

Tiefbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts



Heft 07 | Juli 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

07 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	5	ONLINE-Schulung	130
Rechtsprechung	6	Bauwesen und Sachmangel (22.07./29.07.)	130
OLG Stuttgart zu der Frage, dass die Abnahme der GU-Leistung nicht die Abnahme der NU-Leistung bedeutet	6	Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	132
OLG Brandenburg zu der Frage, dass ein Verstoß gegen Bauordnungsrecht ein Baumangel ist	31	Stellenanzeigen	133
OLG Brandenburg zu der Frage eines Schadensersatzes wegen Mängeln nach der Abnahme ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung	36	Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	133
OLG Stuttgart zu der Frage, dass eine Aufforderung zur unverzüglichen Mängelbeseitigung eine wirksame Fristsetzung ist	40	RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	134
OLG Frankfurt zu der Frage der Berechtigung von Mehrkostenansprüchen des Auftragnehmers aus Bauzeitverlängerung und Vertragsstrafen sowie Entschädigungsansprüchen des Auftraggebers aus Überschreitung des Fertigstellungstermins eines Anlagenbauvertrags	50	Redakteure m/w/d gesucht:	135
Beiträge	118	Publikationen zum Vergaberecht	136
Architektenvertrag außerordentlich oder ordentlich gekündigt?	118	VOB - konzentriert und aktuell - was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	136
Kurz belichtet	120	Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	136
Kein zeitliches Anordnungsrecht nach § 650b BGB	120	Bestellformular	137
Wann können die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden?	120	Impressum	138
Vom LV erfasste Leistungen sind nicht nachtragsfähig	120		
Anzeige	122		
DR. AX / FABER	122		
Werbung	124		
Ax Projects: Durchführung von Investorenauswahlverfahren	124		
AR und AP	126		
Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt	126		
Ax Akademie - Schulungen	128		
Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	128		
Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	128		

Von der Redaktion

Unsere Tiefbaurecht vermittelt, wie die Baubeteiligten und ihre Berater die terminlichen Besonderheiten ihres Projektes im Rahmen der Vertragsgestaltung bestmöglich regeln. Der richtige Umgang mit Bauzeitstörungen in der Bauphase wird dargestellt. Dies betrifft Auftragnehmer und Auftraggeber gleichermaßen. Der Auftraggeber hat bei einer verzögerten Leistungserbringung des Auftragnehmers die formalen Anforderungen des BGB und der VOB/B ebenso zu beachten wie der Auftragnehmer bei Behinderungen und der Vorbereitung von Bauzeitverlängerungs- und Mehrkostenansprüchen. Dabei gelten für beide Seiten strenge Dokumentationsanforderungen, deren Missachtung in der weiteren Auseinandersetzung regelmäßig zu rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteilen führt. Auch bei und nach Projektabschluss sind bestimmte Vorgaben zu beachten, um einen Rechtsverlust zu vermeiden. Baubetriebliche Fragestellungen werden nur am Rande diskutiert, vorrangig geht es in der Tiefbaurecht um den richtigen und praxisnahen Umgang mit Bauzeit und Bauzeitstörungen nach Maßgabe von Vertrag, BGB und VOB/B.

Wir wünschen gute Lektüre.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

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

vorgestellt von Thomas Ax

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

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

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

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

Gründe

A.

I.

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

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

„Die Mehrwertsteuer ist in den vorstehenden Preisen nicht enthalten.

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

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

Z. 6 des Bauvertrags sieht eine förmliche Abnahme vor.

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

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

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

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

Die Beklagte, die mittlerweile von der Rechtsnachfolgerin der Bauherrin vor dem Landgericht Frankfurt am Main auf Schadensersatz wegen behaupteter Mängel im Rahmen der Erbringung der vertraglichen Leistung durch die Beklagte in Anspruch genommen wird (Az. 2-

26 O 634/23), erhebt gegenüber der Klägerin insbesondere aufgrund der von der Bauherrin geltend gemachten Mängel Einwendungen gegen den Werklohnanspruch der Klägerin.

