

Hochbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des HochbauRechts



Heft 06 | Juni 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

06 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	5	Ax Akademie - Schulungen	71
Rechtsprechung	7	Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	71
OLG Brandenburg zu der Frage eines Schadensersatzes wegen Mängeln nach der Abnahme ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung	7	Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	71
OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Aufforderung zur unverzüglichen Mängelbeseitigung eine wirksame Fristsetzung ist	11	Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	73
OLG Schleswig zu der Frage, dass eine Vertragsstrafenvereinbarung hinfällig wird, wenn der Terminplan aufgrund von Behinderungen umgeworfen und eine durchgreifende Neuordnung der Bauablaufplanung notwendig wurde	21	Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	73
BGH zu der Frage, dass wenn der Besteller die Rückzahlung behaupteter Überzahlungen verlangt, er zur Begründung des vertraglichen Rückforderungsanspruchs schlüssig die Voraussetzungen eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vorzutragen hat	36	Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	74
VGH Baden-Württemberg zu der Frage, dass die sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 7 LBO-BW ergebenden Abstandsflächentiefern in vollem Umfang nachbarschützend sind und dies auch im Hinblick auf die Einhaltung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 LBO-BW zutrifft, der nachbarliche Belange zwar nicht zum Prüfprogramm erklärt	41	Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	75
OLG Köln zu der Frage einer anforderungsgerechten Behinderungsanzeige	54	Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	77
Beiträge	61	Stellenanzeigen	78
Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B ist von Störungen des Vertrags aufgrund von Behinderungen abzugrenzen, die faktisch zu Bauzeitverzögerungen oder Änderungen im Bauablauf führen	61	Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	78
Verzögerung bei der Bauvergabe: Rechtsfolgen	62	RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	79
Schwerpunkt Öffentliches Baurecht	65	Redakteure m/w/d gesucht:	80
BVerwG zu der Frage, ob Eiswauf und Rotorflügelbruch bei WEA allgemeines Lebensrisiko oder konkrete Gefahr darstellen	65	BESTELLFORMULAR	81
Ankündigung	68	Impressum	82
Sonderheft Hochbaurecht zu Verzögerungen im Bauablauf	68		
Anzeigen	69		
DR. AX / FABER	69		
Ax Hochbaurecht, Ax Tiefbaurecht	70		

Von der Redaktion

Unsere Hochbaurecht unterstützt Praktiker, mit Bauablaufstörungen und den damit verbundenen Rechtsfolgen rechtzeitig und rechtssicher umzugehen. Gestörte Bauabläufe können sowohl Ansprüche als auch Gegenforderungen der Vertragsparteien auslösen. Auf diese Weise entwickeln sich Chancen und Risiken, welche der adäquaten Handhabung bedürfen. Rechtlich bestehen mannigfache Ansatzpunkte im Umgang mit Störungen im Bauablauf. Für den Praktiker wird die Komplexität dieser Materie aus baurechtlicher praxisnah und in verständlicher Form vermittelt. Der Fokus ist im ausgewogenen Verhältnis sowohl auf die Auftraggeber- als auch auf die Auftragnehmerperspektive ausgerichtet. Dementsprechend zielt unsere Hochbaurecht nicht nur auf die Darstellung und Erläuterung der bisher gängigen Methoden ab, wie z.B. der Aufstellung bzw. Prüfung störungsmodifizierter Bauabläufe und der Aufstellung hypothetisch ungestörter tatsächlicher Bauabläufe. Vielmehr wird eine Sichtweise "über den Tellerrand hinaus" angeboten, die es ermöglicht, sich mit der momentanen Praxis und Rechtsprechung auch kritisch auseinanderzusetzen.

Wir wünschen gute Lektüre.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

OLG Brandenburg zu der Frage eines Schadensersatzes wegen Mängeln nach der Abnahme ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung

vorgestellt von Thomas Ax

Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Mängeln nach der Abnahme setzt im VOB-Vertrag eine vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung voraus. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Mängeln aus § 13 Abs. 7 VOB/B kommt vor der Abnahme nicht in Betracht. Eine vor der Abnahme erklärte Fristsetzung kann nicht als Fristsetzung zur Nacherfüllung ausgelegt werden. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gegenüber dem Auftragnehmer ist entbehrlich, wenn dieser die Mängelbeseitigung endgültig und ernsthaft verweigert.

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.03.2023 - 4 U 190/21

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadenersatz wegen mangelhafter Werkleistungen aus einem VOB/B-Einheitspreis-Vertrag über die Sanierung von Rissen und Fugen einer Asphaltfläche in Anspruch. Die Beklagte zu 1. war nachbeauftragter Vertragspartner der Klägerin; die Beklagten zu 2. und 3. sind die Gesellschafter der beklagten oHG.

Die Klägerin selbst war mit zwei Verträgen von der M... GmbH bzw. der H... GmbH & Co. KG Internationale Spedition (im Folgenden „Hauptauftraggeber“) mit der Sanierung von Teilen einer insgesamt etwa 135 ha großen Asphaltfläche in E... (Havelland) beauftragt worden. Diese wird zum Parken und Zwischenlagern von PKW und LKW genutzt. Die beiden VOB-Verträge betreffen jeweils unterschiedliche Teilflächen, sind jedoch im Übrigen wortgleich und wurden am 23.06./23.07.2010 geschlossen. Der Vertrag mit der H... GmbH & Co KG betrifft die Flächen „2000“, „6000“ und „TraPla“; der andere Vertrag betrifft die Flächen „5000“, „7000“, „8000“, „9000“ und „10000“. Die darin enthaltenen Arbeiten zur Riss- und Fugensanierung (Position 02.03) wurden von der Klägerin an die Beklagte zu 1. weiterbeauftragt. Als Einheitspreise waren im Hauptvertrag für Risse 3,15 €/m und für Fugen 2,84€/m (jeweils netto) vereinbart.

