



*Rechtsprechung aktuell:
Neue Entwicklungen im Bau- und Architektenrecht (2024)*

Skript zum Nachweis von
5 Fortbildungsstunden
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich Willkommen zu Ihrer Fortbildung gemäß § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte widmen Sie sich den in diesem Skript dargelegten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Zeit von 5 Stunden. Nach Bearbeitung dieses Materials erreichen Sie über die Seminarseite die Lernerfolgskontrolle, die im Multiple-Choice-Format stattfindet. Die Lernerfolgskontrolle fokussiert sich ausschließlich auf den Inhalt des Skripts.

Im Anschluss an die Online-Lernerfolgskontrolle leiten wir Sie zur Zahlungsseite weiter, wo Sie die Kursgebühr entrichten können. Nach erfolgreichem Abschluss der Kontrolle und Eingang Ihrer Zahlung senden wir Ihnen spätestens am nächsten Werktag die für den Nachweis Ihrer Fortbildung nötigen Unterlagen per E-Mail zu.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl in der Lernerfolgskontrolle (mindestens 70% korrekte Antworten) nicht erreichen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Studium des Skripts zu vertiefen und die Lernerfolgskontrolle erneut und ohne zusätzliche Kosten zu absolvieren.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

Ihr Team von

Hanse Seminare

Entscheidung 1 - OLG Bamberg Urt. v. 24.8.2023 – 12 U 58/22

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Einstandspflicht der Beklagten für Schäden am Fußbodenbelag der klägerischen Geschäftsräume in K..

Die Klägerin hatte die Geschäftsräume in K., W. Straße 5 in einem ca. 1970-1975 erstellten Gebäude neu angemietet und wollte sie für ihre Zwecke sanieren lassen; vorher wurden sie von einem Lebensmittelmarkt genutzt.

Der ursprüngliche Fußbodenbelag der nicht unterkellerten Räume bestand aus einem Terrazzo-Boden auf einer Tragschicht aus Zement, die unmittelbar auf dem sandigen Untergrund aufsteht, ohne dass Dämmung, Folienquerung oder eine sonstige Feuchtigkeitssperrlage vorhanden ist (vgl. Gutachten B., Seite 12).

Nach einem Angebot der Beklagten vom 01.09.2014, ergänzt um ein Verhandlungs- und Vergabeprotokoll vom 08.09.2014, schlossen die Parteien auf Angebot des Beklagten vom 10.09.2014 und mit Annahme der Klägerin vom 15.09.2014 einen Vertrag über „Trockenbauarbeiten, Brandschutz, Deckenmontage, Türeineinbau, Malerarbeiten, Bodenlegerarbeiten“ (Anlage Ast 2). Zur Gewährleistung ist in § 7 des Vertrages geregelt, dass diese nach den Regelungen des BGB erfolgen sollte. In § 8 ist explizit geregelt, dass Bedenken und Behinderungen hinsichtlich der Ausführung vom Auftragnehmer (Beklagte) anzuzeigen seien. Für Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages wurde in § 9 geregelt, dass diese der Schriftform bedürfen.

Bereits am 13.09.2014 hatte die Beklagte ein weiteres Angebot betreffend „BV: Umbau Markt zum Sanitätshaus ... Bodenbelagsarbeiten“ vorgelegt, das von der Klägerin unter dem 25.09.2014 angenommen wurde (Anlage Ast 1). Am Ende des von der Klägerin entworfenen Angebotes steht: „Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Fassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“.

Die Bodenbelagsarbeiten hat die Streithelferin als Subunternehmerin der Beklagten ausgeführt. Sie hat auf dem Terrazzoboden elektrisch Feuchtigkeitswerte von 47-52 Digits ermittelt, den Fliesenboden mechanisch abgefräst, gesäubert und mit Spachtelmasse vorbereitet, anschließend mit einem faserarmierten Nassbett-Klebstoff den von der Klägerin ausgesuchten PVC-Belag aufgeklebt (Gutachten B., Seite 5). Eine weitere Untersuchung des Bodenaufbaus hat sie nicht angestellt, ebenso wenig die Beklagte. Bedenken wurden der Klägerin nicht angezeigt.

Unter dem 09.12.2014 legte die Beklagte Schlussrechnung (Anlage Ast 3) über alle Arbeiten, die die Klägerin ausgeglichen hat.

Mit E-mail vom 26.02.2016 (Anlage Ast 4) zeigte die Klägerin an: „Probleme mit dem Boden, sieht aus wie starke Abnutzungen ...“. Die Beklagte verwies die Klägerin an die Streithelferin, die am 07.06.2016 die Situation prüfte, jedoch nichts veranlasste.

Mit E-Mail vom 14.11.2018 (Anlage Ast 5) beklagte die Klägerin die Untätigkeit der Streithelferin und teilte mit: „Der Fußboden hebt sich an immer mehr Stellen auf und es besteht für Kunden und Mitarbeiter eine Stolpergefahr“ und setzte Frist bis 29.11.2018, den Mangel zu beheben.

Schließlich beauftragte die Klägerin einen Privatgutachter (Anlagen Ast 6 bis Ast 8). Das Ergebnis teilte sie der Beklagten mit und setzte Frist zur Mängelbeseitigung bis 31.05.2019 (Anlage Ast 9).

Am 09.09.2019 beantragte die Klägerin die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. Der Antrag im Verfahren 31 OH 17/19 des LG Bayreuth wurde der Beklagten am 13.09.2019 zugestellt. Das Beweisverfahren endete mit der Anhörung des Sachverständigen B. am 12.11.2020. Ein schriftliches Gutachten (Anlage Ast 18) wurde erstellt. Unstreitig nach der Beweisaufnahme ist die Mangelursache, nämlich eine Verseifung (Auflösung in seine Bestandteile und Funktionsverlust) des verwendeten Klebstoffs aufgrund ständiger Feuchtigkeitseinwirkung. Der nicht gegen Feuchtigkeit abgedichtete Unterbau zieht ständig Feuchtigkeit nach oben. Die Feuchtigkeit kann nicht durch den PVC-Belag entweichen und sammelt sich im Bereich der darunterliegenden Klebstoffschicht. Der Dispersionskleber hält einer anhaltenden Feuchtigkeitsbelastung nicht stand. Beim ursprünglichen Bodenbelag konnte die Feuchtigkeit durch die unbehandelte Terrazzoschicht aufsteigen und in der Folge verdunsten und führte zu keinen Problemen.

Die Klage ist am 11.03.2021 anhängig geworden. Nach Festsetzung eines vorläufigen Streitwerts erging am 19.03.2021 Vorschussanforderung. Nach Einzahlung des Vorschusses am 30.03.2021 wurde die Klage am 12.04.2021 zugestellt.

Nach Klageerhebung hat die Klägerin im Februar 2022 die Sanierung im Zeitraum vom 15.02.2022 bis 01.03.2022 durchführen lassen. Während der Sanierung war das Ladenlokal der Klägerin geschlossen.

Die Klägerin hat in erster Instanz die Auffassung vertreten, die Beklagte und die Streithelferin seien für den Mangel des Fußbodenbelages verantwortlich. Sie hätten vor der Verlegung eines feuchtigkeitsdichten Oberbelags den Fußbodenaufbau abklären müssen, das Problem aufsteigender Feuchtigkeit erkennen können und auf Bedenken gegen die geplante Ausführung hinweisen müssen.

Einen Planer habe die Klägerin nur für die Trockenbauarbeiten gehabt. Das Leistungsverzeichnis für die Bodenbelagsarbeiten habe die Beklagte bzw. die Streithelferin selbständig erstellt. Nachdem die Bodenbelagsarbeiten Teil des ursprünglichen Vertrages waren, seien dessen Gewährleistungsregeln anzuwenden.

Die VOB/B sei schon deshalb nicht anwendbar, weil sie der im Bausektor nicht kundigen Klägerin unstreitig nicht übergeben wurde. Eine konkludente Abnahme könne nicht vor dem 30.06.2015 angenommen werden.

Außerdem hat sich die Klägerin auf Hemmung nach § 203 BGB durch die Mängelrüge vom 16.02.2016 und die nachfolgende Tätigkeit der Klägerin im Auftrag der Beklagten (K 31) bis Pfingsten 2019 und ab 13.05.2019 bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens berufen (Blatt 63 ff. d.A.; Anlage Ast 13, Ast 25-29).