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

II.

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

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

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

Eine förmliche Abnahme habe unstreitig nicht stattgefunden, ohne dass ein einvernehmlicher Verzicht – insbesondere unter Beachtung der in Z. 14.1 des Vertrags vorgesehenen doppelten Schriftformklausel – der Parteien auf die in Z. 6.1 des Bauvertrags vertraglich vorgesehene förmliche Abnahme vorliege. Selbst einen mündlich vereinbarten Verzicht auf die Schriftform zur Änderung der Schriftformklausel habe die Klägerin nicht dargelegt.

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

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

Weder das von der Klägerin beantragte erneute Schriftsatzrecht noch deren nicht nachgelassener Schriftsatz

vom 14.02.2024 veranlassten eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO.

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

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

III.

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

Die Entscheidung beruhe auf einer Rechtsverletzung. Es sei unrichtig, dass es auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung in diesem Rechtsstreit ankomme, was auch den Hinweisen des Gerichts in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 widerspreche. Es stelle eine Verletzung der Klägerin auf rechtliches Gehör dar, dass das Gericht in überraschender Weise die Abnahmereife nicht geprüft und hierfür gegebenenfalls einen Beweisbeschluss erlassen habe. Ein Verzicht auf die förmliche Abnahme sei wirksam vereinbart worden, wobei Nr. 14.1 des Bauvertrags aufgrund seiner Unwirksamkeit nicht entgegenstehe, da es sich dabei um eine allgemeine Geschäftsbedingung handele. Aus den Umständen der Vor-Ort-Besprechung am 11.02.2020 sei zu entnehmen gewesen, dass der Geschäftsführer der Berufungsbeklagten Herr Wolff, unabhängig von gegebenenfalls bestehenden vertraglichen Regelungen, verbindlich die Abnahme gegenüber Herrn C., Geschäftsführer der Klägerin, und Herrn R. habe erklären wollen. Das Landgericht habe dabei den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin aus dem Schriftsatz vom 01.12.2023 übergangen. Die Klägerin habe zudem den Vertragsgegenstand vollständig dargelegt und auch zur Leistungserbringung vollständig vorgetragen. Das Landgericht habe das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt, indem das mit Schriftsatz vom 6. Februar 2024 beantragte Schriftsatzrecht nicht gewährt worden sei.

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

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

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

Die Klägerin beantragt:

Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 28.02.2024, Az. 28 O 81/23 wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin € 159.460,00 nebst Zinsen

hierauf in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28.11.2020 zu bezahlen.

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

IV.

Die Beklagte beantragt:

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

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Keineswegs habe das Landgericht Abnahmereife mit Abnahmeerklärung verwechselt.

Eine Abnahmereife könne weiterhin nicht festgestellt werden. Diese hänge vom Ausgang des Verfahrens vor dem Landgericht Frankfurt am Main aufgrund der Streitverkündung gegen die Klägerin im Verfahren der S. gegen die hiesige Beklagte ab. Die Klägerin habe einen Werkerfolg geschuldet, nicht aber Einzelleistungen, auf deren Erbringung die Beklagte gleichwohl nicht habe verzichten können. Die Klägerin habe selbst eine förmliche Abnahme verlangt, die unstreitig nicht erteilt worden sei und nicht habe erteilt werden können. Für die Beklagte sei es ersichtlich von elementarer Bedeutung gewesen, dass sie als Haupt-Auftragnehmerin gegenüber der Klägerin als ihrer Subunternehmerin den Tag des Beginns der Verjährungsfrist nach der vertraglichen Vereinbarung genau habe bestimmen können. Die Klägerin habe zur Abnahmereife gar nicht vorgetragen. Die vertraglichen Voraussetzungen für eine Abnahmeerklärung fehlten weiterhin. Die Klägerin sei vorgerichtlich selbst von der Notwendigkeit der förmlichen Abnahme, auf welche sich die Parteien verständigt hatten, ausgegangen. Aus den dem Termin vom 11.02.2020 nachgelagerten Schreiben – insbesondere dem Schreiben vom 13.12.2022 (Anlage B 22) – der Klägerin und der Vorlage der Abnahmeprotokolle zur Unterzeichnung gehe hervor, dass die Klägerin ein Angebot der Beklagten zur Abbedingung der förmlichen Abnahme nicht angenommen habe bzw. haben könne. Der am 21.02.2020 per E-Mail durch die Klägerin übermittelte Mitschrieb der Besprechung vom 11.02.2020