Das Leistungsverzeichnis, das Bestandteil des jeweiligen Vertrags war, enthält unter Ziffer 02.03 „Verfugungsarbeiten“ folgende Angaben:

„02.03.10 Risse, Einzellängen, 1-5cm breit, bis 10cm tief

12.374,00 m / 20.095,00 m

Wilde Risse in vielen Einzellängen, 1-5 cm breit und bis 10 cm tief aufweiten mit Rissfräse, Fräsgut aufnehmen und entsorgen. Fuge säubern, grundieren mit Voranstrich (Primer) und mit heißer bitum. Fugenvergussmasse in mehreren Arbeitsgängen vergießen. Letzter Verguß mit Vergußschuh, 6cm breit, anschließend mit Feinsplit abstreuen.

02.03.20 Fugen, Einzellängen, 15mm breit

20.077,00 m / 32.605,00 m

Fugen in vielen Einzellängen 15 mm breit und 50 mm tief auffräsen, Fräsgut laden und entsorgen. Fugen säubern, mit Split verstopfen, mit Voranstrich (Primer) vorbehandeln und mit heißer bitum. Fugenvergussmasse in mehreren Arbeitsgängen vergießen. Letzter Verguß mit Vergußschuh 6 cm breit, anschließend absplitten.“

Die Hauptauftraggeber beauftragten den Dipl.-Ing W... als Planer im Hinblick auf die Sanierungsarbeiten mit den Leistungsphasen 1 bis 9 der HOAI 2009. Gegenüber der Klägerin bevollmächtigten die Hauptauftraggeber den Dipl.-Ing. W... wie folgt:

„Der Bevollmächtigte, Dipl.-Ing. Roland W..., B...straße ..., 4...H..., ist im Rahmen der von uns beauftragten Ingenieur- und Architektenleistungen berechtigt, namens und in meinem Auftrag für mich in gesetzlicher Weise Handlungen vorzunehmen, die von mir und mir gegenüber nach dem Gesetz vorgenommen werden können. Die Vollmacht umfasst ausschließlich das Recht, mich bei Behörden zu vertreten, die für die Ingenieurleistungen öffentlich-rechtlich zuständig sind sowie die Auftragsvergabe an Unternehmen, die die Ingenieursleistungen betreffen.“

Die Klägerin schloss mit der Beklagten einen Nachunternehmervertrag vom 06.08./09.08.2010 auf Basis des beschriebenen Leistungsverzeichnisses. Gemäß Nr. 1 des Vertrages waren (u.a.) die VOB/B in der jeweils neuesten Fassung bei Vertragsschluss Bestandteil des Vertrages.

Die Verigungsarbeiten einzelner Flächen wurden von der Beklagten durchgeführt, ohne einen gesonderten Voranstrich (Primer) anzubringen. Als Verfüllmasse wurde „Reinau 1,25“ des Lieferanten D... GmbH verwendet.

Mit Schreiben des Dipl.-Ing. W... vom 18.04.2011 an die Klägerin zeigte dieser - noch vor Abschluss der Arbeiten der Beklagten - Mängel der Verigungsarbeiten an, wonach die Fugen bereits aufgerissen und abgesackt seien, der Verguss sich von der Asphaltfläche löse und die Vorbereitung der Risse (Schneiden) nicht regelgerecht durchgeführt würden. Zugleich wurde der Klägerin eine Frist bis zum 21.04.2011 zur schriftlichen Bestätigung der Mängelbeseitigung gesetzt mit der Ankündigung, nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag zu entziehen und eine Drittfirma mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen. Die Klägerin leitete das Schreiben an die Beklagte weiter, die mit Schreiben vom 20.04.2011 den Vorwurf zurückwies, die Rissanierung nicht regelgerecht durchgeführt zu haben. Zugleich bat die Beklagte um einen Vor-Ort-Termin zur Ermittlung der Schadensursache. Mit Schreiben vom 20.05.2011 wies die Beklagte weitere, mit Schreiben des Dipl.-Ing. W... vom 16.05.2011 angezeigte, Mängel zurück, sagte aber zu, sich einer möglichen Gewährleistung nicht zu verschließen, falls aufgetretene Schäden durch die Arbeiten der Beklagten verursacht worden seien. Mit Schreiben des Dipl.-Ing. W... vom 25.05.2011 an die Klägerin teilte dieser mit, dass die Beklagte Sanierungsarbeiten an mangelbehafteten Rissen und Fugen vornehme und die dabei angewendete Methode nicht akzeptiert werde. Der mangelbehaftete Fugen- und Rissverguss müsse herausgenommen, die Fugen/Risse gesäubert und diese gemäß vertraglich geschuldeter Leistung neu aufgebaut werden. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Beklagte mit, dass es sich um Risse handle, die bereits im Vorjahr saniert worden seien und die sich aus ungeklärten Gründengeöffnet hätten. Die Bearbeitung dieser Risse erfolge allein aus „Kulanzgründen“ und schließe eine „Anerkennung als Gewährleistungsschaden“ aus. Mit weiterem Schreiben vom gleichen Tag bat die Beklagte wegen der Anzeige neu entstandener Risse um Bestätigung der Kostenübernahme und eine verbindliche Zahlungszusicherung. Mit Schreiben des Dipl.-Ing. W... vom 12.07.2011 forderte dieser die Klägerin zur Rissanierung der Flächen 7000 und 10000 bis zum 20.07.2011 auf und setzte die Frist „gemäß VOB/B § 5 Abs. 4 als letzte Frist zum Abschluss der Arbeiten“; zudem kündigte er die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung nach fruchtlosem Ablauf der Frist an. Die Klägerin be-

hauptet, das Schreiben vom 12.07.2011 an die Beklagte weitergeleitet zu haben. Mit Schreiben an die Klägerin vom 14.07.2011 lehnte die Beklagte eine Anerkennung von Mängeln ab und teilte mit, dass sie die Beanstandungen vor Ort prüfen werde.