Mit der ursprünglichen Klage forderte die Klägerin Sanierungskostenvorschuss in Höhe von 35.781,85 € für die vom Sachverständigen B. vorgeschlagene Variante einer Epoxidharzabdichtung (I.) sowie (II.) die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, auch die diesen Vorschussbetrag übersteigenden Kosten zu erstatten.

Nach der Durchführung der Sanierung beansprucht die Klägerin die tatsächlich entstandenen Kosten für eine Ausführung mit dampfdichtem Vinyl in Höhe von 35.798,23 € netto (Blatt 110 d.A.; Anlagen Ast 35-Ast 41).

Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt:

I.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 35.798,23 € netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 21.01.2020 zu zahlen.

II.

aufgegangen in Ziffer I.

III.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die gesamten infolge der Durchführung der Sanierung entstehenden Verluste aus Umsatzerlösen/Verluste von Betriebseinnahmen und Schäden aus entstehenden Lohnkosten für sanierungsbedingt freizustellende Mitarbeiter abzüglich ersparter Aufwendungen zu ersetzen.

In einem nicht zu dieser Frage nachgelassenen Schriftsatz nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin den ihr während der Sanierung entgangenen Gewinn auf 45.200,75 € beziffert und eine Umstellung des Feststellungsantrages Ziffer III. auf einen Leistungsantrag angekündigt.

Die Beklagte und die Streithelferin haben in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat sich auf Verjährung berufen. Es handele sich um zwei getrennte Verträge, wobei der Vertrag über die Ausführung der Bodenbelagsarbeiten einer Verjährung nach der VOB/B unterliege. Der Vertrag über die Bodenbelagsarbeiten sei nachträglich und zusätzlich geschlossen worden. Die Arbeiten seien im Oktober 2014 durchgeführt worden und am 27.10.2014 abgenommen worden. An diesem Tag sei auch eine vorläufige Rechnungsstellung erfolgt (Anlage B 2). Verjährung sei deshalb spätestens mit Ablauf des 27.10.2018 eingetreten. Wenigstens mit der Eröffnung des Sanitätshauses nach Fertigstellung der Arbeiten am 08.11.2014 zzgl. 8 Werktagen gemäß § 12 Abs. 5 Nummer 2 VOB/B sei eine konkludente Abnahme erfolgt, spätestens aber mit der Schlusszahlung vom 19.12.2014.

Unabhängig davon treffe die Beklagte keine Verantwortung für die Wasserdurchlässigkeit bzw. fehlende Abdichtung des Fußbodens. Weder sei diese Situation für die Beklagte oder die Streithelferin erkennbar gewesen noch habe eine rechtliche Verpflichtung zur Überprüfung des Fußbodenaufbaus mit einer CM-Messung bestanden (Gutachten B., Seite 15).

Dabei sei auch das Baujahr des Gebäudes (ca. 1970-1975) zu berücksichtigen.

Wenn überhaupt, hätte eine solche Verpflichtung die von der Klägerin beauftragte I-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH getroffen, die für die Planung sämtlicher Arbeiten verantwortlich gewesen sei. Selbst wenn sie nur die Trockenbauarbeiten geplant hätte, hätte sie die Beklagte auf die aufsteigende Feuchtigkeit hinweisen müssen.

Jedenfalls habe der Eigentümer des Gebäudes (Ehemann der Geschäftsführerin der Klägerin) den Zustand des Gebäudes gekannt, in dem es massive Feuchteschäden bis hin zum Hausschwamm gegeben habe.

Die vom Sachverständigen B. vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen führten – auch nach eigener Einsicht des Sachverständigen – nicht zur Beseitigung der Mängel. Aufsteigende Feuchtigkeit dringe nicht nur durch die Bodenplatte, sondern auch durch das Mauerwerk ein. Es müsse vielmehr zuerst eine ordnungsgemäße Abdichtung des Bodens und des gesamten Bauwerks stattfinden. Bei den Vorschlägen des Sachverständigen – Abdichtungsschicht aus Epoxidharz oder mit einer Sperrmatte – handele es sich um Sowiesokosten.

Die von Klägerseite gestellten Feststellungsanträge rügt die Beklagte als unbestimmt und damit unzulässig. Zum Feststellungsantrag könnten allenfalls Ansprüche auf Ersatz entgangenen Gewinns bestehen, um deren korrekte Berechnung sich die Klägerin nicht drücken könne. Dabei könne der Zeitraum nicht angesetzt werden, der für die sowieso anzubringende Abdichtung gebraucht werde. Ein völliges Schließen des Geschäfts sei auch nicht notwendig.

Die Streithelferin, die dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten ist hat vorgetragen:

Eine Abdichtung der Bodenplatte gegen das Erdreich könne und müsse der Bodenleger nicht prüfen. Hierzu bedürfe es einer zerstörenden Prüfung auch der Bodenplatte, um festzustellen, ob eine geeignete Abdichtung vorhanden sei. Über die dazu erforderlichen bauphysikalischen Kenntnisse und Erfahrungen verfüge der Bodenleger nicht.

Auch die vom Sachverständigen B. erwähnte CIM-Messung sei nicht möglich gewesen

Das Landgericht hat die Akten des selbständigen Beweisverfahrens beigezogen.

II.

Mit dem am 14.07.2022 verkündeten Grund- und Teilurteil hat das Landgericht die Klage in Ziffer I. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag stattgegeben.

Der Tenor der angefochtenen Entscheidung lautet wie folgt:

„1. Die Klage ist in Ziffer I. dem Grunde nach gerechtfertigt.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die gesamte infolge der Durchführung der Sanierung im Zeitraum vom 15.02.2022 bis einschließlich 01.03.2022 entstandenen Verluste aus Umsatzerlösen/Verluste von Betriebseinnahmen und Schäden aus entstehenden Lohnkosten für sanierungsbedingt freizustellende Mitarbeiter abzüglich ersparter Aufwendungen zu ersetzen.

3. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.“

Die Beklagte sei aus Bauvertrag verpflichtet, der Klägerin Mangelbeseitigungskosten und Schadensersatz für Mangelfolgeschäden für den von der Streithelferin verursachten Baumangel zu leisten, welcher der Beklagten nach § 278 BGB zuzurechnen sei.

Der Mangel als solcher und seine Ursache seien nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens außer Streit geblieben.

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit für den Mangel schloss sich das Landgericht den Ausführungen des Sachverständigen B. im selbständigen Beweisverfahren an. Danach sei es aus technischer Sicht Angelegenheit des Bodenlegers, sicherzustellen, dass der ausgewählte Belag und dessen Befestigung für die zu belegende Fläche geeignet sei und die Beschaffenheit des Bodens aufzuklären. Im vorliegenden Fall sei es ohne weiteres abzusehen, dass aufsteigende Feuchtigkeit aus dem naturbelassenen Boden sich unter dem dampfdichten Belag sammeln und zur Verseifung des verwendeten Klebers führen würde. Es handele sich gerade nicht um einen Fall des sich unvorhersehbar verwirklichenden Baugrundrisikos.

Die Verantwortlichkeit der Streithelferin entspreche auch dem allgemeinen Grundsatz, dass es zunächst Sache des Unternehmers sei, zu prüfen, ob das von ihm angebotene Werk für den Auftraggeber geeignet und von Nutzen sei.

Eine zu einer ggf. quotalen Mithaftung führende Mitverantwortlichkeit der Klägerseite sah das Gericht nicht.

Hinsichtlich etwaiger Sowiesokosten schloss sich das Landgericht ebenfalls der Beurteilung des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren an, wonach der von ihm vorgeschlagene Sanierungsweg Sowiesokosten nicht beinhalte.

Abzüge Neu für Alt seien nicht zu berücksichtigen, da das Werk der Streithelferin wenigstens seit Februar 2016 fehlerbehaftet gewesen sei, ohne dass die Beklagte Abhilfe geschaffen hätte.

Die Einrede der Verjährung werde erfolglos erhoben. Es sei von einer fünfjährigen Verjährungsfrist nach BGB auszugehen. Das Angebot vom 11.09.2014 und seine Abnahme bewegten sich im Rahmen von § 3 des Werkvertrages vom 10.9.2014; die Auftragserteilung werde deshalb von seinen Regelungen insgesamt mit erfasst. Die individualvertragliche Regelung gehe der Einbeziehung der VOB/B durch die AGB der Beklagten vor. Im Übrigen sei die Einbeziehung der VOB/B im vorliegenden Fall eindeutig überraschend. Überraschende Klauseln seien auch im Verhältnis zwischen Kaufleuten unzulässig.