erfülle nicht die Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Zum Zeitpunkt 2022 sei die Klägerin längst über die im Kern schon bei Abschluss der Bauleistungen bestehenden erheblichen Mängel der Gebäudetechnik im gegenständlichen Objekt informiert und von der Beklagten in Anspruch genommen worden. Die Klägerin habe bis zuletzt nicht beantwortet, welche Leistungen ihr vertragliches Leistungssoll zu 100 % ausfüllten und daher die vertraglichen Grundlagen nicht vollständig dargelegt. Die Parteien hätten zwei Verträge abgeschlossen, nämlich den der P. GmbH vom 20.06.2017 mit der Beklagten sowie den Bauvertrag vom 13.11.2017. Ausweislich ihrer eigenen Schlussrechnung habe die Klägerin das Vertrags-soll zutreffend mit „Planung, Umbau, Sanierung“ beschrieben. Die Klägerin könne nicht ihre Tätigkeit im Rahmen der Vereinbarung vom 20.06.2017, für welche sie die A. GmbH als Subunternehmerin engagiert habe, von den späteren Planungs- und Bauleistungen abkoppeln, zumal diese Planungstätigkeit vollumfänglich als Vertragsbestandteil vereinbart worden sei. Die Gebäudehülle des gegenständlichen Gebäudes sei aufgrund des Denkmalschutzes nicht angerührt worden, was nicht gegen den Willen der Klägerin, sondern im Zusammenwirken mit dieser geschehen sei.

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

V.

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

B.

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

als derzeit unbegründet abgewiesen wurde. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.

I.

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

II.

1.

Das Urteil des Landgerichts unterliegt gemäß §§ 528, 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ZPO nur insoweit der Anfechtung, als i.H.v. 159.460,00 € die Abweisung der Klage mangels Fälligkeit des Werklohns (in den Entscheidungsgründen) als derzeit unbegründet erfolgt ist. Soweit eine (endgültige) Abweisung der Klage hinsichtlich der Position 2.1.1 der Schlussrechnung im Umfang von 64.149,39 € netto und der aus diesem Betrag anfallenden Umsatzsteuer (brutto somit 76.337,77 €) erfolgt ist, greift die Klägerin das Urteil ausdrücklich nicht an. Insoweit – hinsichtlich dieses abgrenzbaren Teils des klägerischen Anspruchs in Höhe von 76.337,77 € – unterliegt das Urteil daher gemäß § 528 S. 2 ZPO nicht der Abänderung und ist in diesem Umfang rechtskräftig geworden.

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

2.

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

a.