Die Klägerin verklagte nach Rechnungslegung die Hauptauftraggeber vor dem Landgericht Potsdam auf Werklohnzahlung (Az. 52 O 6/12; im Folgenden nur „Vorprozess“) und verkündete den hier Beklagten den Streit. Im Vorprozess stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Verigungsarbeiten mangelfrei seien und das Schadbild an den sanierten Rissen und Fugen nicht auf eine mangelhafte Ausführung zurückzuführen, sondern der Beschaffenheit des Asphalts und des Untergrundes geschuldet sei. Es befinde sich nämlich Müllverbrennungsasche unterhalb der Asphalt-schicht, die noch nicht abreagiert habe. Dies sei bei der Ausschreibung nicht hinreichend berücksichtigt worden, so dass die ausgeschriebenen Leistungen letztlich ungeeignet gewesen seien; es liege ein Planungsfehler vor. Die Hauptauftraggeber erhoben Widerklage auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Beseitigung der - auch hier streitgegenständlichen - Mängel. Im Vorprozess wurde ein Gutachten des Prof. Dr. K... eingeholt, das die Mängel bestätigte. Der Vorprozess endete mit einem Vergleich in der Berufungsinstanz (Az. 12 U 205/14), der am 25.07.2019 ohne die Beteiligung der hier Beklagten geschlossen wurde. Darin verpflichtete sich die Klägerin zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe von insgesamt 540.000 € an die Hauptauftraggeberinnen.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Zahlung eines erstrangigen Teilbetrages von 100.000 € von den Beklagten verlangt. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, dass die Verigungsarbeiten mangelhaft seien, weil die Beklagte den Voranstrich (Primer) nicht aufgebracht habe. Dies verursache das bereits beschriebene Schadbild. Zudem sei die vertraglich vereinbarte Frästiefe von 10 cm nicht eingehalten und die Risse nicht mit Feinsplitt verfüllt worden.

Demgegenüber haben die Beklagten behauptet, ein Voranstrich sei zur ordnungsgemäßen Sanierung der Risse und Fugen nicht erforderlich, weil die Verfüllmasse auch ohne den Voranstrich hinreichend an den Rissflanken haften. Es sei deshalb bei der Bauanlaufberatung am 26.07.2010 zwischen den Zeugen Kü..., Z..., G... und P... vereinbart worden, dass auf den Voranstrich verzichtet werden könne. Das Gutachten des Prof. K... aus dem Vorprozess sei unzutreffend, soweit es den Auftrag eines Primers für notwendig halte. Der

Sachverständige stütze seine Auffassung allein auf eine werbend zu verstehende Internetseite des Herstellers, lasse dessen unmittelbare Stellungnahme vom 06.06.2014 jedoch gänzlich unberücksichtigt. Zudem sei der Sachverständige fälschlich davon ausgegangen, dass die Risse bis zu einer Tiefe von 10 cm zu sanieren gewesen seien. Dies entspreche jedoch nicht dem Vertragsoll. Die Risse und Fugen, die ein Schadbild zeigten, seien gar nicht von der Beklagten saniert worden; es handele sich vielmehr um wesentlich ältere Risse und Fugen, die schon vor 2010 von anderen Unternehmen auf der riesigen Fläche saniert worden seien. Da kein Risskataster existiere, könne im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden, welche Risse von der Beklagten saniert worden seien und welche von anderen Unternehmen. Die im Leistungsverzeichnis enthaltene Verfüllung mit Split sei fehlerhaft der Fugensanierung statt der Rissanierung zugeordnet worden. An unebenen Stellen sei der Einsatz eines Ziehschuhs nicht möglich gewesen; an diesen Stellen sei die Sanierung durch einen verbreiterten Auftrag der Vergussmasse erfolgt, was so auch am 02.08.2010 zwischen den Herren Kü..., Z... und S... vereinbart worden sei. Es sei auch kein Schaden entstanden; die Klägerin habe sich ohne Not in den Vergleich begeben.

Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hat die Beklagten zur Zahlung antragsgemäß verurteilt. Die Klägerin habe einen entsprechenden Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten. Die Beklagte habe schuldhaft ihre vertraglichen Pflichten dadurch verletzt, dass sie die Klägerin wegen von ihr zu vertretender Baumängel einen Prozess mit ihrem Auftraggeber führen ließ, statt rechtzeitig ihre eigene Gewährleistungspflicht zu erfüllen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die von der Beklagten bearbeiteten Risse aufgrund mangelhafter Leistungserbringung erneut aufgebrochen seien. Es sei davon auszugehen, dass die vom Sachverständigen K... im Vorprozess gezogenen Bohrkerne solche seien, die von der Beklagten saniert worden seien. Denn bei der Bestimmung der Entnahmestellen sei ein Mitarbeiter der Beklagten anwesend gewesen, so dass es im wohlverstandenen Interesse der Beklagten gewesen wäre, darauf hinzuweisen, falls die Bohrkerne andere Risse betroffen hätten. Zudem habe der Sachverständige dargelegt, dass er das Alter der Sanierung anhand des Fugenmaterials einordnen könne. Die Rissanierung sei wegen des Fehlens des Primers mangelhaft, nicht nur weil der Primer vertraglich vereinbart gewesen sei, sondern auch weil dieser nach den Ausführungen des Sachver-

ständigen technisch notwendig gewesen sei. Von einem wirksamen vertraglichen Verzicht auf den Primer sei schon deshalb nicht auszugehen, weil ein solcher – den Vortrag der Beklagten zum Bauanlaufgespräch als richtig unterstellt – voraussetze, dass der Primer technisch tatsächlich nicht erforderlich gewesen wäre. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei dies jedoch gerade nicht der Fall. Die Mängel seien auch hinreichend angezeigt, weil sich aus der vorgerichtlichen Korrespondenz ergäbe, dass die Beklagte gewusst habe, welche Risse als mangelhaft angezeigt worden seien.