Ohnehin sei davon auszugehen, dass die Verjährung so lange gehemmt gewesen sei, als die Streithelferin mit der Klägerin über die Mängelbeseitigung verhandelt habe, insoweit seien die §§ 164 ff. BGB analog anzuwenden, nachdem die Beklagte die Klägerin an die Streithelferin verwiesen habe.

Zum Schaden zähle auch der entgangene Gewinn, der zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht abschließend bezifferbar gewesen sei, so dass die Feststellungsklage in Ziffer III. zulässig und begründet gewesen sei.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Verwertung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen B. im selbständigen Beweisverfahren und der Niederschrift über dessen mündliche Erläuterung im selbständigen Beweisverfahren im Termin vom 12.11.2020.

III.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Streithelferin mit ihrer Berufung, mit der sie die Abänderung der angefochtenen Entscheidung und die Abweisung der Klage erstrebt.

Die Berufung wird begründet wie folgt:

1. Verjährung

Das Landgericht gehe zu Unrecht von einer fünfjährigen Verjährung nach BGB aus. Es sei ein Vertrag unter der Geltung der VOB/B wirksam vereinbart worden. Vereinbart worden sei damit auch die Gewährleistungsfrist des § 13 Abs. 4 VOB/B (Ausgabe 2012) mithin 4 Jahre nach Abnahme. Etwaige Ansprüche der Klägerin seien damit verjährt.

2. Mängelansprüche

Selbst wenn noch keine Verjährung eingetreten wäre, stünden der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche schon dem Grunde nach nicht zu. Das Landgericht überspanne die Anforderungen an die

Verantwortlichkeit des Bodenlegers für den Mangel. Der Sachverständige B. habe die Schadensursache ermitteln können, weil der Privatgutachter der Klägerin eine Kernbohrung durchgeführt habe. Zu einer Kernbohrung bis in die Sandschicht seien der Beklagte und die Streithelferin jedoch nicht verpflichtet gewesen. Die Berufung zitiert eine Entscheidung des OLG Oldenburg vom 01.09.2020 im Verfahren 2 U 43/20, wonach Kernbohrungen nicht zu den Prüfpflichten des Auftragnehmers für Bodenbelagsarbeiten gehören. Derartige zerstörende Prüfungen gehörten sogar für einen planenden Architekten nicht zu dessen Pflichten, und daher erst Recht nicht zu den Pflichten eines Bodenlegers.

3. Mitverantwortlichkeit

Jedenfalls bestehe eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin, weil sie weder den beklagten noch die Streithelferin darüber informiert habe, dass Teile des Hauses älteren Datums und nicht unterkellert seien.

4. Sowiesokosten

Es sei auch nicht zutreffend, dass der vom Sachverständigen vorgeschlagene Sanierungsweg keine Sowiesokosten enthalte.

5. Entgangener Gewinn

Anders als das Landgericht meine, gehöre entgangener Gewinn nicht zu dem zu ersetzenden Schaden.

Die Streithelferin beantragt im Berufungsverfahren:

Das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 14.07.2022 (Aktenzeichen 31 O 173/21) wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelferin.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Die von der Streithelferin zitierte Entscheidung sei mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar.

Der Senat hat Beweis erhoben durch mündliche Anhörung des Sachverständigen B. im Termin vom 13.07.2023. Auf das Protokoll vom 13.07.2023 wird Bezug genommen.

Die Beklagte hat sich im Berufungsverfahren nicht beteiligt und keinen Antrag gestellt.

IV.

1. Die Berufung ist zulässig (§§ 511 ff. ZPO).

a) Nach § 67 Satz 1 ZPO ist der Nebenintervenient berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit seine Erklärungen und Handlungen nicht mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen. Danach ist es dem Streithelfer grundsätzlich unbenommen, das der Hauptpartei zustehende Rechtsmittel

einzulegen, auch wenn die Hauptpartei hiervon absieht. Das Rechtsmittel ist aber unzulässig, wenn die Hauptpartei dessen Einlegung widerspricht (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2017 – I ZR 91/15, WM 2017, 1430 Rn. 17). Daraus folgt, dass der einfache Streithelfer keinen Rechtsschutz im eigenen Interesse verlangen kann; er unterstützt lediglich die Hauptpartei, der er beigetreten ist. Das Rechtsmittel eines einfachen Streithelfers ist daher, auch wenn er dabei in eigenem Namen und kraft eigenen (prozessualen) Rechts neben der Hauptpartei handelt, stets ein Rechtsmittel für die Hauptpartei (vgl. BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZB 96/15, WM 2016, 1955 Rn. 15, 20; Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 208/94, NJW 1997, 2385, 2386, juris Rn. 19; jeweils m.w.N.). Ob ein Widerspruch im Sinne des § 67 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO vorliegt, ist vom Berufungsgericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unter Würdigung aller aus dem Akteninhalt ersichtlichen Anhaltspunkte umfassend zu prüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZB 96/15, WM 2016, 1955 Rn. 25). Dabei ist zu beachten, dass ein Widerspruch der Hauptpartei nicht ausdrücklich erklärt werden muss. Es reicht vielmehr aus, wenn sich dieser durch schlüssiges Verhalten aus dem Gesamtverhalten der Hauptpartei zweifelsfrei ergibt, wobei allein die bloße Untätigkeit oder auch eine Zurücknahme des von der Hauptpartei zunächst selbst eingelegten Rechtsmittels nicht genügen. Steht ein möglicher Widerspruch jedoch nicht mit der nötigen Eindeutigkeit fest, ist die Prozesshandlung im Zweifel als wirksam anzusehen (BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZB 96/15, WM 2016, 1955 Rn. 27 m.w.N.).

Nicht den Schranken des § 67 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO unterliegt der streitgenössische Nebenintervenient. Als Streitgenosse der Hauptpartei gilt der Nebenintervenient, insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (und des Prozessrechts, vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, BGHZ 92, 275, 276 f., juris Rn. 10) die Rechtskraft der in dem Hauptprozess erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist (§ 69 ZPO). Als Streitgenosse kann ein Nebenintervenient auch gegen den Willen der Hauptpartei ein Rechtsmittel durchführen. Das Gesetz räumt ihm mit Rücksicht auf die stärkere Einwirkung des Urteils auf seine rechtlichen Belange ein eigenes Prozessführungsrecht ein, das unabhängig von dem Willen der von ihm unterstützten Hauptpartei ist (vgl. Senat, Beschluss vom 29. November 2011 – VI ZR 201/10, NJW-RR 2012, 233 Rn. 4; BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, BGHZ 92, 275, 276, juris Rn. 8). Schon nach dem Wortlaut des § 69 ZPO ist aber erforderlich, dass zwischen dem Nebenintervenienten und dem Prozessgegner der von ihm unterstützten Hauptpartei ein Rechtsverhältnis besteht, auf das sich die Rechtskraft des ergehenden Urteils auswirkt. Eigentlicher Grund dafür, dass die Befugnisse des streitgenössischen Nebenintervenienten gegenüber einem „einfachen“ Streithelfer erheblich erweitert sind, ist nämlich, dass die Rechtskraft der ergehenden Entscheidung gerade für ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Prozessgegner von Bedeutung ist (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, BGHZ 92, 275, 277, juris Rn. 11 m.w.N.). Hingegen genügt es nicht, dass Rechte oder Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten durch Rechte oder Verbindlichkeiten der Parteien bedingt oder in anderer Weise mittelbar von der Entscheidung des Hauptprozesses abhängig sind (BGH, Beschluss vom 18. Januar 2022 – VI ZB 36/21, Rdn. 7-9).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Berufung der Streithelferin zulässig. Es kann im konkreten Fall dahinstehen, ob es sich um eine streitgenössische Nebenintervention im Sinne des § 69 ZPO handelt und die Streithelferin daher berechtigt ist, auch gegen den Willen der unterstützten Partei Rechtsmittel einzulegen, denn nach dem gesamten Akteninhalt ist nicht erkennbar, dass die Einlegung der Berufung durch die Streithelferin mit dem Willen der von der Streithelferin unterstützten Beklagten in Widerspruch steht. Die Beklagte hat sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 05.04.2023 (Blatt 227 d.A.) lediglich mitgeteilt, dass sie dem Berufungsverfahren nicht beigetreten sei und eine Teilnahme am Termin nicht beabsichtigt sei. Anträge im Berufungsverfahren hat die Beklagte nicht gestellt. Sonstige Anhaltspunkte aus dem aktenkundigen Gesamtverhalten der Beklagten, dass die Einlegung der Berufung durch die

Streithelferin dem Willen der Beklagten widerspricht, haben sich nicht ergeben. Die Berufung der Streithelferin ist daher zulässig.

