungs- und Beweis-
last, dass ein Erfüllungsdefizit in Form eines Mangels
seines Werks nicht vorgelegen hat.

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

4. Beruft sich ein Auftraggeber zur Mangelhaftigkeit
der Werkleistung auf Beanstandungen des Prüfen-
genieurs, müssen diese im Prozess konkret vorgetragen
werden. Dem Auftraggeber steht hierfür - je nach Aus-
gestaltung der Rechtsverhältnisse - ein privatrechtl-
icher Auskunftsanspruch aus dem Werkvertrag mit dem
Prüfingenieur oder ein öffentlich-rechtlicher Aus-
kunftsanspruch bzw. ein Akteneinsichtsrecht gegen
den Prüfingenieur zu.

5. Der Auftraggeber, der sich auf einen Schadensersatz-
anspruch aufgrund einer mangelbedingten Bauzeitver-
zögerung beruft, hat substantiiert im Rahmen der haf-
tungsbegründenden Kausalität zu den dadurch ent-
standenen Behinderungen vorzutragen und bestrit-
tene Tatsachen vollumfänglich gemäß § 286 ZPO zu be-
weisen.

6. Dies setzt in der Regel eine konkrete, bauablaufbe-
zogene Darstellung hinsichtlich der jeweiligen einzel-
nen Behinderung voraus (vgl. zu Ansprüchen des Auf-
tragnehmers: BGH, IBR 2024, 617). Der Vortrag muss
so konkret sein, dass Verzögerungen u.a. durch die Tä-
tigkeit anderer Baubeteiligter, Vorgaben des Auftrag-
gebers und Nachträge als Ursache für die Bauzeitverzö-
gerung ausgeschlossen werden können.

7. Die aufgrund eines Vergleichs mit einem Dritten er-
folgte Zahlung ist ein zu ersetzender Schaden, wenn
dessen Abschluss adäquat-kausale Folge der Pflichtver-
letzung des Vertragspartners ist. Dazu müssen zumin-
dest schlüssig die Voraussetzungen einer Anspruchs-
norm des Dritten vorgetragen werden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 24.03.2026 - 10 U 72/25

Anzeige

Vergabe von Reinigungsleistungen in Schwimmbädern

Die Vergabe von Reinigungsleistungen in Schwimmbädern unterscheidet sich aus unserer Sicht wesentlich von klassischen Gebäude- oder Schulreinigungen. Neben den allgemeinen Anforderungen an Sauberkeit und Wirtschaftlichkeit sind insbesondere die besonderen hygienischen Anforderungen des Schwimmbadbetriebs, unterschiedliche Nutzungszeiten, die Schnittstellen zu Schulen, Vereinen und weiteren Nutzergruppen sowie die betrieblichen Abläufe vor Ort zu berücksichtigen. Die Qualität der Leistungsbeschreibung und die sachgerechte Strukturierung des Vergabeverfahrens haben dabei erfahrungsgemäß erheblichen Einfluss auf die spätere Qualität der Leistungserbringung.

Die Dr. Ax & Faber Beratung & Management GmbH berät öffentliche Auftraggeber, Betreiberstrukturen und ausgewählte Unternehmen schwerpunktmäßig im Bereich kommunaler Infrastruktur. Ein besonderer Fokus unserer Tätigkeit liegt dabei auf Schwimmbädern, Sportanlagen und weiteren öffentlichen Einrichtungen. Unsere Arbeit verbindet vergaberechtliche Expertise mit betriebswirtschaftlicher Beratung und praktischer Erfahrung aus dem Betrieb kommunaler Sport- und Freizeitinfrastruktur.

Im Bereich der Vergabe begleiten wir öffentliche Auftraggeber bei der Vorbereitung, Strukturierung und Durchführung von Beschaffungsvorhaben. Hierzu gehören unter anderem die Analyse der Ausgangssituation, die Entwicklung geeigneter Beschaffungs- und Vergabestrategien, die Erstellung und Überprüfung von Leistungsbeschreibungen, die rechtssichere Durchführung des Vergabeverfahrens sowie die Begleitung bis zur Zuschlagserteilung.

Gerade bei Projekten im Umfeld von Schwimmbädern sehen wir unseren Mehrwert darin, dass wir fachliche, betriebliche, organisatorische und rechtliche Anforderungen gemeinsam betrachten. Dadurch können bereits in der Ausschreibungsphase Aspekte berücksichtigt werden, die für einen späteren wirtschaftlichen und reibungslosen Betrieb von entscheidender Bedeutung sind.

Unsere Erfahrungen beschränken sich dabei nicht auf die vergaberechtliche Begleitung von Beschaffungsvorhaben. Im Rahmen verschiedener Beratungsprojekte für kommunale Schwimmbäder haben wir uns intensiv

mit den organisatorischen, hygienischen und betrieblichen Anforderungen der Schwimmbadreinigung befasst. Hierzu zählen insbesondere die Analyse bestehender Reinigungsorganisationen, die Überarbeitung von Hygiene- und Reinigungsplänen nach den Vorgaben der DGfDB, die Bewertung von Reinigungsverfahren und -mitteln, die Optimierung betrieblicher Abläufe sowie die Entwicklung wirtschaftlicher und praxistgerechter Reinigungskonzepte für den laufenden Betrieb.

Ausgewählte Referenzen:

- Beratung eines kommunalen Hallenbades in Hessen zur Optimierung der Reinigungsorganisation einschließlich Analyse bestehender Reinigungsverfahren, Überarbeitung der Hygiene- und Reinigungspläne, Marktsondierung von Reinigungsprodukten sowie Entwicklung eines zukunftsfähigen Reinigungskonzeptes (Hallenbad Haiger)
- Zahlreiche aktuelle Referenzen vergleichbarer Vergabeverfahren und Projekte

Gerne würden wir in einem ersten unverbindlichen Gespräch mehr über Ihr Vorhaben, die Rahmenbedingungen des Lehrschwimmbades sowie Ihre Erwartungen an die zukünftige Reinigungsleistung erfahren. Auf dieser Grundlage können wir gemeinsam prüfen, ob und in welchem Umfang eine Unterstützung sinnvoll ist.

Dr. Ax & Faber Beratung & Management GmbH

Atzbacher Str. 11 · 35633 Lahnau

Telefon: +49 178 132 8716

E-Mail: maximilian@faber-consult.de



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 Pauschalpreises 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 Urheberrechtsgesetzes 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