Mit ihrer Berufung wenden sich die Beklagten gegen die Verurteilung. Schon die Einstufung als Mangelfolgeschaden sei rechtlich unzutreffend. Der Vertrag befinde sich immer noch im Erfüllungsstadium; jedenfalls sei die Beklagte nie zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden. Es lägen keine Mängel vor; insofern wiederholen und vertiefen die Beklagten ihren erstinstanzlichen Vortrag. Zudem sei die Höhe der Forderung bereits im Vorprozess streitig gewesen. Allenfalls hätte die Klägerin einen Vorschussanspruch, über den sie jedoch auch abrechnen müsste. Das Landgericht habe die Beweisangebote zum Inhalt des Bauanlaufgesprächs mit dem Verzicht auf den Primer übergangen. Dem Urteil sei auch nicht zu entnehmen, welche Risse konkret mangelhaft seien und dass diese überhaupt von der Beklagten saniert worden seien. Schließlich rügen die Beklagten, dass der als Zeuge geladene Prof. K... ohne vorherigen Beweisbeschluss als Sachverständiger angehört worden sei und dass das Landgericht dessen Gutachten aus dem Vorprozess ohne Beschluss verwendet habe.

Die Beklagten beantragen,

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 12.08.2021, 12 O 305/19, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Schadenersatz.

1.

Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nach § 13 Abs. 7 VOB/B sind - auch nach dem Hinweis des Senats vom 23.08.2023 - nicht hinreichend vorgetragen. Im Bereich des § 13 Abs. 7 VOB/B gehen diese den gesetzlichen Regelungen des § 634 BGB vor (vgl. BeckOK VOB/B/Koenen VOB/B § 13 Rn. 1; Wirth/Ingenstau/Korbion, VOB, 22. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 160). Unstreitig haben die Streitparteien einen Werkvertrag unter Einbeziehung der VOB/B geschlossen, so dass der Anspruch nicht auf §§ 634, 281, 280 BGB gestützt werden kann. Abgesehen davon handelt es sich auch nicht um einen Mangelgeschaden nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB, weil dies voraussetzen würde, dass der Schaden nicht durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung beseitigt werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.2019, VII ZR 63/18). Eine (denkbare) Nacherfüllung in Form der Beseitigung der behaupteten Mängel hätte jedoch den hier geltend gemachten Schaden in Wegfall gebracht.

a)

§ 13 VOB/B ist grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks anwendbar. Dass die streitgegenständliche Werkleistung der Beklagten abgenommen worden wäre, trägt die Klägerin nicht vor; auch ein Abnahmesurrogat ist nicht ersichtlich. Die Klägerin trägt auch nicht vor, dass der Werkvertrag gekündigt (was im Übrigen die Abnahme nicht entbehrlich machen würde; vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2002, VII ZR 103/00) oder in anderer Weise beendet worden wäre. Dies hat zur Folge, dass der Anwendungsbereich des § 13 VOB/B hier schon nicht eröffnet ist.

Vor der Abnahme kommen wegen mangelhafter Leistung bei Vereinbarung der VOB/B Erfüllungsansprüche nach § 4 Abs. 6 und Abs. 7 VOB/B in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 06.05.1968, VII ZR 33/66; Ingenstau/Korbion, § 13 VOB/B Rn. 29), die hier jedoch nicht geltend gemacht werden. Ein Anspruch nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B setzt - neben einer Fristsetzung nach § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B - eine Kündigung des Vertrages voraus, die hier nicht ersichtlich ist.

b)

Ungeachtet dessen setzt die Geltendmachung des auf § 13 Abs. 7 VOB/B gestützten Schadenersatzanspruches - für einen Anspruch aus §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B würde nicht anderes gelten - eine

vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 13 Abs. 5 VOB/B voraus. Denn Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches nach § 13 Abs. 7 VOB/B ist, dass die Schäden auch durch eine Nacherfüllung nicht behoben werden können (vgl. BGH, Urteil v. 16.10.1984, X ZR 86/83, Rn. 11, juris; Ingenstau/Korbion, § 13 Abs. 7 VOB/B Rn. 26 f.). Soweit Schaden und Mangel identisch sind oder der Schaden sich direkt aus einem Mangel ergibt, der noch beseitigt werden könnte, geht die insoweit speziellere Regel des § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B vor, wonach der Auftraggeber einen Kostenvorschuss- oder Erstattungsanspruch erst geltend machen kann, nachdem der dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat. Andernfalls könnten Ansprüche nach § 13 Abs. 5 VOB/B, die eine vorherige Fristsetzung zur Mängelbeseitigung voraussetzen, ohne eine solche Fristsetzung direkt aus § 13 Abs. 7 VOB/B hergeleitet werden. So liegt der Fall auch hier, weil die Klägerin ihren Schadenersatzanspruch unmittelbar aus den behaupteten Mängeln der Werkleistung herleitet. Eine - grundsätzlich noch mögliche Mängelbeseitigung - würde dem Schadenersatzanspruch hier die Grundlage entziehen.

aa)

Dass eine solche Fristsetzung nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B gegenüber der Beklagten erfolgt wäre, trägt die Klägerin nicht vor und ist auch sonst nicht ersichtlich. Eigene Schreiben der Klägerin an die Beklagte, die inhaltlich über die Weiterleitung der vom Dipl.-Ing. W... an die Klägerin gerichteten Schreiben hinausgehen, sind nicht ersichtlich. Die (an die Klägerin weitergeleiteten) Schreiben des Dipl.-Ing. W... vom 18.04.2011 und vom 25.05.2011 enthalten zwar Mangelanzeigen, jedoch keine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung. Erst das Schreiben des Dipl.-Ing. W... vom 12.07.2011 enthält eine Frist. Jedoch wird in dem Schreiben ausdrücklich lediglich eine Ausführungsfrist nach § 5 Abs. 4 VOB/B gesetzt. Eine Auslegung des Schreibens als Fristsetzung nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Arbeiten der Beklagten jedenfalls zum Zeitpunkt des Schreibens noch nicht abgeschlossen waren und damit sowohl die Abnahmereife als auch die Abnahme selbst (einschließlich Abnahmesurrogat) ausgeschlossen werden können. Wie bereits oben dargelegt kommen Rechte aus § 13 VOB/B vor Abnahme nicht in Betracht, so dass eine vor der Abnahme erklärte Fristsetzung nicht als solche nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ausgelegt werden kann. Im Übrigen ist das Schreiben vom 12.07.2011 an die Klägerin und nicht an die Beklagte gerichtet und wurde nach dem