2. In der Sache ist die Berufung nicht begründet. Das Landgericht hat zu Recht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Ersatz von Mangelbeseitigungskosten und Schadensersatz für Mangelfolgeschäden dem Grunde nach bejaht. Auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung, denen der Senat folgt, wird Bezug genommen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen ist ergänzend auszuführen:

a) Verjährung:

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um einen BGB-Werkvertrag handelt und die Ansprüche wegen Mängeln daher einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist unterliegen, § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Der Auffassung der Berufung, dass auf den vorliegenden Vertrag die 4-jährige Gewährleistungsfrist nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B anzuwenden sei, vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Es kann dahinstehen, ob es sich bei den Verträgen über die Bodenbelagsarbeiten (Anlage Ast 1) und dem Vertrag über weitere Arbeiten (Anlage Ast. 2) um zwei getrennte Vertragsverhältnisse handelt. Jedenfalls wurde in den Vertrag über die Bodenbelagsarbeiten (Ast 1) die VOB/B nicht wirksam einbezogen. Die Berufung stützt ihre Auffassung, wonach die VOB/B Vertragsgrundlage geworden sei, darauf, dass bei dem zweiten Vertrag über Bodenbelagsarbeiten der Geschäftsführer der Klägerin seine Unterschrift unmittelbar neben den Absatz gesetzt habe, der wörtlich laute: „Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Fassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“. Dies könne die Geschäftsführerin der Klägerin nicht übersehen haben.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. In den Vertrag über Bodenbelagsarbeiten wurde die VOB/B nicht wirksam einbezogen. Nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB werden AGB (und damit auch die VOB/B) nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

-Die andere Vertragspartei ausdrücklich oder durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

-der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

-Ist die VOB/B dem Bauherrn nicht vertraut, so muss sie ihm vom Unternehmer konkret zur Kenntnis gebracht werden. Ein bloßer Hinweis auf die VOB/B reicht in diesen Fällen in der Regel nicht aus (Werner/Pastor, Der Bauvertrag, 17. Aufl., Kapitel 5 Rdnr. 1190, 1191).

Der Hinweis im Angebot „Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Fassung. VOB/B liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“ genügt zur Einbeziehung der VOB/B nicht. Die Klägerin als Auftraggeberin ist zwar Unternehmerin, aber im Baubereich nicht bewandert, daher muss ihr die VOB/B tatsächlich zur Kenntnis gebracht werden. Die Klägerin bestreitet, dass ihr die VOB/B übergeben worden sei (Blatt 4). Diesen Sachvortrag hat die Beklagte nicht bestritten. Es ist daher unstreitig, dass die VOB/B der Klägerin nicht übergeben wurde (so auch der Tatbestand der angefochtenen Entscheidung, Seite 5, 1. Absatz).

Die Verjährungsfrist richtet sich damit nach BGB und beträgt, da es sich um Arbeiten an einem Bauwerk handelt, 5 Jahre. Die Arbeiten wurden im Oktober 2014 ausgeführt. Die Verjährung begann damit nicht vor Oktober 2014. Die Zustellung der Antragschrift im selbständige Beweisverfahren am 13.09.2019 – vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist – an die Beklagte hemmte die Verjährung, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB. Das selbständige Beweisverfahren war mit der Anhörung des Sachverständigen

am 12.11.2020 beendet. Noch vor Ablauf der Sechsmonatsfrist aus § 204 Abs. 2 BGB ist die Klage der Beklagten am 12.04.2021 zugestellt worden.

b) Mängelansprüche

Die Klägerin hat ihre ursprünglich auf Kostenvorschuss gerichtete Klage nach Durchführung der Mängelbeseitigung noch in erster Instanz auf Ersatz der tatsächlich angefallenen Mängelbeseitigungskosten umgestellt. Soweit nunmehr aufgrund der erfolgten Mängelbeseitigung die tatsächlich angefallenen Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden, handelt sich nicht um eine Klageänderung, § 264 Nr. 3 ZPO (Grüneberg BGB, 82. Aufl., § 637 Rdnr. 9; BGH ZfBR 10, 246). Anders ist die prozessuale Situation, soweit neben den Mängelbeseitigungskosten im Wege der Feststellungsklage nunmehr der Schadensersatz von Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn) gefordert wird. Insoweit handelt es sich um eine Klageerweiterung, da nunmehr außerdem Schadensersatz gefordert wird, der an weitere Voraussetzungen, insbesondere ein Verschulden gebunden ist (Grüneberg, a.a.O.; OLG Köln NJW 2013 1104). Die Klageerweiterung ist als sachdienlich im Sinne des § 263 ZPO zu beurteilen. Die Sachdienlichkeit ist objektiv im Hinblick auf die Prozesswirtschaftlichkeit und nicht kleinlich zu beurteilen. Die Klageänderung ist als sachdienlich zuzulassen, wenn der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und die Zulassung eine endgültige Beilegung des Streits fördert und einen neuen Prozess vermeidet (Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl., § 263 Rdnr. 8). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn der bisherige Streitstoff bildet eine verwertbare Grundlage für die Entscheidung über die geltend gemachten Mangelfolgeschäden.

aa) Mangel

Ein Mangel des Werkes, hier des Bodenbelages, liegt unstreitig vor. Infolge aufsteigender Feuchtigkeit aus dem Erdreich hat sich der verwendete Dispersionskleber aufgelöst. Der Bodenbelag hat sich vom Untergrund gelöst und hebt sich. Der von der Beklagten erstellte Bodenbelag ist nach dem funktionalen Mangelbegriff mangelhaft. Der Belag hebt sich an mehreren Stellen und es besteht für Kunden und Mitarbeiter eine erhebliche Stolpergefahr. Zudem platzen die Fugen/Stöße auf und die Kanten bzw. Elemente lösen sich ab. Das ist unstreitig.

bb) Fristsetzung

Die erforderliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist hier erfolgt: Zum einen mit E-Mail vom 14.11.2018 (Anlage Ast 5) und nochmals mit Schreiben vom 13.05.2019 (Ast 9) wurde die Beklagte unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung der Mängel aufgefordert. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen, sie hat vielmehr ein Angebot ihrer Nachunternehmerin vorgelegt, in dem sie die Beseitigung der Mängel als zu vergütende Leistung anbietet. Hinsichtlich der geltend gemachten Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn während der Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten) bedurfte es einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht.

cc) Prüfpflicht des Unternehmers

Die Streithelferin ist für den Mangel verantwortlich, weil sie vor Ausführung ihrer Arbeiten ihrer Prüfpflicht und Pflicht zur Anmeldung von Bedenken nicht nachgekommen ist. Die Mangelhaftigkeit des Fußbodens beruht darauf, dass der darunter liegende Unterbau nicht gegen aus dem Erdreich aufsteigende Feuchtigkeit abgedichtet war, wodurch sich der Dispersionskleber im Laufe der Zeit auflöste und es zu den Mangelerscheinungen (Aufwölbung des Fußbodens) kam. Die Beklagte bzw. die von der Beklagten beauftragte Streithelferin hätte vor der Ausführung der Arbeiten prüfen müssen, wie der Fußbodenunterbau beschaffen ist. Dieser Prüfpflicht ist die Streithelferin nicht in

ausreichendem Maße nachgekommen. Die Beklagte muss sich die Pflichtverletzung der Streithelferin, derer sie sich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten bedient hat, zurechnen lassen (§ 278 BGB).

Der Werkunternehmer wird von der Mängelhaftung frei, wenn er bei gebotener Prüfung die Fehlerhaftigkeit bzw. Ungeeignetheit einer Leistungsbeschreibung, einer verbindlichen Anordnung des Auftraggebers, vorgeschriebener Stoffe oder Bauteile oder einer Vorleistung nicht erkennen konnte (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. Teil 5 Rdnr. 72). Da es sich um Aufklärungspflichten handelt, gelten insoweit die dazu entwickelten Grundsätze. Diese Prüfpflichten gelten nicht nur für einen VOB/B-Vertrag, sondern auch für einen Werkvertrag, der nach den BGB-Vorschriften zu beurteilen ist.

