

Tiefbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts



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

Rechtsprechung 7

BGH zur Frage der Zulässigkeit der Kündigung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln 7

OLG Stuttgart zu der Frage, ob der Statiker für Verzögerungsschäden infolge mangelhafter Pläne haftet 13

OLG Hamm zu der Frage, ob Mehrkosten wegen von den Vorstellungen des Auftragnehmers abweichender Baugrundverhältnisse mit den allgemeinen Erwägungen geltend gemacht werden können, den Bauherrn treffe das Baugrundrisiko 33

OLG Naumburg zu der Frage, dass eine unzureichende Betonfestigkeitsklasse wichtiger Kündigungsgrund ist 43

KG zu der Frage, dass ein VOB/B-Kündigungsrecht wegen Verzugs mit Vollendung wirksam ist 54

Zwischenruf 75

Kann es im Rahmen eines Pauschalvertrages zur Anpassung des Vertragspreises kommen? 75

Wie kann man die Leistungsänderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B von der Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B abgrenzen? 76

Welche Leistungen sind von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst und welche nicht? 76

Werbung 78

Ax Projects: Durchführung von Investorenauswahlverfahren 78

AR und AP 80

Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt 80

Ax Akademie - Schulungen 82

Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen 82

Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer 82

Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz 84

Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden 84

Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden 85

Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen 86

Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax 88

Stellenanzeigen 89

Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg 89

RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg 90

Redakteure m/w/d gesucht: 91

Publikationen zum Vergaberecht 92

VOB - konzentriert und aktuell - was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen 92

Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB 92

Bestellformular 93

Impressum 94

Von der Redaktion

Ein Baugrund- und Gründungsgutachten (oftmals untechnisch auch als Bodengutachten bezeichnet) ist eine im Bauwesen gebräuchliche Form eines geotechnischen Berichts, welcher in der Regel durch einen Sachverständigen der Geotechnik angefertigt wird. Die technischen und inhaltlichen Anforderungen eines solchen Gutachtens richten sich maßgeblich nach DIN 4020 („Geotechnische Untersuchungen für bautechnische Zwecke“). Diese „ergänzt auf nationaler Ebene die europäischen Regelungen von DIN EN 1997-2. Sie ist daher ausschließlich zusammen mit der DIN EN 1997-2 und dem nationalen Anhang DIN EN 1997-2/NA anzuwenden. DIN EN 1997-2 und DIN 4020 sollen sicherstellen, dass Aufbau, Beschaffenheit und Eigenschaften des Baugrunds bereits für den Entwurf und die Ausschreibung eines Bauvorhabens bekannt sind“ (vgl. Einführungsbeitrag zur DIN 4020).

Eine allgemeine gesetzliche Pflicht privater Bauherrn zur Beauftragung beziehungsweise Vorlage eines Baugrund- und Gründungsgutachtens besteht nicht. So ist die DIN 4020 insbesondere nicht in die Liste der technischen Baubestimmungen der einzelnen Bundesländer aufgenommen, mithin bautechnisch nicht unmittelbar verbindlich eingeführt (die Liste der Technischen Baubestimmungen ist aufgrund des föderalen Systems in jedem Bundesland unterschiedlich und enthält jeweils technische Regeln für die Planung, Bemessung und Konstruktion baulicher Anlagen und ihrer Teile. Technische Baubestimmungen sind allgemein verbindlich, da sie nach jeweiligem Landesrecht beachtet werden müssen (vgl. etwa exemplarisch für Thüringen § 3 Abs. 3 ThürBO)). Vor dem Hintergrund dessen, dass andere DIN-Vorschriften, insbesondere die als Technische Baubestimmung verbindliche DIN 1054 („Baugrund - Sicherheitsnachweise im Erd- und Grundbau“) teilweise auf DIN 4020 verweisen, kann eine mittelbare Geltung einzelner Aspekte im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden.

Obwohl mithin nach dem vorstehend genannten keine unmittelbare Pflicht des Bauherrn zur Beauftragung beziehungsweise Vorlage eines Baugrund- und Gründungsgutachtens besteht, kann eine Beauftragung im Einzelfall dennoch angezeigt sein. Dies gilt nach der Rechtsprechung insbesondere in Fällen des § 909 BGB, d.h. bei potenziell auf das Nachbargrundstück ausstrahlenden Vertiefungen. So wird § 909 BGB etwa schuldhaft verletzt, wenn der Bauherr „vorhergesehen hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) vorhersehen hätte müssen, dass gerade dem Grundstück des geschädigten Nachbarn und nicht nur dem Nachbargelände überhaupt durch die Vertiefung die erforderliche Stütze entzogen werden könnte, und er gleichwohl nicht die gebotenen Vorsichtsmaßnahmen trifft, um diese Vertiefungsfolgen zu vermeiden. (...) Fehlen ihm die erforderlichen Fachkenntnisse, so muss er einen Spezialisten beiziehen (...). Erforderlichenfalls ist ein Baugrund- und Gründungsgutachten einzuholen“ (vgl. Roth m.w.N.).

Nähere Vorgaben zu spezifischen Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen enthält zudem § 650p Abs. 1 BGB. Demnach wird der Unternehmer durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag verpflichtet, diejenigen Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage jeweils erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. So können mithin insbesondere auch vom Bauherrn eingesetzte Dritte bei problematischen Bodenverhältnissen unter Haftungsgesichtspunkten faktisch dazu verpflichtet sein, zu einem Baugrundgutachten zu raten beziehungsweise ein solches zu veranlassen (vgl. etwa Korbion unter Verweis auf OLG Zweibrücken).

Letztlich kann sich die Notwendigkeit der Erstellung eines Baugrund- und Gründungsgutachtens für die öffentliche Hand auch aus vergaberechtlichen Gesichtspunkten ergeben (vgl. etwa Kapellmann m.w.N.). So sind nach § 7 Abs. 6 VOB/A bei der Vergabe von Bauleistungen die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, zum Beispiel Boden- und Wasserverhältnisse, so zu beschreiben, dass das sich bewerbende Unternehmen ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.

Quellen:

- Einführungsbeitrag der Beuth Verlag GmbH zur DIN 4020 (der diese gewerblich anbietet und kostenpflichtig exklusiv verlegt), abrufbar unter: <https://www.beuth.de/de/norm/din-4020/135119566> (letzter Abruf dieses und aller weiteren Links am 18. Januar 2021).
- ThürBO: Thüringer Bauordnung vom 13. März 2014 in der Fassung vom 23. November 2020 (GVBl. S. 561), abrufbar unter: <https://landesrecht.thueringen.de/bsth/document/jlr-BauOTH2014V3P65>.
- Liste der in Thüringen geltenden Technischen Baubestimmungen, abrufbar unter: https://www.thueringen.de/mam/th9/baurecht/2018/thurvvtb_2018-anlage.pdf.

- Digitaler Überblick des DIBt zu Technischen Baubestimmungen, abrufbar unter: <https://www.dibt.de/de/wir-bieten/technische-baubestimmungen>.
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.
- Roth, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2020, § 909 BGB, Rn. 52.
- Korbion, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage 2016, § 34, Rn. 307.
- OLG Zweibrücken, Urteil vom 20. Januar 2009, Az.: 8 U 43/07, BeckRS 2010, 15675.
- VOB/A: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A - Ausgabe 2019 -, abrufbar unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm
- Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 7. Auflage 2020, Rn. 71.

Das und mehr lesen Sie in unserem aktuellen Heft.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

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

vorgestellt von Thomas Ax

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

BGH, Urteil vom 19.01.2023 - VII ZR 34/20

Tatbestand

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

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

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

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

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

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

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

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Teilurteil des Landgerichts abgeändert. Es hat die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin abgewiesen und auf die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten festgestellt, dass es sich bei der Kündigung

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

Gründe

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

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

I.

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

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

Eine von der Klägerin angeführte Unwirksamkeit von § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) wegen Verstoßes gegen AGB-Recht stehe der Kündigung nicht entgegen. Im Grundsatz gelte, dass dann, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart worden sei, eine isolierte Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Bestimmungen auf der Grundlage der §§ 305 ff. BGB nicht in Betracht komme. Diesen Grundsatz habe der Bundesgerichtshof dahingehend eingeschränkt, dass jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führe, dass diese nicht als Ganzes vereinbart sei und eine Inhaltskontrolle möglich werde. Werde die VOB/B gegenüber einem Unternehmer verwendet, stelle sich seit dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes zum 1. Januar 2009 im Hinblick auf § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB die Frage, wann von

einer substantiellen Änderung der VOB/B auszugehen sei, nicht mehr. Der streitgegenständliche Bauvertrag datiere allerdings aus der Zeit vor dem 1. Januar 2009.

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

II.

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

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

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

a) Das Berufungsgericht hat zu Unrecht für die Eröffnung der Inhaltskontrolle eine substantielle Änderung der VOB/B durch zwischen den Parteien vereinbarte vertragliche Regelungen verlangt.

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

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

b) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eröffnet, weil nach dem zugunsten der Revision zu unterstellenden Sachverhalt die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart war. Das Berufungsgericht hat - wie die Revision zu Recht rügt - entscheidungserheblichen Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen, obwohl er für die Beurteilung, ob die VOB/B (2002) als Ganzes zwischen den Parteien vereinbart worden ist, erheblich war. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2019 vorgetragen, dass in den ursprünglich zwischen der S. GmbH und der Beklagten vereinbarten Besonderen Vertragsbedingungen, die auch in das Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten einbezogen worden seien, mehrere im einzelnen benannte Regelungen von denen der VOB/B (2002) abweichen. So weicht, was die Klägerin zutreffend aufgezeigt hat, Ziffer II. 2. Abs. 3, wonach die Einheitspreise fest und

unveränderbar sind, von § 2 Nr. 3 VOB/B (2002) ab. Die Regelung in Ziffer II. 11. Abs. 1, der zufolge der Auftraggeber Abschlagszahlungen bis zu 90 % der nachgewiesenen Leistungen zu leisten hat, modifiziert § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002), da hiernach Abschlagszahlungen in Höhe von 100 % des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages zu gewähren sind.

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

III.

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

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

a) Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn im Falle des § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) die dem Auftragnehmer gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags). Die Klausel in § 4 Nr. 7 VOB/B (2002), auf die sich dieses Kündigungsrecht bezieht, sieht in Satz 1 vor, dass der Auftragnehmer Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen hat. Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, kann ihm gemäß Satz 3 der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3). § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1

VOB/B (2002) enthält mithin nicht selbst einen Kündigungsgrund, sondern greift rückbeziehend das in § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) tatbestandlich geregelte Kündigungsrecht unter den dort niedergelegten Voraussetzungen auf. Die derart wechselbezüglich miteinander verknüpften Regelungen stellen allgemeiner Auffassung zufolge einen Anwendungsfall des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund dar (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 8 Rn. 93).

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

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

aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene In-

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

bb) Die Regelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) unterliegt uneingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung. Zwar sind Allgemeine Geschäftsbedingungen keine Rechtsnormen, so dass ihre Auslegung grundsätzlich Sache des Tatrichters ist. Sie sind aber wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht freizulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 41, *BGHZ* 210, 206; Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 404/12 Rn. 25,

BGHZ 200, 362; Urteil vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11 Rn. 15, BGHZ 195, 298).

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

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

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

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

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

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

(2) Aus der systematischen Stellung und dem Regelungszusammenhang der Klauseln ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass ganz geringfügige und unbedeutende Vertragswidrigkeiten oder Mängel kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund begründen könnten. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) knüpft an das dem Auftraggeber in § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B (2002) ausbedungene Recht an, bereits während der Ausführung die Beseitigung als vertragswidrig oder mangelhaft erkannter Leistungen fordern zu können. § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B (2002) differenziert seinerseits ebenfalls nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels.

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

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

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

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

(2) Voraussetzung einer Kündigung aus wichtigem Grund ist, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2019 - VII ZR 1/19 Rn. 23, 31, BGHZ 223, 260; Urteil vom 8. März 2012 - VII ZR 118/10 Rn. 22, BauR 2012, 949 = NZBau 2012, 357).

Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen.

Solche können sich im Einzelfall aus Umständen ergeben, die einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen, sofern diese in der Gesamtabwägung so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann etwa aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.

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

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

ff) § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) behält im Übrigen - soweit die Bestimmung nicht auf § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) rückbezogen ist - seine Wirksamkeit. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen - unwirksamen - Regelungen stehen. Nur wenn der als wirksam anzusehende Teil im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel. Die inhaltliche Trennbarkeit einer Klausel und damit ihre Zerlegung in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil ist immer dann gegeben, wenn der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog. blue-pencil-

test); ob beide Bestimmungen den gleichen Regelungsgegenstand betreffen, ist dabei unerheblich (vgl. nur BGH, Urteil vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20 Rn. 45 m.w.N., NJW 2022, 1944).

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

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

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

vorgestellt von Thomas Ax

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

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

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

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

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

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

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

OLG Stuttgart, 24.03.2026 - 10 U 72/25

Gründe

A.

Mit "Ingenieurvertrag Tragwerksplanung" vom 13./21.11.2017 (Anlage K4) beauftragte die Rechtsvorgängerin der Klägerin (dies war die Z1 GbR, die all ihre Ansprüche an die Klägerin abgetreten hat, vgl. Anlage K3 bzw. die Z2 GmbH & Co. KG, vgl. Anlage K90 - 92) die Beklagte damit hinsichtlich des Projekts Z in 60528 Frankfurt a. M. im Rahmen der Leistungsphasen 5 und 6 nach HOAI die Bewehrungspläne zu erstellen (vgl. Ziffer 3.5.1). Das von der Fa. X. im Auftrag der Klägerin als Generalunternehmerin zu verwirklichende Bauprojekt sollte auf einer tragenden Bodenplatte zunächst durch eine durchgehende Tiefgarage und aufbauend darauf in vier einzelnen Bauteilen (A bis D) untergliedert erstellt werden. Die Baugenehmigung für das vorstehend beschriebene Bauvorhaben (Anlage K1_1–1_4) wurde unter Bezugnahme auf §§ 89, 75 Abs. 3 HBO unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass mit den Bauarbeiten erst begonnen werden dürfe, wenn die Konstruktionszeichnungen - also die beklagte-seits zu erstellenden Bewehrungspläne - vom Prüflingenieur (insoweit war die "K. Ingenieure GmbH" in Form der Zeugen H. und R. tätig) geprüft und zur Ausführung freigegeben wurden (vgl. Bl. 27 Anlageheft Kl.). Hinsichtlich der Fertigstellung ihrer Planung und des Gesamtbauvorhabens vereinbarten die Parteien in Ziffer 6.4 und

der in Bezug genommenen Anlage Fristen, die jedoch nachfolgend im Juli/August 2018 abgeändert wurden, wobei hinsichtlich der Frage, ob konkrete neue und verbindliche Fristen vereinbart wurden, Streit zwischen den Parteien besteht. Mit Abschluss des Vertrags vom 21.11.2017 wurden die Leistungen der Beklagten für die Tiefgarage abgerufen (vgl. Ziffer 3.6.3), im April 2018 diejenigen für die Bauteile A und B.

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

Die Klägerin stellte sich vor diesem Hintergrund auf den Standpunkt, dass die Beklagte verpflichtet sei, die der Klägerin als Folge der mangelhaften Pläne entstandenen Schäden nach §§ 280, 249 BGB zu ersetzen. Einer bauablaufbezogenen Darstellung der Verzögerung bedürfe es hierfür nicht, da sich jeder "Verzug" der Beklagten unmittelbar auf die Bauzeit ausgewirkt habe. Insgesamt habe die Beklagte die vereinbarten Fristen nicht einzuhalten vermocht. Infolge der insgesamt mangelhaften Planung der Beklagten seien der Klägerin

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

Daneben sei dem Prüfsingenieur durch die stark mangelhaften Pläne der Beklagten ein zusätzlicher Aufwand entstanden, der sich auf der Klägerin gegenüber abgerechnete 131.681,59 € belaufe. Auch seien Finanzierungsmehrkosten mit 232.412,83 € dadurch entstanden, dass die Laufzeit der von der Klägerin abgeschlossenen Finanzierungsverträge habe verlängert werden müssen, da die Baustelle infolge der Planungsmängel der Beklagten nicht binnen der geplanten Zeit habe fertiggestellt werden können. Neben den Zinsen sei der Klägerin dadurch ein weiterer Schaden entstanden, dass sie den teilweise vorausgezählten Kaufpreis auch gegenüber dem Endinvestor für den Verzugszeitraum von 5 bzw. 6 Monaten mit 2,5 % zu verzinsen gehabt habe (Anlage K74 - 78). Bis zur Übergabe der Bauteile A und B seien dadurch Kosten in Höhe von weiteren 248.047,24 € entstanden. Auch habe die Klägerin wegen der verspäteten Übergabe einzelner Wohnungen Vertragsstrafen von insgesamt 105.000 € an deren

Erwerber zu bezahlen gehabt, wobei der Verzugszeitraum bei 2 Monaten gelegen habe und pro Wohnung und Monat 1.500 € bezahlt worden seien. Zudem seien Beratungskosten für die technische Bauherrenberatung mit 72.615,00 € netto angefallen, da die Laufzeit des Beratervertrags entsprechend den Verzögerungen bei der Fertigstellung des Bauprojekts habe ebenfalls verlängert werden müssen (Anlage K85 – K86). Schließlich seien Rechtsberatungskosten dadurch entstanden, dass sich die Klägerin angesichts der Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten baubegleitend habe beraten lassen, wobei eine 2,5-fache Geschäftsgebühr aus dem geltend gemachten Schaden von ca. 3,7 Mio. €, somit 38.142,48 € brutto, entstanden sei.

Die Klägerin beantragte vor diesem Hintergrund in erster Instanz:

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

Die Beklagte beantragte in erster Instanz,

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

Die Beklagte erklärte die Hilfsaufrechnung und machte im Wege der Hilfswiderklage restliche unstreitige Honoraransprüche mit 125.720,87 € geltend. Im Übrigen berief sie sich darauf, dass der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche nicht zustünden, da die klägerseits behaupteten Verzögerungen allein auf einen von Anfang an gestörten Planungs- und Bauablauf zurückzuführen seien, der seinerseits auf verspätete Beauftragungen von Objekt- und Fachplanern sowie einer verspäteten Beauftragung der Generalunternehmerin zurückzuführen sei. Daneben hätten unrealistische Terminplanungen, Änderungswünsche der Klägerin und dadurch bedingte Überarbeitungen der Ausführungsplanung, Änderungen des Bauablaufs durch die Generalunternehmerin, unberechtigte Monierungen der Prüfeningenieure und lange Lieferzeiten von Einbauteilen

letztlich zur Verzögerung geführt. Allenfalls bestehende kleine Unzulänglichkeiten in den Plänen der Beklagten seien daher nicht kausal für Verzögerungen und Mehrkosten, wobei Mängel am Erdbebennachweis und der Berechnung der Bodenplatte insgesamt nicht vorgelegen hätten. Da es der klägerischen Darstellung an einer baustellenbezogenen Darstellung der Ist- und Soll-Abläufe fehle, sei die behauptete Bauzeitverlängerung bereits im Ansatz nicht nachvollziehbar. Ungeachtet dessen seien nie verbindliche Termine zur Fertigstellung der Pläne vereinbart worden; solche zuzusagen sei bereits deswegen nicht möglich gewesen, da die Tragwerksplanung auf der Ausführungsplanung aufbaue, welche sich ihrerseits verzögert habe. Auch habe der Prüfeningenieur mit bis zu 120 Tagen Prüfzeit ungewöhnlich lange für die Prüfung benötigt, widersprüchliche Korrekturen verlangt, die am Rande der Willkür angesiedelt gewesen seien, und daneben auch fachlich falsche Korrekturen verlangt. Abseits dessen, dass damit keine relevanten Planungsfehler vorlägen, habe der Prüfeningenieur dadurch, dass er die Pläne nicht nach dem Prinzip "first in, first out" bearbeitet, sondern die Pläne nach Abruf seitens der Generalunternehmerin/Baustelle geprüft habe, den Verzug der Baustelle mitverursacht. Ungeachtet dessen, dass damit bereits nicht schlüssig dargelegt sei, in wie weit ein Verzug auf angebliche Planungsmängel der Beklagten zurückzuführen sei, habe die Klägerin auch nicht dargelegt, dass überhaupt relevante Mängel an den Plänen bestanden hätten. Zudem sei zu bestreiten, dass es nicht möglich gewesen sei, andere Arbeiten vorzuziehen und hierdurch einen Verzug der Baustelle zu kompensieren. Hinsichtlich der einzelnen Schadenspositionen bestritt die Beklagte die Schadensberechnung der Klägerin, die Erstattungsfähigkeit der von der Klägerin bezahlten Beträge an Dritte und deren korrekte Berechnung.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des streitigen erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien gemäß § 540 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage mit Urteil vom 20.03.2025 insgesamt abgewiesen. Zur Begründung der erfolgten Klagabweisung führte das Landgericht aus, dass die Klage zwar insgesamt zulässig sei, es aber an der Begründetheit fehle. Soweit die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche auf § 280 Abs. 1 BGB stütze, könne dahingestellt bleiben, ob einzelne Pläne oder Plansätze mangelhaft gewesen seien, da es jedenfalls an der haftungsbegründenden Kausalität fehle. So bleibe insgesamt unklar, ob und in welchem Umfang sich eine behauptete Mangelhaftigkeit der beklagtenseits erstellten Pläne auf die Freigabe durch den Prüfeningenieur und damit auf das Bauvorhaben ausgewirkt

habe. Es fehle an einer bauablaufbezogenen Darstellung und damit Ausführungen dazu, wann die Plansätze der Bodenplatten hätten beim Prüfenieur abgeliefert werden müssen, wann sie demgegenüber tatsächlich an ihn versandt und sodann von ihm freigegeben worden seien und wie sich die Verzögerung der Ablieferung der einzelnen Planabschnitte auf den Bauablauf ausgewirkt habe. Auch sei der Vortrag der Klägerin dazu, zu welchem zeitlichen Verzug es infolge der Versäumnisse der Beklagten gekommen sei, nicht stringent, da die angeblichen Verzugszeiträume sowohl mit unterschiedlicher Länge als auch mit unterschiedlichem Beginn und Ende benannt worden seien. Zudem sei hinsichtlich des angeblichen Mehrverbrauchs an Stahl nicht nachvollziehbar, wann die Stahlbestellungen erfolgt seien und inwiefern Planungsmängel der Beklagten zu einem Mehrverbrauch geführt hätten.

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

Auch die Position in Höhe von 72.214,12 € wegen erhöhten Stahlverbrauchs sei nicht schlüssig dargelegt, da die Klägerin eingeräumt habe, dass Stahl von der Generalunternehmerin verkauft worden sei, der Verkaufserlös jedoch nicht bekannt und "gegengerechnet" worden sei. Der Betrag in Höhe von 82.910,26 € für Tagelohnarbeiten sei wiederum nicht nachvollziehbar. Die mit 131.681,59 € bezifferten Mehrkosten des Prüfenieurs seien nicht den 14 Bodenplattenabschnitten zugeordnet und zudem sei nicht ersichtlich, warum von den vom Prüfenieur geltend gemachten 311.832,17 € gerade 131.681,59 € auf eine mangelhafte Leistung der Beklagten entfallen sollten. Die geltend gemachten Finanzierungsmehrkosten mit 248.047,24 € seien Sowieso-Kosten, da sie für einen Zeitraum angefallen seien, in dem eine Fertigstellung

des Gebäudes sowieso nicht zu realisieren gewesen sei. Hinsichtlich des mit 105.000 € bezifferten Schadens, der den Erwerbern der Wohnungen angeblich für deren verspätete Fertigstellung habe bezahlt werden müssen, fehle es an Vortrag dazu, wann welche Wohnung habe übergeben werden können, so dass der Betrag nicht nachvollziehbar sei. Die auf eine Verlängerung der Laufzeit der technischen Bauherrenberatung gestützten Mehrkosten mit 72.615 € seien schließlich nicht erstattungsfähig, da es auch unabhängig von der Beklagten zu Bauzeitverlängerungen gekommen sei, und die Klägerin nicht konkret darlege, wie dieser Betrag der Beklagten anzulasten sei. Ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten bestehe schließlich deswegen nicht, da die Klägerin den diesbezüglichen Gegenstandswert nicht schlüssig dargelegt habe. Einer Prüfung der geltend gemachten Schadenspositionen als Verzugsschaden nach §§ 280 Abs. 1, 286 BGB stehe schließlich entgegen, dass die Klägerin ihre Schäden gerade nicht auf ein verspätetes Hochladen von Plänen auf den Planserver zurückführen wolle.

Da seitens des Landgerichts zunächst versäumt worden war, den Hilfswiderklageantrag der Beklagten in das Urteil aufzunehmen und über diesen zu entscheiden, wurde auf Tatbestandsberichtigungs- und Urteilsergänzungsantrag der Beklagten (Bl. 589 LGA) zunächst mittels Beschlusses vom 09.05.2025 (Bl. 614 LGA) der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils dahingehend berichtigt, dass der übergangene Hilfswiderklageantrag aufgenommen wurde, und anschließend mittels Ergänzungsurteil vom 26.06.2025 (Bl. 627 LGA) die Klägerin auf die Hilfswiderklage hin zur Zahlung in Höhe von 125.720,87 € verurteilt. Zudem wurde auf entsprechenden Antrag der Klägerin der Tatbestand des Urteils durch Beschluss vom 21.05.2025 (Bl. 619 LGA) berichtigt.

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

In der Sache verweist die Klägerin darauf, dass die Bewehrungsplanung der Beklagten so mangelhaft gewe-

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

Soweit das Landgericht konkrete Ausführungen zur haftungsbegründenden Kausalität vermisste, treffe dies nicht zu. Denn dadurch, dass die Beklagte mangelhafte Planungsunterlagen erstellt habe und diese wegen ihrer Mangelhaftigkeit nicht vom Prüfsingenieur freigegeben worden seien, habe sich deren bauliche Umsetzung erheblich verzögert. Erst nach mehrfachem hin und her zwischen der Beklagten und den Prüfsingenieuren habe schließlich eine Freigabe erteilt werden können. Es komme insoweit auch nicht auf die Mangelhaftigkeit einzelner Pläne, sondern immer nur von ganzen Plansätzen an, da erst auf deren Grundlage habe weitergearbeitet werden können. Zum Beweis der Verzögerung durch die Beklagte seien die Prüfsingenieure R. und H. benannt, vom Landgericht aber fehlerhaft nicht vernommen worden. Zudem habe das Landgericht verkannt, dass ohne fehlerfreie Bewehrungspläne für die Bodenplatte nicht mit dem Bau habe begonnen werden können und sich die anfängliche Verzögerung durch das gesamte Bauvorhaben hindurchgezogen habe; auch sei die Terminplanung der tätigen Generalunternehmerin (Anlagen K111 und 112) vorgelegt und erläutert worden. Aus dem Vergleich der ursprünglichen Terminplanung VTP und dem Terminplan Index g ergebe sich die genaue Verzögerung bei der Ausführung durch die Generalunternehmerin infolge der beklagtenseits verursachten Mängel. Soweit das Landgericht die Abweisung der Klage ferner darauf gestützt habe, dass der Prüfsingenieur die Pläne nicht nach Eingang, sondern nach Abruf seitens der Baustelle geprüft habe, und hierdurch nicht nachvollziehbar sei, ob allein die verspätete Erstellung seitens der Beklagten zu den behaupteten Verzögerungen geführt habe, verkenne dies, dass dieses Vorgehen in Abstimmung der Parteien nur deswegen gewählt worden sei, um noch größere Verzögerungen zu verhindern. Die Monierung des Landgerichts, wonach nicht stringent zum Stillstand der Baustelle vorgetragen worden sei, treffe ebenfalls nicht zu; einen Stillstand der Baustelle habe es nur Ende 2018 gegeben.