Sachvortrag der Klägerin an die Beklagte lediglich weitergeleitet. Die kommentarlose Weiterleitung von Mängelrügen Dritter ist jedoch nicht ausreichend, wenn sich daraus nicht auch eine Beanstandung und Nacherfüllungsaufforderung durch den Auftraggeber selbst ergibt (vgl. Ingenstau/Korbion, § 13 Abs. 5 VOB/B, Rn. 59 a.E.). Weitere Erklärungen der Klägerin an die Beklagte, die als Nacherfüllungsverlangen ausgelegt werden könnten, sind nicht ersichtlich.

bb)

Eine Fristsetzung nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B gegenüber der Beklagten war auch nicht deshalb entbehrlich, weil diese eine Erfüllung endgültig und ernsthaft verweigert hätte. Sofern die Beklagte im Schreiben vom 20.04.2011 den Vorwurf zurückgewiesen hat, die Rissanierung nicht regelgerecht durchgeführt zu haben, hat sie ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Mängelbeseitigung durch die Bitte um einen Vor-Ort-Termin zur Ermittlung der Schadensursache zum Ausdruck gebracht. Auch im Schreiben vom 20.05.2011 hat die Beklagte erklärt, sich einer möglichen Gewährleistung nicht zu verschließen, falls aufgetretene Schäden durch ihre Arbeiten verursacht worden seien. In ähnlicher Weise hat die Beklagte schließlich im Schreiben vom 14.07.2011 ihre Bereitschaft mitgeteilt, die Beanstandungen vor Ort zu prüfen. Die fehlende Bereitschaft, neu entstandene Risse aus früheren - von anderen Unternehmen durchgeführten - Sanierungen als Gewährleistung zu beseitigen, ist nicht als Erfüllungsverweigerung zu würdigen, weil die Beklagte zu solchen Leistungen vertraglich nicht verpflichtet war.

3.

Schließlich ist nicht ersichtlich, dass der im Rahmen des Vergleichs an die Hauptauftraggeber gezahlte Betrag kausal und zurechenbar auf mangelhafte Leistungen der Beklagten zurückzuführen ist. Zwar trägt die Klägerin vor, dass sie im Vorprozess auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Beseitigung der streitgegenständlichen Mängel in Anspruch genommen wurde. Offen ist jedoch geblieben, ob - neben den behaupteten Mängeln selbst - die weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs. 5 VOB/B, insbesondere die Abnahme und die Fristsetzung zur Nacherfüllung, auch im Verhältnis zwischen den Hauptauftraggeber und der Klägerin vorgelegen haben. Zudem trägt die Klägerin nichts dazu vor, wie sich die Höhe der im Vorprozess strittigen Summen als Vorschussanspruch errechnet. Allein die Tatsache, dass sich die Klägerin im Vorprozess mit einem höheren Be-

trag verglichen hat, vermag Feststellungen zur (schadensausfüllenden) Kausalität und Zurechenbarkeit eines Schadens nicht zu ersetzen, zumal die Beklagten die Ansicht vertreten haben, die Klägerin habe sich ohne Not in den Vergleich begeben.

OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Aufforderung zur unverzüglichen Mängelbeseitigung eine wirksame Fristsetzung ist

vorgestellt von Thomas Ax

Die Aufforderung, einen Mangel unverzüglich zu beseitigen, kann für eine wirksame Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B genügen (vgl. zum Kaufrecht: BGH, IBR 2015, 330; IBR 2009, 644). Wird ein Mangel der Werkleistung erst nach der Abnahme entdeckt, steht aber fest, dass er bereits im Zeitpunkt der Abnahme vorgelegen haben muss, trifft den Werkunternehmer die Beweislast für seine Behauptung, der Mangel sei durch eine Handlung des Bestellers zwischen Erstellung und Abnahme verursacht worden.

OLG Stuttgart, Urteil vom 20.12.2022 - 10 U 96/22

Gründe

I.

Die Klägerin macht aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmerinnen Ansprüche nach zwei Leitungswasserschäden im Sommer 2018 gegen die Beklagte geltend.

Die Klägerin ist Gebäudeversicherer der im Jahr 2018 von der Beklagten neu errichteten Mehrfamilienhäuser Z.-Straße 13 und 15 in Ravensburg. Versicherungsnehmerin sowie Bauherrin ist für das Objekt Z.-Straße 13 die K. GbR 1 und für das Objekt Z.-Straße 15 die K. & S. GbR 4.

Die Beklagte schloss mit den Versicherungsnehmerinnen und weiteren Gesellschaften am 20.04.2016 unter anderem für diese Gebäude einen Generalunternehmervertrag (Anlage K 1), wonach die Beklagte insgesamt 6 Gebäude und eine Tiefgarage schlüsselfertig zu erstellen hatte. Die Beklagte ließ Sanitärarbeiten durch die Streithelferin W. GmbH und Fliesenarbeiten durch die Streithelferin N. GmbH ausführen.

Am 13.7.2018 kam es zu einem Wasserschaden in der Wohnung 1.9 des Gebäudes Nr. 15, am 27.9.2018 zu

einem Wasserschaden in der Wohnung 1.7 des Gebäudes Nr. 13.

Die Klägerin übernahm für die Beseitigung der Folgen des Wasserschadens im Gebäude Nr. 15 Kosten in Höhe von 55.927,93 € und für die Beseitigung der Folgen des Wasserschadens im Gebäude Nr. 13 46.992,13 €. Diese Beträge sind Gegenstand der vorliegenden Klage.