Zwar war die Streithelferin zur Abklärung des Untergrundes nicht zu einer zerstörenden Prüfung durch eine Bohrkernentnahme verpflichtet. Der erkennende Senat schließt sich der Rechtsprechung des OLG Oldenburg an, wonach es zur Erfüllung der Prüfpflicht einer Bohrkernentnahme nicht bedarf (OLG Oldenburg, Urteil vom 01.09.2020 – 2 U 43/20 – Juris). Zu einer solchen zerstörenden Prüfung, die der von der Klägerin beauftragte Privatgutachter vorgenommen hat, ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet.

Die Streithelferin hätte jedoch vor Ausführung der Arbeiten Erkundigungen über die Beschaffenheit des Fußbodenaufbaus einholen müssen. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Die Feuchtigkeitsmessungen mit einem elektronischen Gerät reichten zur Erfüllung der Prüfpflicht nicht aus. Diese Feststellungen beruht auf dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen B. im selbständigen Beweisverfahren, auf den Ausführungen des Sachverständigen B. bei seiner Anhörung im selbständigen Beweisverfahren am 12.11.2020 und auf den Angaben, die der Sachverständige B. bei seiner Anhörung durch den Senat im Termin vom 13.07.2023 gemacht hat.

Dem schriftlichen Gutachten zufolge hätte der Bodenverleger sich vor der Verlegung über das Vorhandensein einer entsprechenden Sperrschicht informieren müssen, da es sich hier um einen nicht unterkellerten Verlegebereich handelte (Gutachten B., Seite 19).

Diese Aussage hat der Sachverständige B. bei seiner mündlichen Anhörung im selbständigen Beweisverfahren bestätigt und näher erläutert. Der Sachverständige hat ausgeführt:

„Aus Sicht des Fußbodenlegers – mein Gewerbe – ist zu sagen, dass, wenn ich in ein solches Haus komme, muss ich Aufklärung betreiben, wie der Fußbodenaufbau ist. Wenn ich sehe, dass es sich um ein erdberührtes Gebäude handelt, muss ich nachfragen, welche Dichtung eingebracht ist. Wenn mir dazu keine Angaben gemacht werden können, muss ich selbst aufklären. Diese Aussagen treffe ich als in unserem Gewerbe üblich. Das entspricht auch den Ausführungen im DKB-Merkblatt Nr. 8.“

Auf Frage des Gerichts hat der Sachverständige weiter erklärt:

„Es kommt also nicht darauf an, ob der Streithelfer seine eigene Feuchtigkeitsmessung vor dem Verlegen richtig durchgeführt hat, sondern darauf, ob er den Umstand außer Acht gelassen hat, dass dann noch Feuchtigkeit nachziehen kann“.

Auf Frage von Rechtsanwalt K2. hat der Sachverständige weiter ausgeführt:

„Das Problem bei der vom Streithelfer durchgeführten Messung ist, dass er eben nur an der Oberfläche misst; wenn die durch Luftzug etwa gerade hinreichend trocken ist, dann misst er einen Wert, mit dem er eigentlich nichts anfangen kann. Er muss versuchen, Informationen zum Aufbau des Estrichs zu bekommen und wenn er sie nicht bekommt, muss er Bedenken anmelden“.

Ergänzend hierzu hat der Sachverständige B. bei seiner Anhörung durch den Senat im Termin vom 13.07.2023 erklärt, dass nach den einschlägigen DIN-Normen der Bodenleger bei erdberührenden Fußbodenkonstruktionen den Auftraggeber danach befragen müsse, ob der Boden normgerecht abgedichtet sei. Hintergrund sei, dass mit den Geräten, die der Bodenleger nutze, bei normaler Prüfung nicht festgestellt werden könne, ob eine Abdichtung vorhanden ist. Die Prüfpflicht des Bodenlegers höre bei der Folie auf. Damit sei die Schrenzlage gemeint, also die Abdichtung über der Dämmung und unter dem Estrich.

Eine weitere Möglichkeit, den Boden ohne zerstörende Prüfung nach aufsteigender Feuchtigkeit zu prüfen, sei es, eine Folie mit einer Dicke von 0,5 mm auf einer Fläche von 1 qm des Bodens aufzukleben und ca. 2-3, bis 4 Tage zuzuwarten. Wenn aufsteigende Feuchtigkeit vorhanden sei, werde sie an der Folie kondensieren und könne dadurch erkannt werden.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen des Sachverständigen B. im schriftlichen Gutachten, bei seiner mündlichen Anhörung im selbständigen Beweisverfahren und seiner Anhörung durch den Senat Bezug genommen.

Der Senat schließt sich den Ausführungen des Sachverständigen B. in vollem Umfang an. An der Fachkompetenz des Sachverständigen B., der öffentlich bestellter Sachverständiger für das Parkettlegerhandwerk und Bodenlegergewerbe ist, bestehen keine Zweifel. Das Gutachten des Sachverständigen und dessen mündliche Ausführungen waren in sich schlüssig und für Laien gut nachvollziehbar. Die einschlägigen DIN-Normen und Fachregeln des Bodenlegerhandwerks hat der Sachverständige in seinen Ausführungen genannt und erläutert.

Die dem Bodenleger obliegende Erkundigungspflicht nach dem Bodenaufbau hat die Streithelferin im konkreten Fall nicht erfüllt. Dass der Bereich, in dem der Fußboden verlegt werden sollte, nicht unterkellert war, war für den Fußbodenleger erkennbar. Damit bestand nach den Ausführungen des Sachverständigen B. eine Erkundigungspflicht nach dem Bodenaufbau. Die Streithelferin hätte also Erkundigungen nach dem Aufbau des Fußbodens anstellen müssen. Dass dies geschehen ist, haben weder die Beklagte noch die Streithelferin vorgetragen. Die Streithelferin hat zwar Feuchtigkeitsmessungen mit einem elektronischen Gerät ausgeführt. Diese waren aber nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht geeignet, aus dem Boden aufsteigende Feuchtigkeit zu erkennen. Auch die Abdeckung des Bodens mit einer Folie, die zur Erkennung von aufsteigender Feuchtigkeit aus dem Boden geeignet gewesen wäre, wurde nicht durchgeführt. Demzufolge hat die Streithelferin ihre Pflicht zur Prüfung des Bodenaufbaus und zur Anmeldung von Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung verletzt.

c) Mitverantwortlichkeit der Klägerin:

Das Landgericht hat zu Recht eine quotale Mithaftung der Klägerin verneint. Auf die Ausführungen auf Seite 9 der Urteilsgründe, denen der Senat beitrifft, wird Bezug genommen. Ergänzend ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen auszuführen: Eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin, weil sie weder die Beklagte noch die Streithelferin darüber informiert hat, dass Teile des Hauses älteren Datums und nicht unterkellert waren (§ 254 Abs. 1 BGB) sieht der Senat nicht. Die Streithelferin als Fachunternehmen hätte insoweit die Initiative ergreifen müssen und zu der Frage des Fußbodenaufbaus von sich aus Erkundigungen bei der Klägerin einholen müssen. Dass das Haus in dem Bereich, in dem die Verlegearbeiten durchgeführt werden sollten, nicht unterkellert war, konnte und mußte die Streithelferin in Ausführung ihrer Prüfungspflicht erkennen. Die Klägerin war, was Bodenverlegearbeiten betrifft, nicht fachkundig. Bei dem bisherigen Terrazzoboden, der feuchtigkeitsdurchlässig ist, sind Probleme nicht aufgetreten. Es bestand daher für die Klägerin kein konkreter Anlass, von sich aus auf den Fußbodenaufbau hinzuweisen. Es war vielmehr die Aufgabe des Fußbodenverlegers, die Initiative zu ergreifen und bei der Klägerin Erkundigungen nach dem

Fußbodenaufbau anzustellen. Die Klägerin war mangels konkreter Anhaltspunkte in der Vergangenheit nicht verpflichtet, von sich aus auf den Aufbau des Fußbodens hinzuweisen.

d) Sowiesokosten

Das Landgericht ist den Ausführungen des Sachverständigen gefolgt, wonach der von ihm vorgeschlagene Sanierungsweg Sowiesokosten nicht beinhaltet (LGU Seite 9 unter Ziffer 6.). Demgegenüber meint die Berufung, um Sowiesokosten handele es sich bei sämtlichen Kosten, die im Rahmen der Mangelbeseitigung angefallen seien, um die fehlende Abdichtung gegen Bodenfeuchtigkeit herzustellen.