Unstreitig haben die Parteien im Bauvertrag vom 13.11.2017 in Z. 3.5 die Umsatzschuldnerschaft der Beklagten ebenso festgehalten wie deren Verpflichtung, die Umsatzsteuer an das zuständige Finanzamt abzuführen. Daher sollte die Klägerin jeweils Netto-Rechnungen (ohne ausgewiesene Umsatzsteuer) ausstellen. Eine Grundlage für die Geltendmachung von Umsatzsteuer durch die Klägerin ist daher nicht ersichtlich. Etwas Anderes ergibt sich insbesondere auch nicht daraus, dass – wie aus der Schlussrechnung gemäß Anlage K9 ersichtlich – die 5 von der Klägerin erteilten Abschlagsrechnungen Umsatzsteuer auswiesen und die Beklagte diese beglich. Ein Wille, dadurch die vertragliche Vereinbarung in Z. 3.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 abzubedingen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, zumal die Umsatzsteuerschuldnerschaft der Beklagten aus § 13b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 S. 1 UStG resultiert. Wie aus dem Wortlaut dieser Vorschrift hervorgeht, können Planungs- und Überwachungsleistungen nicht zu einer Verlagerung der Steuerschuld führen. Ist, wie vorliegend, die Bauleistung Hauptleistung bzw. liegt in ihr der Schwerpunkt der erbrachten Leistungen, erstreckt sich die Verlagerung der Steuerschuld auch auf die (unselbstständigen) Nebenleistungen. Diese teilen das Schicksal der Hauptleistung (BeckOK UStG/Spilker, 41. Ed. 16.6.2024, UStG § 13b Rn. 194, beck-online). Nachdem die Parteien auf einem fremden Grundstück bauten, erbrachte die Beklagte – anders als ein Bauträger (BFH, Urteil vom 22. August 2013 – V R 37/10 –, juris; BeckOK UStG/Spilker, a. a. O., Rn. 209, beck-online) – auch eine eigene Bauleistung im Sinne von § 13b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 S. 1 UStG und ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt Steuerschuldnerin.

b.

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

c.

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

3.

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

a.

Das gegenständliche Geschehen beruht auf einem Schuldverhältnis in Gestalt des Bauvertrages vom 13.11.2017 (Anl. K6, K 20). Nachdem dieses Schuldverhältnis vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden gemäß Art. 229 § 39 EGBGB die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung Anwendung. In diesen Vertrag wurde gemäß Z. 2.9 des Bauvertrags die VOB/B Fassung 2016 wirksam einbezogen.

b.

Die Klägerin ist aktivlegitimiert; die Beklagte ist passivlegitimiert.

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

aa.

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

bb.

Die Beklagte ist ausweislich der als Anlagen K 3 - K5 vorgelegten Handelsregistrauszüge als Rechtsnachfolgerin der W. aufgrund der Verschmelzungen der Selbigen mit der N. GmbH (Anlage K 3) und deren Verschmelzung mit der V. GmbH (Anlage K 4), die nunmehr wie

im Passivrubrum angegeben am Rechtsverkehr teilnimmt (Anlage K 5) gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG passivlegitimiert.

c.

Die W. und die B. GmbH haben mit dem durch den Geschäftsführer der Klägerin Herrn C. und den Geschäftsführer der Beklagten Herrn X. unterzeichneten Bauvertrag vom 13.11.2017 einen wirksamen Globalpauschalpreisvertrag geschlossen, mit welchem die Klägerin zu einem Pauschal-Festpreis von netto 1.125.000,00 € beauftragt wurde. Die Vertragssumme wurde nachträglich im Zuge des Nachtrags Nr. 1 gemäß Anl. K8 vom 13.09.2018 um 94.000,00 € auf 1.219.000,00 € erhöht (Anl. K8), wobei diese Erhöhung zwischen den Parteien unstreitig gesondert abgerechnet wurde und daher nicht Gegenstand des hier von der Klägerin geltend gemachten Vergütungsanspruches ist. Darüber hinaus sollte die Klägerin unstreitig gegen eine Vergütung von 9.000,00 € zusätzlich zu den ursprünglich vereinbarten Leistungen die Einbauleuchten in der Lounge und im Flur des UG austauschen. Die Beklagte beauftragte diese Leistungen mit E-Mail vom 24.05.2019 (Anlage K 26).

aa.

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

aaa.