Hinsichtlich der einzelnen Schadenspositionen sei es so, dass die Klägerin die Vergleichssumme von

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

Mit der Position Taglohnarbeiten mache die Klägerin Mehrkosten geltend, die dadurch entstanden seien, dass die Beklagte immer wieder falsche Pläne geliefert habe und so ad hoc auf der Baustelle Änderungen hätten durchgeführt werden müssen. Insoweit sei auf die Anlage K 99 zu verweisen, aus der sich der geltend gemachte Betrag mit 82.110,26 € ergebe, der im Wege einer mit der Generalunternehmerin herbeigeführten Einigung auf 75.000 € habe reduziert werden können. Die mit 131.681,59 € bezifferten Mehraufwendungen für den Prüfsingenieur (Anlage K61) seien darin begründet, dass ausschließlich die mangelhafte Planung der Beklagten zu verlängerten Prüfzeiten und Mehrfachprüfungen geführt habe; andere Beteiligte des Bauvorhabens seien nicht durch diesen Prüfsingenieur geprüft worden, es sei daher eine zweifelsfreie Zuordnung möglich. Die vom Landgericht vermisste Zuordnung zu einzelnen Bodenplattenabschnitten sei daher entbehrlich. Die Finanzierungsmehrkosten in Höhe von 232.412,38 € seien auf Zinsschäden zurückzuführen, die die Klägerin wegen längerer Vorhaltung des Grundstücks habe bezahlen müssen. Auch die mit 248.047,24 € angefallene zusätzliche Verzinsung des Kaufpreises des Endinvestors der Bauteile A und B sei beklagtenseits zu ersetzen, da sich die Klägerin dem Endinvestor

gegenüber vertraglich verpflichtet habe, dessen Vorauszahlung mit 2,5 % p. a. bis zur Übergabe zu verzinsen; infolge der mangelhaften Planung der Beklagten habe sich die Übergabe verspätet und damit der Zinszahlungszeitraum verlängert. Die Vertragsstrafenzahlungen an die Käufer der Wohnungen des Bauteils C beliefen sich auf 105.000 €. 35 Wohnungen seien je 2 Monate zu spät übergeben worden, wobei pro Wohnung und Monat 1.500 € bezahlt worden seien; so ergebe sich die geltend gemachte Summe (Anlage K82 + 83). Vor diesem Hintergrund habe eine Vernehmung der Zeugin F. erfolgen müsse, die bestätigen könne, dass diese Zahlungen erfolgt seien. Die Mehrkosten der Bauherrenberatung mit 72.615,00 € ergäben sich daraus, dass mit der Generalunternehmerin eine Fertigstellung des Bauvorhabens zum 01.06.2021 vereinbart gewesen sei. Infolge der mangelhaften Planung der Beklagten habe dieser Zeitpunkt auf den 20.10.2021 verlegt werden müssen, was eine Verzögerung von 4,6 Monaten ergebe (Anlage K86). Schließlich bestehe zumindest hinsichtlich der in der Berufungsinstanz noch geltend gemachten Ansprüche auch aus § 280 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, also aus 2.936.970,78 €.

Letztlich verweist die Klägerin noch darauf, dass der für das Bauvorhaben eingesetzte Prüflingenieur nicht im Rahmen eines Werkvertrags tätig geworden, sondern von der Stadt Frankfurt im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses eingesetzt worden sei und ihr daher gegenüber diesem kein Auskunfts-/Herausgabeanspruch in Bezug auf die mangelhaften Pläne der Beklagten zustehe. Ungeachtet dessen, dass daher ausreichend zur Mangelhaftigkeit der Pläne der Beklagten vorgetragen und alles weitere im Rahmen einer dahingehenden Beweisaufnahme zu klären sei, stelle es auch eine Überspannung der Darlegungsanforderungen dar, wenn von ihr eine bauablaufbezogene Darstellung verlangt werde, zumal eine solche keinesfalls für alle geltend gemachten Schadenspositionen erforderlich sei, da es sich vielfach um schlichte Verzugschäden handle und auch die zitierte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München der Klägerin zu Gute komme. Auch ansonsten sei hinreichend zu den maßgeblichen Kausalitätszusammenhängen vorgetragen und diesbezüglich Beweis vor allem durch Vernehmung des Prüflingenieurs einzuholen.

Die Klägerin beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 20.03.2025 (Az.: 26 O 509/21) wird teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in

Höhe von € 2.844.873,36 nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2021 zu bezahlen.

Hilfsweise: Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Zurückverweisung.

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

Die Beklagte beantragt:

Zurückweisung der Berufung.

Zur Begründung ihres Zurückweisungsantrags verweist die Beklagte darauf, dass das Landgericht zutreffend weder die Voraussetzungen von § 280 Abs. 1 BGB noch diejenigen von §§ 280, 286 BGB als erfüllt angesehen habe. Die Klägerin habe wiederholt erklärt, keinen Verzugschaden, sondern lediglich einen mangelbedingten Schadensersatz zu begehren. Allein eine verspätete Planvorlage sei damit nicht Grund für die klageweise geltend gemachten Ansprüche, sondern mangelbedingte Verzögerungen. Daher habe es einer bauablaufbezogenen Darstellung des Bauablaufs mit Darlegung der angeblichen Behinderungen der anderen Baubeteiligten unter Gegenüberstellung der Soll- und Ist-Abläufe sowie der dadurch angeblich entstandenen Schäden, Baustillstände oder Produktionsverluste unter Benennung der jeweiligen Behinderungsanzeigen bedurft. In Anbetracht dessen, dass die Beklagte für das streitgegenständliche Bauvorhaben mehr als 265 Bewehrungspläne erstellt und diese bis zu acht Mal überarbeitet habe, sei es ihr ohne konkrete Ausführungen der Klägerin, welcher angeblich mangelhafte Plan zu welchem Schaden geführt haben solle, nicht möglich, konkret zu erwidern. Insbesondere sei an den Ausführungen der Klägerin zu monieren, dass sie es nicht geschafft habe zu begründen, warum nicht einzelne Bodenplattenabschnitte getrennt nacheinander freigegeben werden konnten; es sei daher jeder einzelne Bewehrungsplan getrennt in den Blick zu nehmen. Da die Klägerin zu einer angeblichen Mangelhaftigkeit der einzelnen Bewehrungspläne nicht vorgetragen habe, wäre eine Beweisaufnahme auf eine unzulässige Ausforschung hinausgelaufen.

Ein mangelbedingter Schadensersatzanspruch könne ungeachtet des Fehlens von konkretem Vortrag zu Mängeln nur auf den Schaden gestützt werden, der kausal auf den Zeitraum von der ersten berechtigten Beanstandung durch den Prüflingenieur bis zur Vorlage des überarbeiteten Bewehrungsplans beim Prüflingenieur einschließlich der vereinbarten Prüffrist von zwei

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

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

Zum Stahlmeherverbrauch habe das Landgericht auf die fehlende Nachvollziehbarkeit des klägerischen Vortrags bereits in der Verhandlung vom 29.02.2024 hingewiesen; gleichwohl habe die Klägerin bis heute nicht dazu vorgetragen, wie sie den angeblichen Stahlmeherverbrauch ermittelt und betragsmäßig bewertet habe. Auch habe die Klägerin bis heute nicht vorgetragen, aus welchen Planungsmängeln die geltend gemachten Stundenlohnarbeiten resultieren, obwohl sie auch hierauf vom Landgericht hingewiesen worden sei. Der Verweis auf Anlage K 99 ver helfe ohne Vortrag nicht weiter. Gleiches gelte, soweit die Klägerin 131.681,59 € wegen angeblicher Mehraufwendungen des Prüfenieurs begehre, auch insoweit fehle es an konkretem Vortrag, welche Mängel zu welchen Mehraufwendungen geführt hätten. Im Übrigen stünden Mehraufwendungen der Prüfenieure mit baulichen Änderungen und nicht mit angeblichen Mängeln der Arbeit der Beklagten in Verbindung. Da die Bauzeitverlängerung nicht auf Arbeiten der Beklagten zurückzuführen sei, sei diese auch nicht für Finanzierungsmehrkosten verantwortlich, zumal eine Fertigstellung vor Januar 2019 sowieso nicht möglich gewesen wäre. Auch Mehrkosten im Zusammenhang mit der vertraglich zugesagten Verzinsung des Kaufpreises würden an der fehlenden Kausalität scheitern, zumal eine Fertigstellung vor März 2019 nicht zu erreichen gewesen wäre. Hinsichtlich der angeblich geleisteten Vertragsstrafen in Höhe von 105.000 € fehle es an Vortrag dazu, an wen diese entsprechend einer diesbezüglichen vertraglichen Regelung im Einzelnen tatsächlich bezahlt worden seien. Bezüglich den mit 72.615,00 € bezifferten Kosten der Bauherrenberatung erschließe sich nicht, wie die Klägerin auf den zugrunde gelegten Zeitraum von 4,7 Monaten komme; darüber hinaus fehle es an einer diesbezüglichen Pflichtverletzung der Klägerin; auch insoweit handle es sich nur um Obliegenheiten. Ein Anspruch auf Ersatz der Rechtsberatungskosten scheide in der Folge daher mangels Pflichtverletzung der Beklagten ebenso aus.

B.

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

I.

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

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

Daneben ist auch die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Ergänzungsurteil vom 26.06.2025, mit dem sie auf die Hilfswiderklage der Beklagten hin verurteilt wurde, 125.780,87 € an die Beklagte zu bezahlen, zulässig. Da es sich bei einem Ergänzungsurteil im Sinne des § 321 ZPO um ein selbständiges Urteil handelt, ist dieses selbständig mit Rechtsmitteln und damit auch der Berufung anfechtbar, wobei gesondert die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 517, 511 ZPO) erfüllt sein müssen (BGH, Beschluss vom 20.06.2000 – VI ZR 2/00 = NJW 2000, 3008; vgl. MüKo-ZPO/Musielak/Hüntemann, 7. Auflage 2025, ZPO § 321 Rn. 16; BeckPFormB/Tonner, 16. Auflage 2026, Form. I. N. 3. Anm. 10; Anders/Gehle/Hunke, 84. Auflage 2026, ZPO § 321 Rn. 30). Da die Berufung gegen das der Klägerin am 01.07.2025 zugestellte Ergänzungsurteil am 01.08.2025 einging (§ 517 ZPO) und sie dieses infolge Verurteilung zur Zahlung in Höhe von 125.780,87 € selbständig beschwert (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), sind diese beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Zwar enthält die Akte keine explizite Berufungsbegründung im Sinne des § 520 ZPO in Bezug auf das Ergänzungsurteil, doch verweist die Berufungsschrift bezüglich des Ergänzungsurteils auf die Berufungsbegründung für das Urteil vom 20.03.2025. Dort findet sich auf Seite 2 eine Tabelle zur Berechnung des mit der Klage geltend gemachten Betrags. In der zweitletzten Zeile dieser Tabelle ist die Position "abzgl. zugestandener Honoraranspruch" in Höhe von 125.720,87 € und damit in Höhe der Verurteilung durch das Ergänzungsurteil enthalten. Die Klägerin stellt daher nicht den Bestand der Forderung, zu deren Begleichung sie durch das Ergänzungsurteil verurteilt wurde, an sich in Frage, sondern verweist lediglich darauf, dass diese Forderung infolge bereits in erster Instanz erklärter Aufrechnung mit der Klageforderung im Rahmen eines Abrechnungsverhältnisses erloschen sei und sie daher nicht mehr entsprechend zu verurteilen bzw. das Ergänzungsurteil aufzuheben sei. Dies stellt eine noch ausreichende Berufungsbegründung dar.

II.

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

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

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

a. Von einem Garantievertrag mit einem Architekten oder einem Gebäudeplaner über einen auf die Fertigstellung des Gebäudes bezogenen Termin kann nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden, da die Fertigstellung sich der Möglichkeit der Einflussnahme des planenden Architekten weitgehend entzieht. Nur dann, wenn im Rahmen der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) deutlich erkennbar sein sollte, dass sich der Architekt zum Ersatz der infolge Terminüberschreitung entstandenen Schäden verpflichten möchte, ohne dabei einwenden zu können, die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins sei nicht von ihm zu vertreten, kann von einem Garantievertrag ausgegangen werden (OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611 Rn. 28; OLG Celle, Urteil vom 28.09.2006 – 14 U 201/05 = BeckRS 2007, 3440). Zwar findet sich im Ingenieurvertrag vom 13./21.11.2017 (Anlage K4) unter § 6.4 die Bestimmung, wonach die Beklagte "folgende Termine als verbindliche Vertragstermine einzuhalten" habe, wobei sodann auf eine "Baufertigstellung: Mitte 2020" verwiesen wird. Allerdings spricht bereits der Umstand, dass der Termin für die Baufertigstellung mit "Mitte 2020" und damit einem nicht exakt bestimmbaren Termin bezeichnet wurde, gegen die Verbindlichkeit. Zudem wird die Verbindlichkeit des Termins durch die nachfolgenden Textpassagen dadurch relativiert, dass er nur "zu berücksichtigen" und damit gerade nicht "einzuhalten" ist, wenn es sich nicht um einen Termin handelt, der für die Leistung des Auftragnehmers und damit der Beklagten vereinbart ist. Damit ist die Baufertigstellung zwischen den Parteien nicht verbindlich vereinbart worden.

b. Die Parteien haben keine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend abgeschlossen, dass die Baufertigstellung bis Mitte 2020 erfolgen müsse, weswegen die Klägerin die von ihr geltend gemachten Ansprüche

nicht auf §§ 280 Abs. 1, 283 BGB stützen kann. Ungeachtet dessen, dass bereits streitig ist, ob bestimmte Zeitangaben überhaupt zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden können (vgl. hierzu OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611), folgt aus den Ausführungen zum abgelehnten Abschluss eines Garantievertrags, dass für eine Beschaffenheitsvereinbarung infolge Unverbindlichkeit der sich auf die Baufertigstellung beziehenden Angaben kein Raum ist.

c. Daneben kann die Klägerin die von ihr geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf Schadensersatz infolge Schuldnerverzugs stützen (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB), da es am Vorliegen von Schuldnerverzug fehlt. Der Architektenvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Architekt eine Planungs- oder Überwachungsleistung verspricht, die nur als Grundlage für die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks geeignet ist. Er verspricht hingegen nicht, dass das Bauwerk tatsächlich mangelfrei – in diesem Sinne also bis zu einem bestimmten Termin – errichtet wird (BGH, Beschluss vom 08.10.2020 – VII ARZ 1/20 = NJW 2021, 53 Rn. 76; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611 Rn. 32). Macht der Auftraggeber daher einen Anspruch nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB wegen Schuldnerverzugs geltend, so muss er darlegen und beweisen, dass bestimmte Handlungen des Architekten zu einem bestimmten Zeitpunkt erforderlich gewesen wären, um eine termingerechte Errichtung des Bauwerks zu erreichen. Erforderlich ist insoweit eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Verzögerungen unter Gegenüberstellung der Ist- und Soll-Abläufe. Allein aus der Überschreitung eines vereinbarten Termins auf einen Verzug des Architekten zu schließen, greift daher zu kurz (OLG Stuttgart, Urteil vom 23.07.2024 – 12 U 158/23 = BeckRS 2024, 43611 Rn. 37).

Wie bereits ausgeführt, liegt eine Vereinbarung mit der Beklagten hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu dem das Bauwerk fertiggestellt sein muss, nicht vor, so dass sich darauf ein Schuldnerverzug nicht begründen lässt. Hinsichtlich der verspäteten Lieferung von einzelnen Plänen als Anknüpfungspunkt für einen Schuldnerverzug gilt, dass dieser nur dann begründet werden kann, wenn hinsichtlich der einzelnen Planungsleistung des Architekten Fälligkeit eintritt, der Fälligkeitszeitpunkt überschritten wird und der Architekt sodann erfolglos gemahnt wurde bzw. für eine konkrete Planungsleistung ein bestimmter Fertigstellungszeitpunkt verbindlich vereinbart wurde und daher eine Mahnung entbehrlich ist (vgl. Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Koeble Kompendium BauR, 6. Auflage 2025,

11. Teil Rn. 886). Hinsichtlich der Fälligkeit gilt im Werkvertragsrecht allgemein und auch in Bezug auf den Architekten, dass der Auftragnehmer im Zweifel nach Vertragsschluss mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen hat. Dabei ist die für die Herstellung notwendige Zeit in Rechnung zu stellen; mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungsfrist tritt sodann Fälligkeit ein (OLG Celle, Urteil vom 06.01.2011 – 16 U 37/10 = NZBau 2011, 238). Zur Frage, ob die Parteien vorliegend verbindliche Termine für die Ablieferung von einzelnen Plänen vereinbart haben, trägt die Klägerin vor, dass die beim Vertragsabschluss anvisierten Termine (vgl. hierzu Anlage K4: "Termine gemäß Protokoll/Gesprächsnotiz Anlage 2 vom 14.08.2017 Punkt 3.0") später einvernehmlich abgeändert worden seien und an deren Stelle Termine entsprechend den Anlagen K5 – K7 vereinbart worden seien.

Unabhängig davon, dass die Beklagte die Verbindlichkeit dieser Termine in Abrede stellt, räumt die Klägerin ein, dass die Beklagte die dort genannten Termine zum Teil eingehalten habe und zu diesen Terminen Pläne vorgelegt habe, die jedoch erheblich mangelhaft gewesen seien. Sie stützt daher den von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch letztlich konsequent nicht darauf, dass die Beklagte Pläne zu spät erstellt habe, sondern darauf, dass die rechtzeitig eingereichten Pläne derart mangelhaft gewesen seien, dass sie vom Prüfeningenieur nicht freigegeben worden seien, einer umfangreichen Überarbeitung bedurft hätten und schließlich erst mit erheblichem Zeitverzug nach erneuter Prüfung durch den Prüfeningenieur freigegeben worden seien.

d. Damit macht die Klägerin letztlich keinen Verzögerungsschaden, sondern einen Mangelfolgeschaden geltend, der sich in einer behaupteten mangelbedingten Verzögerung der Fertigstellung des Bauwerks verwirklicht haben soll. Zwar könnte insoweit § 286 BGB mit der Argumentation als richtige Anspruchsgrundlage herangezogen werden, dass jede Schlechterfüllung zugleich eine zeitliche Verzögerung der mangelfreien, vertragsgemäßen Erfüllung darstellt (vgl. MüKoBGB/Ernst, 10. Auflage 2025, § 280 Rn. 65), doch ist es vorzugswürdig, insoweit direkt § 280 Abs. 1 BGB heranzuziehen und auf das Erfordernis des Verzugseintritts zu verzichten. In diese Richtung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19. Juni 2009 (BGH, Urteil vom 19.06.2009 – V ZR 93/08 = NZBau 2009, 715) für das Kaufrecht bereits entschieden, dass aus dem fehlenden Verweis von § 437 BGB auf § 286 BGB zu schlussfolgern sei, dass mangelbedingte Verzögerungen unabhängig von den Voraussetzungen des § 286 BGB direkt über

280 Abs. 1 BGB zu ersetzen seien. Seine dahingehende Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der Folge vom Kaufrecht auf das Werkvertragsrecht und aus diesem geltend gemachte Ansprüche für die Zeit nach der Abnahme übertragen (BGH, Urteil vom 13.11.2025 – VII ZR 187/24 = ZfBR 2026, 40; vgl. auch für Nutzungsausfall: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 5. Teil Rn. 500). In Abgrenzung zu der vorstehend zitierten Entscheidung macht die Klägerin vorliegend jedoch Ansprüche geltend, die sich auf bereits vor Abnahme erkannte Mängel und aus diesen bereits realisierte Schäden beziehen, die auch durch eine Beseitigung des Mangels am Werk nicht mehr rückgängig gemacht werden können und daher nicht § 281 BGB unterfallen (vgl. zur Abgrenzung zwischen § 280 und § 281 BGB: BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 = NJW 2018, 1463 Rn. 58; BGH, Urteil vom 16.02.2017 – VII ZR 242/14 = NJW 2017, 1669 Rn. 23). Hieraus folgt, dass §§ 634 Nr. 4 iVm. 280 Abs. 1 BGB nicht anwendbar sind. An der Verortung entsprechender Schäden in § 280 Abs. 1 BGB anstatt in § 286 Abs. 1 BGB ändert sich allein dadurch, ob bereits eine Abnahme erklärt ist, jedoch nichts. Daher ist vorliegend direkt auf § 280 Abs. 1 BGB abzustellen. Denn maßgeblich ist die Pflichtverletzung durch mangelhafte Werkleistung, wohingegen die dadurch entstehende Bauverzögerung und die hierdurch angeblich begründeten Mangelfolgeschäden lediglich Folgen dieser Pflichtverletzungen und damit nicht das die Haftung auslösende Moment sind. Die Pflichtverletzung und die an sie geknüpfte Haftung beruhen daher nicht auf der Verzögerung einer Leistung, sondern auf dem Mangel der Leistung.

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

3. Hinsichtlich der daneben erforderlichen Pflichtverletzung in Form der behaupteten Mangelhaftigkeit der beklagten erstellt Pläne obliegt es vor Abnahme der Beklagten, auf konkrete Mängelrügen der Klägerin die fehlende Pflichtverletzung darzulegen und zu beweisen, wohingegen die Klägerin die haftungsbegründende Kausalität und den ihr entstandenen Schaden

darzulegen und zu beweisen hat; insbesondere an letzten Voraussetzungen fehlt es vorliegend. Da die Beklagte nichts zu einem fehlenden Vertreten-Müssen vorgetragen hat, wird dieses nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

a. Im Rahmen des primären Erfüllungsanspruchs obliegt die Darlegungs- und Beweislast für den Erfüllungseinwand dem Schuldner (vgl. BeckOK BGB/Dennhardt, 77. Edition vom 01.02.2026, BGB § 363 Rn. 1). Für Sekundäransprüche nach §§ 280 ff BGB ist die Pflichtverletzung als positive Anspruchsvoraussetzung ausgestaltet und nicht als rechtsvernichtende Einwendung. Da es jedoch ganz herrschender Meinung entspricht, dass die Beweislast für Primär- und Sekundärrechte synchron verteilt sein muss, hat der Schuldner auch im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, dass er die ihm obliegenden Pflichten erfüllt hat, mithin eine Pflichtverletzung nicht vorliegt (vgl. BeckOGK/Riehm, 01.08.2023, BGB § 280 Rn. 345). Weist daher im Bereich des Werkvertragsrechts der Gläubiger/Besteller das Werk des Schuldners/Unternehmers wegen des Vorliegens eines Mangels bereits vor Abnahme zurück, so hat der Schuldner die Ordnungsmäßigkeit und damit die Mangelfreiheit seines Werks darzulegen und zu beweisen. Insoweit greift allerdings zu Gunsten des Unternehmers eine sekundäre Darlegungslast des Bestellers ein, derzufolge er das Vorliegen von Mängeln substantiiert behaupten muss, um es so dem Unternehmer überhaupt erst zu ermöglichen, die konkret gerügten Mängel zu widerlegen; der Unternehmer ist daher auch im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB nicht dazu verpflichtet, schlechthin insgesamt die Mangelfreiheit seiner gesamten Leistung zu beweisen (vgl. BeckOGK/Riehm, 01.08.2023, BGB § 280 Rn. 346; zur sekundären Darlegungslast: Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 5. Auflage 2026, BGB § 634 Rn. 75 ff; Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen 4. Auflage 2024, § 4 Rn. 486).

Hat der Besteller anhand dieser Maßstäbe einen Mangel dargelegt und ist es dem Unternehmer nicht gelungen, die Mangelfreiheit seines Werks zu beweisen, hat der Besteller darzulegen und zu beweisen, dass ihm aus der damit feststehenden Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Den Besteller trifft für die haftungsbegründende Kausalität die volle Darlegungs- und Beweislast des § 286 ZPO. Da die Klägerin vorliegend einen Schaden aus einer mangelbedingten Bauzeitverzögerung geltend macht, hat sie im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität darzulegen und zu beweisen, dass sie durch die Pflichtverletzung der Beklagten in Form der behaupteten Mängel an den Planungsunterlagen geschädigt wurde. Hierzu reicht es nicht aus,

schlicht eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen, sondern die Klägerin muss als Gläubigerin des von ihr behaupteten Anspruchs substantiiert zu den durch die angeblichen Pflichtverletzungen der Beklagten entstandenen Behinderungen vorzutragen. Dies setzt in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung hinsichtlich der jeweiligen Behinderung voraus. Weder der Umstand, dass überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt, noch die Ursächlichkeit derselben für eine Behinderung ist einer einschätzenden Bewertung im Sinne des § 287 ZPO zugänglich (BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321 Rn. 36). Die Darstellung muss so detailliert sein, dass andere in Betracht kommende Ursachen für die geltend gemachten Schäden, wie etwa die Verzögerung der Werkplanung, die Grundlage für die streitgegenständliche Tragwerksplanung ist, Änderungswünsche des Bauherrn, Verzögerungen durch andere Unternehmer wie den Prüfsachverständigen oder den Generalunternehmer oder Verzögerungen durch Nachträge bei der Bauausführung ausgeschlossen werden können und der Pflichtverletzung der Beklagten eine konkrete Bauzeitverzögerung zugeordnet werden kann.