Auf die Frage, ob und ggf. inwieweit es sich bei den vom Sachverständigen B. in seinem schriftlichen Gutachten auf der Grundlage des damaligen Gutachtensauftrages ermittelten Kosten um Sowieso-Kosten handelt, kommt es nicht mehr an, denn die ursprünglich auf Kostenvorschuss gerichtete Klage wurde zwischenzeitlich auf Erstattung der tatsächlich entstandenen Kosten umgestellt. Nach der Antragsumstellung auf die tatsächlich entstandenen Kosten kommt es nur noch darauf an, ob und ggf. in welchem Umfang es sich bei diesen geltend gemachten Kosten um Sowieso-Kosten handelt. Diese Frage ist dem Betragsverfahren vorzubehalten und nicht im Verfahren über den Grund des Anspruchs, der Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, zu klären.

e) Entgangener Gewinn

Der Auffassung der Berufung, der entgangene Gewinn gehöre nicht zu dem nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schaden, kann nicht gefolgt werden. Hinsichtlich der Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn während der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten) wird ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 283 BGB), der eine Pflichtverletzung und ein Verschulden voraussetzt. Die Pflichtverletzung beim Werkvertrag besteht in der Verschaffung des mangelhaften Werks (Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 280 BGB Rdnr. 19). Das Verschulden wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet; der Unternehmer muss sich entlasten. Den ihr obliegenden Entlastungsbeweis hat die Beklagte nicht geführt. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme hat die Streithelferin ihre Pflicht zur Erkundigung nach dem Bodenaufbau und ihre Pflicht zur Anmeldung von Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung fahrlässig verletzt (§ 276 Abs. 1 BGB). Dass der Schaden auch bei Einhaltung der vom Sachverständigen B. geschilderten anerkannten Regeln der Technik eingetreten wäre, ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Das Verschulden der von der Beklagten mit den Bodenverlegearbeiten beauftragten Streithelferin muss sich die Beklagte zurechnen lassen (§ 278 Abs. 1 BGB). Somit besteht auch hinsichtlich der geltend gemachten Mangelfolgeschäden dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, der neben dem Nacherfüllungsanspruch auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten geltend gemacht werden kann. Die Klägerin macht, soweit sie entgangenen Gewinn verlangt, Schadensersatz neben der Leistung geltend. Der neben den Anspruch auf Nacherfüllung tretende Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB erfasst alle Schäden, die durch die Pflichtverletzung endgültig entstanden sind und durch Nachbesserung nicht beseitigt werden können (Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 280 Rdnr. 18). Dazu gehört auch ein während der Nachbesserungsarbeiten entstandener entgangener Gewinn. Der Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB wurde, da die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach vorliegen, somit dem Grunde nach zu Recht für gerechtfertigt erklärt. In welcher Höhe ein Anspruch auf Ersatz von entgangenem Gewinn während der Geschäftsschließung besteht, wird im Betragsverfahren zu prüfen sein.

Aus diesen Gründen war die Berufung gegen das Grund- und Teilurteil als unbegründet zurückzuweisen.

V.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. § 97 ZPO greift ein, wenn die Berufung gegen ein Grundurteil nach § 304 ZPO erfolglos blieb. Es ist daher nicht zulässig, die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens dem Schlussurteil über das Betragsverfahren zu überlassen (Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 97 ZPO Rdnr. 2).

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Die für die Entscheidung relevanten Rechtsfragen sind durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt.

Entscheidung 2 - BGH Urt. v. 22.6.2023 – VII ZR 881/21

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Mängelrechte wegen Rissen in einer aus Betonfertigteilen hergestellten Attika und wegen Durchbiegungen der an der Betonfertigteilfassade angebrachten Beton-Fensterlamellen geltend.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte am 1. August 2005 unter Einbeziehung der VOB/B mit der Herstellung einer Betonfertigteilfassade am Bauvorhaben V. . Für Mängelgewährleistungsansprüche wurde eine Verjährungsfrist von vier Jahren vereinbart. Zu den Leistungen der Beklagten gehörten unter anderem die Herstellung einer Attika sowie Vorhangfassaden mittels Betonfertigteilelementen und Betonlamellen vor den Fenstern.

Die Klägerin nahm die Leistung hinsichtlich der Attikaelemente am 14. Dezember 2006 ab. Bezüglich der Betonlamellen erfolgte eine Abnahme unter Vorbehalt am 11. Dezember 2007. Mit der Beklagten am 22. Juni 2010 zugewandtem Schreiben vom 17. Juni 2010 rügte die Klägerin hinsichtlich der Leistung „Betonfertigteilfassaden“ eine Haarrissbildung an der Oberfläche, teilweise durchgehend auf der ganzen Materialstärke, und forderte die Beklagte zur Mängelbeseitigung bis zum 31. August 2010 auf.

Mit am 1. Dezember 2010 beim Landgericht eingegangenen und der Beklagten am 21. Dezember 2010 zugewandtem Schriftsatz beantragte die Klägerin die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. In diesem Verfahren wurde ein Gutachten nebst mehrerer Ergänzungsgutachten eingeholt. Der Sachverständige stellte unter anderem Risse im Attikabereich sowie Durchbiegungen der Beton-Fensterlamellen fest. In der vom Landgericht auf Antrag bis zum 19. April 2013 verlängerten Stellungnahmefrist zum ersten Ergänzungsgutachten nahm die Klägerin Stellung, ohne sich zu den Rissen in den Attikaelementen zu äußern. Das selbständige Beweisverfahren wurde sodann hinsichtlich der nach Auffassung der Klägerin mangelhaften Beton-Fensterlamellen fortgesetzt. Die Risse in den Attikaelementen waren nicht mehr Gegenstand der weiteren Ergänzungsgutachten. Die letzte in dem Verfahren vom Landgericht gesetzte Frist zur Stellungnahme endete mit Ablauf des 23. März 2015, ohne dass die Parteien hiervon Gebrauch machten.

Mit der am 26. Juni 2015 eingereichten Klage hat die Klägerin die Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 762.000 € bezüglich der Beton-Fensterlamellen sowie in Höhe von 67.200 € bezüglich der Attika, jeweils nebst Zinsen, hilfsweise für den Fall, dass die Nacherfüllung unmöglich sein sollte, die Zahlung von 436.736,07 € nebst Zinsen verlangt. Darüber hinaus hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte einen gegebenenfalls verbleibenden Minderwert/Minderungsbetrag am Gebäude zu tragen habe, der dadurch entstehe, dass nach der Betonsanierung der Risse der Betonteilfassade im Attikabereich ein optischer Mangel verbleibe. Das Landgericht hat der Klage auf den Hilfsantrag betreffend die Beton-Fensterlamellen in Höhe von 101.905,08 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen.

Auf die wechselseitig eingelegten Berufungen hat das Berufungsgericht die Beklagte wegen Mängeln an der Attika verurteilt, an die Klägerin 67.200 € nebst Zinsen zu zahlen. Außerdem hat es dem Feststellungsantrag stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage betreffend den Hauptantrag hinsichtlich der Beton-Fensterlamellen als derzeit unbegründet abgewiesen. Über den Hilfsantrag hat es mangels Bedingungseintritts nicht entschieden.

Mit ihrer vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision wendet sich die Beklagte allein gegen ihre Verurteilung im Hinblick auf die Risse in der Attika und verfolgt insoweit ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Eine zunächst ebenfalls eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hinsichtlich des Komplexes betreffend die Beton-Fensterlamellen hat die Beklagte zurückgenommen.

Der Senat hat mit Beschluss vom 18. Januar 2023 festgestellt, dass das Berufungsgericht die Zulassung der Revision auf Ansprüche der Klägerin wegen der Attika-Elemente wirksam beschränkt hat. Die von der Klägerin eingelegte Revision wegen der Abweisung ihrer Klage in Bezug auf Ansprüche hinsichtlich der Beton-Fensterlamellen hat er als unzulässig verworfen und ihre vorsorglich eingelegte Beschwerde gegen die teilweise Nichtzulassung der Revision im Urteil des Berufungsgerichts zurückgewiesen.

Mit der ebenfalls für den Fall der Verwerfung ihrer Revision hilfsweise eingelegten Anschlussrevision verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Zahlung eines Kostenvorschusses hinsichtlich der Beton-Fensterlamellen weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Anschlussrevision der Klägerin ist unzulässig.

A. Revision der Beklagten

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Stuttgart, Urteil vom 30. November 2021 – 10 U 58/21, BauR 2022, 666), soweit für die Revision der Beklagten von Relevanz, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 67.200 € als Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung wegen Rissen in der Attika gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) sowie auf die begehrte Feststellung.