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

A.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche bestünden nicht. Nachdem die Bauleistungen für beide Objekte unstreitig abgenommen worden seien, liege die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels als Ursache der Wasserschäden bei der Klägerin. Diesen Beweis habe sie nicht führen können.

Das Gericht sei nach der Beweisaufnahme überzeugt, dass der Wasserschaden im Gebäude Z.-Straße 15 von dem nicht ordnungsgemäß zusammengesteckten HT-Rohr am Ablauf in der Badewanne der Wohnung 1.9 ausgegangen sei. Nicht aufklärbar sei, weshalb das Rohr nicht ordnungsgemäß zusammengesteckt gewesen und wer hierfür verantwortlich sei. Die Klägerin habe nicht beweisen können, dass das Rohr durch die Mitarbeiter der Streithelferin W. fehlerhaft montiert worden sei. Es spreche nach der Beweisaufnahme einiges dafür, dass das Rohr zunächst korrekt montiert und später durch Verrücken der Badewanne auseinandergezogen wurde. Insbesondere der Zeuge G. habe einen besonders zuverlässigen Eindruck gemacht und sowohl die Montage des Rohrs als auch die Feststellungen nach dem Wasserschaden nachvollziehbar geschildert. Der Klägerin komme kein Anscheinsbeweis zu Gute, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass ein Wasserschaden in einem neu errichteten Gebäude typischerweise auf einen Baumangel zurückzuführen sei.

Der Wasserschaden im Objekt Z.-Straße 13 sei von einem Loch in der Duschrinne der Wohnung 1.7 ausgegangen, dessen Verursacher nicht habe festgestellt werden können. Die Klägerin habe nicht beweisen können, dass die Duschrinne von vornherein mit dem Loch

montiert worden sei. Dass dieses Loch durch eine herabfallende Fliesenscherbe verursacht worden sei, halte das Gericht für ausgeschlossen.

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

B.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Das Landgericht habe von der Klägerin angebotene Beweismittel nicht erhoben. Bei deren Erhebung hätte das Landgericht festgestellt, dass die für die Wasserschäden ursächlichen Mängel weder durch die Versicherungsnehmerinnen der Klägerin noch durch deren Mieter verursacht worden seien.

Hinsichtlich der Wohnung 1.9 im Gebäude Nr. 15 habe der Zeuge G. die vom Landgericht aufgegriffene Vermutung geäußert, dass die Badewanne, bevor sie durch den Fliesenleger eingefliest worden sei, durch die Geschäftsführer der Versicherungsnehmerinnen versetzt worden sei, wodurch das Auseinandergleiten der Abwasserverbindung verursacht worden sei. Dies habe er daran erkannt, dass der Zulauf der Badewanne nicht mehr mittig, sondern ca. 7 cm nach links versetzt gewesen sei. Demgegenüber habe der Zeuge K. angegeben, dass es für die Positionierung der Badewannen und Duschen in allen Wohnungen des Hauses Nr. 15 einen Termin gegeben habe, an dem neben dem Zeugen G. auch die Zeugen S. und L. teilgenommen hätten. Der Zeuge K. habe bestätigt, dass die Wanne der Wohnung 1.9 anhand der eingezeichneten Positionierung eingebaut worden sei und es danach keine Korrektur bei der Positionierung gegeben habe; auch der Zeuge S. habe bestätigt, dass ihm von einem späteren Versetzen der Badewanne nichts bekannt gewesen sei. Nach dem ursprünglichen Bauplan habe die Badewanne unmittelbar an die rechte Wand im Badezimmer angrenzen sollen, bei dem gemeinsamen Termin habe man festgelegt, die Wanne etwas weiter weg von der Wand zu positionieren. Der Zeuge S. habe ein Bild vorgelegt, das als Anlage zum Protokoll genommen worden sei und bestätigt, dass die Position der Wanne nach diesem Termin nicht mehr verändert worden sei. Tatsächlich sei die Wanne nach dem Ortstermin an der Stelle arretiert und dann mit Zuleitungs- und Abwassersystem verbunden worden. Die Badewanne sei exakt an der gleichen Stelle eingebaut worden, an der sie sich bei Entdeckung des Schadens befunden habe. Nachdem die Aussage des später vernommenen Zeugen G. von den Angaben

der Zeugen K., S. und L. abgewichen sei, habe die Klägerin im Schriftsatz vom 24.1.2022 ergänzend Stellung genommen und Beweis angetreten; diesen Beweisantritten hätte das Landgericht nachgehen müssen. Bei Erhebung dieser Beweise hätte das Landgericht festgestellt, dass die Badewanne entgegen der Angaben des Zeugen G. beim Besprechungstermin der Zeugen noch nicht fertig montiert gewesen sei; dann wäre das vom Zeugen G. behauptete spätere Verschieben der Wanne ausgeschlossen. Die Aussage des Zeugen G. weise weitere Widersprüche auf, die das Landgericht nicht berücksichtigt habe. Das Landgericht hätte zudem das von der Klägerin beantragte Gutachten zum Beweis dafür einholen müssen, dass ein Verrücken der Wanne um 10 cm nach deren Setzen und Anschluss nicht mehr möglich gewesen sei ohne Lösen und Wiederarretieren von Verschraubungen; die Zeugen S. und He. hätten angegeben, dass eine Badewanne nach Montage nicht mehr verschoben werden könne.