Was ein Architekt oder Ingenieur vertraglich schuldet, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel also aus dem Recht des Werkvertrages. Der Inhalt dieses Architekten-/Ingenieurvertrages ist nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Vertragsrechts zu ermitteln (BeckOK HOAI/Söns, 13. Ed. 1.11.2022, HOAI 2013 § 7 Rn. 16, beck-online, BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 – VII ZR 283/95 –, BGHZ 133, 399-404). Die HOAI enthält keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen; die in der HOAI geregelten "Leistungsbilder" sind Gebührentatbestände für die Berechnung des Honorars der Höhe nach (BGH, a. a. O.). Die Parteien können durch Bezugnahme auf die Leistungsbilder oder Leistungsphasen der HOAI diese zum Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht machen. Diese stellen dann eine Ausle-

gungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung dar (BGH, Urteil vom 26. 7. 2007 – VII ZR 42/05). Vorliegend sollte der Umfang der vertraglich geschuldeten Leistung der Klägerin nicht durch eine Bezugnahme der Leistungsbeschreibung auf Leistungsbilder oder Leistungsphasen gemäß § 55 i. V. m. Anlage 15 Nummer 15.1 zu § 55 Abs. 3 HOAI 2013 bestimmt werden. Die Parteien haben für die Beschreibung der Leistung der Klägerin einen anderen Weg gewählt.

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

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

bbb.

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

(1)

Vor diesem Hintergrund kann die Beklagte insbesondere auch nicht aus der Vereinbarung vom 20.06.2017 (Anlage B 16) ein anderes Auslegungsergebnis herleiten. Die Beklagte stützt sich dabei im Wesentlichen darauf, dass die Klägerin vor dem gegenständlichen Bauvertrag vom 13.11.2017 mit der P. GmbH, also der Objektplanerin des vorliegenden Bauvorhabens, eine „Vereinbarung“ vom 20.06.2016 (Anlage B 16) geschlossen hat, in welcher sie sich zu einem Preis von 15.000,00 € bereit erklärte, Leistungen „angelehnt an die HOAI Leistungsphasen 1 bis 4“ in das entwickelte 3-D-Modell des Museums mit einzuarbeiten. Dies „mit der Zielsetzung, dass eine visualisierte Vorstellung verschiedener Umbauvarianten anhand des Modells möglich ist.“ Die Vereinbarung spricht zum einen gerade dagegen, dass die Klägerin eine umfassende eigene Planungsverantwortung für die aufzuzeigenden Umbauvarianten innehatte. Sie fügt sich insoweit klar und widerspruchsfrei in die bereits beschriebene, gemeinsame Vorstellung der Parteien ein, wonach es gerade nicht die Klägerin war, welche die Planung von Sanierungsvarianten schuldete. Besonders deutlich wird dies aus dem letzten Absatz der Vereinbarung vom 20.06.2017, in welchem die Klägerin der P. GmbH das ausschließliche, unwiderrufliche und unbeschränkte Recht zur Nutzung, Änderung oder Verwertung der geschuldeten Leistung einräumte. Es zeigt, dass die Leistungen der Klägerin in einen übergeordneten Kontext (auch fach-)planerischer Leistungen eingebunden war und die Klägerin dabei nicht – auch nicht in fachplanerischer Hinsicht – die Federführung innehatte. Zum anderen wird auf diesen Vertrag im Bauvertrag vom 13.11.2017 unter Ziffer 2, in welchem die Vertragsbestandteile aufgeführt sind, gerade nicht Bezug genommen. Bereits unabhängig davon, dass die Vereinbarung vom 20.06.2017 von der Klägerin nicht mit der Beklagten, sondern der P. GmbH abgeschlossen wurde, führt diese Vereinbarung nicht dazu, dass sich daraus eine anderweitige Betrachtung in Bezug auf das vertragliche Leistungssoll der Klägerin ergeben würde.