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

i. Die Klägerin verweist zum Nachweis der Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten nur auf beispielhaft von ihr vorgelegte vereinzelte Pläne mit "Grüneintragungen" der Prüfsachverständigen, wodurch sie der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht genügt. Die Klägerin verweist im Rahmen des Rechtsstreits zwar darauf, dass "die vollständigen Plansätze [...] elektronisch abgelegt" seien und inklusive der Grüneintragungen vom Prüfsachverständigen dem Gericht und einem zu bestellenden Sachverständigen übergeben werden können (Bl. 261 + 291 LGA). Wenig später stellt sie aber klar, dass ihr die ursprünglichen/mangelhaften Pläne gar nicht (mehr) vorliegen (Bl. 431 LGA, Seite 2 des Protokolls vom 29.02.2024), sondern sie nur über die letzten Endes von den Prüfsachverständigen freigegebenen Pläne verfüge (die sie aber ebenfalls nicht vollständig vorlegt); die ursprünglichen/mangelhaften Pläne würden ggf. noch beim Prüfsachverständigen vorliegen (Bl. 396 LGA) und seien der Klägerin von diesem lediglich auszugsweise in Form der Anlage K9a überlassen worden (Bl. 446 LGA). Welche Planfassungen demgegenüber im Rahmen des Anlagenkonvoluts K106 vorgelegt werden, erläutert

die Klägerin nicht einmal. Dem vorgenannten Anlagenkonvolut können zwar Pläne mit Grüneintragungen entnommen werden, auch finden sich Hinweise darauf, dass die vorgelegten Pläne vom Prüfsachverständigen moniert, eine Neubearbeitung und anschließend erneute Einreichung angeordnet wurde (vgl. Bl. 883 Anlagenheft Kl.). Was sich jedoch konkret aus den Plänen ergeben soll, ist weder ersichtlich noch von der Klägerin vorgetragen. Die Klägerin beruft sich daher zur Substantiierung der von ihr behaupteten Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten insgesamt lediglich auf wenige Auszüge aus beklagtenseits erstellten Plänen, die mit "Grüneintragungen" der von ihr beauftragten Prüfsachverständigen versehen sind (vgl. Bl. 28 – 31 LGA und auch das den gleichen Inhalt aufweisende Anlagenkonvolut K9a) und bezieht sich daneben auf Prüfberichte und Stellungnahmen der tätigen Prüfsachverständigen gemäß der Anlagen K9, K10, K11, K12, aus denen sich Hinweise auf Mängel der Pläne der Beklagten ergeben. Das Anlagenkonvolut K21a (vgl. zur Erläuterung durch die Klägerin Bl. 51 LGA) gibt zwar verschiedene Pläne wieder, die Klägerin verweist insoweit jedoch nur darauf, dass sich aus den Plänen ergebe, dass diese hätten öfter überarbeitet werden müssen; zum Grund der Überarbeitung trägt sie jedoch nichts vor.

ii. Da die Klägerin ohne Kenntnis des Inhalts der beklagtenseits erstellten und von den Prüfsachverständigen monierten Pläne außerstande ist, zu deren Mangelhaftigkeit konkret vorzutragen, hat sie sich darauf berufen, dass der Beklagten die Vorlage der Pläne nach § 421 ZPO aufzuerlegen sei. Damit dringt sie jedoch nicht durch.

Soweit die Klägerin auf § 421 ZPO abstellt, sind dessen Voraussetzungen nicht gegeben. Zwar sieht § 421 ZPO einen Beweisantritt der beweisbelasteten Partei dadurch vor, dass dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufgegeben werden kann, wenn sich diese nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners befindet; doch setzt § 421 ZPO zumindest voraus, dass der Gegner der beweisbelasteten Partei entweder im Besitz der Urkunde ist oder ihm jedenfalls ein privatrechtlicher Herausgabeanspruch gegen einen Dritten zusteht (vgl. BeckOK ZPO/Krafka, 58. Edition vom 01.09.2025, ZPO § 421 Rn. 2) und der Gegner in Bezug auf die beweisbelastete Partei zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet ist (vgl. BeckOGK/Schossier, 01.12.2025, ZPO § 421 Rn. 11). Nicht nur, dass die Beklagte vorliegend bereits erklärt hat, im Hinblick auf die von ihr vorgenommenen Überarbeitungen der Pläne anhand der Grüneintragungen der Prüfsachverständigen nicht mehr im Besitz der ursprünglichen Planfassungen zu sein, und nicht ersichtlich ist, woraus ihr in Bezug auf

die Prüfsingenieure ein Herausgabeanspruch zustehen sollte, betreffen §§ 421 ff ZPO eine Vorlagepflicht des Gegners der beweissbelasteten Partei. Vorliegend geht es jedoch darum, dass die Klägerin die von ihr behaupteten Mängel nicht substantiiert vorgetragen hat und es so der Beklagten unmöglich ist, die behauptete Mangelhaftigkeit auszuräumen. Der Anwendungsbe- reich der §§ 421 ff ZPO ist daher nicht eröffnet. Da zu- dem §§ 421 ff ZPO eine zivilprozessuale Ausnahme dar- stellen und es keine allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess gibt, hat auch keine Partei ih- rerseits der gegnerischen Partei Material für deren pro- zessualen Erfolg zu verschaffen (vgl. BeckOGK/Schos- sier, 01.12.2025, ZPO § 421 Rn. 2); eine erweiternde Auslegung von §§ 421 ff ZPO kommt daher nicht in Be- tracht. Letztlich scheitert der Erlass einer Vorlagean- ordnung auch daran, dass die Klägerin die von der Be- klagten vorzulegenden Unterlagen nicht genau genug bezeichnet hat. Auch eine Vorlageanordnung gegen- über der Beklagten über § 142 ZPO kommt vorliegend nicht in Betracht, da die Beklagte – wie bereits ausge- führt – darauf hingewiesen hat, selbst nicht im Besitz der ursprünglichen Planfassungen zu sein (vgl. zur Vo- raussetzung des unmittelbaren Besitzes: BeckOK ZPO/von Selle, 58. Edition vom 01.09.2025, ZPO § 142 Rn. 8) und zudem ist eine Vorlageanordnung nur mög- lich, wenn konkreter Tatsachenvortrag in Bezug auf die vorzulegende Urkunde existiert, woran es vorliegend aber gerade fehlt (vgl. BeckOK ZPO/von Selle, 58. Edi- tion vom 01.09.2025, ZPO § 142 Rn. 11).

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

Daneben lässt sich vorliegend auch nicht feststellen, dass die Klägerin außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und sie daher keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt. Denn die Klägerin trägt nichts dazu vor, dass sie auch nur ver- sucht hätte, über die Prüfsingenieure an die Pläne mit den (ursprünglichen) Grüneintragungen heranzukom- men, obwohl ihr insoweit entweder ein vertraglicher Auskunfts-/Herausgabeanspruch oder zumindest ein Akteneinsichtsrecht nach öffentlichem Recht zusteht. Der Prüfsingenieur wird in der Regel und insbesondere bei einer Beauftragung durch die Baurechtsbehörde hoheitlich auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Auf- tragsverhältnisses mit der Verwaltungsbehörde als Be- liehener tätig und steht daher meist nicht in einem Ver- tragsverhältnis zum Bauherrn, weswegen auch ver- tragsrechtliche Ansprüche des Bauherrn gegen den Prüfsingenieur regelmäßig nicht bestehen (vgl. Gan- ten/Jansen/Voit/Junghenn, 4. Auflage 2023, VOB/B § 4 Abs. 1 Rn. 89 + 91; MüKoBGB/Busche, 9. Auflage 2023, BGB § 650p Rn. 45; für den Standsicherheitsnachweis ausdrücklich einen Werkvertrag annehmend: BeckOK BGB/Voit, 77. Edition vom 01.02.2024, BGB § 631 Rn. 43; Fuchs/Berger/Seifert/Fuchs, 3. Auflage 2022, BGB § 650p Rn. 43). Entscheidend für die Einordnung seiner Tätigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen oder priva- ten Rechts sind letztlich aber stets die Bestimmungen der jeweiligen Landesbauordnungen (BVerwG, Urteil vom 25.11.1971 – I C 7.700 = BeckRS 1971, 31275625; vgl. Messerschmidt/Voit/Ohler, 5. Auflage 2026, Teil 1 D. Rn. 399). So werden in Baden-Württemberg Prüfsin- genieure regelmäßig von der Gemeinde oder der Ver- waltungsgemeinschaft hoheitlich beauftragt und die hierdurch anfallenden Gebühren entweder von der prüfenden Stelle beim Bauherrn oder seitens der Bau- rechtsbehörde als Auslage neben der Gebühr für das Baugenehmigungsverfahren erhoben, § 17 Abs. 3 Satz 2 LBOVVO BW iVm. §§ 73 Abs. 3 und 5 Nr. 2, 8 Abs. 1 bis 3 BWBauPrüfVO (vgl. BeckOK BauordnungsR BW/Gassner, 34. Edition vom 01.02.2026, BW LBO, § 47 Rn. 74 – 74.2). Anders sieht dies die Landesbau- ordnung Hessen vor, da dort der Prüfsingenieur in der Regel vom Bauherrn zu beauftragen ist und dieser da- her kein öffentliches Amt als Beliehener wahrnimmt, sondern in der Regel rein privatrechtlich im Rahmen ei- nes Werkvertrags tätig wird (vgl. Messer- schmidt/Voit/Ohler, 5. Auflage 2026, Teil 1 D. Rn. 399; Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Auflage 2024, § 8 Rn. 190).

Dahingehend hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich entschieden, dass der vom Bauherrn mit der Prüfung der Standsicherheit nach § 59 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 HBO 2002 und der Bauüberwachung gemäß § 73

Abs. 2 Satz 1 HBO 2002 beauftragte Sachverständige kein öffentliches Amt wahrnehme, seine Arbeit vielmehr mit der Verwaltungstätigkeit der Bauaufsichtsbehörde nicht derart eng zusammen hänge, dass sie als Bestandteil der hoheitlichen Tätigkeit der Behörde anzusehen wäre (BGH, Urteil vom 31.03.2016 – III ZR 70/15 = ZfBR 2016, 468). Begründet wurde dies damit, dass durch die HBO 2002 dem Bauherrn vorgegeben werde, welche Nachweise er einzuholen habe, dass er hierfür die erforderlichen Sachverständigen auszuwählen und zu beauftragen habe und die auszustellenden Nachweise auf ihn auszustellen seien, §§ 47, 48, 59 HBO 2002 (BGH a. a. O.). Auf die vorstehend dargestellte Rechtslage ist es ohne Einfluss, dass die HBO 2002 inzwischen überholt ist, da die genannten §§ 59 Abs. 1, Satz 2, 47 HBO weitgehend wortlautidentisch in §§ 68 Abs. 1 Satz 2, 55 HBO 2018 überführt wurden (in § 68 Abs. 1 Satz 1 HBO 2018 wird noch deutlicher, dass der Prüfsachverständige im Auftrag des Bauherrn tätig wird, da dort ausgeführt ist, dass Bescheinigungen "gegenüber der Bauherrschaft" auszustellen sind) und somit die privatrechtliche Tätigkeit des Prüfstatikers noch immer der gesetzlichen Konzeption entspricht.

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

Selbst, wenn jedoch der Prüfsachverständige vorliegend nicht (auch) im Rahmen eines privatrechtlichen Werkvertrags, sondern ausschließlich öffentlich-rechtlich tätig geworden sein sollte, schließt dies nicht aus, dass die Klägerin gegenüber dem Prüfsachverständigen einen Anspruch auf Herausgabe der ursprünglich beanstandeten Pläne hat und diesen Anspruch zur Behebung ihrer Darlegungsprobleme geltend machen könnte. Nicht nur, dass die Klägerin selbst vorträgt, dass ihr die bruchstückhaft vorgelegten Pläne mit Grüneintragungen in tatsächlicher Hinsicht bereits vom Prüfsachverständigen zur Verfügung gestellt wurden, sie aber nichts zu entfalten Bemühungen diesem gegenüber vorträgt, auch an weitere Pläne zu kommen. Daneben würde aus einer (rein) öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Prüfsachverständigen wie bereits dargestellt folgen, dass dieser als Beliehener anzusehen wäre. Mit der Kategorisierung als Beliehener geht einher, dass die jeweilige Person als Behörde im Sinne des öffentlichen Rechts anzusehen ist (vgl. BeckOGK/Biersborn, 01.11.2025, SGG § 119 Rn. 34; Troidl Akteneinsicht, 2. Auflage 2020, Rn. 348) und der Beteiligte ihr gegenüber ein Akteneinsichtsrecht hat, vgl. etwa § 29 VwVfG. Damit hat die Klägerin nicht nur nichts dazu vorgetragen, dass sie wenigstens versucht hätte, beim Prüfsachverständigen die ursprünglichen/mangelhaften Pläne mit der Grüneintragungen anzufordern, ihr steht zudem entweder ein privatrechtlicher Auskunftsanspruch zumindest als vertragliche Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB oder ein öffentlich-rechtliches Akteneinsichtsrecht/Auskunftsrecht zu, über welches sie sich hätte die Kenntnis verschaffen können, welche Pläne konkret welchen Mangel aufwiesen. Diese Ansätze hat sie jedoch insgesamt nicht verfolgt, was zu ihren Lasten geht.

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

Der wiederholt gehaltene Vortrag der Klägerin, es komme nicht auf die Mangelhaftigkeit einzelner Pläne an, da diese immer nur als ganzer Plansatz umgesetzt

werden könnten, verhilft der Klägerin in diesem Zusammenhang nicht weiter, da sich die Pflichtverletzung auf jeden einzelnen Plan bezieht. Erst im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität für die von der Klägerin begehrten Schäden könnte es dann bei feststehender Mangelhaftigkeit einzelner Pläne (vgl. zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bereits oben) eine Rolle spielen, dass aufgrund der Mangelhaftigkeit einzelner Pläne der ganze Plansatz nicht freigegeben und damit durch Erstellung eines Bauabschnitts umgesetzt werden konnte. Ungeachtet dessen hat die Klägerin auch zur Mangelhaftigkeit von ganzen Plansätzen nicht substantiiert dargelegt, welcher Mangel jeweils bestand. Es verbleibt daher dabei, dass die Klägerin im Hinblick auf die Pflichtverletzung die Mangelhaftigkeit einzelner Pläne rügen muss, um der Beklagten die Möglichkeit zu geben, die Mangelfreiheit ihrer Planung und die fehlende Berechtigung der Einwendungen der Prüferingenieure (aus den Grüneintragungen allein folgt nicht die Mangelhaftigkeit der Pläne, sondern die Berechtigung der Grüneintragungen ist im gerichtlichen Verfahren gesondert zu prüfen: OLG Naumburg, Urteil vom 20.04.2005 – 6 U 93/04 = LSK 2005, 490162) vorzutragen und beweisen zu können. Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität müsste die Klägerin sodann vorzutragen, welche Folgen die Mangelhaftigkeit des einzelnen Plans gehabt hat, also welches Planpaket und damit welcher Bauabschnitt nicht umgesetzt werden konnte. Hierauf hat bereits das Landgericht abgestellt und in seinem Urteil auf Seite 11 gerügt, dass die von der Klägerin behaupteten Gesamtverzögerungszeiten des Bauvorhabens nicht den behaupteten Verspätungen der Plansätze zugeordnet werden können.

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

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

Bereits oben wurde ausgeführt, dass die Klägerin für die haftungsbegründende Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten und der hieraus angeblich resultierenden Bauzeitverzögerungen die Darlegungs- und Beweislast trägt (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.02.2018 – 5 U 135/16 = BeckRS 2018, 57982 Rn. 73). Um nachvollziehbar darzustellen, ob und inwiefern die von der Klägerin geltend gemachten Schäden mit Mängeln der Pläne der Beklagten im Zusammenhang stehen, hätte die Klägerin darstellen müssen, wann die Beklagte welchen Plan beim Prüferingenieur eingereicht hat, welche Mängel an diesem Plan bestanden haben, welcher Bauabschnitt deswegen nicht ausgeführt werden konnte und welche Zeit in der Folge verging, bis die Beklagte die gerügten Mängel abgestellt hatte, sowie, wie sich dieser Verzug bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens durchgezogen hat (vgl. zu den Anforderungen an eine bauablaufbezogene Darstellung im Allgemeinen: OLG Oldenburg, Urteil vom 20.08.2019 – 2 U 81/19 = BeckRS 2019, 18353 Rn. 36 ff). Irgendwelche aus § 287 ZPO ableitbaren Darlegungserleichterungen kommen dabei nicht zum Tragen, soweit es sich um Tatsachen zum Haftungsgrund handelt, die allein nach § 286 ZPO zu beurteilen sind. Die damit einhergehenden Schwierigkeiten, die Kausalität darzustellen und zu beweisen, rechtfertigt es auch bei Großvorhaben nicht, hiervon abzuweichen. Sofern es mangels einer ausreichenden Dokumentation der angeblichen Mängel und der durch sie bedingten Bauzeitverzögerung nicht zu einer den Anforderungen entsprechenden Darstellung kommt, geht dies zu Lasten des Anspruchstellers (allgemein: BGH, Urteil vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00 = NJW 2002, 2716; OLG Oldenburg a. a. O.).

Da die Klägerin jedoch unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen bereits nicht dargelegt hat, welche konkreten Mängel die Pläne der Beklagten aufgewiesen haben, ist nicht nachvollziehbar, ob die geltend gemachten Schäden auf die mangelhafte Planung der Beklagten zurückzuführen sind. Der Vortrag der Klägerin müsste so detailliert sein, dass Verzögerungen durch Fehler anderer Baubeteiligter wie dem Gebäudeplaner, dem Prüferingenieur oder dem Generalunternehmer und dadurch hervorgerufene Verzögerungen abgegrenzt werden können von Verzögerungen aufgrund der Mangelhaftigkeit der Planung der Beklagten. Weiter müssen Verzögerungen durch Planungsfehler der Beklagten abgegrenzt werden von Verzögerungen des Baues durch Änderungswünsche der Klägerin und sonstige Nachträge, die es gemäß den klägerseits vorgelegten

Unterlagen ganz offensichtlich gegeben hat (vgl. hierzu die vom Prüfenieur geltend gemachten Zusatzkosten nach Anlage K61, wo beispielsweise Mehrleistungen wegen Planänderungen seitens des Bauherrn oder auch Mehrleistungen für nachträgliche Änderungen durch den Planer gesondert mit erheblichen Kosten abgerechnet wurden). Allein mit dem Verweis auf eine verzögerte Planvorlage genügt die Klägerin ihrer Darlegungslast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität daher bei weitem nicht (vgl. zum Ganzen: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit, Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 7. Teil Rn. 102 + 103; Motzke/Seewald/Tschäpe, Prozesse in Bausachen, 4. Auflage 2024, § 5 Rn. 357).

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

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

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

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

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

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

Zur Erstattungsfähigkeit der von ihr an die Firma X. als Generalunternehmerin bewirkten Zahlung in Höhe von 2 Mio. € verweist die Klägerin auf das Urteil des OLG München (OLG München, Endurteil vom 13.04.2021 – 9 U 2715/20 = BeckRS 2021, 54496). Im vorgenannten Urteil hat das OLG München ausgeführt, dass eine an den dortigen Generalunternehmer vom Auftraggeber geleistete Zahlung im Rahmen des verfolgten Schadensersatzes gegen den planenden Architekten adäquat kausal auf die vom dortigen Beklagten verursachten Planungsmängel beziehungsweise auf die darauf beruhende Bauzeitverlängerung zurückzuführen sei. Das OLG München stellte sich auf den Standpunkt, dass die dortige Auftraggeberin in der bestehenden Drucksituation, um größeren Schaden von sich und ihrem Bauvorhaben abzuwenden, auch eine Forderung habe begleichen dürfen, die nicht in voller Höhe begründet oder schlüssig vorgerechnet gewesen sei, wenn und soweit nur feststehe, dass ein Entschädigungsanspruch bzw. ein Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers dem Grunde nach bestehe und eine Abwägung zwischen der Angemessenheit der Zahlung und dem möglichen Schaden des Bauherrn bei Nichtzahlung, der ihm bei Abzug des Unternehmers von der Baustelle mit der Folge eine dadurch möglicherweise eintretenden Baustillstands mit ungewissem Baufortgang drohe, ein überwiegendes Interesse des Bauherrn an der ungehinderten Fortsetzung des Bauvorhabens bestehe. Das OLG München hat damit für den von ihm zu entscheidenden Fall lediglich dargestellt, wann es die Voraussetzungen für einen adäquat kausal verursachten Schaden als gegeben ansieht und deswegen auch ein durch einen Vergleichsabschluss erlittener Schaden zu ersetzen ist.

Der Verweis auf die Entscheidung des OLG München verhilft der Klägerin jedoch bereits deswegen nicht weiter, da es vorliegend an der zwingenden Voraussetzung für eine Erstattungsfähigkeit dahingehend fehlt, dass ein Entschädigungsanspruch bzw. ein Mehrvergütungsanspruch des Generalunternehmers gegenüber der Klägerin als Bauherrin dem Grunde nach feststehen muss. In Anbetracht dessen, dass der Generalunternehmervertrag vorliegend von der Klägerin nicht vorgelegt wurde, ist bereits offen, ob die VOB/B in den Vertrag zwischen der Klägerin und der Generalunternehmerin überhaupt einbezogen wurde. Für den Fall, dass eine Einbeziehung erfolgt sein sollte, könnte sich ein entsprechender Anspruch der Generalunternehmerin gegenüber der Klägerin aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B wegen verspäteter Übermittlung der Bewehrungsplanung ergeben (BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321 Rn. 34). Ein dahingehender Ersatzanspruch setzt jedoch voraus, dass die

Vorlage der Bewehrungsplanung gegenüber der Generalunternehmerin eine Vertragspflicht und nicht nur eine Obliegenheit ist, wobei sich dies nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien richtet (vgl. hierzu: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher/Jurgeleit Kompendium BauR, 6. Auflage 2025, 7. Teil Rn. 83; BeckOF/Nadine Gebauer BauR, 52. Edition vom 01.11.2024, Form. 2.2.6.4 Anm. 4). Vorliegend haben die Parteien in Abweichung zu § 3 Abs. 1 VOB/B in Ziffer 2.1 des Generalunternehmervertrags (vgl. Anlage K91) vereinbart, dass "dem AG [...] die Erbringung der noch erforderlichen Planungsleistungen der Leistungsphase 5 HOAI (Grundleistungen)" obliege. Damit ist die Vorlage von Planungsunterlagen durch die Klägerin vorliegend ausweislich des Generalunternehmervertrags – der zwischen bauerfahrenen Beteiligten abgeschlossen wurde – gerade nicht als Vertragspflicht, sondern als bloße Obliegenheit ausgestaltet. Soweit die Klägerin demgegenüber zur Begründung einer vertraglichen Verpflichtung zur Planvorlage auf Ziffer 2.3.5 des Generalunternehmervertrags und die dort geregelte Pflicht zur Vorlage von Unterlagen abstellt, verkennt sie, dass die dortige Regelung Pflichten der "AN", also des Auftragnehmers und damit der Generalunternehmerin statuiert. Für etwaige Pflichten der Klägerin gegenüber der Generalunternehmerin ist diese Regelung daher ohne Belang. Es verbleibt daher dabei, dass die Klägerin nur im Rahmen einer Obliegenheit die beklagten zu erstellenden Planunterlagen an die Generalunternehmerin weiterzureichen hatte. Eine solche Obliegenheit kann jedoch nicht Anknüpfungspunkt für eine Haftung der Klägerin nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B sein, da die Verletzung von Obliegenheiten bereits generell für den Vertragspartner weder Erfüllungsansprüche noch Schadensersatzansprüche begründet (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306–321 Rn. 30; Grüneberg/Grüneberg, 85. Auflage 2026, vor § 241 Rn. 13). Für den Fall, dass die VOB/B vorliegend nicht in den Vertrag zwischen der Klägerin und der Generalunternehmerin einbezogen worden sein sollte, gilt entsprechendes mit Blick auf die als Anspruchsgrundlagen in Betracht kommenden § 280 BGB und § 281 BGB.

Ungeachtet dessen, dass damit ein Schadensersatzanspruch der Generalunternehmerin gegenüber der Klägerin dem Grunde nach bereits an einer fehlenden Pflichtverletzung scheitert, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Generalunternehmerin den von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Baubehinderungen und -verzögerungen durch eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen unterlegt hat, wie es die höchstgerichtliche Rechtsprechung verlangt (vgl. BGH, Urteil

vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24 = BGHZ 241, 306 – 321 Rn. 36).

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

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

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

Die Klägerin führt zu dieser Schadensposition aus, dass infolge der mangelhaften Bewehrungsplanung der Beklagten der bereits auf Basis einer einvernehmlichen Regelung vor Freigabe durch den Prüfsingenieur bestellte Bewehrungsstahl oftmals nicht so hätte eingebaut werden können, wie beklagtenseits zunächst geplant, wodurch bereits auf der Baustelle befindlicher Bewehrungsstahl nicht habe genutzt werden, sondern neuer habe bestellt werden müssen. Insgesamt seien

75,46 Tonnen (bzw. 72,6281 nach Bl. 88) an zusätzlichem Bewehrungsstahl benötigt worden, was einen Schaden mit 75.035,47 € netto (bzw. 72.214,12 € netto nach Bl. 88 LGA) bedinge (Bl. 84 LGA).

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

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

gen sowohl bei der Klägerin als auch bei der Generalunternehmerin enorme Aufwendungen verursacht hätten, die ihrerseits mit dem Schrotterlös zu verrechnen seien (vgl. Seite 20 der Berufungsbegründung). Hiermit macht die Klägerin zwar die Aufrechnung mit einem Aufwendungsersatzanspruch geltend, trägt jedoch weder zur Höhe der Einnahmen aus dem Stahlverkauf noch zum Grund und der Höhe der angeblichen enormen Aufwendungen, mit denen aufgerechnet werden soll, konkret vor. Ihr dahingehender Vortrag ist daher nach wie vor unschlüssig.

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

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

Den klägerseits insoweit in Bezug genommenen Anlagen lässt sich zwar entnehmen, dass die entsprechenden Arbeiten und die hierdurch verursachten Kosten auf Planänderungen oder Planungsfehler zurückgehen sollen, worin jedoch die Planänderung oder der Planungsfehler liegen soll, kann den Anlagen nicht entnommen werden. Es bleibt daher offen, ob sich hier Fehler der Gebäudeplanung oder Änderungen der Gebäudeplanung (möglicherweise auf Wunsch der Klägerin) ausgewirkt haben. Zudem bleibt offen und kann nicht überprüft werden, ob tatsächlich ein Planungsfehler vorgelegen hat oder die Generalunternehmerin

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

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

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

halt unterscheidet und sodann konkret darlegt, zu welchem Mehraufwand des Prüfsachverständigen genau dieser Mangel geführt hat. Auch hierauf wurde die Klägerin bereits durch das Landgericht ausweislich Seite 6 des Sitzungsprotokolls vom 29.02.2024 hingewiesen, ohne dass sie dies zum Anlass genommen hat, ergänzend vorzutragen.

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

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

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

dass diese Kosten auch ohne die behauptete mangelhafte Planung der Beklagten entstanden wären, da eine Fertigstellung selbst nach der ursprünglichen Planung vor Januar 2019 nicht geschuldet gewesen sei (Bl. 159 LGA).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Nachdem der Klägerin kein Anspruch zusteht, daher die beklagtenseits eingewandte Vergütungsforderung in Höhe von 125.720,87 € nicht infolge Aufrechnung erloschen ist, erfolgte die Verurteilung der Klägerin auf

die Hilfswiderklage zu Recht. Das Ergänzungsurteil ist daher nicht zu beanstanden.

OLG Hamm zu der Frage, ob Mehrkosten wegen von den Vorstellungen des Auftragnehmers abweichender Baugrundverhältnisse mit den allgemeinen Erwägungen geltend gemacht werden können, den Bauherren treffe das Baugrundrisiko

vorgestellt von Thomas Ax

1. Eine Vergütungspflicht des Auftraggebers nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B für Beschädigungen am Arbeitsgerät des Auftragnehmers aufgrund einer Eigenart des Baugrundes ist dem Bauvertragsrecht fremd.

2. Mehrkosten wegen von den Vorstellungen des Auftragnehmers abweichender Baugrundverhältnisse können nicht mit den allgemeinen Erwägungen geltend gemacht werden, den Bauherren treffe das Baugrundrisiko.