Das Landgericht habe zudem die Rechtslage verkannt: Es stehe fest, dass Ursache für den Wasseraustritt die nicht ordnungsgemäß verbundene Abwasserleitung gewesen sei. Daher stehe ein Mangel des Werks der Beklagten fest und die Beklagte müsse beweisen, dass sie dies nicht zu vertreten habe. Zudem komme der Klägerin der Anscheinsbeweis zu Gute: Stehe fest, dass ein Wasserschaden in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang nach der Durchführung von Installationsarbeiten eingetreten sei, könne nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises die Pflichtverletzung des Werkunternehmers gefolgert werden. Diesen Anschein habe die Beklagte nicht erschüttert. Zudem habe die Klägerin erstinstanzlich geltend gemacht, dass der Zeuge G. auch auf der Grundlage seiner Aussage den Anschluss noch einmal hätte überprüfen müssen, da ihm der Umstand, dass die Wanne nach dem Einmauern nicht mehr mittig, sondern um 10 cm versetzt gewesen sei, hätte auffallen müssen.

Im Hinblick auf die Wohnung 1.7 im Haus Nr. 13 habe sich das Landgericht zu Unrecht darauf gestützt, dass der Zeuge G. angegeben habe, dass er die Duschrinne, deren Loch Ursache für den Wasserschaden war, unversehrt eingebaut habe. Der rechtliche Ansatz des Landgerichts sei auch insofern unzutreffend, da eine Pflichtverletzung aufgrund des Lochs in der montierten Duschrinne feststehe und der Klägerin auch insofern der Anscheinsbeweis zu Gute komme. Das Loch sei nicht durch die hierfür als Zeugen benannten S. und K. herbeigeführt worden und auch die Erstmieter hätten bestätigt, das Loch nicht verursacht zu haben. Das Loch

sei erst entdeckt worden, nachdem der darin befindliche Bauschutt auf der Suche nach der Austrittsstelle entfernt worden sei, es müsse daher vor Übergabe der Wohnung an die Versicherungsnehmerinnen bestanden haben.

Eine ausdrückliche Abnahme sei nicht erfolgt, die Versicherungsnehmerinnen hätten die Protokolle der Übergabe an die Mieter der Beklagten übersandt. Die in 9.1. des Generalunternehmervertrags vorgesehene förmliche Abnahme habe nicht stattgefunden.

Die Klägerin bestreitet die von der Beklagten behauptete einvernehmliche Abstandnahme vom vereinbarten Schriftformerfordernis. Aus der Übersendung der Wohnungsübergabeprotokolle an die Mieter ergebe sich keine konkludente Abnahme. Es werde bestritten, dass die Wohnungsabnahmeprotokolle als Ersatz für eine förmliche Abnahme nach dem Bauvertrag vereinbart gewesen seien.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagte wird unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Ravensburg, Aktenzeichen 1 O 218/20 verurteilt, an die Klägerin 102.920,06 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.10.2019 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, die Klägerin von den außergerichtlichen Gebührenansprüchen der Kanzlei K. in Höhe von 2.348,94 € freizustellen.

C.

Die Beklagte und ihre Streithelferinnen beantragen

Zurückweisung der Berufung.

1.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Im Hinblick auf den Wasserschaden in der Wohnung 1.9 des Gebäudes Nr. 15 sei das Landgericht nicht verpflichtet gewesen, die Zeugen K. und S. erneut und den Zeugen L. erstmals zu vernehmen. Die Klägerin habe erstmals im Schriftsatz vom 24.1.2022 behauptet, dass die Wanne genau an der Stelle eingebaut worden sei, die bei einer gemeinsamen Besprechung festgelegt worden sei. Der Zeuge sei hierzu erstmals im Schriftsatz vom 24.1.2022 und damit verspätet benannt worden sei. Die Streithelferin W. habe bereits im Schriftsatz

vom 25.5.2021 darauf hingewiesen, dass die Wanne ursprünglich korrekt über dem Ablauf gesetzt worden sei und dass nach Schadenseintritt festgestellt worden sei, dass sich die Wanne nicht mehr an der ursprünglichen Position mittig über dem Abflussrohr befunden habe. Die Klägerin habe daraufhin im Schriftsatz vom 6.7.2021 behauptet, die Festlegung der Wannenabstände sei für alle Wohnungen einheitlich getroffen worden und den Zeugen S. benannt. Den Zeugen L. hätte die Klägerin spätestens nach der Aussage des Zeugen S. am 8.11.2021 benennen müssen. Die übrigen Zeugen, auf die sich die Klägerin berufe, habe das Landgericht bereits vernommen. Mit den von der Klägerin geltend gemachten Widersprüchen habe sich das Landgericht auseinandergesetzt. Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Beweislast nach Abnahme die Klägerin treffe. Das Landgericht habe richtigerweise keinen Anscheinsbeweis zu Lasten der Beklagten angewendet. Die Beklagte hafte auch nicht aufgrund Verletzung einer Hinweispflicht, da weder sie noch ihre Subunternehmer bemerkt hätten, dass die Wanne nachträglich verrückt worden sei. Der Zeuge G. hätte dies auch nicht bemerken müssen.

Auch bezüglich der Wohnung 1.7 im Gebäude Nr. 13 habe das Landgericht zutreffend keinen Anscheinsbeweis angenommen.

Aufgrund der Beweiskraft des Tatbestandes sei davon auszugehen, dass die Abnahme erfolgt sei. Diese Frage sei nie strittig gewesen. Die Zeugen S., Kir. und L. hätten sich im April 2018 darauf geeinigt, dass die Wohnungen durch Übersendung der Übergabeprotokolle an die Mieter abgenommen werden sollten. Diese Individualvereinbarung gehe der Vereinbarung der förmlichen Abnahme im Bauvertrag vor. Dem stehe die doppelte Schriftformklausel nicht entgegen.

2.

Die Streithelferin N. GmbH schließt sich diesen Ausführungen an und verweist auf ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts – insbesondere hinsichtlich des Zeugen G. – sei zutreffend. Die Klägerin habe dem Zeugen G. ihre Behauptung, es habe einen Termin gegeben, wie die Wannen zu setzen seien, vorgehalten.

3.

Die Streithelferin W. GmbH verweist darauf, dass auch eine vereinbarte förmliche Abnahme eine konkludente Abnahme nicht ausschließe.