Der Anspruch sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht verjährt. Die vierjährige Verjährungsfrist habe mit der Abnahme am 14. Dezember 2006 begonnen und hätte grundsätzlich am 14. Dezember 2010 geendet. Aufgrund der der Beklagten am 22. Juni 2010 zugegangenen Mängelanzeige habe sich die Gewährleistungsfrist gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2002) auf zwei Jahre ab diesem Zeitpunkt bis zum 22. Juni 2012 verlängert.

Das selbständige Beweisverfahren vor dem Landgericht habe die Verjährung hinsichtlich der Risse in der Attika nicht lediglich bis zum Ende der am 19. April 2013 ablaufenden Stellungnahmefrist zum ersten Ergänzungsgutachten nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt. Würden mehrere Mängel in einem einheitlichen Beweisverfahren anhängig gemacht, richte sich das Ende der Verjährungshemmung für alle geltend gemachten Mängel nach dem Abschluss des gesamten selbständigen Beweisverfahrens.

Die Gegenansicht, wonach das Beweisverfahren und damit die Verjährungshemmung hinsichtlich mehrerer Mängel selbständig mit ihrer jeweiligen sachlichen Erledigung ende, überzeuge, was das Berufungsgericht näher ausführt (OLG Stuttgart, Urteil vom 30. November 2021 – 10 U 58/21, BauR 2022, 666, juris Rn. 171 ff.), nicht. Es sei daher vorzugswürdig, in Bezug auf den Weiterlauf der Verjährung abzuwarten, bis das selbständige Beweisverfahren einheitlich beendet werde.

Ein Hinweis des Landgerichts zur Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens bezüglich der Risse in der Attika sei nicht erfolgt. Damit sei das selbständige Beweisverfahren auch in Bezug auf diesen Mangel erst zum 23. März 2015 beendet worden. Wegen § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sei daher von der Hemmung der Verjährung bis zum 23. September 2015 auszugehen, weshalb die Klage vom 26. Juni 2015 in unverjährter Zeit erhoben worden sei und diese zu einer erneuten Hemmung der Verjährung geführt habe.

II.

Die Verurteilung der Beklagten hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht in Frage gestellt hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 und Nr. 6 VOB/B (2002) auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mangelbeseitigung in Höhe von 67.200 € nebst Zinsen sowie auf Erstattung eines etwaig verbleibenden Minderwerts/Minderungsbetrags wegen der Risse in der Attika vorliegen.

2. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung hat keinen Erfolg. Die Ansprüche sind nicht verjährt.

a) Ohne Rechtsfehler und von der Revision ebenfalls nicht angegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die vierjährige Verjährungsfrist mit Abnahme der Leistung am 14. Dezember 2006 zu laufen begonnen hat und die Verjährung zunächst durch das selbständige Beweisverfahren nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt worden ist.

b) Diese Hemmung dauerte gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB bis zum Ablauf des 23. September 2015 an, so dass der vorherige Eingang der Klage am 26. Juni 2015 die Verjährung der Ansprüche gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO ebenfalls gehemmt hat. Denn das eingeleitete selbständige Beweisverfahren war – auch hinsichtlich der Risse in der Attika – (erst) am 23. März 2015 beendet.

Ein selbständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung anderweitig beendet im Sinne von § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 – VII ZR 172/09 Rn. 11 m.w.N., BauR 2011, 287 = NZBau 2011, 156). Erfolgt die Beweiserhebung durch ein schriftliches Sachverständigengutachten, ist dies mit dessen Übersendung an die Parteien der Fall, wenn weder das Gericht nach § 492 Abs. 1, § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO eine Frist zur Stellungnahme gesetzt hat noch die Parteien innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 – VII ZR 172/09 Rn. 11, BauR 2011, 287 = NZBau 2011, 156). Läuft eine vom Gericht gesetzte Frist zur Stellungnahme ab, ohne dass die Parteien hiervon Gebrauch machen, endet das Verfahren grundsätzlich mit deren Ablauf.

Entscheidend für die Beurteilung der sachlichen Erledigung ist dabei grundsätzlich das Ende der gesamten Beweisaufnahme. Das gilt unabhängig davon, ob in einem selbständigen Beweisverfahren die Sicherung des Beweises hinsichtlich nur eines Mangels oder mehrerer – auch voneinander unabhängiger – Mängel stattfindet und auch ohne Rücksicht darauf, ob diese durch einen oder mehrere Sachverständige erfolgt. Soweit der Senat mit Urteil vom 3. Dezember 1992 (VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329) entschieden hat, dass die Beweissicherung und damit die Unterbrechung der Verjährung bei mehreren, voneinander unabhängigen Mängeln desselben Bauvorhabens mit dem Abschluss der Beweissicherung hinsichtlich eines jeden dieser Mängel ende, auch wenn die verschiedenen Mängel und Sachverständigengutachten Gegenstand nur eines, formal zusammengefassten Verfahrens geworden sind (dem folgend etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 2. April 2020 – 12 U 77/19, BauR 2021, 1170, juris Rn. 14 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 20. August 2019 – 13 U 60/16, juris Rn. 25; OLG Koblenz, Urteil vom 17. Mai 2013 – 10 U 286/12, VersR 2013, 1542, juris Rn. 41 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 16. Dezember 2008 – 21 U 117/08, BauR 2009, 1477, juris Rn. 10 f.; OLG Dresden, Beschluss vom 28. Oktober 2008 – 9 U 1128/08, IBRRS 2009, 0093; OLG München, Urteil vom 13. Februar 2007 – 9 U 4100/06, BauR 2007, 1095 = NZBau 2007, 375, juris Rn. 12 f.; BeckOK BGB/Henrich, Stand: 1. Mai 2023, § 204 Rn. 75; BeckOK ZPO/Kratz, Stand: 1. März 2023, § 494a Rn. 1.2; MünchKommBGB/Grothe, 9. Aufl., § 204 Rn. 103; Schmidt-Räntsch in Erman, BGB, 16.

Aufl., § 204 Rn. 45; Schmitz/Vogel in Festschrift für Koeble, 2010, S. 635, 636 ff.; a.A. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Kalle, NZBau 2023, 215; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1565 ff.; Handschumacher, jurisPRPrivBauR 6/2009 Anm. 5; Rast in Festschrift für Locher, 2022, S. 433, 438 ff.; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 628 ff.), hält er an dieser Auffassung aus den nachfolgenden Gründen nicht mehr fest.

aa) Bereits der Wortlaut von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB spricht für diese Auslegung der Norm in Bezug auf das selbständige Beweisverfahren. Die Bestimmungen über die Verjährung enthalten eine formale Regelung; ihre Auslegung muss sich grundsätzlich eng an den Wortlaut anlehnen. Das gebietet die Rechtssicherheit (BGH, Urteil vom 20. Februar 2002 – VIII ZR 228/00, BGHZ 150, 55, juris Rn. 14; Urteil vom 6. November 1969 – VII ZR 159/67, BGHZ 53, 43, juris Rn. 19).

Gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB endet die Hemmung nach § 204 Abs. 1 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder – wie bei einem selbständigen Beweisverfahren – „anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens“. Danach muss das Verfahren insgesamt sachlich erledigt sein. Eine teilweise Beendigung des Verfahrens im Hinblick auf einzelne von mehreren Beweisgegenständen, insbesondere auf die konkret zu begutachtenden Mängel reicht nach dem Wortlaut von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB, wie im Übrigen auch der Vorgängervorschriften zum Kauf- (§ 477 Abs. 2 BGB a.F.) und Werkvertrag (§ 639 Abs. 1 i.V.m. § 477 Abs. 2 BGB a.F.), nicht aus (so auch Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1567; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 631 f., 633).

Vielmehr knüpft die Norm durch ihren Wortlaut an die Beendigung des prozessualen Verfahrens, das zur Hemmung geführt hat, an (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1565 ff.; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 633). Dessen Umfang beurteilt sich nach dem, einem verfahrenseinleitenden Antrag stattgebenden, Beschluss des Gerichts gemäß § 490 Abs. 2 ZPO. Dieses so bestimmte Verfahren ist erst mit dessen sachlicher Erledigung beendet. Ein anderes, früheres Ende hat das in Gang gesetzte selbständige Beweisverfahren, wenn der Antrag nicht zurückgenommen wird, grundsätzlich nicht.

Dieser Wortlaut entspricht dem in der Gesetzesbegründung zu § 204 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, wonach „die durch die in Absatz 1 genannten Rechtsverfolgungsmaßnahmen ausgelöste Hemmung [...] während des gesamten Verfahrens“ andauern soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 117).