3. Schlägt ein grundsätzlich geeignetes Verfahren fehl, ohne dass sich Leistungsziel und ausgeschriebener Baugrund geändert haben, fällt dies in den Risikobereich des Auftragnehmers, weil er den Erfolg seiner Werkleistung schuldet und der dafür anzustellende Aufwand grundsätzlich unbeachtlich ist. Daran ändert die Unvermeidbarkeit des eingetretenen Risikos nichts, da der Auftragnehmer verschuldensunabhängig für den Eintritt des vertraglich versprochenen Erfolges haftet.

OLG Hamm, 08.07.2025 - I-21 U 2/23

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen Kosten in Anspruch, die im Zusammenhang mit der Verlegung einer Erdgasleitung und eines Kabelschutzrohres entstanden sind.

Die Beklagte betreibt ein Unternehmen mit Sitz in A., dessen Gegenstand der Betrieb eines Leitungsnetzes für Ferngasversorgung ist. Die klagende W. besteht aus der P. GmbH & Co. KG und der K. KG, welche jeweils Tiefbauunternehmen betreiben. Die Streithelferin der Klägerin ist ein niederländisches Tiefbauunternehmen, welches sich unter anderem auf den unterirdischen Rohrvortrieb in verschiedenen Verfahren spezialisiert hat und von der Klägerin als Subunternehmerin beauftragt wurde.

Die Streithelferin der Beklagten führte eine 17 km lange Neutrassierung der Bundesstraße Bxxx zur Umgehung mehrerer Orte durch. Um dieses Vorhaben wie geplant durchzuführen, war es erforderlich, bestehende Erdgasleitungen zu verlegen. Die Streithelferin der Beklagten übernahm mit "Entschädigungsvertrag" vom 25.07.2014 gegenüber der Beklagten, die Eigentümerin der Erdgasleitungen ist, alle im Zusammenhang mit der Umverlegung der Rohre anfallenden tatsächlichen Kosten. Die Gasleitung sollte für die neue Streckenführung der Erdgasleitung T. im Ort N. teilweise unter einer Straße und teilweise unterhalb des Flusses "D." verlegt werden. Aus diesem Grund entschied sich die Beklagte in Abstimmung mit ihrer Streithelferin dazu, eine Strecke von rund 130 m durch eine unterirdische Verlegung neu zu verlegen. Dazu sollte die Klägerin die Straße sowie die "D." mithilfe eines Rohrvortriebsverfahrens, dem sogenannten Microtunneling, unterqueren. Es handelt sich hierbei um ein Verfahren, bei dem ein großer Bohrer tief im Boden von einem Startschacht aus das gewachsene Erd- und Steinmaterial ausbricht, nach hinten befördert und gleichzeitig die Rohrleitung in den so immer weiter entstehenden Hohlraum einbringt.

Unter dem 26.08.2016 erstatte die Ingenieursgesellschaft Dr. O. auf Veranlassung der Streithelferin der Beklagten ein Bodengutachten, wonach das Microtunneling eine geeignete Vortriebsmethode ist, um die Erdgasleitungen unter der Straße und der "D." einzuziehen. Der Gutachter stufte die Bodenart im Bereich der für die Bohrung vorgesehenen Schicht 4 entsprechend der Klassifizierung nach DIN 18300 (2012) u. a. als "3 (5) teilweise (2)" je nach Stein und Geröllanteil ein. In der DIN 18300 (2012) war in Bezug auf die Bodenart nach Klasse 5 dabei u. a. geregelt:

"[...] Bodenart (...) mit über 30 % Masseanteil an Steinen. Bodenarten mit höchstens 30 % Masseanteil an Blöcken der Korngröße über 200 mm bis 630 mm [...]"

In Ziff. 2.2.3 des Bodengutachtens (überschrieben mit "Bodenchemie/Altlasten") führte der Gutachter aus, dass Auffüllungen anlässlich der Erkundung nicht angetroffen worden seien, lokale Verfüllungen an alten Gräben, Rinnen oder Anschüttungen (...) aber nicht ausgeschlossen werden könnten, wobei Auffüllungen auch im Rahmen von offenen Querungen von Wegen und Straßen erwartet würden und im Rahmen des Leitungsbaus zu prüfen sei, inwieweit diese organoleptisch auffällig seien. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das zu den Akten gereichte Gutachten vom 26.08.2016 Bezug genommen.

Unter dem 02.03.2017 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Durchführung der Tiefbauarbeiten zur Verlegung der Erdgasleitungen u. a. auf der Grundlage eines zuvor erstellten Verhandlungsprotokolls vom 20.01.2017, des ebenfalls zum Gegenstand des Vertrages gemachten Bodengutachtens Dr. O. vom 26.08.2016 sowie ihrer Allgemeinen Bedingungen für die Vergabe und den Bau von Gasleitungen (AVB) zu einem Gesamtnettopreis von pauschal 7.287.376,77 €. In dem Verhandlungsprotokoll vom 20.01.2017 heißt es auf Seite 2 unter dem Punkt "Örtliche Gegebenheiten" wörtlich:

"Der Auftragnehmer hat die Örtlichkeit der Bauausführung besichtigt sowie alle die Angebotspreise beeinflussenden Gegebenheiten preislich berücksichtigt. Der Auftragnehmer erklärt, dass er sich mit allen Details der zu realisierenden Baumaßnahmen so vertraut gemacht hat, dass ihm eine vollkommene Beurteilung aller für das zu realisierende Leitungsbauprojekt notwendigen Leistungen möglich ist. Erhöhter Aufwand oder erschwerte Bedingungen aufgrund örtlicher Gegebenheiten sind in dem Einheitsverlegepreis/Zulagepositionen berücksichtigt, eine spätere Nachbesserung oder ersatzweise Durchführung der Arbeiten auf Nachweis ist nicht möglich."

Wegen der weiteren Einzelheiten der Vertragsgrundlagen wird Bezug genommen auf das Bestellschreiben vom 02.03.2017 und das Verhandlungsprotokoll vom 20.01.2017 (Anlage K1) sowie auf die zur Akte gelangten AVB der Beklagten. Nach diesen waren unter anderem die VOB/B und VOB/C Vertragsbestandteil in ihrer jeweils bei Vertragsschluss gültigen Fassung.

In der VOB/C sind Rohrvortriebsarbeiten in der DIN 18319 geregelt, wobei diese in Abschnitt 3.1.3, 3.1.5 und 3.1.7 laut übereinstimmendem Vortrag der Parteien wie folgt lautet:

"3.1.3 Werden von der Leistungsbeschreibung abweichende Boden-, Fels- und Wasserverhältnisse angetroffen oder reichen die vereinbarten Maßnahmen für das Beseitigen von Wasser nicht aus, ist dies dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen. Die Leistungen für gemeinsam festzulegende Maßnahmen sind besondere Leistungen (siehe Abschnitt 4.2.1).

3.1.5 Ergibt sich während der Ausführung die Gefahr von Verbrüchen, Ausfließen von Boden, Wassereinbrüchen, Vortriebshebungen, Schäden an Vortriebsrohren oder baulichen Anlagen, hat der Auftragnehmer unverzüglich die notwendigen Maßnahmen zur Verhütung

von Schäden zu treffen und die Gefährdung sowie bereits eingetretene Schäden dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen. Die erbrachten sowie die weiteren gemeinsam festzulegenden Leistungen sind, soweit die Ursache nicht der Auftragnehmer zu vertreten hat, besondere Leistungen (siehe Abschnitt 4.2.1).

3.1.7 Werden unvermutet Hohlräume oder Hindernisse angetroffen, z.B. Leitungen, Kabel, Dräne, Vermarkungen, Bauwerksreste, Steine, Blöcke, ist dies dem Auftraggeber mitzuteilen. Die Leistungen für gemeinsam zu treffende Maßnahmen sind besondere Leistungen (siehe Abschnitt 4.2.1)."

Nach dem Aushub der Startgrube und der Beurteilung des dabei vorgefundenen Aushubmaterials wurde am 21.06.2017 ein Findling mit 50 cm Kantenlänge in der Startgrube gefunden. Nach Bedenkenanmeldung der Klägerin wählte diese auf Anregung des Bauleiters der Beklagten, Maschinentyp sowie Bohrkopf zu ändern, eine andere Rohrvortriebsmaschine als ursprünglich vorgesehen aus. Nachdem mit dieser Maschine ca. 102 m der insgesamt 130 m langen Strecke mit dem Schneidrad aufgebohrt und die entsprechenden Rohrstücke eingezogen waren, kam es am 13.07.2017 zu einer Blockade des Brechers der Rohrvortriebsmaschine, woraufhin die Arbeiten unterbrochen werden mussten.

Um die Maschine bergen und die Erdgasleitung weiter verlegen zu können, wurde die "D." sodann umgeleitet, der Bereich unter der Flusssohle durch Wasserhaltung und Spundwände zugänglich gemacht und die Rohrvortriebsmaschine geborgen. Die restlichen etwa 30 m der Strecke bis zum Zielschacht wurden sodann in offener Bauweise durch Herstellung eines tiefen Grabens fertiggestellt. Bei der Bergung der Maschine wurden im Vortriebsbereich des Schneiderades Metallteile gefunden sowie ein Schneidzahn eines Meißels, der am Schneiderad angebracht war.

Unter dem 21.12.2017 stellte die Klägerin der Beklagten 1.298.339,27 € für die geänderte Bauweise und die Folgen der Havarie der Maschine in Rechnung (Anlage K17). Die Rechnungsforderung, welche der Klageforderung entspricht, hat die Klägerin mit der zu den Akten gereichten Anlage K23, auf die wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, näher aufgeschlüsselt. Es handelt sich dabei einerseits um Kosten, die nach Behauptung der Klägerin auf die Bergung und Reparatur der Maschine entfallen (darunter insbesondere auch Stillstandskosten der Rohrvortriebsmaschine), sowie andererseits um Kosten, die - so die Klä-

gerin - durch die geänderte Fortführung der Rohrbauarbeiten im offenen Graben entstanden sind. Die Beklagte leistete auf die Rechnung vom 21.12.2017 keine Zahlungen. Der ursprünglich vereinbarte Werklohn gemäß Beauftragungsschreiben vom 02.03.2017 wurde von der Beklagten dagegen vollständig gezahlt.

Die Klägerin und deren Streithelferin haben im Wesentlichen behauptet, aufgrund der im Bodengutachten der Ingenieursgesellschaft Dr. O. angegebenen Parameter sei eine Korngröße von 63-200 mm mit einem Volumenanteil von maximal 30 % zu erwarten und die zunächst ausgewählte Tunnelbohrmaschine dafür auch geeignet gewesen. Die aufgrund der in der Startgrube vorgefundenen Steinblöcke schließlich ausgewählte andere Maschine sei für Korngrößen bis 400 mm geeignet gewesen. Tatsächlich angetroffene Steine von 500 mm Kantenlänge seien für die Maschine jedoch nicht mehr zu bewältigen gewesen. Die Blockade sei darauf zurückzuführen, dass der Baugrund anders als beschrieben angetroffen worden sei und sich ein Fremdkörper aus Metall im Baugrund befunden habe, auf den die Maschine gestoßen sei. Da die nach der Havarie getroffenen Maßnahmen zwischen den Parteien abgestimmt gewesen seien, liege insofern eine Anordnung der Beklagten vor, die das Risiko eines von der Beschreibung abweichenden und für die geplante Ausführung ungeeigneten Baugrunds trage.

Die Beklagte und deren Streithelferin haben im Wesentlichen behauptet, die Havarie sei darauf zurückzuführen, dass die Klägerin bzw. deren Streithelferin entweder die Rohrvortriebsmaschine falsch bedient oder aber eine für die Bearbeitung des Baugrunds ungeeignete Maschine ausgewählt habe. Die Beklagte ist der Ansicht, dass kein Baugrundrisiko bestehe, für welches sie einzustehen habe.

Mit seinem Urteil vom 23.11.2022, auf das zur näheren Sachdarstellung und wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die geltend gemachten Forderungen seien unbegründet, weil die Klägerin ausweislich des Verhandlungsprotokolls das alleinige Risiko etwaiger durch die örtlichen Gegebenheiten erschwerter Bedingungen übernommen habe. Bei der entsprechenden Bestimmung auf Seite 2 des Verhandlungsprotokolls ("Örtliche Gegebenheiten") handele es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Aus den Gesamtumständen ergebe sich, dass die Bedingungen insgesamt zwischen den Parteien individuell ausgehandelt worden seien. Denn im Text seien u.a. mehrfach

Streichungen und handschriftliche Ergänzungen vorgenommen worden. Jedenfalls sei die Klausel nicht nach § 307 Abs. 1 BGB wirksam, weil sich daraus keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin ergebe. Dass der Werkunternehmer das Risiko eines Schadens an den von ihm zur Herstellung des Werks eingesetzten Gerätschaften trage, entspreche dem in § 644 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Leitbild. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Baugrundrisikos, da beide Parteien gewusst hätten, dass die Bodenverhältnisse unterhalb des Flusses unbekannt gewesen seien, wobei die Beklagte nicht über ein der Klägerin überlegenes Wissen verfüge. Die Klägerin habe angesichts des im Startschacht ange- troffenen Findlings mit einer Kantenlänge von 50 cm einen anderen Bohrkopf ausgewählt, ohne dass die Be- klagte darauf hätte Einfluss nehmen können. Wegen der Freiheit der Klägerin bei der Planung und Ausführ- ung der Arbeiten sei die Komplettheitsklausel zu den "örtlichen Gegebenheiten" nicht als unbillig anzuse- hen. Unabhängig davon handele es sich bei den geltend gemachten Kosten auch nicht um gesondert zu vergü- tende Positionen. Es handele sich nicht um besondere Leistungen nach Abschnitt 4.2.1 der ATV DIN 18319 VOB/C ("Rohrvortriebsarbeiten"), welche die Klägerin gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B zu vergüten habe. Kosten für die Demobilisierung und die Wasserhaltung seien un- abhängig von einem Werkerfolg und ähnlich den So- wieso-Kosten nicht ersatzfähig. Die geltend gemachten Stillstands- und Reparaturkosten stellten einen klassi- schen Fall des Schadensersatzes, jedoch keine beson- dere Leistung im Sinne der VOB/C dar. Der klägerische Vortrag zu den Kosten für die Bergung der Maschine sei unsubstantiiert. Außerdem handele es sich dabei eben- falls um eine Schadensersatzposition, welche die Klä- gerin nicht als zusätzliche Vergütung beanspruchen könne. Bei den geltend gemachten Positionen betref- fend die Rohrbauarbeiten zur Vollendung der Erdgas- leitung handele es sich ebenfalls nicht um besondere Leistungen. Ein Anspruch der Klägerin ergebe sich auch nicht aus § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B in Verbindung mit §§ 677 ff. BGB, da auf diesem Wege keine klassischen Schadenspositionen ersatzfähig seien. Gleiches gelte für etwaige Ansprüche nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B. Schließlich ergebe sich auch kein Anspruch aus § 645 Satz 1 BGB und auch nicht aus § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B in Verbindung mit § 313 BGB. Es könne kein Er- satz für entstandene Schäden verlangt werden, son- dern nur eine Vergütung für weitere Leistungen, wel- che gerade nicht geltend gemacht werde. Schadenser- satzansprüche aus §§ 631, 280 Abs. 1 BGB würden be- reits in Ermangelung einer Pflichtverletzung der Be- klagten ausscheiden.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie rügt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erst- instanzlichen Vorbringens im Wesentlichen, dass sich das Landgericht nicht sinnerfassend mit ihrem Vortrag auseinandergesetzt und deshalb angebotene Beweise nicht erhoben habe. Deshalb sei die Tatsachenfeststel- lung als unzureichend anzusehen. Außerdem weisedas Urteil zahlreiche Rechtsfehler auf, wobei insbesondere verkannt worden sei, dass es sich gemäß § 99 Nr. 4, § 103 GWB um einen öffentlichen Auftrag gehandelt habe, weil die Arbeiten im Interesse und auf Kosten der Streithelferin der Beklagten veranlasst worden seien. Mit der vom Landgericht herangezogenen Vertragsbe- stimmung zu den "örtlichen Gegebenheiten" könne der Klägerin daher wegen § 7 VOB/A das Haftungsrisiko für unerkant gebliebene Bodenverhältnisse nicht aufge- bürdet werden. Außerdem komme der vom Landge- richt als entscheidend angesehenen Klausel bereits de- ren Wortlaut nach keine von den Bestimmungen der VOB/B und VOB/C abweichende Bedeutung zu, weil eine Besichtigung des Erdreichs unter dem Flusslauf er- kennbar nicht möglich gewesen sei. Da die Klägerin als Bieterin davon habe ausgehen können, dass eine vergaberechtskonforme Ausschreibung beabsichtigt gewesen sei, seien die sich aus den Abschnitten 3.1.3, 3.1.5, 3.1.7, 4.2.1 DIN 18319 ergebenden Grundsätze zu beachten, wonach alle zur Herbeiführung des Bau- erfolgs erforderlichen Leistungen, die nicht schon im Bauvertrag Niederschlag gefunden hätten, als beson- dere Leistungen zu werten und zu vergüten seien. Die Umplanung vom grabenlosen Rohreinzug auf die Rohr- verlegung im offenen Graben sei, einschließlich aller Folgen, in Abstimmung mit der Beklagten, die das Ri- siko einer Untauglichkeit des ihrerseits als Baustoff be- reitzustellenden Baugrunds trage, und deren Streithel- ferin erfolgt. Die dabei ausgeführten Leistungen seien ursprünglich nach dem Vertrag nicht vorgesehen ge- wesen und deshalb, da die Klägerin die Havarie nicht zu vertreten habe, als besondere Leistungen zu vergüten. Aus dem klägerseits vorgelegten Parteigutachten er- gebe sich, dass Ausführungsfehler nicht ursächlich ge- wesen seien, während jedoch der Baugrund nicht der Beschreibung aus dem Bodengutachten entsprochen habe. Die Klägerin meint, ein Stillstand der Vortriebs- maschine sei als weitere Leistung im Sinne von Ziff. 3.1.5 DIN 18319 anzusehen und als besondere Leistung zu vergüten.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 23.11.2022 verkündeten Ur- teils des Landgerichts Essen - 11 O 70/20 - die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.298.339,27 € nebst Zinsen in

Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.01.2018 zu zahlen.

Die Beklagte und deren Streithelferin beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen. Sie trägt im Wesentlichen vor, die Klägerin habe bereits aufgrund der Angaben im Bodengutachten mit Steinen eines Durchmessers von bis zu 630 mm rechnen und entsprechendes Werkzeug zum Einsatz bringen müssen. Spätestens nach Antreffen eines entsprechend großen Blocks in der Startgrube sei eine Anpassung erforderlich gewesen. Das Vorhandensein von Steinen dieser Größe könne dementsprechend kein unvermutetes Hindernis im Sinne von Abschnitt 3.1.7 DIN 18319 sein. Das Risiko für die Auswahl des Baugeräts sei gemäß Abschnitt 3.1.2 DIN 18319 eindeutig dem Auftragnehmer zugewiesen. Die Ursache der Havarie sei streitig, wobei der Baugrund im Havariebereich dem in der Startgrube angetroffenen entsprochen habe. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin, wonach der Bohrkopf für Steine mit einem Durchmesser bis lediglich 400 mm geeignet gewesen sei, sei von der Auswahl eines ungeeigneten Bohrgeräts auszugehen. Gleichzeitig spreche der Umstand, dass es unmittelbar vor der Havarie zu einem Wechsel des Bedienpersonals der Maschine gekommen sei, für die Ursächlichkeit eines Bedienungsfehlers. Die Klägerin trage die Beweislast dafür, dass sie die Ursache der Havarie der Rohrvortriebsmaschine nicht zu vertreten habe, ohne dass sie sich dabei auf einen Anscheinsbeweis stützen könne. Die Beklagte sei auch nicht als öffentliche Auftraggeberin anzusehen. Bei der Kostenübernahme durch die Streithelferin handele es sich nicht um eine Subvention, sondern um eine Entschädigung, und die Beklagte erlange keinen wirtschaftlichen Vorteil aus der Baumaßnahme. Der Grundsatz des § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A komme daher nicht zur Anwendung. Die Klägerin habe vertraglich das alleinige Risiko eines erhöhten Aufwands aufgrund örtlicher Gegebenheiten übernommen. Unabhängig davon lägen auch keine "Leistungen" im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B vor. Der Wechsel der Ausführungsweise vom Microtunneling hin zur Verlegung im offenen Graben sei von der Klägerin vorgeschlagen und von der Beklagten nicht etwa angeordnet, sondern lediglich geduldet worden.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Mehrkosten in Folge der Havarie der Rohrvortriebsmaschine.

Es kann dahinstehen, ob die Klägerin aufgrund der im Verhandlungsprotokoll vom 20.01.2017 auf Seite 2 unter dem Punkt "Örtliche Gegebenheiten" enthaltenen Vertragsbestimmung in wirksamer Weise das Risiko eines Fehlschlags des Microtunneling-Verfahrens wegen unvorhergesehener Bodenverhältnisse übernommen hat, so dass Mehrkosten im Zusammenhang mit dem Havarieereignis ohnehin von der Klägerin getragen werden müssten. Dabei kann insbesondere offenbleiben, ob es sich bei der vertraglichen Regelung um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten oder aber um eine individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung handelt (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Auch muss nicht entschieden werden, ob die Klausel, sollte es sich dabei um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB handeln, einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält. Denn selbst ohne die Vertragsregelung zu den "Örtlichen Gegebenheiten" steht der Klägerin gegen die Beklagte kein entsprechender Anspruch zu.

1. Aus VOB/C DIN 18319 Abschnitt 3.1.3, 3.1.5, 3.1.7 in Verbindung mit 4.2.1 ergeben sich keine Ansprüche unter dem dort genannten Gesichtspunkt der "besonderen Leistung" (Abschnitt 4.2.1).

a) Es fehlt an einer "gemeinsamen Festlegung" der Parteien auf weitere Leistungen im Sinne von DIN 18319 Abschnitt 3.1.3, 3.1.5, 3.1.7.

aa) Eine "gemeinsame Festlegung" im Sinne der Vorschriften knüpft an die bauvertragliche Kooperationspflicht der Parteien an, wonach vorrangig eine vertragliche Regelung hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen im Falle unvorhergesehener Ereignisse im Zusammenhang mit Rohrvortriebsarbeiten anzustreben ist. Fehlt es an einer gemeinsamen Festlegung, bleibt es bei dem aus § 1 Abs. 3 und 4, § 4 Abs. 1 VOB/B ableitbaren Anordnungsmodell, wonach der Auftraggeber die zur Ausführung zu gelangende Leistung einseitig vorgeben kann (Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, VOB Teile A und B, 9. Aufl., § 1 VOB/B Rn. 116; Beck'scher VOB/C-Kommentar/K. Englert/di Pierro/Katzenbach, 4. Aufl., DIN 18299 Rn. 120; siehe auch

OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.07.2010 - 19 U 109/09, BauR 2012, 992, juris Rn. 30: Einvernehmliche Abstimmung einer geänderten Leistung schließt § 2 Abs. 5 VOB/B aus). Folgt der Auftragnehmer einer einseitigen Anordnung des Auftraggebers klaglos oder sogar zustimmend, wird man in der Regel nicht von einer einvernehmlichen Vertragsänderung im Sinne einer "gemeinsamen Festlegung", sondern lediglich von einer zustimmend zur Kenntnis genommenen einseitigen Anordnung ausgehen müssen (vgl. Beck'scher VOB/B-Kommentar/Althaus/Jansen, 4. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 12 im Zusammenhang mit § 2 Abs. 5 VOB/B; vgl. auch OLG München, Urteil vom 09.03.2010 - 9 U 3488/07, BeckRS 2011, 21719).

bb) Daran gemessen wird eine "gemeinsame" Festlegung auf die weiteren Leistungen von der Klägerin schon nicht substantiiert behauptet. Sie trägt selbst schon mit der Klageschrift vor, dass die Beklagte in Abstimmung mit deren Streithelferin nach der Havarie der Maschine die "Marschroute" zu deren Bergung sowie zur Weiterverlegung der Pipeline in offener Bauweise vorgegeben habe. Auch wenn das weitere Vorgehen - so die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung - zwischen den Parteien "abgestimmt" gewesen sei, liegt nach ihrem eigenen Vorbringen lediglich eine - wenn auch zustimmende - Befolgung fremder Vorgaben vor. Letztlich geht die Klägerin auch sowohl in ihrer Klageschrift als auch im Rahmen ihrer Berufungsbegründung selbst davon aus, dass die weiteren Maßnahmen von der Beklagten angeordnet worden seien.

b) Bei den von der Klägerin geltend gemachten Kostenpositionen handelt es sich auch nicht um "notwendige Leistungen zur Verhütung von Schäden" im Sinne von DIN 18319 Abschnitt 3.1.5, welche keine "gemeinsame Festlegung" der Bauvertragsparteien erfordern. Denn weder die auf die Bergung und Reparatur der Maschine entfallenden Kosten noch diejenigen, welche durch die geänderte Fortführung der Arbeiten im offenen Graben entstanden sind, hängen mit der Abwehr weiterer Schäden zusammen. Der maßgebliche Schaden hatte sich im vorliegenden Fall bereits realisiert.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten nach § 2 Abs. 5 und 6 in Verbindung mit § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B (2016, im Folgenden nur VOB/B).

a) Soweit die Klägerin Kosten beansprucht, welche auf die Bergung und die Reparatur der Maschine entfallen, scheidet ein Anspruch bereits deshalb aus, weil es insoweit an einer Änderung des Bauentwurfs oder einer

anderen Anordnung (§ 2 Abs. 5 VOB/B) bzw. an einem Fordern des Auftraggebers (§ 2 Abs. 6 VOB/B) fehlt.

aa) Voraussetzung ist in beiden Fällen eine auftraggeberseitige Veranlassung, nämlich eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24, BGHZ 241, 306, juris Rn. 16 zu § 2 Abs. 5 VOB/B; siehe auch Kapellmann/Messerschmidt/Markus, VOB Teile A und B, 9. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 366).

bb) Derartiges liegt im Hinblick auf die Bergung und die Reparatur der Rohrvortriebsmaschine nicht vor. Der darauf entfallende Aufwand stellt sich nicht als Folge einer Änderung des vertraglichen Leistungsumfangs durch die Beklagte als Auftraggeberin dar, sondern als Kosten zum Ersatz eines eingetretenen Schadens. Der vertraglich geschuldete Leistungsumfang ist gerade unverändert geblieben und nicht auf Veranlassung der Beklagten verändert worden. Eine Vergütungspflicht des Auftraggebers nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B für Beschädigungen am Arbeitsgerät des Auftragnehmers aufgrund einer Eigenart des Baugrundes ist dem Bauvertragsrecht fremd (vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.07.2004 - 1 U 1/04, juris Rn. 22; OLG Schleswig, Urteil vom 02.12.1998 - 9 U 143/97, NJW-RR 1999, 459, juris Rn. 18). Gleiches gilt auch für die klägerseits geltend gemachten Stillstandskosten, welche rund die Hälfte aller beanspruchten Kosten darstellen. Insoweit lässt sich schon rein begrifflich nicht von einer Anordnung bzw. Forderung der Beklagten sprechen. Die Beklagte hat keinen Stillstand angeordnet oder gefordert. Dieser ist unter Zugrundelegung des streitigen Klägervortrags zu den Havarieursachen lediglich Folge einer eingetretenen Behinderung aufgrund bestimmter unvorhergesehener Gegebenheiten im Baugrund. Die Behinderung als solche stellt jedoch keine Anordnung bzw. Forderung im Sinne von § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B dar (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24, BGHZ 241, 306, juris Rn. 21). Auch eine etwaige "Vorgabe" der Beklagten an die Klägerin, ihr Produktionsmittel zu bergen, damit weitergebaut werden kann, ist unter diesen Umständen nicht als Anordnung zu werten, sondern lediglich eine direkte Folge der Behinderung (vgl. auch Kniffka, BauR 2020, 329, 340). Der vertragliche Leistungsumfang hat sich für die Klägerin als Auftragnehmerin nicht geändert; vielmehr handelt es sich allenfalls um eine Anordnung im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/B, also eine Anordnung zu einer Leistung, zu deren Ausführung die Klägerin im Rahmen ihrer werkvertraglichen Erfolgschaftung ohnehin verpflichtet war (vgl. zur Abgrenzung auch BGH, Urteil

vom 09.04.1992 - VII ZR 129/91, BauR 1992, 759, juris Rn. 9; Karczewski in Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 4 Rn. 81). Nach dem gesetzlichen sowie über die Einbeziehung der VOB/B vertraglichen Regelungskonzept führen derartige Störungen im Bauablauf nicht zu einem Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers, sondern allenfalls zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B bzw. § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB oder aber nach §§ 280 ff. BGB (vgl. auch BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24, BGHZ 241, 306, juris Rn. 19).

b) Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Erstattung der im Zusammenhang mit der Weiterverlegung der Pipeline im offenen Graben angefallenen Kosten nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B in Verbindung mit § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B

aa) Mehrvergütungsansprüche nach § 2 Abs. 6 VOB/B scheiden schon deshalb aus, weil es im vorliegenden Fall nicht um eine Zusatzleistung, sondern allenfalls um eine geänderte Leistung bzw. um einen geänderten Bauentwurf im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B geht, so dass § 2 Abs. 5 VOB/B Anwendung finden würde.