(2)

Vielmehr erklärt der Bauvertrag vom 13.11.2017 im ersten Spiegelstrich unter Z. 2.2 die bereits angesprochene Projektbeschreibung/Präsentation vom 04.09.2017 als Anlage 1 zum Vertragsbestandteil des Bauvertrages. Diese Präsentation, zu welcher die Beklagte vorträgt, es handele sich inhaltlich um eine Machbarkeitsstudie (vergleiche Schriftsatz vom 31. Januar 2024, Seite 42), weist als Erstellerin die P. GmbH aus. Unabhängig davon, ob die Präsentation nun selbst die von der Beklagten erwähnte Machbarkeitsstudie darstellt oder ob eine solche dieser Präsentation vorausging (so die Angaben des informierten und bevollmächtigten Vertreters der Beklagten W. in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023, Seite 3), ist nicht erkennbar, dass auch eine solche Machbarkeitsstudie nach der zur Vertragsgrundlage gewordenen Vorstellung der Parteien eine Leistung der Klägerin darstellen sollte. So war es – wie bereits ausgeführt – nicht die Klägerin, sondern die P. GmbH, welche aus der Präsentation als deren Erstellerin hervorgeht (Anlage B 1, K 21) und nach der im Bauvertrag vom 13.11.2017 zum Ausdruck gekommenen gemeinsamen Vorstellung der Parteien handelte es sich dabei um eine erbrachte Leistung der Beklagten. Zutreffend wies bereits das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2023 des Weiteren darauf hin, dass außerhalb von Anlage B1 keine Machbarkeitsstudie vorliege, insbesondere keine, die die Klägerin als Urheberin ausweise. Vielmehr war unstreitig an der Erstellung der Präsentation vom 04.09.2017 neben der Klägerin (auf Grundlage des Vertrags vom 20.06.2017) und der Beklagten, welche aus der Präsentation als Ersteller hervorgeht, die A. GmbH beteiligt, nach dem Vortrag der Beklagten entscheidend (Schriftsatz vom 31. Januar 2024, Seite 10). Die Beklagte behauptet zwar, die A. GmbH habe die Machbarkeitsstudie im Auftrag der Klägerin erstellt. Weder die Vereinbarung vom 20.06.2017 noch die als Anlage 1 zum Vertragsbestandteil des Bauvertrags vom 13.11.2017 erklärte Präsentation vom 04.09.2017 bieten dafür, wie aufgezeigt, indes einen Anhaltspunkt. Auf welche Weise vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und der A. GmbH bereits vor dem Bauvertrag vom 13.11.2017 bestanden haben sollen und welchen konkreten Inhalt bzw. Anlass diese gehabt haben sollen, trägt die Beklagte auch nicht näher vor. Vielmehr war nach der zwischen der P. GmbH und der Klägerin getroffenen Vereinbarung vom 20.06.2017 (Anlage B 16) der Leistungsumfang auf die Einarbeitung von (Teil-)Leistungen in ein „entwickeltes“ 3-D-Modell im Rahmen eines übergeordneten Planungskontextes begrenzt und die P. GmbH legte Wert darauf, dass das Recht zur Nutzung, Änderung

oder Verwertung der von der Klägerin geschuldeten Leistung bei ihr verblieb (siehe bereits oben unter 3 c aa.bbb. (1)). Erkennbar war daher die Verantwortlichkeit für die abschließende Planungsleistung außerhalb des Verantwortungsbereiches der Klägerin angesiedelt. Welchen Anlass diese für eine Beauftragung der A. GmbH gehabt haben soll, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass im vorvertraglichen Stadium des Bauvertrags vom 13.11.2017 – wie klägerseits vorgetragen (Seite 12 des Schriftsatzes vom 01.12.2023) – die P. GmbH bzw. die Beklagte direkt mit der A. GmbH in Kontakt und vertraglichen Beziehungen stand.

ccc.