Der Zeuge G. habe angegeben, dass nur die Wannen in den oberen Etagen aus der mittigen Position versetzt worden seien; unten und insbesondere in der Wohnung 1.9 sei dies nicht mehr möglich gewesen. Es seien keine Anhaltspunkte dafür gefunden worden, dass die nachträgliche Versetzung der montierten Wanne von der Beklagten veranlasst oder von ihr zu vertreten sei.

Bezüglich der Wohnung 1.7 habe der Zeuge das Gericht davon überzeugt, dass die Duschrinne beim Einbau unbeschädigt gewesen sei. Spätere Beschädigung durch Vandalismus habe die Beklagte nicht zu vertreten.

D.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen G., L. und K..

Bezüglich des weiteren Sach- und Streitstandes 2. Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie 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 ist nur hinsichtlich der durch den Wasserschaden im Gebäude Nr. 15 verursachten Kosten begründet, der Klägerin steht hierfür ein Anspruch in Höhe von 54.927,93 € zu. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet, weil nicht feststellbar ist, dass die Beklagte bzw. ihre Subunternehmer für den Wasserschaden im Gebäude Nr. 13 verantwortlich sind.

A.

Nachdem zwischen den Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten die Geltung der VOB/B vereinbart und davon auszugehen ist, dass die Leistungen der Be-

klagen abgenommen wurden, sind die streitgegenständlichen Folgekosten der beiden Wasserschäden nach § 13 Abs. 5 Nr. 2, Abs. 7 VOB/B ersatzfähig, sofern sie durch eine mangelhafte Leistung der Beklagten verursacht wurden.

1.

Die Klägerin macht aus übergegangenem Recht Gewährleistungsansprüche ihrer Versicherungsnehmerinnen aus dem Generalunternehmervertrag mit der Beklagten vom 20.4.2016 geltend. In § 2 Ziff. 2.2.19 ist die Geltung der VOB/B vereinbart (S. 19 der Anlage K1).

2.

Es ist schon aufgrund der Feststellungen im unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils davon auszugehen, dass die Leistungen der Beklagten abgenommen wurden.

Im unstreitigen Tatbestand (S. 2 des Urteils) wird ausgeführt, dass die Versicherungsnehmerinnen die Bauleistung der Beklagten abgenommen haben.

Auf das streitige Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren zur Frage der Abnahme kommt es nicht an, weil das Berufungsgericht gem. § 314 ZPO davon auszugehen hat, dass die Abnahme erfolgt ist.

Der Tatbestand des Urteils erster Instanz liefert gemäß § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der ersten Instanz. Diese Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 – I ZR 161/08 –, juris Rn. 12; Versäumnisurteil vom 28. Juni 2005 – XI ZR 3/04 –, juris Rn. 16). Dies gilt auch für sogenannte Rechtstatsachen. Die Rechtsprechung stellt tatsächlichen Umständen Tatsachen in ihrer juristischen Einkleidung gleich, wenn dies durch einen einfachen Rechtsbegriff geschieht, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese Feststellung rechtlich und tatsächlich schwierig sein kann. Maßgeblich ist allein das Ergebnis dieses Vorgangs (BGH, Urteil vom 13. März 1998 – V ZR 190/97 –, juris Rn. 18; Urteil vom 24. Oktober 2017 – VI ZR 61/17 –, juris Rn. 22: z.B. Eigentum oder Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen).

Dies ist auch auf die Feststellung übertragbar, dass eine Werkleistung abgenommen wurde, sodass in der Berufungsinstanz als unstreitiger Vortrag aus 1. Instanz feststeht, dass eine Abnahme erfolgt ist.

Wie bei der Frage der Einbeziehung von AGB oder dem Eigentumsübergang bezieht sich auch die Frage, ob eine Werkleistung abgenommen ist, zwar auf einen tatsächlichen Vorgang, dessen Wirksamkeit aber nicht ohne eine rechtliche Wertung beurteilt werden kann. Der Begriff der „Abnahme“ im Werkvertragsrecht ist jedenfalls den professionellen Parteien eines Werkvertrags geläufig; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in diesem Zusammenhang auch darauf abzustellen, zwischen welchen Personen der Begriff verwendet wird (BGH Urteil vom 24. Oktober 2017 – VI ZR 61/17 –, juris Rn. 22: Verwendung des Begriffs der Einbeziehung von AGB durch einen Anwalt gegenüber einem Anwalt).

Der Bindung des Senats steht nicht entgegen, dass die Klägerin einen Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt hat, den das Landgericht durch Beschluss vom 3.5.2022 zurückgewiesen hat. Denn nach erfolgloser Durchführung des Berichtigungsverfahrens nach § 320 ZPO kann zur Wahrung des Anspruchs der betroffenen Partei auf rechtliches Gehör eine Unrichtigkeit tatbestandlicher Feststellungen nur dann mit der Verfahrensrüge gem. § 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO geltend gemacht werden, wenn sich aus der den Berichtigungsantrag zurückweisenden Entscheidung ergibt, dass ihre tatbestandlichen Feststellungen widersprüchlich sind (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 – I ZR 161/08 –, juris Rn. 12; BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 314 Rn. 35 m.w.N.). Dies ist beim Beschluss des Landgerichts vom 3.5.2022 nicht der Fall, da darin ausgeführt wird, dass die Klägerin lediglich die mangelfreie Abnahme und nicht die Abnahme an sich bestritten habe. Das Landgericht hat den Berichtigungsantrag mit der zutreffenden Begründung zurückgewiesen, dass die Klägerin mit ihrem Tatbestandsberichtigungsantrag nicht ausreichend zwischen der rechtsgeschäftlichen Erklärung der Abnahme, also der Entgegennahme des Werks als im Wesentlichen vollständig und mangelfrei, und dem objektiven Vorliegen eines Mangels bei Abnahme unterschieden hat.

3.

Da das Berufungsgericht somit davon auszugehen hat, dass die Leistungen der Beklagten abgenommen wurden, richten sich die geltend gemachten Ansprüche