(1) Im Falle von § 2 Abs. 6 VOB/B wird die im Vertrag vorgesehene Leistung als solche nicht geändert, sondern um eine im Vertrag nicht vorgesehene zusätzliche Leistung erweitert. Die ursprüngliche Leistung wird hingegen geändert im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B, wenn der Auftragnehmer auf Anordnung des Auftraggebers eine als solche fortbestehende vertraglich geschuldete Leistung anders ausführt, wenn also die Anordnung die Art und Weise der Durchführung der Leistung betrifft. Daher kann jede "Leistung anstatt", also jede Leistung, die anstelle einer bisher vorgesehenen Leistung ausgeführt wird, allenfalls ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B sein (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.10.1995 - 21 U 8/95, BauR 1996, 267, juris Rn. 5; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Althaus/Jansen, 4. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 42).

(2) Im vorliegenden Fall sollte das ursprünglich zur Bewältigung der gesamten Wegstrecke bis zur Zielgrube vorgesehene Microtunneling-Verfahren nach der Havarie nicht etwa fortgesetzt und um zusätzliche Leistungen erweitert werden, sondern die offene Bauweise das Microtunneling-Verfahren für den letzten Teil der Wegstrecke ersetzen, so dass eine Vergütung für zusätzliche Leistungen schon aus diesem Grunde nicht in Betracht kommt.

bb) Mehrvergütungsansprüche der Klägerin im Zusammenhang mit der Umstellung und Fortführung der Pipeline-Verlegung in offener Bauweise ergeben sich

allerdings auch nicht aus § 2 Abs. 5 VOB/B. Es fehlt es an einer mehrvergütungsauslösenden Änderung des Bauentwurfs bzw. einer Anordnung der Beklagten als Auftraggeberin.

(1) Nach dem Vortrag der Klägerin haben sich die Baugrundverhältnisse in dem Tunnelabschnitt, in dem sich die Havarie der Maschine ereignet hat, anders dargestellt als erwartet. Im Falle geänderter Baugrundverhältnisse ist unter Berücksichtigung der werkvertraglichen Erfolgschaftung des Auftragnehmers genau zu bestimmen, welche Leistungen der Auftragnehmer nach der Auslegung der von den Parteien bei Vertragsschluss abgegebenen Willenserklärungen als Leistungsrisiko mitübernommen hat bzw. inwieweit ein vermeintlicher Mehraufwand wegen abweichender Baugrundverhältnisse mit der vereinbarten Vergütung bereits abgegolten ist. Von dieser Auslegung hängt ab, ob ein Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 5 VOB/B in Betracht kommt, wenn sich die Baugrundverhältnisse anders darstellen als von ihm angenommen. Mehrkosten wegen von den Vorstellungen des Auftragnehmers abweichender Baugrundverhältnisse können jedenfalls nicht mit der allgemeinen Erwägung geltend gemacht werden, den Bauherrn treffe das Baugrundrisiko (vgl. BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158, juris Rn. 77; OLG München, Urteil vom 10.12.2013 - 28 U 732/11, juris Rn. 56 ff.; Bolz in Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 1 Rn. 103; Bolz, NJW 2002, 1709, 1711; Kohlhammer, BauR 2012, 845, 848; Jousen, NZBau 2013, 465, 466).

(2) Gegenteiliges folgt für den vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht aus § 7 VOB/A (2016) und den dort geregelten Anforderungen an die Leistungsbeschreibung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Beklagte ist schon keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 4 GWB und damit nicht an die entsprechenden Vorgaben des § 7 VOB/A (2016) gebunden. Nach § 99 Nr. 4 GWB kommt auch juristischen Personen des Privatrechts unter den dort geregelten Voraussetzungen die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers zu, sofern sie Mittel erhalten, mit denen die in der Vorschrift genannten Bauvorhaben zu mehr als 50 % subventioniert werden. Im Streitfall fehlt es indes an einer Subvention. Der Begriff der Subventionierung in § 99 Nr. 4 GWB ist so zu verstehen, dass darunter die Gewährung eines Vorteils ohne marktgerechte Gegenleistung der die Mittel erhaltenden Person oder Einrichtung zu begreifen ist (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 99 GWB Rn. 130). Über den Entschädigungsvertrag erhält die Beklagte jedoch lediglich einen Ausgleich für den mit

der Beauftragung der Leitungsverlegung verbundenen Vermögensnachteil.

(3) Die Mehrkosten für die Weiterverlegung der Pipeline in offener Bauweise durch die Klägerin stehen nicht etwa bereits deshalb außerhalb des mit der vertraglichen Vergütung bereits abgegoltenen Leistungssolls, weil - wie die Klägerin meint - Bodenverhältnisse angetroffenen worden sind, von denen nach der Beschreibung durch das eingeholte Bodengutachten der Ingenieurgesellschaft Dr. O. nicht auszugehen war. Nach dem Inhalt des Gutachtens war - wie die Beklagte zu Recht vorträgt, auch mit Boden der Bodenklasse 5 zu rechnen. Der Gutachter stufte die Bodenart der hier maßgeblichen Schicht 4 entsprechend der Klassifizierung nach DIN 18300 (2012) als "3 (5) teilweise (2)" je nach Stein und Gerölleanteil ein und beschrieb sie nach DIN 18139 als "LNE 2, LNW 2-3, (S1) evtl. Schicht: FZ1, FD 1" (Gutachten, S. 15, 40 = GA-LG 396, 421). Dies bedeutet nach DIN 18300 (2012):

"[...] Bodenarten nach den Klassen 3 und 4, jedoch mit über 30 % Masseanteil an Steinen. Bodenarten mit höchstens 30 % Masseanteil an Blöcken der Korngröße über 200 mm bis 630 mm [...]"

Damit musste die Klägerin mit Steinen mit einem Durchmesser von bis zu 630 mm rechnen. Die Klägerin hat erstinstanzlich allerdings selbst vorgetragen, dass der von ihr verwendete Bohrkopf lediglich in der Lage gewesen sei, Steine bis zu 400 mm Durchmesser zu verarbeiten, wohingegen das im Havariebereich ange-troffene Gestein Durchmesser von bis zu 500 mm auf-gewiesen habe. Zweitinstanzlich hat die Klägerin ihren Vortrag zu einem abweichend vom Baugrundgutachten Dr. O. beschriebenen höheren Steinanteil nun auch fal-lengelassen und behauptet, dass die Ursache für die Havarie allein in einem Fremdkörper aus Metall im Baugrund gelegen habe. Insofern liegt allerdings keine abweichende Baugrundbeschreibung durch das Gutachten Dr. O. vor. Das Gutachten enthält lediglich Angaben zu den anzutreffenden Bodenklassen und Ge-steinsarten. Es trifft dagegen nicht die inhaltliche Aus-sage, dass mit Fremdkörpern jedweder Art als "Ausrei-ßer" nicht gerechnet zu werden braucht.

(4) Letztendlich hat die Klägerin im Zusammenhang mit dem Microtunneling-Verfahren ein grundsätzlich ge-eignetes Verfahren eingesetzt, welches ausgerechnet am streitgegenständlichen Bauvorhaben fehlgeschla-gen ist. Schlägt das Verfahren - so wie im vorliegenden Fall - fehl, ohne dass sich Leistungsziel und ausgeschrie-bener Baugrund geändert haben, fällt dies in den Risi-

kobereich des Auftragnehmers, weil er den Erfolg sei-ner Werkleistung schuldet und der dafür anzustellende Aufwand grundsätzlich unbeachtlich ist. Daran ändert die Unvermeidbarkeit des eingetretenen Risikos nichts, da der Auftragnehmer verschuldensunabhängig für den Eintritt des vertraglich versprochenen Erfolges - hier: die Neuverlegung von Gasleitungen - haftet (vgl. Joussen, NZBau 2013, 465; Bolz, NJW 2022, 1709, 1714; siehe auch Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB Teile A und B, 22. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 15). An-haltspunkte für eine davon abweichende rechtge-schäftlich vereinbarte Risikoverteilung zum Nachteil der Beklagten als Auftraggeberin liegen nicht vor. Al-lein der Umstand, dass sich eine (gemeinsame) Erwar-tung der Klägerin und der Beklagten hinsichtlich des Baugrunds nicht erfüllt, reicht für eine Risikoverlage-rung zurück an die Beklagte nicht aus (siehe auch Don-ner in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB, 7. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 37; Kohlhammer, BauR 2012, 845, 849; jeweils zu § 13 Abs. 3 VOB/B). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin den Gerä-teeinsatz beherrscht und damit der tatsächlichen Ein-wirkung des Baugrunds auf ihre Gerätschaften und dadurch eintretenden Komplikationen jedenfalls nä-hersteht als die Beklagte. Vor diesem Hintergrund kann bei verständiger Auslegung der Vertragserklärungen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen-lage nicht davon ausgegangen werden, dass die Be-klagte in vergütungsrechtlicher Hinsicht das Risiko ei-nes - so wie die Klägerin behauptet - nicht vorherseh-baren Fehlschlags der vereinbarten Ausführung über-nommen hat. Die Beklagte hätte - wie diese zu Recht vorträgt - im Grundsatz eine Weiterführung der Arbei-ten im Wege des vereinbarten Microtunneling-Verfah-rens verlangen können. Dies wäre zwar nach dem Vor-bringen der Klägerin womöglich nicht sinnvoll, un-zweckmäßig und mit hohen Kosten verbunden gewe-sen. Im Grundsatz hätte die Beklagte jedoch wegen der werkvertraglichen Erfolgshaftung der Klägerin darauf bestehen können, ohne der Klägerin hierfür eine zu-sätzliche Vergütung zahlen zu müssen. Ein entspre-ches Verlangen der Beklagten hätte dann lediglich eine Anordnung nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/B dar-gestellt, ohne dass die Klägerin einen Anspruch auf Preisänderung nach § 2 Abs. 5 VOB/B gehabt hätte (vgl. auch Joussen, NZBau 2013, 465, 466 zur Abgrenzung von § 2 Abs. 5 VOB/B und § 4 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/B im Zusammenhang mit geänderten Baugrundverhält-nissen).

Dann allerdings kann es sich nicht zum Nachteil der Be-klagten auswirken, wenn diese eine für die Klägerin wirtschaftlich verträglichere, zweckmäßigere sowie ressourcenschonendere Ausführung vorgibt und die

restliche Pipeline anstelle im Wege des ursprünglich vorgesehenen Microtunneling-Verfahrens nun in offener Bauweise verlegen lässt. Das Erklärungsverhalten der Beklagten kann aus Sicht eines objektiven Empfängers daher gemäß §§ 133, 157 BGB nicht als eine mehrvergütungsauslösende Anordnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufgefasst werden, sondern ist vielmehr als Maßnahme bauvertraglicher Kooperation zu begreifen. Die Ausführung der restlichen Leitungsverlegung in offener Bauweise ist unter diesen Umständen gleichsam als zulässiges Minus in einer die Vergütungsebene unberührt lassenden Anordnung nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/B enthalten.

3. Ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Mehrkosten im Zusammenhang mit der Havarie der Rohrvortriebsmaschine ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B oder § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B in Verbindung mit §§ 677 ff. BGB.

a) Auch insoweit gilt, dass die Kosten im Zusammenhang mit der Bergung und Reparatur der Maschine - darunter insbesondere die Stillstandskosten - als Schadenspositionen keine Mehrvergütung auslösen (siehe oben unter 2.a)).

b) Hinsichtlich der Kosten im Zusammenhang mit der Weiterverlegung der Leitungen in offener Bauweise fehlt es bereits an einer auftraglos erbrachten Leistung (vgl. § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B). Eine Leistung wird ohne Auftrag erbracht, wenn sie nicht zum vertraglich vereinbarten und mit der vereinbarten Vergütung abgegoltenen Leistungsumfang gehört (vgl. Bolz in Bolz/Jurgeleit, VOB/B, § 2 Rn. 230). Im vorliegenden Fall ist die Weiterverlegung der Leitungen in offener Bauweise - wie unter 2.b)bb)(4) dargestellt - als Minus in der grundsätzlich geschuldeten und von der vereinbarten Vergütung gedeckten Ausführung im Microtunneling-Verfahren enthalten.

4. Schadensersatzansprüche nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B oder §§ 280 ff. BGB kommen nicht in Betracht, da die Beklagte die Havarie - unstreitig - nicht zu vertreten hatte.

5. Ein Entschädigungsanspruch der Klägerin nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB scheidet entgegen der Auffassung der Streithelferin der Klägerin (Schriftsatz der klägerischen Streithelferin vom 07.02.2022, S. 4 = GA-LG 510) ebenfalls aus.

a) § 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers bei Annahmeverzug des Auftraggebers. Der Auftragnehmer

kann nach dieser Vorschrift eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und hierdurch in Verzug der Annahme gerät. Voraussetzung ist eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Auftraggebers bei der Herstellung des Werks. Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sind dabei in einem weiten Sinn zu verstehen und können sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Maßgebend ist, dass ohne die Mitwirkung des Auftraggebers die Herstellung des Werks nicht erfolgen kann. Ob dem Auftraggeber eine erforderliche Mitwirkungshandlung in diesem Sinne obliegt, kann nur anhand des Vertrags der Parteien ermittelt werden. Art und Umfang der dem Auftraggeber obliegenden erforderlichen Mitwirkungshandlung sind danach durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Art und Beschaffenheit des vom Auftragnehmer herzustellenden Werks und der vom Auftragnehmer übernommenen Leistungspflichten, zu bestimmen; daneben kann auch die Verkehrssitte von Bedeutung sein (BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13, BGHZ 214, 340, juris Rn. 18).

b) Dem Vertrag lässt sich schon nicht entnehmen, dass es der Beklagten oblag, einen Baugrund frei von nicht vorhersehbaren Hindernissen jedweder Art zur Verfügung zu stellen, also insbesondere ohne das nach Behauptung der Klägerin im Boden verborgene und die Havarie auslösende Metallteil. Zwar ergibt sich im Wege der Auslegung des Bauvertrags gemäß §§ 133, 157 BGB, dass die Beklagte als erforderliche Mitwirkungshandlung der Klägerin das betreffende Baugrundstück während des Herstellungsprozesses für die Erbringung der vereinbarten Leistungen zur Verfügung zu stellen hatte (vgl. auch BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13, BGHZ 214, 340, juris Rn. 19). Dieser Obliegenheit ist die Beklagte indes nachgekommen. Für eine darüber hinausgehende Risikozuweisung an die Beklagte ergeben sich im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte. Insofern gelten die im Zusammenhang mit § 2 Abs. 5 VOB/B angestellten Erwägungen zum Baugrundrisiko hier entsprechend (siehe oben unter 2.b)bb)(4)).

c) Unabhängig davon scheitert ein Entschädigungsanspruch der Klägerin nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB aber auch schon daran, dass die Klägerin einen etwaigen Anspruch (insbesondere wegen der Stillstandskosten) schon im Ansatz nicht nach Maßgabe des unproduktiven Vorhalts von Produktionsmitteln während der Dauer eines Annahmeverzugs

der Beklagten bemisst (vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24, BGHZ 241, 306, juris Rn. 39 zur Bestimmung der angemessenen Entschädigung nach § 642 BGB).

6. Speziell hinsichtlich der geltend gemachten Stillstandskosten ergibt sich, wie der Senat in der mündlichen Verhandlung unter Abkehr von seiner noch mit Beschluss vom 06.06.2024 mitgeteilten vorläufigen Rechtsauffassung ausgeführt und mit den Beteiligten erörtert hat, auch kein Anspruch der Klägerin aus Ziff. 12.3 der AVB. Denn die Beklagte sollte Stillstandskosten jedenfalls nicht für den Fall höherer Gewalt tragen (vgl. Ziff. 12.3.1 AVB).

In Ziff. 12.1.1 der AVB haben die Parteien den Begriff der höheren Gewalt definiert. Danach entbinden Umstände, deren Eintritt und Beseitigung nicht in der Macht der Vertragspartner liegen, deren Einfluss sie sich auch bei zumutbarer Voraussicht und Sorgfalt nicht entziehen können und die ihnen die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung unmöglich machen, den davon betroffenen Vertragspartner für die Dauer und den Umfang ihres Bestehens von der Vertragserfüllung. Genau diese von den Vertragsparteien so definierte Form höherer Gewalt aber, die auch eine nur vorübergehende Unmöglichkeit zur Erbringung der geschuldeten Leistung umfasst, behauptet die Klägerin hier, indem sie die Havarie auf ein unentdeckt gebliebenes Metallteil im Boden zurückführt. Da ihr die weitere Vertragserfüllung während der havariebedingten "Zwangspause" unmöglich war, gehen insoweit angefallene Stillstandskosten nicht zu Lasten der Beklagten.

7. Ein Anspruch aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet bereits deshalb aus, weil es der Klägerin nicht um die bis zur Havarie der Maschine angefallene Vergütung geht, welche von der Beklagten gezahlt worden ist, sondern um darüber hinausgehenden Aufwand.

8. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Mehrkosten unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung, da der Vertrag keine planwidrige Regelungslücke aufweist.

a) Eine solche Regelungslücke liegt vor, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder wenn sie ihn bewusst offen gelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und wenn sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dabei kann von einer planwidrigen Regelungslücke nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt,

die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre. Auch Allgemeine Geschäftsbedingungen können eine planwidrige Regelungslücke enthalten und einer ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich sein. Ob eine planwidrige Regelungslücke gegeben ist, bestimmt sich durch Auslegung des Vertrags (BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13, BGHZ 214, 340, juris Rn. 25).

b) Gemessen daran enthält der Vertrag weder hinsichtlich der Tragung der Kosten im Zusammenhang mit der Bergung und Reparatur der Rohrvortriebsmaschine noch hinsichtlich der Kosten zur Weiterführung der Arbeiten in offener Bauweise eine planwidrige Unvollständigkeit, welche durch einen vertraglichen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der entsprechenden Mehrkosten zu schließen wäre. Die Parteien haben mit der im Verhandlungsprotokoll vom 20.01.2017 auf Seite 2 unter dem Punkt "Örtliche Gegebenheiten" niedergelegten Regelung vielmehr erreichen wollen, dass der Klägerin aufgrund unvorhersehbarer Verhältnisse im Baugrund gerade keine zusätzliche Vergütung zustehen soll. Alle die "Angebotspreise beeinflussenden Gegebenheiten" waren von der Klägerin danach bereits in die Ursprungsvergütung einzupreisen. Es kann auch insofern dahinstehen, ob diese Vertragsregelung als Allgemeine Geschäftsbedingung einer Inhaltskontrolle nicht standhält und unwirksam ist (§ 307 Abs. 1 BGB). Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung wäre dann zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre (vgl. BAG, Urteil vom 11.04.2006 - 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042, juris Rn. 35). Die Parteien hätten dann aber jedenfalls keinen verschuldensunabhängigen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Ersatz für eingetretene Schäden geschaffen und der Klägerin auch keinen Mehrvergütungsanspruch für die Weiterverlegung der Leitungen in offener Bauweise eingeräumt. Für ein derartiges, gerade gegenteiliges Regelungskonzept ist nichts ersichtlich. Mit dem Vertrag und der Einbeziehung der VOB/B haben die Parteien eine komplexe und ausdifferenzierte Risikoverteilung getroffen (vgl. insbesondere § 2 Abs. 5, § 2 Abs. 6, § 6 Abs. 6 Satz 1, § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB), die im Übrigen von den grundsätzlich ebenfalls anwendbaren Schadensersatzansprüchen nach §§ 280 ff. BGB ergänzt werden.

9. Die Voraussetzungen für eine Anpassung des Vertrags nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Verbindung mit § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B liegen - wie der Senat in der mündlichen Verhandlung auch insofern unter Abkehr von seiner im Beschluss vom 06.06.2024 mitgeteilten vorläufigen Einschätzung ausgeführt hat - gleichfalls nicht vor. Insbesondere kann nicht erkannt werden, dass der Klägerin ein Festhalten am unveränderten Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, unzumutbar wäre.

a) Das sich nach der Behauptung der Klägerin hier realisierte Risiko - die Havarie der Rohrvortriebsmaschine aufgrund eines selbst bei Anwendung größtmöglicher Sorgfalt nicht erkennbaren Fremdkörpers im Boden - liegt bei der Klägerin als Auftragnehmerin.

aa) § 313 Abs. 1 BGB macht "insbesondere die vertragliche Risikoverteilung" zum Beurteilungsmaßstab. In diesem Zusammenhang rechtfertigen vorhersehbare Änderungen regelmäßig keine zur Vertragsanpassung führende Grundlagenstörung. Wer eine Gefahr kennt oder kennen muss, übernimmt das Risiko ihres Eintritts, wenn er den Vertrag unverändert abschließt (vgl. BGH, Urteil vom 23.05.2014 - V ZR 208/12, NJW 2014, 3439, juris Rn. 25; MünchKommBGB/Finkenauer, 9. Aufl., § 313 Rn. 74).

bb) So verhält es sich auch hier. Zwar mögen die Parteien einen metallischen Fremdkörper im Boden tatsächlich nicht erwartet haben. Dass die Rohrvortriebsmaschine auf einen Fremdkörper der hier behaupteten Art treffen kann, stellt jedoch keinen für die Parteien unvorhersehbaren Umstand dar. So stellt bereits das Bodengutachten der Ingenieurgesellschaft Dr. O. unter Punkt 2.2.3 "Bodenchemie/Altlasten" klar, dass in bestimmten Bereichen "lokale Verfüllungen" nicht ausgeschlossen und "Auffüllungen" in bestimmten Bereichen zu erwarten seien. Deren organoleptische Auffälligkeit sei im Rahmen des Leitungsbaus zu prüfen (siehe Gutachten, S. 10). Demnach mussten die Parteien bei Abschluss des Vertrages im Blick haben, dass die Maschine womöglich auf Hindernisse bislang unbekannter Art treffen würde, was wiederum den Betrieb der Maschine beeinflusst. Hinzu kommt, dass es sich nach dem von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. F. (Anlage K21) bei dem vermeintlich zur Havarie führenden Metallteil um ein Fragment mit einem Durchmesser von weniger als 5 cm handelt. Es ist nichts dazu vorgetragen oder ersichtlich, dass der Bereich, in dem die Havarie

stattfind, von derartigen Metallteilen "übersät" gewesen ist, noch handelte es sich um einen besonders großen Fremdkörper, mit dem nicht zu rechnen gewesen wäre. Nach alledem ist davon auszugehen, dass die Parteien das Antreffen eines Metallteils wie des hier vorliegenden bei Abschluss des Vertrages vernünftigerweise in Erwägung zu ziehen hatten. Hätte die Klägerin das wirtschaftliche Risiko eines Fehlschlags der von ihr angewendeten Vortriebsmethode vermeiden wollen, hätte sie entweder anders kalkulieren oder etwa auf eine vertragliche Anpassungsregelung für den von ihr behaupteten unerwarteten Fall der Havarie aufgrund eines Fremdkörpers bestehen müssen.

b) Unabhängig davon ist schließlich aber auch weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass der Klägerin ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zumutbar ist. Eine Anpassung der Vergütung nach § 313 BGB hätte, das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen unterstellt, ohnehin nur in Betracht kommen können, wenn sich die verändert angetroffenen Bodenverhältnisse derart auf die Vergütung des Auftragnehmers auswirken, dass das finanzielle Gesamtergebnis nicht nur den Gewinn des Auftragnehmers aufzehrt, sondern auch noch zu - ggf. erheblichen - Verlusten führt (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10, BGHZ 190, 212, juris Rn. 30; Jousen, NZBau 2013, 465, 472). Im vorliegenden Fall beträgt die vereinbarte Gesamtvergütung abzüglich Nachlass brutto 8.671.978,36 € (vgl. Anlage K1), wohingegen sich die geltend gemachte Forderung für zusätzliche Vergütung auf brutto 1.298.339,27 € beläuft. Aus der bloßen Gegenüberstellung dieser Zahlen allein lässt sich eine Überschreitung der Opfergrenze nicht ableiten.

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

vorgestellt von Thomas Ax

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

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

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

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

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

Gründe

I.

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

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

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

- Auftrags- oder Bestätigungsschreiben von LW
- das vorliegende Verhandlungsprotokoll
- die Anlage zum Einsatz deutscher und ausländischer Nachunternehmer
- der Bauzeitenplan/ Terminplan vom 21.10.2004
- das Auftrags-LV vom 15.10.2004

- die zugehörigen Planungsunterlagen
- die VOB Teil B und Teil C in der jeweils geltenden Fassung
- alle einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und technischen Vorschriften
- das Angebot des Bieters vom 15.10.2004

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

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

In dem Leistungsverzeichnis (B 17), das von der Stadtbahn S. GmbH stammte und von der Beklagten an die Klägerin weitergereicht wurde, heißt es in Bezug auf den Straßenbord unter anderem "Rückenstütze aus Beton B 25 nach Zeichnung herstellen" und "Unterbeton B 25 liefern und nach Zeichnung herstellen". In den Detailzeichnungen der Regelprofile ist der Bereich der Rückenstützen und des Unterbetons mit "B 25" gekennzeichnet (B 18, Unterlage 6.9). Nach der Änderung der Bezeichnung von B 25 in Tabelle 1 der DIN 1045 in C 20/25 in Tabelle 7 der DIN EN 206-1 Tabelle 7 gab die Beklagte einen aktualisierten Ausführungsplan (B 27) weiter, in dessen Maßstabszeichnungen zum Fahrbahnrand der Unterbeton mit "C 20/25" gekennzeichnet ist.