Der weiter von der Beklagten zu Felde geführte Umstand, dass laut dem letzten Satz des 6. Absatzes in Ziffer 1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 als Ziel des Projektes im Wesentlichen die ganzheitliche Betrachtung und Umsetzung eines bedarfsgerechten Klimas im Museum und eines zeitgemäßen Beleuchtungskonzeptes festgehalten wurde, führt anders als von der Beklagten angenommen ebenfalls nicht zu einer Erweiterung des vertraglichen Leistungssolls. Der Satz findet sich in der allgemeinen Beschreibung des Vertragsgegenstandes und der Erläuterung des Hintergrundes und nicht in der unter Ziffer 3. vorgesehenen Konkretisierung der vertraglichen Leistung der Klägerin. Aus der Gestaltung des Bauvertrages vom 13.11.2017 wird indes deutlich, wie die Parteien das beschriebene Ziel begriffen und umsetzen wollten – nämlich im Sinne eines Aufbaus auf die bisherigen Planungen sowie einer Abschtichung der Leistungspflichten der Klägerin und der Beklagten: So wird unter Ziffer 2.2 ausdrücklich zwischen einem „Leistungsverzeichnis des AG“ (also der Beklagten – vorgelegt als Anlage K 22 und K7) und einem „Leistungsverzeichnis des AN“ (also der Klägerin - vorgelegt als Anlage K 22) differenziert. Auch wenn die genannten Anlagen tatsächlich kein Leistungsverzeichnis im engeren Sinne darstellen, sondern lediglich eine thematische Eingrenzung des Leistungsprogramms anhand der Kostengruppen der DIN 276 vornehmen, würde eine derartige Gestaltung keinen Sinn ergeben, wenn die Parteien das Leistungssoll der Klägerin durch Leistungsbilder oder Leistungsphasen gemäß § 55 i. V. m. Anlage 15 Nummer 15.1 zu § 55 Abs. 3 HOAI 2013 hätten definieren wollen. Die vorgenommene Abschtichung der Leistungspflichten liefe einem solchen Konzept der von der Klägerin sodann in Ziffer 3 i. V. m. Nr. 1 des Bauvertrags näher beschriebenen, geschuldeten Leistung zuwider.

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

ddd.

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

bb.

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

d.

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

aa.

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

bb.

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

aaa.

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

bbb.

Das Landgericht überspannt die Anforderungen an den klägerischen Vortrag, wenn es annimmt, die Klägerin habe nicht dazu vorgetragen, dass sie einen konkludenten Verzicht auf die förmliche Abnahme angenommen habe. Die Klägerin trägt vor, der Geschäftsführer der Beklagten, Herr W., habe bei dieser Besprechung der Klägerin gegenüber die Abnahme erklärt, wobei in der Erklärung einer formlosen Abnahme durch den Auftraggeber gleichzeitig der Verzicht auf eine förmliche Abnahme liege. Die Beklagte bestreitet die Abnahmeerklärung. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann konkludent wieder aufgehoben werden. Für eine derartige Aufhebungsvereinbarung muss der Tatrichter hinreichende Anhaltspunkte feststellen. An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 – VII ZR 310/99 –, BGHZ 146, 250-264, Rn. 37). Maßgeblich ist, ob beide Vertragspartner das Verhalten des jeweils anderen Vertragspartners nach §§ 133, 157 BGB dahin verstehen durften, es werde auf eine förmliche Abnahme verzichtet (OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 – 10 U 9/09 –, Rn. 79, juris). Vorliegend hatte die Klägerin bereits unstreitig durch ihren Projektleiter R. am 19.07.2019 um die Erklärung der Abnahme gebeten, welche die Beklagte in der Folge nicht erteilte. Sollte der Klägerin der Beweis gelingen, dass Herr W. im Rahmen der Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärte, ist zu sehen, dass die Klägerin ersichtlich auf diese Erklärung der Abnahme durch die Beklagten hin im zeitlichen Zusammenhang mit der behaupteten Abnahmeerklärung nicht weiter auf eine förmliche Abnahme gedrängt hat. Vielmehr spricht insbesondere die als Anlage K 18 vorgelegte E-Mail des Projektleiters R. vom 21.02.2020, mit welchem dieser seinen Mitschrieb der Besprechung vom 11.02.2020 unter anderem an die Beklagte versandte, dafür, dass dies gerade nicht der Fall gewesen ist. Aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers ist daher anzunehmen, dass beide Parteien auf eine förmliche Abnahme keinen Wert gelegt haben, sondern die Beklagte außerhalb einer förmlichen Abnahme die Abnahme erklären konnte.