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

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

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

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

Mit weiterem Schreiben vom 8. August 2006 (B 63) nahm die Beklagte auf die Mängelanzeigen B 2 und B 3 Bezug und reagierte auf ein Schreiben der Klägerin vom selben Tag. Bei einer gemeinsamen Begehung sei festgestellt worden, dass der Beton die geforderte Festigkeit nicht aufweise. Die Klägerin habe mit der Mängelbeseitigung begonnen, indem sie die Randsteine zurückgebaut habe. Die Beklagte forderte zur Mängelbeseitigung bis zur gesetzten Frist 11. August 2006 auf, erst danach könne der geplante Einbau der Binderschicht am 10. August 2006 erfolgen.

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

Die Klägerin wies die Schreiben der Beklagten vom 3., 4. und 8. August 2006 (B 2, B 3 und B 63) mit Fax vom

10. August 2006 (K 61) zurück und vertrat die Auffassung, der eingebaute Beton sei ausreichend fest. Der Rückbau von Randsteinen auf einer Länge von 5 m sei aufgrund eines Fehlers bei der Einmessung erforderlich geworden. Für die Anweisung zum Ziehen von Bohrkernen werde ein Nachtragsangebot übermittelt. Die Baubehinderungszeit werde mitgeteilt und die Mängelanzeige zurückgewiesen.

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

Am 14. August 2006 (K 26) übersandte die Klägerin der Beklagten ein Gutachten des Dipl.-Ing. Sch., aus dem hervorging, dass mit dem gelieferten Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 eine Endfestigkeit von B 15 beziehungsweise C 12/15 erreicht werden könne. Die Beklagte übersandte ihrerseits der Klägerin am 17. August 2006 (K 16) ein Gutachten des Ingenieurbüros P. (B 1), wonach die entnommenen elf Betonproben nicht der Festigkeitsklasse C 20/25 entsprachen, sondern in sieben Fällen der Festigkeitsklasse C 12/15 und in vier Fällen der Festigkeitsklasse C 8/10. Weitere Proben zerbrachen nach der Entnahme und einige Bohrkerne konnten aufgrund von Vielfachbrüchen nicht entnommen werden.

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

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

Die Beklagte ließ von Dipl.-Ing. W. ein Gutachten über Schäden an den Arbeiten der Klägerin erstellen. Am

21. September 2006 führten die Parteien eine Teilabnahme durch.

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

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

Die Beklagte verlangt widerklagend 4.152.902,75 EUR als Kosten der Ersatzvornahme gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B, ferner die teilweise Rückzahlung von Abschlagszahlungen (387.332,31 EUR), Schadensersatz (90.729,80 EUR), Ersatz von Avalgebühren (40.500 EUR) und bezogen auf weitere von ihr behauptete Mängel den Ausgleich von Mängelbeseitigungskosten (209.382,83 EUR) sowie die Feststellung, dass die von ihr behaupteten Mängel vorliegen. Die Parteien haben wechselseitig beantragt, durch Zwischenfeststellungsurteil festzustellen, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) bzw. eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund bzw. Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B a. F. gewesen sei. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob Beton der Festigkeitsklasse B 25 (entspricht der neuen Bezeichnung C 20/25) im angelieferten (Auffassung der Klägerin) oder eingebauten Zustand (Auffassung der Beklagten) geschuldet war.

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

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

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

Die ausgeführte Betonqualität genüge weder den damals geltenden anerkannten Regeln der Technik (DIN 18318 der VOB/C) noch der vertraglich vereinbarten Druckfestigkeit von B 25 (bzw. C 20/25 gemäß der neuen Bezeichnung). Das Landgericht habe die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Fristsetzung überspannt. Der Inhalt des unverbindlichen Gesprächs am Morgen des 18. August 2006 führe nicht dazu, dass die Beklagte ihr Kündigungsrecht an diesem Tag nicht habe ausüben dürfen. Es liege weder eine unzulässige Rechtsausübung, noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Sofern die mit Schreiben vom 3. August 2006 zunächst gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis 11. August 2006 zu kurz bemessen gewesen sei, sei eine angemessene Frist in Gang gesetzt worden und bei Ausspruch der Kündigung abgelaufen. Die Teilkündigung habe zudem die mildeste Maßnahme dargestellt. Von einer Kündigung der Arbeiten, bei denen die Klägerin unmittelbar vor dem Abschluss gestanden habe, habe die Beklagte ausdrücklich Abstand genommen. Es seien nur die Arbeiten gekündigt worden, bei denen die Problematik der Betonqualität bereits nachgewiesen gewesen sei. Entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts sei es nicht erforderlich gewesen, vor der Kündigung die Mängel sachverständig feststellen zu lassen. Streitig sei die Frage der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit. Nicht die Beklagte, sondern die Klägerin habe gegen das Kooperationsgebot verstoßen. Sie hätte sich eventual nachbeauftragen lassen können. Die Selbstvornahme der Beklagten sei ohne Kündigung nicht möglich gewesen.

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

nis zur Klägerin Verwenderin geworden wäre. Die Ausschreibungsbedingungen verwende die Beklagte nicht üblicherweise, sondern dieses eine Mal.

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

Die außerordentliche Kündigung sei unwirksam, weil die Rüge einen wirtschaftlich und technisch völlig untergeordneten Teilbereich der Gesamtleistung betroffen habe, der im Rahmen der noch Monate andauernden Arbeiten ohne weiteres und ohne zeitliche Verzögerung hätte nachgebessert werden können. Die Kündigung sei rechtsmissbräuchlich und unter massivem Verstoß gegen die Kooperationspflicht erfolgt. Die Klägerin habe ihre Pflicht zur Prüfung der Mängelrüge sehr ernst genommen und sei zum Austausch bereit gewesen, wenn sich dafür nach der Überprüfung ein Anlass ergeben hätte. Der Vorschlag zur Einholung eines gemeinsamen Gutachtens verdeutliche die Vertragstreue der Klägerin und ihre Bereitschaft zur Kooperation. Eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung sei am 18. August 2006 noch nicht abgelaufen, denn neben der eigentlichen Nachbesserung hätte die Klägerin auch Zeit benötigt, um Ansprüche gegen den Betonlieferanten zu prüfen und neues Material zu ordern.

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

Nach der Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. E. unter Mitwirkung des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. G., das mehrfach schriftlich ergänzt und mündlich erläutert wurde, hat

der Senat mit Teil-, Feststellungs- und Grundurteil vom 20. Februar 2020 das angefochtene Teilurteil abgeändert, die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin abgewiesen, festgestellt, dass es sich bei der Kündigung der Beklagten um eine Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B handelt, die Widerklage bezogen auf Ersatzvornahmekosten in Höhe von 4.152.902,75 EUR dem Grunde nach für begründet erachtet und im Übrigen das Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

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

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

Die Beklagte beantragt,

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

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

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten/ Widerklägerin/ Berufungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Halle,

11 O 64/06 vom 13.12.2013 mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass sich die Zwischenfeststellung auf das Vorliegen einer freien Kündigung als Grund der Vertragsbeendigung beschränkt.

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

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg, denn das Urteil des Landgerichts beruht auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung, § 513 Abs. 1 ZPO. Soweit die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen, führt die Berufung unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu der, der Zwischenfeststellungsklage entgegenstehenden Feststellung (§ 256 II ZPO), dass die vertragsbeendigende Kündigung der Beklagten vom 18. August 2006 ihrer Rechtsnatur nach eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist. Dementsprechend erweist sich die Widerklage auch bezogen auf die in Höhe von 4.152.902,75 EUR geltend gemachten Ersatzvornahmekosten als dem Grunde nach gerechtfertigt (§§ 525, 304 ZPO). Im Hinblick auf die fehlende Entscheidungsreife zur Höhe der Widerklageforderung ist das angefochtene Urteil auf den Hilfsantrag der Beklagten aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO).

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

2. Begründet ist der Zwischenfeststellungsantrag der Beklagten, denn sie hat den Bauvertrag aus wichtigem

Grund wirksam außerordentlich gekündigt. Die Klägerin kann die beantragte Zwischenfeststellung dementsprechend nicht beanspruchen.

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

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

Die Beklagte wurde mit der Bezugnahme auf die Bedingungen der Hauptauftraggeberin Verwenderin der besonderen Vertragsbedingungen der Stadtbahn S. GmbH (vgl. BGHZ 101, 357, Rn. 11, juris; BGH NJW 1987, 837). Weil sie die von der Stadtbahn S. GmbH für eine mehrfache Verwendung formulierten Bedingungen benutzte, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte selbst die mehrfache Verwendung plante. Ebenfalls nicht entscheidend ist, dass die Klägerin aufgrund der öffentlichen Ausschreibung und der Überlegung, mit der Beklagten als ARGE aufzutreten, damit rechnete, dass die Einbeziehung der VOB/B erfolgen werde und dies ihrem Wunsch entsprach. Denn die Initiative für die Einbeziehung in das konkrete Vertragsverhältnis

ging von der Beklagten aus, auch wenn die Klägerin ansonsten selbst regelmäßig die VOB/B einbezieht. Maßgeblich ist nicht allgemein die Einbeziehung der VOB/B, sondern deren Einbeziehung nach den Maßgaben der Besonderen Vertragsbedingungen der Stadtbahn S. GmbH. Dass die Klägerin Gelegenheit hatte, eigene Gestaltungsmacht in das Vertragsverhältnis einzubringen, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil, im Verhandlungsprotokoll vom 21. Oktober 2004 ist ausdrücklich festgehalten, dass die Vertragsbedingungen des Bieters, hier also der Klägerin, nicht Vertragsbestandteil werden.

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

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

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

Wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 19. Januar 2023 ausgeführt hat, ist das Recht eines Auftraggebers, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, für ab dem 1. Januar 2002, aber vor Einführung von § 648a BGB zum 1. Januar 2018 geschlossene

Verträge richterrechtlich anerkannt und folgt aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB. Die Kündigung aus wichtigem Grund setzt voraus, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dies kann der Fall sein, wenn durch die Mangelhaftigkeit der Leistung das Vertrauen des Bestellers in die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung des Unternehmers zerstört wird und die Art der Mängel befürchten lässt, dass die Leistung insgesamt nicht mangelfrei erbracht werden kann. Dabei muss der Vertrauensverlust objektiv nachvollziehbar sein (Peters in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 648a, Rn. 4).

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

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

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

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

nem bestimmten Sinn verstanden werden, diese Bedeutung (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000, XI ZR 72/00, Rn. 23).

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

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

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

Bestätigt wird dies durch die Angaben des vom Landgericht hinzugezogenen Sachverständigen Chem. Ing. R., der in seinem schriftlichen Gutachten vom 10. Ok-

tober 2011 allgemein zu Druckfestigkeitsklassen ausgeführt und auf Nachfrage des Vorsitzenden mündlich erläutert hat, dass die Druckfestigkeit sich stets auf das fertige Bauteil bezieht, und wie sie ermittelt wird. Die Konsistenz des Frischbetons werde nicht mit Druckfestigkeitsklassen bezeichnet. Soweit der von der Klägerin hinzugezogene Sachverständige Sch. die DIN 1045 hier nicht für anwendbar hielt, widersprach Prof. Dr.-Ing. G..

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

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

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

Dem steht nicht entgegen, dass die maßgebliche DIN 18318 als anerkannte Regel der Technik lediglich eine Druckfestigkeit von B 15 fordert. Soweit die Klägerin die ihrer Auffassung nach geschuldete Betonqualität mit den Vorgaben der DIN in den verschiedenen Fassungen im Lauf der letzten 30 Jahre und den dortigen Anforderungen an Betonfundamente mit Rückenstützen zu begründen sucht, übersieht sie, dass damit allenfalls die übliche Beschaffenheit beschrieben wäre, auf die es aufgrund der abweichenden vertraglichen Vereinbarung nicht ankommt. Den Parteien stand es frei, vertraglich eine höherwertige Beschaffenheit zu vereinbaren. Hiervon haben sie Gebrauch gemacht. Aufgrund der klaren Priorität von Leistungsverzeichnis und Zeichnung kommt auch den verschiedenen Formulierungen in der DIN in den unterschiedlichen Fassungen aus der maßgeblichen Sicht des beauftragten Bauunternehmers letztlich keine entscheidende Bedeutung zu.

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

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

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

Der vereinbarten Betonqualität B 25 bzw. C 20/25 wurden die Leistungen der Klägerin in dem mit Schreiben vom 4. August 2006 bezeichneten Bauabschnitt nicht gerecht. Hiervon ist der Senat im Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt. Der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. G. hat den Untersuchungsbericht von P. vom 16. August 2006 bewertet und zusammenfassend festgestellt, dass der von der Klägerin eingebaute Beton von einem Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 weit entfernt sei. Tatsächlich erfüllte der Beton nicht einmal die Festigkeitsklasse 8/10. Diese Einschätzung teilt die Klägerin, soweit sie im Schriftsatz vom 28. Juni 2018 konstatiert, dass die nach der DIN 18318, Ausgabe 2006-10, übliche Endfestigkeit nach den Ergebnissen des Prüflabors P. im Wesentlichen erreicht werde. Die negative Abweichung der von ihr hergestellten Bordsteinfundamente von der Festigkeitsklasse B 25 bzw. C 20/25 hat die Klägerin in demselben Schriftsatz unstreitig gestellt: Dass sie bei ihren Arbeiten systematisch keine Endfestigkeit B 25 bzw. C 20/25 erreicht habe, sei keineswegs auf Ausführungsfehler oder mangelnde Sorgfalt, sondern ausschließlich auf das ihrige Verständnis der geschuldeten Betonqualität zurückzuführen. Sie bezieht sich dabei auf die Vorgaben der DIN in den verschiedenen Fassungen und die dortigen Anforderungen an Betonfundamente mit Rückenstützen, auf die es aber angesichts der abweichenden Vereinbarung der Parteien nicht ankommt. Weiter führt sie aus, sie habe die angeblich geschuldete Festigkeit C 20/25 am fertigen Bauteil keineswegs versehentlich verfehlt, sondern vielmehr mit dem Wissen, dass derart hohe Festigkeiten bei Bordsteinfundamenten weder üblich noch technisch erforderlich seien, nicht angestrebt. Wenn die Klägerin hiervon überzeugt war und Zweifel am Leistungsprogramm der Auftraggeberin hatte, dann hätte sie dies in der Angebotsphase thematisieren und auf eine Änderung bzw. Klarstellung nach ihrem Verständnis drängen müssen. Entsprechendes gilt, soweit sie meint, höhere Anforderungen beim Einbau des Betons, etwa durch besonderes Verdichten mit Rüttlern, hätten beschrieben werden müssen. Das Leistungsverzeichnis ließ jedenfalls mit der gebotenen Klarheit die zu erreichende Sollbeschaffenheit erkennen und stellte die vertragliche Sollbeschaffenheit des Bauwerks nicht in das Belieben der Klägerin.

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

Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die Dispo-

sitionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber unzumutbar machen. Solche Umstände müssen einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen und in der Gesamtabwägung so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann dabei aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen.

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

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

Von einer derart gewichtigen, vertrauenszerstörenden Vertragsverletzung der Klägerin ist der Senat überzeugt. Betroffen von den Mängelrügen der Beklagten B2, B3, B30, B 63 und B 5 war zwar lediglich ein Bereich von etwa 330 m, in dem die Klägerin Unterbeton und Rückenstützen mangelhaft eingebaut hatte. Im Verhältnis zum Gesamtauftragsvolumen von rd. 3.000.000,00 EUR und der insgesamt von den Bauarbeiten mit Versetzung der Randsteine und betroffenen Strecke von 6,5 km handelt es sich um einen sehr kleinen Abschnitt. Insgesamt waren 10.050 lfm Rückenstützen einzubauen, 6.419 lfm waren davon zum Zeitpunkt der Kündigung ausgeführt. Verglichen damit ist der von den Rügen betroffene und zum Gegenstand der Kündigung gemachte Bereich relativ klein. Der Aufwand und die Kosten zur Beseitigung der gerügten Mängel war mit rd. 6.000,00 EUR und zwei bis drei Arbeitstagen vergleichsweise gering.

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

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

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

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

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

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

Die in den Schreiben vom 4. und 8. August 2006 gesetzten Fristen war angemessen und rechtfertigten die außerordentliche Kündigung am 18. August 2006. Durch die angemessene Frist zur Mängelbeseitigung soll der Auftragnehmer Gelegenheit erhalten, seine im Wesentlichen vorbereitete Leistung nunmehr zu erbringen. Deshalb kann diese Nachfrist in der Regel wesentlich kürzer sein, als etwa eine vertragliche Herstellungsfrist (OLG Naumburg Urteil vom 17. August 2000, 2 U 271/98, Rn. 57, zitiert nach juris). Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Sie muss so bemessen sein, dass der Auftragnehmer in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Angemessen ist die Frist bereits dann, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größter Anstrengung des

Auftragnehmers beseitigt werden können (vgl. BGH Urteil vom 11. Juni 1964, VII ZR 216/62). Eine angemessene Nachfrist braucht demnach regelmäßig nur den Bruchteil einer Herstellungsfrist zu betragen. Sie soll dem Auftragnehmer nur eine letzte Gelegenheit geben, die Erfüllung zu vollenden. Eine zweiwöchige Frist wird in der Literatur und Rechtsprechung im Allgemeinen als ausreichend betrachtet, sofern nicht besondere Umstände hinzukommen, wie ein erheblicher Mängelbeseitigungsaufwand. Solche Umstände sind hier nicht ersichtlich. Der geringe Mängelbeseitigungsaufwand erforderte keine längere Frist. Es waren keine nennenswerten Vorbereitungen zu treffen. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Klägerin die Arbeiten ihrerseits nicht selbst ausführte, sondern Subunternehmer heranzog. Diese waren auf der Großbaustelle und die Mängelbeseitigung musste Priorität haben. Die Klägerin bezog auf der Großbaustelle täglich mehrere Transportbetonlieferungen mit Frischbeton, so dass auch der Werkstoff zur Verfügung stand.

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

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

Die Tatsache, dass die Klägerin bereits 5 m Randsteine zurückgebaut hatte, zeigte, anders als von ihr behauptet, mitnichten ihre Bereitschaft, fehlerhaft hergestellte Bauteile bei erkannten Fehlern zu ersetzen. Die Klägerin betonte in demselben Schreiben ausdrücklich, dass es sich nicht um eine Reaktion auf die Mängelrüge handelte.

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

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

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

Angesichts der eindeutigen Formulierung in den Schreiben vom 4. und 8. August 2006, in denen die Beklagte bei fruchtlosem Fristablauf die Entziehung des Auftrags ganz oder teilweise in Aussicht stellte, konnten die Klägerin die Kündigung und deren Umfang nicht überraschen. Im Hinblick darauf, dass die Klägerin ihre Pflicht zur Erbringung der vertraglich geschuldeten

Leistung mit der Festigkeit B 25 bzw. C 20/25 konsequent negierte, konnte die Beklagte nicht anders vorgehen.

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

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

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

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

vorgestellt von Thomas Ax

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

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

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

KG, Urteil vom 06.03.2026 - 21 U 11/21

Gründe

A.

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

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

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

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

Das **Dock 2** als größtes der Docks weist eine Grundfläche von ca. 5.633 m² auf und ist in einen Nord-, einen

Süd- und einen Tiefteil untergliedert, die durch Querschotts voneinander getrennt waren. Die Querschotts wurden im Verlauf der weiteren Arbeiten nach und nach zurückgebaut. Das Dock 2 verfügt umlaufend über sogenannte Schlitzwände, also Betonwände, die freistehend und rückverankert die Baugrube zur Herstellung der Tunnelanlage sichern sollen. Diese Stützwände waren vor Beginn der hier streitgegenständlichen, von der Beklagten geschuldeten Nassaushubarbeiten von der Streithelferin im Auftrag der Klägerin hergestellt worden.

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

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

Nachdem es zu Verschiebungen in dem ursprünglichen Bauablaufplan gekommen war, vereinbarten die Parteien in der vierten Nachtragsvereinbarung vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung für

das Dock 2 erstmalig die folgenden Zwischenfristen (vgl. Anl. K 12, dort S. 1):

- Starttermin für die Nassaushubarbeiten für den südlichen Teil der Baugrube Dock 2: 26. August 2015
- Fertigstellungstermin Nassaushubarbeiten: 10. Dezember 2015
- Beginn der Schlammabsaugung: eine Woche nach Fertigstellung des Nassaushubs, d.h. 17. Dezember 2015
- Fertigstellung Schlammabsaugung: 11. Januar 2016
- Abnahme-Prozess: 12. Januar 2016

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

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

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

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

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

"Nach Fertigstellung des Unterwasseraushubs und vor Herstellen der Verpresspfähle ist die Baugrube im gefüllten Baudock bezogen auf das vom AG vorgegebene Festpunktfeld geodätisch zu kontrollieren. Der Punktabstand des Rasters darf nicht größer als 1,0 m sein. Die

Messergebnisse sind zu dokumentieren. Bei unplanmäßig großen Abweichungen/Toleranzen sind durch den AN entsprechende Maßnahmen zur Einhaltung der Toleranzen zu ergreifen und nach erneutem Aushub weitere geodätische Kontrollen zu seinen Lasten durchzuführen".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mit Schreiben vom 14. März 2016 (vgl. Anl. K 14) erklärte die Klägerin die außerordentliche Kündigung des Vertrages. Sie stützte sich hierbei zum einen auf § 4 Abs. 7 i.V.m. 8 Abs. 3 VOB/B und begründete die Kündigung mit einer mangelhaften Ausführung der Schlammabsaugung und einer mangelhaften Herstellung des Baugrubenplanums in Dock 2. Zudem folge ein Kündigungsgrund aus § 5 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sie meint:

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

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

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

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

In Hinblick auf das Schlammabsaugen im Dock 1.2 stünde ihr ein Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten zu, sodass das Landgericht die Klage auch insoweit zu Unrecht abgewiesen habe. Für die Mängelbeseitigungskosten im Zusammenhang mit dem Schlammabsaugen in Dock 1.2 seien ihr Kosten in Höhe von 74.203,96 € entstanden. Sie bezieht sich hierfür auf Rechnungen der Firma T vom 20. März 2015 und

vom 16. August 2016 (K 114) sowie auf eine tabellarische Aufstellung (K 99).

Die Klägerin beantragt,

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

Die Streithelferin schließt sich dem Antrag der Klägerin an.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

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

über den weiteren Fortgang und Einzelheiten - auch künftiger Baumaßnahmen - korrespondiert. Damit habe sie zu erkennen gegeben, an einer jeweiligen Kündigungsandrohung nicht festzuhalten, sondern das Bauvorhaben mit der Beklagten unverändert fortführen zu wollen. Die Kündigung vom 14. März 2016 sei in eine freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B umzudeuten, da die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nicht vorlägen. Selbst wenn man einen Kündigungsgrund annehmen wollte, wäre zumindest die Kündigung des gesamten Vertrages unverhältnismäßig. In Betracht käme allenfalls die Kündigung der Teilleistung Rest-Nassaushub.

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

B.

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

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

1. Nach § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht, wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder nur ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die

Widerklage zur Endentscheidung reif ist, durch Teilurteil hierüber zu entscheiden. Über einen Teileines einheitlichen Anspruchs, der nach Grund und Höhestreitig ist, kann durch Teilurteil nur entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht (§ 301 Abs. 1 S. 2 ZPO). Beides ist vorliegend der Fall, da der auf die Nassbaggerarbeiten im Dock 1.2 fußende Anspruch mangels Schlüssigkeit zur Entscheidung reif ist und über den restlichen Teil des einheitlichen Anspruchs, der sich auf Arbeiten im Dock 2 stützt, sogleich durch Grundurteil entschieden wird.

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

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

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

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

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

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

cc) Die VOB/B unterliegt einer Inhaltskontrolle, wenn sie nicht als Ganzes vereinbart ist und daher nicht vom Klauselprivileg des § 310 Abs. 1 S. 3 BGB erfasst wird. Das ist vorliegend der Fall, da etwa durch Ziff. 12.3 der ZVB Hochtief Nr. 13 (vgl. K 6, dort S. 5), die gem. Ziff. 1.1.6 der Verhandlungsprotokolle ebenfalls Vertragsbestandteil geworden sind, die Abnahmefiktionen nach § 12 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen wurden. Welches Gewicht der Eingriff hat, ist dabei unerheblich

(vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2004, VII ZR 419/02). Damit ist die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet.

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

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

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

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

Nach § 304 Abs. 1 ZPO kann das Gericht über den Grund des geltend gemachten Anspruchs entscheiden, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist.

Ein Grundurteil setzt dabei weiter voraus, dass alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und der Anspruch nach dem Sach- und Streitstand mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht, also hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der verbleibende Anspruch der Höhe nach "Null" überschreitet (vgl. etwa BGH, Versäumnisurteil vom 14. März 2008, V ZR 13/07).

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

Im Einzelnen:

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

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

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

a) Im Erfüllungsstadium, also vor Abnahme, ist grundsätzlich - so auch hier - die Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B vorrangig gegenüber den allgemeinen Regelungen der § 280 Abs. 1, 3, § 281

BGB (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996, VII ZR 228/94).

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

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

aa) Zum Teil werden Bedenken gegen die Wirksamkeit geäußert mit dem Argument, dass nach verwerderfeindlichster Auslegung von § 5 Abs. 4 VOB/B eine Kündigung schon bei nur minimaler Fristüberschreitung (auch bei Überschreitung um nur einen Tag) möglich wäre, ohne dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auftraggeber unmittelbar unzumutbar sein muss. Daher spreche einiges für eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Kündigung aus wichtigem Grund, was zur Unwirksamkeit der Regelung führen müsse (vgl. Gartz in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Auflage 2025, § 5, Rn. 60). Regelmäßig werde die Grenze der von § 648a BGB verlangten Unzumutbarkeit, den Vertrag fortzusetzen, in den Fällen eines "einfachen" Verzuges noch nicht überschritten sein, sodass die vom Gesetzgeber gezogene Linie für eine Kündigung aus wichtigem Grund durch die Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B unterschritten werde (vgl. Preussner in: BeckOK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 62. Edition, Stand: 01.02.2026, § 5 Abs. 4; Rn. 51b - d). Zudem werden Bedenken im Hinblick auf die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geregelten Rechtsfolgen geäußert, wonach im Fall der Kündigung ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungskosten bestehe (vgl. etwa Gartz in: Jansen/Seibel, VOB/B, 6. Auflage 2025, § 5, Rn. 58 f).

bb) Nach anderer Ansicht sei die bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B vorgenommene Wertung nicht ohne Weiteres auf die hier infrage stehende Regelung des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B und die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B

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

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

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

Die Kündigungsregelung hält bei Verwendung der VOB/B durch den Auftraggeber der isolierten Inhaltskontrolle stand. Denn jedenfalls der Verzug mit der Fertigstellungsfrist gemäß § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, um die es auch hier (wenn auch in Form einer Zwischenfertigstellungsfrist) geht, stellt keine nur unerhebliche Vertragspflichtverletzung dar. Diese wird zudem durch den erfolglosen Ablauf der gesetzten angemessenen Frist, die erst nach Verzugsseintritt erfolgen darf, noch verstärkt. Dies begründet regelmäßig einen zur Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung führenden Vertrauensverlust des Auftraggebers. Die Fristsetzung kann insoweit auch nicht als bloße Förmlichkeit angesehen werden, der unter Umständen kein anerkanntes eigenes Interesse zugrunde liegt. Vielmehr besteht ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers

daran, dass der bereits eingetretene Verzug beendet und die Leistung fertiggestellt wird (so auch Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 313a).

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

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

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

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

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

Im Einzelnen:

a) Darlegungs- und Beweislast

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

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

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

An dieser allgemeinen Beweislastverteilung ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin vorliegend nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B vorgeht, d.h. die vorgeworfene Pflichtverletzung - Nichterfüllung bei Fälligkeit trotz Fristsetzung - in eine Kündigung mündete. Denn hinsichtlich der Verteilung der Darlegungslast unterscheiden sich die beiden Anspruchsgrundlagen nicht voneinander. In beiden Fällen trägt der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt, also seine vertraglichen Pflichten nicht verletzt hat, nachdem der Auftraggeber eine aus seiner Sicht begangene Pflichtverletzung aufgezeigt hat (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 28. August 2018, 21 U 24/16). Die Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers als Leistungserbringer ergibt sich aus der allgemeinen Regel des § 363 BGB (s. auch Grüneberg in: Grüneberg, BGB, 85. Aufl. 2026, § 281, Rn. 53; Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, 10. Auflage 2025, § 281, Rn. 202), die für alle vertraglichen Pflichten gilt und nicht etwa auf Mängelrechte aus § 634 BGB und den Geltungsbereich des § 640 Abs. 1 BGB beschränkt ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008, VII ZR 64/07).

bb) Unabhängig von den allgemeinen Regeln ergibt sich die Beweislastverteilung im konkreten Einzelfall auch aus der vierten Nachtragsvereinbarung der Parteien vom 16. September 2015 nebst Leistungsbeschreibung. Hierin haben die Parteien ausdrücklich die Pflicht der Beklagten vereinbart, zum Nachweis des er-

reichten Bausolls ein Aufmaß zu erstellen, das bestimmte Vorgaben einhalten muss. Somit sind die Parteien nach ihrer eigenen Vertragsordnung davon ausgegangen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für die vertragsgemäße Erfüllung trifft.

b) Fälligkeit/maßgebliche Vertragsfristen

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

aa) Maßgebliche Ausführungsfrist

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

Somit vereinbarten die Parteien im Ausgangspunkt den 10. Dezember 2015 verbindlich als maßgeblichen Fertigstellungstermin für den **Nassaushub**. Zwar kann sich die Ausführungsfrist gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1a) VOB/B verlängern, was die Beklagte unter Bezugnahme auf verschiedene Behinderungsanzeigen hier auch für sich in Anspruch nimmt. Es muss an dieser Stelle jedoch nicht im Einzelnen geklärt werden, ob es zu Verschiebungen dieser (Zwischen-) Fertigstellungstermine aufgrund diverser Behinderungsanzeigen gekommen ist und wenn ja, in welchem genauen Ausmaß. Ohnehin könnten hier nur die Behinderungen von Relevanz sein, die nach dem 16. September 2015 angezeigt wurden, da die Parteien an diesem Tag die besagte Nachtragsvereinbarung nebst Anpassung (bzw. erstmaliger Aufstellung) der Zwischenfristen trafen. Somit waren sämtliche bis dahin eingetretene Behinderungen und Erschwernisse bereits berücksichtigt. Auch kann, wenngleich dies im Ergebnis ohne Relevanz ist, die Beklagte sich nicht wirksam auf eine Verschiebung der

Fertigstellungsfrist durch festgestellte Schlitzwandfugen im Dock 2 berufen. Denn diese haben, was in der Folge noch auszuführen sein wird, keine Auswirkungen auf die von der Beklagten geschuldeten Nassaubarbeiten im Dock 2 gehabt. Dies kann jedoch, wie einleitend festgestellt, vorliegend dahingestellt bleiben. Denn die Beklagte selbst ging stets davon aus, die Ausubarbeiten am 17. Dezember 2015 fertiggestellt zu haben und sah sich offenbar auch in der Lage, die Arbeiten bis dahin abzuschließen. Danach erfolgten, insoweit unstrittig, auch keine Nassbaggerarbeiten mehr; vielmehr hat die Beklagte im Anschluss nur noch Arbeiten die Schlammabsaugung betreffend ausgeführt. D.h. selbst bei Zugrundelegung sämtlicher Behinderungen, die die Beklagte in Bezug auf die Nassbaggerarbeiten angezeigt hat, hat sich nach ihrem eigenen Vortrag der Fertigstellungstermin für die Nassbaggerarbeiten nicht um mehr als eine Woche, d.h. auf den **17. Dezember 2015**, verschoben. Dieses Datum kann mithin als maßgeblicher Fertigstellungstermin für die Nassaubarbeiten zugrunde gelegt werden.

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

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

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

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

(1) Zum Teil wird vertreten, dass sich die "Vollendung" im Sinne des § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B grundsätzlich nicht auf die Erbringung von Teilleistungen, sondern nur auf die Gesamtbauleistung des Auftragnehmers beziehe (so etwa Sacher in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 5 VOB/B, Rn. 223, 244). Dies folge aus einer objektiven Auslegung unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik des § 5 VOB/B. Die Formulierung in § 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B, in der von Verzug mit der Vollendung die Rede

ist und nicht, wie in § 5 Abs. 1 VOB/B, von verbindlichen Fristen (Vertragsfristen), mache deutlich, dass die Klausel zwischen der "Vollendung" des geschuldeten Werks und dem Bauablauf unterscheidet, wobei Einzelfristen für derartige Teilleistungen, auch wenn sie als Vertragsfristen vereinbart sind, dem Bauablauf zuzuordnen seien.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Vertragssoll

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

Hiermit ist die Beklagte zum einen bereits ausgeschlossen, weil sie dies schon erstinstanzlich hätte vorbringen können, § 531 Abs. 2 ZPO. Bereits in dem angegriffenen Urteil, dort auf S. 10, wird zu dem o.g. Leistungssoll ausgeführt. Die Beklagte hatte zu keinem Zeitpunkt eine gebotene andere Lesart der Leistungsbeschreibung vorgebracht. Zumindest hätte die Beklagte, wenn sie meint, aus Toleranzen, die andere Materialsichten des Bauwerks betreffen, etwas für ihre Leistung ableiten zu können, den Sachverständigen hierzu im Berufungs- und Beweistermin befragen müssen. Es handelt sich hierbei auch um kein neues Thema, das erst jetzt, etwa im Rahmen der Anhörung des Sachverständigen, aufgekommen ist. Die Frage der zu erreichenden Aushubtiefe und der vorgesehenen Toleranzen steht vielmehr seit Klageerhebung im Mittelpunkt des Rechtsstreits.

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

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

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

Der Senat vermochte sich anhand der Eigenmessungen der Beklagten vom 25./26. Februar 2016 und vom 29. Februar/1. März 2016 (vgl. Anl. K 70), die der Beklagten als Fertigstellungsnachweis dienen sollten, nicht davon zu überzeugen, dass die Beklagte das geschuldete Aushubplanum erreicht hat.

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

Bei den Abweichungen, die zum Teil "nur" geringfügig oberhalb der tolerierten Schwelle, also oberhalb der Unterkante der Unterwasserbetonsohle, lagen, handelt es sich auch um relevante Abweichungen. Die Beklagte kann sich nicht damit entlasten, hier werde eine

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

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

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

(2) Neben dem Umstand, dass schon die von der Beklagten selbst ermittelten Werte nicht das Erreichen des vertraglich vereinbarten Aushubplanums belegen, entspricht auch das eingesetzte Messverfahren nicht den vertraglichen Vorgaben.

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

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

Unabhängig davon, dass die Beklagte damit die vertraglichen Vorgaben für das Messverfahren bereits nicht eingehalten hat, hat auch der Sachverständige

nachvollziehbar und in sich schlüssig das Erfordernis bzw. den Vorzug einer Höhenbestimmung mittels Lasers gegenüber einer solchen mit GPS dargelegt. Zwar könne eine Höhenbestimmung ebenso mittels GPS erfolgen. Eine höhere Messgenauigkeit und -sicherheit werde jedoch durch den Einsatz einer Laserebene sichergestellt.

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

Hiernach fehlt es bei dem beklagten zur Anwendung gelangten Messverfahren zum einen an dem Einsatz einer Laserebene, zum anderen hält das genutzte GPS-RTK-Verfahren die Messgenauigkeit von ± 2 cm nicht ein, sondern weicht hiervon um 1 cm ab. Dieser Befund wird noch dadurch verstärkt, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen die Messmarkierungen auf dem Stahlseil, an dem das Lot auf das Aushubplanum herabgelassen wurde, zu groß waren, um die geforderte Messtoleranz von ± 2 cm zu erzielen.

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

So haben die von der Klägerin in Auftrag gegebenen Messungen der Firma L eine deutlich weitergehende Abweichung des erstellten Aushubplanums von den vertraglichen Vorgaben ergeben. Danach lag das Planum an 78,78 % der Messpunkte oberhalb des Toleranzrahmens (vgl. Lotplan K 75, dort die rot markierten

Felder). Da nichts dafür ersichtlich ist, dass die Messungen der Firma L schwächer oder unzuverlässiger wären als die der Beklagten, reduzieren sie die Überzeugungskraft der beklagten durchgeführten geodätischen Handlotungen deutlich. Soweit in dem Lotplan die Messergebnisse auf 5 cm gerundet wiedergegeben sind, besagt dies insbesondere nicht, dass das angewandte Messverfahren nur über eine Messgenauigkeit von ± 5 cm verfügt. Vielmehr hat der Sachverständige im Rahmen seiner mündlichen Anhörung am 26. November 2025 erklärt, dass die offenkundige Rundung der gemessenen Werte nichts über die Messgenauigkeit aussagt, sondern es sich nur um eine Art der Wiedergabe der Ergebnisse handle. Somit könnten die tatsächlichen Messwerte sogar noch stärker vom Leistungssoll abweichen, da auch nicht tolerierte Werte im Bereich von 0,1 - 2,4 cm auf null gerundet worden sein könnten, sodass u.U. einige erhöhte Werte gar nicht abgebildet wurden. Diese Rundungsmethode kann sich folglich sogar günstig für die Beklagte ausgewirkt haben.

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

(5) Auf der anderen Seite sind die weiteren von der Klägerin in Auftrag gegebenen Kontrollmessungen der Ingenieursozietät R vom 18. März 2016 (vgl. Privatgutachten vom 17. Juni 2016, K 82; im Folgenden: **Messungen R**) nicht geeignet, die Position der Klägerin weiter zu stärken und zur Überzeugungsbildung zu dem Beweisthema beizutragen. Denn diese Messungen entsprechen nicht den vertraglichen Vorgaben an das Messverfahren.

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

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

(b) Auch die Verwendung eines Seils zum Herablassen des Lotes, wie es bei den Messungen der Beklagten im Februar/März 2016 erfolgt ist, berge zwar die Gefahr größerer Messungenauigkeiten als die Verschweißung des Lots mit einer Stahlgewindestange, wie es bei den Messungen R erfolgte. Denn bei letzterem würden Seildurchhänge und damit Messungenauigkeiten insgesamt ausgeschlossen. So bestehe bei Seilen, auch wenn es sich natürlich um Stahlseile handele, immer die Gefahr von Ausbuchtungen und Ausbauchungen, was die Messergebnisse verfälsche. Zwar sei es Aufgabe des Lots, das Seil zu straffen. Je größer allerdings die zu überbrückende Strecke und das Eigengewicht des Seils seien, könne das Lotgewicht ggf. für eine maximale Straffung nicht mehr ausreichend sein. Daher sei eine Messstange zuverlässiger. Dennoch erfülle die von der Beklagten zum Einsatz gebrachte Methode der klassischen "Handlotung", bei der ein Lot an einem Stahlseil herabgelassen wird, ohne Weiteres die hier vertraglich vereinbarten Vorgaben an das Messverfahren. Dies erscheint auch naheliegend, da das Verfahren der Messungen R, das lediglich zu Kontrollzwecken an nur 21 Messpunkten durchgeführt wurde, einen enormen Aufwand bedeutet. So muss die ca. 800 kg schwere Messvorrichtung für jede einzelne Messung mit einem Kran umgesetzt werden, was eigentlich nicht mehr unter den Begriff einer konventionellen geodätischen Lotung, die typischerweise eine Handlotung darstellt, subsumiert werden kann.

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

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

(a) Echolotpeilung

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

Allerdings hat der Sachverständige in seiner ergänzten Stellungnahme vom 20. November 2025 nachvollziehbar und überzeugend dargelegt und erläutert, dass sich aus dieser Messung keine sicheren Ergebnisse ableiten ließen. Denn eine Echolotpeilung liefere lediglich ungenaue Messergebnisse. Diese Messmethode sei zwar ebenfalls vertraglich als Möglichkeit vorgesehen gewesen, aber nur mit der Einschränkung, dass die Ergebnisse der Echolotpeilung durch eine geodätische Lotung verifiziert und in den Bereichen 2 m entlang der Schlitzwände durch eine geodätische Lotung ergänzt werden. Beides ist hier bei der Messung am 17. Dezember 2015, insoweit unstreitig, nicht erfolgt. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sind diese einschränkenden Vorgaben auch fachlich gerechtfertigt, da die Echolotmessung auf Schallwellen basiert. Diese stellen indes nur dann eine "relativ" zulässige Messmethode dar, wenn ein Medium mit einer konstanten Dichte - wie beispielsweise klares Wasser - durchdrungen werde. Bei der hier gegebenen Schlammschicht, die eine von klarem Wasser abweichende Dichte aufweist, verändere sich hingegen die Wellengeschwindigkeit des Echos, was die Messungen verfälschen könne. Daher begegne die Echolotpeilung vom 17. Dezember 2015 insbesondere vor dem Hintergrund Bedenken, dass sie vor der Schlammabsaugung durchgeführt wurde. Denn das trübe, schlammige Wasser beeinflusse die Schallwellen und verfälsche die Messergebnisse. So ergibt sich auch aus den vertraglichen Vorgaben, die der Sachverständige aus seiner fachkundigen Sicht als erforderlich und geboten eingeschätzt hat (s. Protokoll vom 26. November 2025, dort S. 13 unten), dass das Aufmaß erst nach Fertigstellung des Aushubplanums, Abschluss der Nassbaggerarbeiten im gesamten Dock und Absaugen des Restschlammes auf der Aushubsohle zu erstellen war, d.h. die entsprechenden

Messungen erst im Anschluss an die Schlammabsaugung erfolgen sollten. Zudem könne eine Echolotpeilung, so der Sachverständige, keine Höhendifferenzen unterscheiden. So sei es möglich und sogar sehr wahrscheinlich, dass der Boden unterschiedliche Höhen aufweise und uneben sei. Dies werde bei einer Echolotpeilung nicht erfasst, da der Schall sich gleichmäßig ausbreite.

Dass die Ergebnisse der Echolotpeilung zudem nur eine Messgenauigkeit von +/- 3 cm wiedergeben, spielt - unabhängig davon, dass der Sachverständige erklärt hat, sich eine so hohe Genauigkeit bei diesem Verfahren gar nicht vorstellen zu können - daneben nach dem Verständnis des Senats nur eine untergeordnete Rolle bei der Beantwortung der Frage, ob die anhand dieses Messverfahrens ermittelten Werte verlässlich sind. Entscheidend ist in erster Linie, dass der Sachverständige dieses Messverfahren aus anderen fachlichen, oben genannten Gründen als unzuverlässig eingeordnet hat. Es ist daher lediglich ergänzend zu beachten, dass, unabhängig davon, ob ein Messverfahren mit dieser Messgenauigkeit nach der Vereinbarung der Parteien aus September 2015 den vertraglichen Vorgaben genügt, bei den Messergebnissen zumindest diese Messtoleranz zu berücksichtigen wäre. Da sämtliche Werte, wie eingangs ausgeführt, bei -0,1 bis 0 cm liegen, d.h. auf den ersten Blick das Vertragsoll erfüllt scheint, kann hiermit nach Berücksichtigung der Messgenauigkeit an keinem Messpunkt das Erreichen einer Aushubtiefe im Toleranzbereich nachgewiesen werden. Denn im Extremfall weichen die tatsächlichen Werte 3 cm nach oben von den gemessenen ab, sodass sie tatsächlich alle im positiven - nicht tolerierten - Bereich lägen. Um mit diesem Messverfahren verlässliche Werte zu liefern, hätte die Beklagte mithin mind. 3 cm unter die Sohle ausgraben müssen, was hier nach ihren eigenen Ergebnissen indes an keiner Stelle geschehen ist.

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

(b) Baggerkontrolldaten

Auch den Baggerkontrolldaten, die der Beklagten als Eigenkontrolle dienten, um festzustellen, wie viel Material bereits ausgehoben wurde (vgl. Anl. 7 des Privatgutachtens der I vom 1. September 2016, Anl. B 67,

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

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

cc) Die Beklagte hat das Nichterreichen der geschuldeten Aushubtiefe auch zu vertreten, § 286 Abs. 4 BGB. Der Senat ist insoweit zu der Überzeugung gelangt, dass die unzureichende Aushubtiefe nicht auf anderen, nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten fallenden Ursachen beruht.

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

Im Einzelnen:

(1) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist es zur Überzeugung des Senats zunächst ausgeschlossen, dass es durch den Effekt der sog. **Aushubentlastung** zu

einem nachträglichen Materialeintrag in die Baugrube gekommen ist.

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

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

Der Einwand der Beklagten, die tatsächlich in situ vorhandene Bodenbeschaffenheit weiche erheblich von der in der Baubeschreibung genannten ab, wodurch sich die Aushubentlastung anders verhalte, vermag den Senat nicht zu überzeugen. Der Sachverständige hat sich nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der beklagtenseits eingeführten Untersuchung der TU X sehr klar dahingehend positioniert, dass aus dieser Untersuchung nichts Abweichendes für die Aushubentlastung folge. So sei die Untersuchung erfolgt, um herauszufinden, wie schnell der Mergel, der in der Baugrube anfiel, zerfällt. Dies habe keinerlei Auswirkungen auf die Frage der Aushubentlastung.

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

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

Ohnehin konnte er den Kreis relevanter Schlitzwandfugen, die theoretisch für einen Materialeintrag in Betracht kämen, auf drei begrenzen: nämlich die Schlitzwandfugen "SW 88/90" im Nordteil des Dock 2, "SW

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

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

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

Aber selbst dann, d.h. bei einem steigenden hydraulischen Gefälle, komme es nicht ohne Weiteres zu einem Materialeintrag durch offene Fehlstellen in den Schlitzwänden, was sich wiederum mit dem physikalischen

Phänomen der sog. "Gewölbewirkung" erkläre. Hier nach bilde sich in dem Erdreich auf der Bodenseite der jeweiligen horizontal durchgängigen Schlitzwandfuge ein räumliches Gewölbe, das die Fehlstelle überbrücke und abschirme. Aufgrund dieser Gewölbewirkung könne nur die (geringe) Menge an Boden in die Baugrube eingetragen werden, die sich zwischen dem Gewölbe und der Fehlstelle befinde. Diese hat der Sachverständige konkret mit $0,216 \text{ m}^3$ berechnet.

Diese Gewölbewirkung wiederum, die einem Material eintritt auch bei offenen Schlitzwandfugen entgegenstehe, versage erst bei einem erheblichen hydraulischen Gefälle und verliere damit ihre Wirkung. Während der Nassbagger- und Schlammabsaugungsarbeiten sei ein solches Gefälle allerdings nicht erreicht worden. Hierzu hat der Sachverständige anhand eigener Laboruntersuchungen und Berechnungen - vgl. S. 12 seiner ergänzenden schriftlichen Stellungnahme vom 20. November 2025 - ermittelt, dass die Gewölbewirkung erst ab einem Gefälle zwischen Innen- und Außenpegel von 2,81 m nachlasse. Anhand der Experimente im Labor hat der Sachverständige mithin festgestellt, dass in der Baugrube die Gewölbewirkung mindestens bis zu einem hydraulischen Gefälle von 2,81 m standgehalten hätte. Auch im Rahmen seiner Anhörung im Termin am 26. November 2026 (vgl. S. 17 - 18 des Protokolls) hat der Sachverständige diesen Befund erneut bekräftigt und dahingehend erläutert, dass die Gewölbewirkung auch bei einem wachsenden hydraulischen Gefälle zunächst bestehen bliebe und erst bei einem Absenken des Wassers im Dock gegenüber dem Grundwasserstand jenseits der Schlitzwand um 2,81 m versage.

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

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

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

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

Ein für die Gewölbewirkung kritisches hydraulisches Gefälle wurde in der Baugrube auch nicht durch die Schlammabsaugungsarbeiten erreicht. Auf diesen Einwand der Beklagten hat der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend erläutert, dass das Schlammabsaugen zwar eine gewisse "Unruhe" und Bewegung in der Baugrube verursacht haben mag, aber keine spürbaren Auswirkungen auf das hydraulische Gefälle hatte. Denn in Anbetracht der hierfür eingesetzten Geotextilschläuche konnte dem Dock zu einem bestimmten Zeitpunkt immer nur das Fassungsvermögen dieser Schläuche, also immer nur maximal 300 m^3 Wasser, entzogen werden. Diese 300 m^3 seien bereits sehr hoch gegriffen, da das entnommene Wasser tatsächlich durch die Wände des Geotextilschlauchs hindurchgelaufen und durch die Auffangrinne wieder zurück in das Dock geflossen sei. Aber selbst, wenn man diese maximalen 300 m^3 annehme und diese auf die Gesamtfläche des Docks verteile, gelange man zu einer maximalen Absenkung des Innenpegels von 4 bis 5 cm. Dies stelle, wie zuvor dargelegt, kein hydraulisches Gefälle dar, das die Gewölbewirkung gefährden könnte. Der Sachverständige hat im Rahmen einer noch weitergehenden Grenzbetrachtung schließlich weiter unterstellt, dass zeitgleich alle acht Geotextilschläuche, die hier verwendet wurden, mit schlammhaltigem Wasser befüllt wurden und es in dieser Zeit der Befüllung keinen Rückfluss in das Dock gab, obwohl es tatsächlich einen kontinuierlichen Rückfluss gab und zudem immer nur ein Schlauch zurzeit befüllt und dann ausgetauscht wurde. Selbst bei Unterstellung dieser Gegebenheiten käme es rechnerisch zu einer maximalen Absenkung von $5 \text{ cm} \times 8 = \text{rund } 40 \text{ cm}$ im gesamten Dock. Auch diese 40 cm stellten aus Sicht des Sachverständigen kein signifikantes hydraulisches Gefälle dar, das die Gewölbewirkung des Bodens gefährdet hätte. Das sehe

man schon daran, dass auch bei der Kompensationswasserzugabe, die die Senatsverwaltung hier verlangt hat, eine größere Schwankung von sogar 50 cm toleriert wurde.

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

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

Insbesondere vermag der Senat die Bedenken der Beklagten gegen die angenommenen Außenpegel nicht zu teilen. Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die Messpunkte M 90 und M 91, die zur Bestimmung des Außenpegels herangezogen wurden, relativ weit entfernt waren. Der Sachverständige hat jedoch nachvollziehbar erläutert, dass deren Inbezugnahme gleichwohl sachgerecht war. Denn entscheidend sei, dass diese Messpunkte sich auf einen Grundwasserleiter beziehen, der auch für die Baugrube relevant ist. Und genau das sei hier der Fall. Denn die Messpunkte M 90 und M 91 messen einen Grundwasserleiter, der durch das Tiefdock, also das Dock 2, geschnitten werde. Auch sei irrelevant, dass sich zwischen den Messpunkten und der Baugrube ein Fließgewässer befinde, da sich der Boden des Fließgewässers immer noch oberhalb des Grundwasserleiters befinde, der hier an den Messpunkten M 90 und M 91 gemessen werde.

(3) Auch der Einwand der Beklagten zu der **Eisfreiheit des Baudocks** vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Zwar hat die Beklagte auf die durchgängige Eisfreiheit des Docks 2 im Zeitraum Dezember 2015 bis Februar 2016 hingewiesen und hierin ein Indiz dafür gesehen, dass es doch einen Zustrom von verhältnismäßig warmem Wasser in das Dock gegeben haben müsse, der das Zufrieren verhinderte und zugleich möglicherweise Sedimente mitbrachte. Dem kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch nicht gefolgt werden. So hat der Sachverständige dargelegt (vgl. Protokoll vom 26. November 2026, dort S. 24), dass die Ausbildung einer Eisdecke auf einem verhältnismäßig tiefen, stehenden Gewässer, wozu auch das

Dock 2 zähle, zuerst voraussetze, dass das gesamte Wasser auf 4 °C abgekühlt sei. Vor diesem Stadium führe das Abkühlen des Wassers in oberflächennahen Schichten auf 4 °C aufgrund der Dichteanomalie des Wassers nur dazu, dass diese Anteile nach unten absinken und wärmere Anteile aus der Tiefe nach oben verdrängen. Erst wenn diese Zirkulationsbewegung über die gesamte Tiefe des Gewässers im Wesentlichen abgeschlossen sei und dann weitere Kälteperioden eintreten, könne es zu einer Eisbildung kommen. Vorliegend habe es in dem Zeitraum vom 1. Dezember 2015 bis zum 29. Februar 2016 indes - der Sachverständige stützt sich hierfür auf die Tagesmittellufttemperaturen der Wettermessstation Tempelhof (vgl. Anlage zum Protokoll vom 26. November 2025) - nur vereinzelt an wenigen Tagen Temperaturen unter 0 °C gegeben. Dies reiche für ein Einfrieren des Wassers im Baudock hingegen nicht aus.

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

dd) Schlammabsaugung:

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

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

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

Dies zugrunde gelegt war die der Beklagten mit Schreiben vom 3. März 2016 letztmalig gesetzte Nachfrist bis zum 10. März 2016 angemessen. Insbesondere kann diese Fristsetzung nicht isoliert betrachtet werden. Der Fristsetzung mit Schreiben vom 3. März 2016 waren bereits mehrere vorausgegangen. So hatte die Klägerin der Beklagten zuvor bereits mit Schreiben vom 10. Februar 2016 eine Nachfrist bis zum 12. Februar 2016 und unter dem 17. Februar 2016 eine solche bis zum 20. Februar 2016 gesetzt. Auch diese Fristsetzungen waren bereits mit Kündigungsandrohungen verbunden gewesen, sodass der Beklagten spätestens seit dem 10. Februar 2016 ausreichend Zeit zur Verfügung stand, um die Kündigung noch zu vermeiden. Die Nachfristsetzung vom 3. März 2016 bis zum 10. März 2016 stellt nur die letzte in dieser Reihe von Fristsetzungen dar, sodass sie auch nicht isoliert in den Blick genommen werden kann. Die weiteren hiermit noch gewährten sieben Tage waren in der Gesamtschau damit angemessen. Die Firma L benötigte drei Wochen, um den Nassaushub fertigzustellen; zwischen der ersten Fristsetzung mit Kündigungsandrohung und der Kündigungserklärung lag ein Zeitraum von über einem Monat, sodass der Beklagten ausreichend Zeit zur Verfügung stand. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang weiter, dass die Beklagte am 3. März 2016 die Arbeiten eingestellt und das schwere Gerät von der Baustelle abtransportiert hat. Sie hat damit deutlich zu erkennen zu geben, keine weiteren Maßnahmen mehr ergreifen zu wollen, um an dem Aushubplanum noch etwas zu ändern. Der Klägerin sodann vorzuwerfen, ihr sei für die Arbeiten nicht ausreichend Zeit eingeräumt worden, erscheint vor diesem Hintergrund treuwidrig, § 242 BGB.