ccc.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist es nicht richtig, die Klägerin habe nicht behauptet, eine zur Annahme vertragsändernder Erklärungen, hier des Verzichts auf die förmliche Abnahme, befugte Person sei bei dem Termin anwesend gewesen. Die Klägerin hat – schriftsätzlich – vorgetragen, dass R. anwesend war. Bei ihm handelt es sich unstreitig um den Projektleiter

der Klägerin. Als solcher war er nach Z. 8.1 des Bauvertrags vom 13.11.2017 zwar nicht mit Vertretungsbefugnis ausgestattet, aber berechtigt, Anordnungen und Erklärungen der Beklagten entgegen zu nehmen und somit Empfangsbote. Mit dem als Anlage K 18 per E-Mail übersandten Mitschrieb des Projektleiters R. vom 21.02.2020 wurde der Abnahme seitens der Klägerin nicht widersprochen und jedenfalls damit konkludent auf die förmliche Abnahme ebenfalls verzichtet.

Das Landgericht hätte danach - auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung - aufgrund des schlüssigen Vortrags der Klägerin auf das Bestreiten der Beklagten den von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen, dass die Beklagte in der Besprechung vom 11.02.2020 die Abnahme erklärt hat. Gegen die Abnahmeerklärung kann sprechen, dass laut der als Anlage K 18 vorgelegten E-Mail in der Besprechung zahlreiche Mängel gerügt wurden, wobei dies eine Abnahme unter Mängelvorbehalt nicht ausschließt – zumal die Bauherrin und Auftraggeberin der Beklagten die Leistungen gegenüber der Beklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen hatte. Eine abschließende Bewertung ist dabei erst nach durchgeführter Beweisaufnahme und anschließend vorzunehmender Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände möglich.

ddd.

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

cc.

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

aaa.

Die Vorschrift ist auch auf den VOB/B-Bauvertrag anwendbar (OLG Celle, Urteil vom 28. Mai 2014 – 14 U 171/13 –, Rn. 37, juris.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018 – 8 U 55/17, Rn. 43 - juris). Mit der Berufungsbegründung hatte die Klägerin, was von der Beklagten nicht bestritten wurde und somit gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt, vorgetragen, die Auftraggeberin der Berufungsbeklagten und Bauherrin habe die Leistungen gegenüber der Berufungsbeklagten bereits am 21.11.2018 abgenommen. In der Folge legte sie auch das diesbezügliche Abnahmeprotokoll gemäß Anlage K 48 vor. Da es sich um unstreitiges Vorbringen handelt, ist dieses neue Vorbringen in jedem Fall zuzulassen und unterliegt nicht der Zulassungsbeschränkung gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO (BGH, Urteil vom 18. 11. 2004 - IX ZR 229/03).

bbb.

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

ccc.

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

(1)

Ausgeschlossen wurde in Ziffer 6.5 des Bauvertrags vom 13.11.2017 lediglich die fiktive Abnahme durch eine Fertigstellungsmitteilung oder eine konkludente Abnahme durch frühere Benutzung, Inbetriebnahme oder behördliche Abnahme. Soweit die Beklagte daraus und aus einer Auslegung der vertraglichen Bestimmungen insgesamt ableiten möchte, dass hier der Wille