Danach stand der Klägerin ein Recht zur Kündigung zu.

3. Kündigung des gesamten Vertrages

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

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

Unter der Prämisse des Vorliegens der Voraussetzungen einer Teilkündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B, d.h. der Annahme eines "in sich abgeschlossenen Teils der Leistung" kann daher die Pflicht zur Teilkündigung bestehen, wenngleich sich bereits aus der textlichen Formulierung ergibt, dass die VOB/B von einer vollständigen Auftragsentziehung als Grundregel ausgeht, weil ansonsten die besondere Erwähnung der zulässigen teilweisen Auftragsentziehung entbehrlich wäre (so auch Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 9. Auflage 2025, § 8 VOB/B, Rn. 99). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Begriff der Abgeschlossenheit bei der Frage, wann ein Teil der vertraglichen Leistung als abgeschlossen im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B anzusehen und eine beschränkte Entziehung des Auftrags möglich ist, ebenso zu verstehen wie in § 12 Nr. 2 VOB/B. In der Folge verbleibt für den Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung nur ein enger Anwendungsbereich. So können etwa Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglichte. Dies kann bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden kann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 212/07).

All diese Fragen können bei Erlass des vorliegenden Grundurteils jedoch dahinstehen. Denn selbst wenn die Kündigungserklärung zu weitgehend gewesen sein

sollte, da im konkreten Einzelfall eine Pflicht zur Beschränkung auf eine Teilkündigung bestand, änderte dies nichts an dem Bestehen eines Schadenersatzanspruchs dem Grunde nach. Ein solcher ergäbe sich dann entweder unmittelbar aus § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB, d.h. unabhängig von einer Kündigungserklärung, oder die Gesamtkündigung wäre in eine Teilkündigung umzudeuten, sodass weiterhin ein Schadenersatzanspruch gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 i.V.m. 5 Abs. 4 Fall 2 VOB/B dem Grunde nach bestünde, nureben in geringerem Umfang. In beiden Fällen bliebe es, worauf es für das Grundverfahren einzig ankommt, bei einem Schadenersatzanspruch in "irgendeiner" Höhe.

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

Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung. Ein Recht ist verwirkt, wenn es vom Berechtigten über längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist und der andere Teil sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und sich auch tatsächlich darauf eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (vgl. BGH, Urteile vom 27. Juni 1957, II ZR 15/56 und vom 20. Oktober 1988, VII ZR 302/87; Sutschet in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 76. Edition Stand: 01.11.2025, § 242, Rn. 140).

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

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

der häufig komplexen technischen Sachverhalte eine längere Überlegungsfrist angemessen sein kann (vgl. OLG München, Urteil vom 9. November 2004, 9 U 1811/03; OLG Köln, Urteil vom 14. November 2008, 19 U 54/08).

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

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

werden, nicht in diesem Sinne verstanden werden. Zudem hat die Beklagte auch nichts dazu vorgetragen, aufgrund einer Erwartung in diese Richtung entsprechende Dispositionen getroffen zu haben.

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

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

b) Die Beweislast wäre ebenfalls dieselbe. Bei einem Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB trifft den Schuldner erst recht die Beweislast dafür, dass er die Leistung erbracht hat. Erst wenn der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen hat, trägt dieser wegen § 363 BGB bzw. § 640 Abs. 1 BGB die Beweislast für die fehlende Vertragsgemäßheit (vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, Hau/Poseck, 77. Edition, Stand: 01.02.2026, § 281, Rn. 79).

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

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

Zwischenruf

Kann es im Rahmen eines Pauschalvertrages zur Anpassung des Vertragspreises kommen?

vorgestellt von Thomas Ax

§ 2 Abs. 7 VOB/B eröffnet ausdrücklich eine Änderung des Pauschalpreises unter den Voraussetzungen des § 242 BGB, vor allem unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Die ausgeführte Leistung muss von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweichen, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist. Wann bei Änderung der Bauleistung im Rahmen eines Pauschalvertrages eine Anpassung des Vertragspreises in Betracht kommt, ist eine Frage des Einzelfalles. Insoweit ist regelmäßig eine bestimmte Toleranzgrenze zu berücksichtigen, da die Vertragsparteien bewusst Risiken in Kauf genommen haben. Dabei ist nicht entscheidend auf Abweichungen bei einzelnen Positionen abzustellen, sondern auf ein deutliches Missverhältnis zwischen der Gesamtbauleistung und dem Pauschalpreis. Zwar gibt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine starre Risikogrenze in Gestalt eines Prozentsatzes. Eine Abänderung kommt aber - ohne weitere Umstände - regelmäßig erst bei einer Abweichung von etwa 20 % in Betracht. (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1522, 1542 ff.) Haben die Parteien den Umfang der geschuldeten Leistungen durch Angaben in einem Leistungsverzeichnis oder anderen Vertragsunterlagen, also im Rahmen der Leistungsbeschreibung, näher festgelegt und damit gerade nicht pauschaliert, bestimmen diese Vertragsgrundlagen Art und Umfang der zu erbringenden Werkleistung. Fallen später vom Leistungsverzeichnis oder von anderen Vertragsunterlagen zunächst erfasste Leistungen weg, reduziert sich also der Umfang der Leistungen des Auftragnehmers, ist dies durch einen entsprechenden Abzug zu berücksichtigen. (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1528) Eine Änderung der Bauausführung hat aber nicht grundsätzlich zur Folge, dass eine einmal getroffene Pauschalpreisvereinbarung überhaupt nicht mehr anwendbar wäre. Vielmehr rühren nur erhebliche Änderungen des Leistungsinhalts an die Grundlagen der Preisvereinbarung und können dann nicht ohne Auswirkung auf die ausgemachte Pauschale bleiben. (vgl. BGH, NJW 1974, S. 1864, 1865) Nur wenn der vereinbarte Leistungsinhalt völlig verändert worden ist, ist die Pauschalpreis-

vereinbarung als hinfällig zu betrachten und nach Aufmaß und den Einheitspreisen abzurechnen, die in dem zugrundeliegenden Angebot des Auftragnehmers enthalten waren (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1550 f.).

Wie kann man die Leistungsänderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B von der Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B abgrenzen?

vorgestellt von Thomas Ax

Die Abgrenzung der Leistungsänderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 von der Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 kann im Einzelfall große Schwierigkeiten bereiten, weil sich die Anwendungsgebiete beider Vorschriften aufgrund ihrer sprachlichen Fassung nicht sauber trennen lassen. Im Falle des § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 wird - im Gegensatz zu § 2 Abs. 5 VOB/B 2009, der jede Leistung erfasst, die anstatt der vertraglich vorgesehenen Leistung erbracht wird - die im Vertrag vorgesehene Leistung als solche nicht geändert, sondern um eine im Vertrag nicht vorgesehene zusätzliche Leistung erweitert. Die Ermittlung der Vergütungsansprüche im Fall einer geänderten Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 oder einer zusätzlichen Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 erfolgt im Ergebnis gleich. Von daher wird die Differenzierung nur dann maßgeblich, wenn es auf die Frage ankommt, ob - wie bei einer zusätzlichen Leistung gefordert - der Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 die Mehrkosten angezeigt hat. (Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage, VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 37 f.; Kues in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage, § 2 Rn. 186 ff.)

Zwar stellt die Ankündigungspflicht des § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B 2009 nach herrschender Meinung eine echte Tatbestandsvoraussetzung dar. Entscheidendes Kriterium ist hier jedoch der Vertrauensschutz des Auftraggebers, sodass eine Entbehrlichkeit der Ankündigung angenommen werden kann, wenn ein schützenswertes Vertrauen auf eine eventuelle Unentgeltlichkeit der zusätzlichen Leistung nicht vorliegt. Sinn und Zweck der Klausel ist es, den Auftraggeber zu schützen, weil dieser über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert sein soll, um entsprechend disponieren zu können. Auf der anderen Seite sind die berechtigten Interessen des Auftragnehmers, dass seine gewerblichen Bauleistungen regelmäßig nicht ohne Vergütung zu erwarten sind, zu berücksichtigen und begrenzen den An-

wendungsbereich der Ankündigungspflicht vor Ausführung. Ein Verlust des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers nach unterbliebener Mehrkostenankündigung ist demnach nicht angezeigt, wenn und soweit die Ankündigung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und daher ohne Funktion war. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn der Auftraggeber bei der Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausging oder ausgehen musste und sowie, wenn ihm nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer blieb. Der Auftragnehmer trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Indes muss der Auftraggeber zunächst darlegen, dass ihm tatsächlich preiswertere Ausführungsalternativen zur Verfügung standen, die er im konkreten Fall hätte heranziehen können, um so die geforderten Kosten der zusätzlichen Leistung zu unterschreiten. Lediglich abstrakt denkbare Möglichkeiten genügen hierfür nicht. (Kues in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage, § 2 Rn. 314 ff.)

Welche Leistungen sind von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst und welche nicht?

vorgestellt von Thomas Ax

Welche Leistungen von der Vergütungsabrede in einem Bauvertrag erfasst sind, ist durch Auslegung des Vertrages nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

Dabei ist das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen, wozu bei öffentlicher Ausschreibung auch die VOB/B gehört. Danach werden durch die vereinbarten Preise Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den verschiedenen Vertragsbedingungen und der gewerblichen Verkehrssitte zu den vertraglichen Leistungen gehören, § 2 Abs. 1 VOB/B. Bei einer öffentlichen Ausschreibung kommt dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung vergleichsweise große Bedeutung zu. Wie diese zu verstehen ist, hängt vom Empfängerhorizont ab. Maßgeblich ist insoweit bei der Ausschreibung nach VOB/A der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (BGH, Urteil vom 22.12.2011, VII ZR 67/11, BauR 2012, 490).

Die Auslegung hat zu berücksichtigen, dass der Bieter grundsätzlich eine mit den Ausschreibungsgrundsätzen der öffentlichen Hand konforme Ausschreibung erwarten darf. Deshalb darf der Bieter die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A im

Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftragsgeber den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will (BGH, s.o.). Nach diesen Anforderungen (§ 7 Abs. 1, 3, 6, 7 VOB/A) ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmer die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Dem Auftraggeber darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden, für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, z.B. Boden- und Wasserverhältnisse, sind so zu beschreiben, dass das Unternehmen ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann. Die "Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., sind zu beachten.

Missachtet der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an die Aufstellung der Leistungsbeschreibung nach § 7 VOB/A, sind dennoch die Erschwernisse von dem Vertrag erfasst, mit denen nach dem objektiven Empfängerhorizont eines potentiellen Bieters gerechnet werden musste. Kann der Auftragnehmer die Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses erkennen, so kann er diesbezüglich später keine veränderte Vergütung verlangen. Ein Auslegungsvertrauen auf Einhaltung der VOB/A scheidet aus, wenn ein Vergabeverstoß für den Bieter erkennbar ist oder wenn er auch ohne Angaben in der Ausschreibung eine ausreichende Kalkulationsgrundlage hat (OLG Braunschweig, Urteil vom 26.06.2014, 8 U 11/13, BauR 2017, 111).

Werbung

Ax Projects: Durchführung von Investorenauswahlverfahren

Strebt eine Gemeinde den Verkauf eines Grundstückes an, so bietet sich die Durchführung eines **Investorenauswahlverfahrens** (kurz: IAV) an. Im Rahmen der Vermarktung über ein IAV kann zwischen unterschiedlichen Verfahrenstypen entschieden werden:

Höchstpreisverfahren/Bieterverfahren/Direktvergabe

Der Bewerber/Bieter, der den höchsten Kaufpreis bietet, erhält den Zuschlag. Neben diesem Verfahren mit einem konkurrierenden Ansatz ist unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Direktvergabe möglich.

Bestgebotsverfahren/Konzeptverfahren

Der Bewerber/Bieter, der das überzeugendste Gesamtangebot (bestehend aus Konzept und Kaufpreis) einreicht, erhält den Zuschlag. Häufig wird eine 70/30-Verteilung bei den Bewertungskriterien vorgenommen, also 70 % Konzept und 30 % Kaufpreis. Auch andere Verteilungen sind möglich. Der Konzeptanteil soll jedoch über 50 % liegen, sofern von einem Bestgebots- oder Konzeptverfahren gesprochen wird.

Festpreisverfahren

Eine besondere Form des konzeptbasierten Verkaufs stellt das Festpreisverfahren dar. Hierbei wird der Kaufpreis von der Anbieterin festgelegt und eine Über- oder Unterschreitung durch die Bewerber/Bieter ist nicht vorgesehen. Der Zuschlag erfolgt ausschließlich auf Grundlage der Konzeptqualität (100%-Konzeptverfahren).

Die Bezeichnung der hier genannten Verfahrenstypen basiert auf der Zusammensetzung der Bewertungskriterien. Insbesondere die konzeptbasierten Ausschreibungen bieten eine Reihe an Vorteilen für die Stadt- und Ortsentwicklung und werden daher verstärkt genutzt.

Bei größeren Vorhaben bietet sich die Aufteilung in verschiedene Baufelder an, die anschließend als unterschiedliche **Vermarktungseinheiten bzw. Lose** angeboten und vergeben werden können.

Zusätzlich können die Verfahren hinsichtlich der geforderten Bewerbungsleistungen unterschieden werden:

Investorenauswahlverfahren inkl. Architektenleistung

Bei diesem Verfahren wird bereits mit der Angebotsabgabe vom Bewerber/Bieter ein architektonischer Entwurf eingereicht, der Teil der Bewertungskriterien ist. Investor/Entwickler und Architekt bilden meist eine Bewerbergemeinschaft. Häufig wird diese Verfahrensart auch als Investorenwettbewerb bezeichnet.

Investorenauswahlverfahren exkl. Architektenleistung

Bei diesem Verfahren wird mit der Angebotsabgabe vom Bewerber/Bieter kein architektonischer Entwurf eingereicht. Es besteht die Möglichkeit den ausgewählten Bewerber nach dem Verkauf oder im Rahmen einer Anhandgabephase zur Durchführung eines Architektenwettbewerbs zu verpflichten.

Die spätere Umsetzung der Ergebnisse eines Investorenauswahlverfahrens können über verschiedene Instrumente, wie z. B. einen städtebaulichen Vertrag oder eine Anhandabvereinbarung, gesichert werden.

Vor der Durchführung eines Investorenauswahlverfahrens bietet es sich an, eine **Interessenbekundungsphase** (ggf. kombiniert mit einer Markterkundung) durchzuführen, um Marktinteressen zu identifizieren und bei der Ausschreibung berücksichtigen zu können. Zudem bietet die Durchführung eine Möglichkeit, die Anzahl der Interessenten zu erfassen und die Anzahl der möglichen Bewerber abzuschätzen.

Unser Leistungsprofil bietet eine umfassende Beratung und eine kontinuierliche Betreuung des Verfahrens.

Angefangen von der Wahl der richtigen Verfahrensart bis hin zur weiteren Begleitung nach der Zuschlagserteilung beraten und unterstützen wir Sie gerne bei den folgenden Punkten:

- Zusammenstellung der Bewertungskriterien und Mindestabforderungen sowie Zusammensetzung des Bewertungsgremiums und Auswahl von Sachverständigen und Beratern
- Erstellung der Grundstücksausschreibung mit einer umfassenden und präzisen Formulierung von Rahmenbedingungen, Zielsetzung und Aufgabenstellung

- Vorstellung des Verfahrens in politischen oder begleitenden Gremien
- Ankündigung und Veröffentlichung der Ausschreibung, direkte Investorenansprache
- Durchführung von Interessenbekundungsverfahren und Markterkundungen
- Vorbereitung, Koordination, Moderation und Protokollierung sämtlicher Sitzungen und Veranstaltungen (Abstimmungsrunden, Gremiumssitzungen etc.)
- Bewerberkommunikation über den gesamten Verfahrensprozess
- Rechnerische, formale und inhaltliche Vorprüfung der Bewerbungen und die Entwicklung eines objektiven und aussagekräftigen Prüfberichts
- Bekanntgabe des Verfahrens in den entsprechenden Medien, Unterstützung bei der Formulierung von Pressemitteilungen, die textliche und gestalterische Entwicklung von Dokumentationen und Informationsbroschüren sowie Unterstützung bei der Organisation von Ausstellungen.

Wir verstehen unsere Rolle als Berater mit gesamtheitlichem Ansatz, sodass wir Sie bei Bedarf auch über die Themen des Investorenauswahlverfahrens hinaus bei grundsätzlichen Fragestellungen zu Aspekten des strategischen Flächenmanagements, Bodenpolitik, Grundstücksmarkt, Erbbaurecht, Konversion und Quartiersentwicklung beraten können. Die Auswahl und das Management von Prozessen und Verfahren sind immer im Zusammenhang mit der übergeordneten Zielsetzung zu betrachten und dieser entsprechend zu konzipieren.

AR und AP

Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt

Wir begreifen die Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt

Die Anforderungen an das Bauen werden immer umfangreicher.

Der gestiegene Komplexitätsgrad, sowie die Spezialisierung in allen Baubereichen lösen das klassische Planungsteam ab und fordern die frühzeitige Einbindung von Experten verschiedener Fachrichtungen.

Dies führt dazu, dass die einzelnen Fachplaner vermehrt unabhängig voneinander arbeiten und folglich unterschiedliche Planungsziele für dasselbe Bauprojekt festlegen. Aufgrund der mangelnden Abstimmung kann dies oft Mehrarbeit und folglich höhere Baukosten bedeuten.

Von Projektbeginn an ist die Zusammenarbeit und Mitwirkung von kompetenten Partnern und Spezialisten erforderlich, um Aspekte wie Komfort, Energieeffizienz, Umweltfreundlichkeit und einen reibungslosen Betrieb umzusetzen. Zusätzliche und erhöhte Anforderungen an die Technik, Sicherheit, Materialeffizienz und Barrierefreiheit stellen neue Herausforderungen dar, bei gleichzeitiger Einhaltung von zuverlässigen Kostenplänen für den Bau und Betrieb. Neben der Planung muss daher heute der Prozess geplant und gesteuert und der gesamte Lebenszyklus – von der Planung, über die Errichtung und die Nutzung bis zur End-of-Life-Phase – bereits in den ersten Schritten der Projektentwicklungen berücksichtigt werden. Denn nur in dieser Planungsphase kann wirksam auf die Nachhaltigkeit und Gesamtwirtschaftlichkeit, d. h. auf die Kosten für den Bau, den Betrieb und die Unterhaltung Einfluss geübt werden.

Projektvorbereitung

Speziell die frühen Phasen des Entwurfsprozesses haben starke Auswirkungen auf das Design, die Kosten, den gesamten Lebenszyklus und die Zukunftsfähigkeit.

Die Projektvorbereitung stellt die Grundlagenermittlung und Entscheidungsgrundlage für den Planungs-

prozess dar. Ziel einer nachhaltigen Planung ist die Optimierung der Planungsergebnisse durch eine frühzeitige Bedarfsplanung und eine entsprechende Zielvereinbarung. Hierbei spielen Variantenvergleiche, die Standortwahl und die Auswahl eines geeigneten, interdisziplinären Planungsteams ebenso eine wichtige Rolle wie die Einbindung der Nutzer und der Öffentlichkeit, die erste Kostenschätzung und die nachhaltige Dokumentation der Planungsunterlagen.

Nachhaltiger Bau beginnt folglich mit der Projektentwicklung, da bereits in den frühen Planungsphasen die Weichen für die zukünftige nachhaltige Qualität eines Gebäudes gestellt werden und hier das höchste Optimierungspotential liegt. In dieser Phase hat das Projektteam den größten Handlungsspielraum und Einwirkungsmöglichkeiten für die Umsetzung einer nachhaltigen Sporthalle. Denn nur zu Beginn der Planung kann wirksam auf die Gesamtwirtschaftlichkeit, d. h. auf die Kosten für den Bau, den Betrieb und die Unterhaltung Einfluss ausgeübt werden.

Planung

Die Planung erfordert für das gesamte Planungsteam eine ganzheitliche Herangehensweise. Denn bei der Entwicklung müssen ökologische, ökonomische, soziokulturelle, funktionale, technische und standortspezifische Planungsaspekte einbezogen werden, die den gesamten Lebenszyklus berücksichtigen.

Im Rahmen der Planung werden auf Basis der Vorgaben der Bedarfsplanung Festlegungen zur Qualität des Gebäudes getroffen, die in der späteren Ausführungsplanung verbindlich umgesetzt werden müssen. Die mit der Bedarfsplanung vorgegebenen Ziele werden überprüft, angepasst und in Form von Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplänen detailliert ausgearbeitet.

Die Akzeptanz hängt dabei stark von ihrer Einbindung in das jeweilige gesellschaftliche Umfeld ab. Baukulturelle und ästhetische Faktoren sind dabei jedoch ebenso wichtig wie Flächeneffizienz und Nutzungsflexibilität, öffentliche Zugänglichkeit, nachhaltige Gestaltung des Außenraums, energieeffiziente Technologien und nachhaltige Herstellungsweisen.

Bauprozess und Bauausführung

Nachhaltiges Bauen strebt in allen Phasen des Lebenszyklus von Gebäuden eine Minimierung des Verbrauchs von Energie und Ressourcen an. Die Bauausführung ist hierbei besonders wichtig, da es in dieser

Phase unmittelbar zu Auswirkungen auf die Umgebung kommt.

Bereits in der Ausschreibungs- und Vergabephase können die Grundlagen für eine hochwertige und nachhaltige Bauausführung geschaffen werden. Dies erfolgt durch die Integration von Nachhaltigkeitsaspekten

› in die Ausschreibung

› und bei der Auswahl der Firmen.

Durch den Einbezug von Nachhaltigkeitsaspekten in die Ausschreibung kann die ökologische und soziale Gebäudequalität erhöht werden, da die Bauprozentscheidungen nicht ausschließlich aus ökonomischen Gründen getroffen werden. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Auswahl von Firmen dient dem Ziel der Verbesserung der Bauqualität, der Förderung und des Erhalts von Arbeitsplätzen in der Region und der Durchsetzung von Umwelt- und Sozialstandards im Rahmen des Bauprozesses.

Bei der Auftragsvergabe von öffentlichen Baumaßnahmen ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB Teil A) anzuwenden. Hier werden Anforderungen an Bauunternehmen definiert, die durch ein Präqualifikationsverfahren auftragsunabhängig und vor Abgabe des Angebots von einem Unternehmen nachgewiesen werden müssen. Kommt die VOB Teil A nicht zur Anwendung, sollte dennoch auf eine Präqualifikation oder eine Prüfung der in der Verordnung geforderten Punkte des Anbieters stattfinden, um die Qualität der ausführenden Firmen und somit die nachhaltige Ausführung sicherzustellen.

Zur Qualitätssicherung der Baustellenabläufe und -prozesse müssen die Auswirkungen der Bauausführung minimiert und gleichzeitig die Gesundheit aller Beteiligten und Anlieger geschützt werden, da es während dieser Phase unmittelbar zu Auswirkungen auf die Umwelt und die Nachbarschaft kommt. Die Grundlagen für einen nachhaltigen Baustellenablauf müssen bereits in den Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen definiert sein und durch Qualitätsmessungen belegt werden.

Projektabschluss

Die systematische Inbetriebnahme mit der Funktionsüberprüfung und Einregulierung der haustechnischen Anlagen durch das ausführende Unternehmen und ei-

nen unabhängigen dritten Fachplaner stellt einen wichtigen Bestandteil der Nachhaltigkeitsqualität einer Sporthalle im Rahmen der Projektabschlussphase dar. Neben der Einregulierung und Prüfung sämtlicher Funktionen der technischen Gebäudeausrüstung, ist es für den nachhaltigen Betrieb erforderlich, bei Projektabschluss dem Bauherrn und Betreiber eine ausführliche Dokumentation der Planungs-, Bauausführungs- und Inbetriebnahmeunterlagen zu übergeben. Daten und Dokumente, die im Rahmen einer Gebäudezertifizierung gesammelt wurden, stellen als Gebäudehandbuch eine nachhaltige Dokumentation der Planungsunterlagen dar.

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. Gleichermaßen 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 aufkommende 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!

Publikationen zum Vergaberecht



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

VOB ist eine Abkürzung für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und ist ein von allen Beteiligten im Bauwesen erarbeitetes Regelwerk, aber weder Gesetz noch Rechtsverordnung. Vielmehr erfüllt sie im Bauvertrag die Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und regelt die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien.

Die VOB wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitet und fortgeschrieben. In ihr sind Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen öffentlicher Auftraggeber sowie Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen geregelt.

In diesem Buch erfahren Sie alles, was Sie über die VOB wissen müssen; komprimiert und verständlich zusammengefasst. Aktuelle Rechtsprechung zur VOB und was Sie zu Verträgen wissen müssen. Kurzum ein Handbuch für alle Praktikerinnen und Praktiker.

Umfang: 220 Seiten

Preis: 29,90 €



Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB

Mit der Vergabe werden weichen für den Vertrag gestellt und jeder Vertrag ist nur so gut wie die dem Vertrag zugrundeliegende Vergabe:

Bewahrheitet sich auch und insbesondere bei VOB-Vergaben. Maßstab für die vertragliche Frage der Mangelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit des Werkes ist die Abweichung der Ist- von der im Vergabeverfahren ausgeschriebenen und angebotenen und beauftragten Soll-Beschaffenheit. Das Eine bedingt das Andere.

Dieser Band ist eine Werkstatt für Erfahrungen aus dem einen und den Bezügen auf den anderen Bereich. Die 2. Auflage ist bereits in Vorbereitung und erscheint 2021. Hinweise und Ideen gerne an den Autor.

Umfang: 127 Seiten

Preis: 29,90

Bestellformular

TiefbauRecht

☐ JA, hiermit bestelle ich kostenpflichtig die digitale TiefbauRecht mit 12 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 digitale **Schnupper-Abo der TiefbauRecht**.

Dies beinhaltet zwei elektronische Monatsausgaben der TiefbauRecht. Wenn nach der zweiten elektronischen Ausgabe keine Kündigung erfolgt ist, wird das Abonnement kostenpflichtig. Jede weitere Ausgabe der TiefbauRecht kostet dann 6 € inkl. MwSt.

Eine Kündigung des Abonnements ist jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres möglich.

Meine Daten

Rechnungsanschrift

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

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.

Bestellannahme:

Bitte senden Sie Ihre Bestellung per Post an den

AX VERLAG
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

www.ax-verlag.de

mail@ax-verlag.de

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 Urheberrechtssetztes 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