Es handelt sich bei der Begutachtung verschiedener Mängel nicht etwa um mehrere selbständige Beweisverfahren, die nur äußerlich gemeinsam durchgeführt werden. Denn auch wenn die Beweiserhebung im Hinblick auf einen selbständigen Mangel inhaltlich bereits abgeschlossen ist, im Übrigen aber noch fortgesetzt wird, kann der Antragsgegner mangels Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens beispielsweise (noch) nicht nach § 494a Abs. 1 ZPO beantragen, dass der Antragsteller binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben hat, um so im Fall des Unterbleibens die Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO auszulösen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; BeckOK ZPO/Kratz, Stand: 1. März 2023, § 494a Rn. 1.2; Handschumacher, jurisPR-PrivBauR 6/2009 Anm. 5). Auch wird – nicht anders als in einem Rechtsstreit – ein Gegenstandswert des gerichtlichen Verfahrens aus der Summe der Werte, die jedem Mangel zuzuordnen sind, gebildet.

bb) Sinn und Zweck von § 204 BGB stützen ebenfalls diese Auslegung. Den verjährungshemmenden Tatbeständen des § 204 Abs. 1 BGB liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass der Gläubiger durch aktives Betreiben seines Anspruchs seinen Rechtsverfolgungswillen so deutlich macht, dass der Schuldner gewarnt wird und sich auf eine Inanspruchnahme noch nach Ablauf der ursprünglichen

Verjährungsfrist einstellen muss (BGH, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14 Rn. 30 m.w.N., BGHZ 207, 40).

Dieser die Hemmung der Verjährung rechtfertigende Rechtsverfolgungswille des Gläubigers bleibt aber auch dann für den Schuldner weiter erkennbar, wenn im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens ein Mangel begutachtet worden ist, die Parteien keine Fragen mehr an den Sachverständigen stellen oder Einwendungen gegen dessen Gutachten haben, die Begutachtung hinsichtlich weiterer in demselben Verfahren anhängiger Mängel jedoch noch nicht abgeschlossen ist. Es ist für den Schuldner absehbar, dass sein Gläubiger regelmäßig noch den Abschluss des gesamten Verfahrens abwarten möchte, um dann etwaige weitere Maßnahmen zur Durchsetzung seiner (Mängel-)Ansprüche auf Grundlage des vollständigen Begutachtungsergebnisses zu ergreifen. Der Schuldner muss sich daher weiterhin, auch wenn die Beweissicherung betreffend einen Mangel beendet ist, auf eine Inanspruchnahme einstellen.

cc) Auch prozessökonomische Erwägungen sprechen für dieses Ergebnis. Es wäre für die Parteien unnötig umständlich und zeitaufwändig, wenn der Besteller gezwungen wäre, Ansprüche aus einzelnen im selbständigen Beweisverfahren abschließend begutachteten Mängeln klageweise geltend zu machen, nur um ein Ende der Verjährungshemmung zu verhindern, während sich andere Mängel noch in der Begutachtungsphase befinden, zumal dann die Notwendigkeit hinzukäme, sukzessive weitere Mängelansprüche nach Abschluss der Begutachtung durch Klageerweiterung in den Rechtsstreit einzuführen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1569; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 630). Dies läuft dem den Zivilprozess prägenden gesetzgeberischen Ziel zuwider, einen Rechtsstreit möglichst kompakt und zügig zu entscheiden (vgl. § 272 Abs. 1 ZPO). Zudem widerspricht es dem jedenfalls mit dem selbständigen Beweisverfahren auch verfolgten Zweck der Vermeidung eines Rechtsstreits (§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 – VII ZB 56/07 Rn. 12, BauR 2010, 651 = NZBau 2010, 368), wenn der Antragsteller aus verjährungsrechtlichen Gründen frühzeitig zur Klageerhebung gezwungen wird. Eine gütliche Einigung zwischen den Parteien wird eher zustande kommen, wenn über alle vom Besteller behaupteten Mängel Klarheit besteht, da erst dann ein umfassender, den gesamten Streit beendender Vergleich möglich wird (vgl. auch Schmeel, BauR 2022, 1564, 1568; Handschumacher, jurisPRPrivBauR 6/2009 Anm. 5; Rast in Festschrift für Locher, 2022, S. 433, 442; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 630).

dd) Die rechtliche Selbständigkeit von Mängeln und der aus ihnen resultierenden Ansprüche (vgl. etwa BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650, juris Rn. 30) führt zu keinem anderen Ergebnis.

Ansprüche wegen mehrerer, voneinander unabhängiger Mängel der Werkleistung verjähren grundsätzlich selbständig. Beginn, Dauer und Ende der Verjährung ist daher für jeden Mängelanspruch gesondert festzustellen (vgl. zu diesem Ausgangspunkt BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329, juris Rn. 7 f.). So hemmt ein selbständiges Beweisverfahren die Verjährung nicht allgemein für Mängelansprüche aus dem betreffenden Werkvertrag. Eine Hemmung tritt vielmehr lediglich für Ansprüche aus denjenigen Mängeln ein, die zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329, juris Rn. 8 zum Beweissicherungsverfahren der §§ 485 ff. ZPO in der bis zum 31. März 1991 geltenden Fassung). Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen aus solchen, gemeinsam zum Gegenstand eines Verfahrens gemachten mehreren verschiedenen Mängeln unterschiedlich enden könnte (anders noch BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329, juris Rn. 8). Denn für das Ende der Hemmung kommt es ausschließlich auf die Beendigung des Verfahrens an; der rechtlichen Selbständigkeit eines Mängelanspruchs kommt hierfür keine eigenständige rechtliche Relevanz zu. Es handelt sich – wie oben dargelegt – hinsichtlich aller geltend gemachten Mängel bei einem selbständigen Beweisverfahren um ein einziges Verfahren. Dessen Ende

insgesamt ist deshalb für die Dauer der Hemmung maßgebend, nicht anders als bei einer Klage wegen Ansprüchen aus mehreren, voneinander unabhängigen Mängeln die Dauer der Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmt wird.

B. Anschlussrevision der Klägerin

I.

Das Berufungsgericht hat – anders als das Landgericht – eine Nacherfüllung hinsichtlich des an den Beton-Fensterlamellen bestehenden Mangels nicht für (subjektiv) unmöglich erachtet. Jedoch ständen der Klägerin derzeit keine Mängelansprüche aufgrund der durchgebogenen Betonlamellen zu. Denn es fehle trotz mangelhafter Werkleistung der Beklagten mangels Erfüllung einer Mitwirkungsobliegenheit der Klägerin an einer wirksamen Fristsetzung zur Nacherfüllung. Die Änderungen an den Betonlamellen bedürften der planerischen Mitwirkung der Klägerin.

II.

Die hiergegen gerichtete Anschlussrevision der Klägerin, über die aufgrund des Bedingungseintritts zu entscheiden ist, ist unzulässig.

1. Eine Anschlussrevision gemäß § 554 ZPO ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur zulässig, wenn ihr Gegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit demjenigen der Revision steht. Auf diese Weise wird einerseits der Wille des Gesetzgebers befolgt, wonach durch die Anschlussrevision dem Revisionsbeklagten die Möglichkeit eröffnet werden soll, eine Abänderung des Berufungsurteils zu seinen Gunsten zu erreichen, wenn das Revisionsverfahren ohnehin durchgeführt werden muss (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 108). Andererseits wird der auch nach § 554 ZPO fortbestehenden Akzessorietät der Anschlussrevision als eines unselbständigen Rechtsmittels hinreichend Rechnung getragen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 – VII ZR 154/18 Rn. 38 m.w.N., BauR 2019, 1648 = NZBau 2019, 572).

2. Zwischen der Anschluss- und der Hauptrevision besteht kein derartiger hinreichender rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang. Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision reicht es hierfür nicht aus, dass die Ansprüche auf derselben Vertragsgrundlage beruhen und daher beide jeweils von Anfang an Gegenstand des Verfahrens waren (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 – VII ZR 71/15 Rn. 31, BauR 2019, 668 = NZBau 2019, 170). Hinsichtlich der von der Revision einerseits und der Anschlussrevision andererseits betroffenen Mängel stellen sich keine übergreifenden Fragen, die mit dem Umstand in Zusammenhang stehen, dass die Mängel an demselben von der Beklagten ausgeführten, aufgrund eines Vertrags geschuldeten Gewerks aufgetreten sind. Die Frage der Anspruchsverjährung stellt sich hinsichtlich etwaiger Ansprüche wegen der mangelhaften Beton-Fensterlamellen – unter anderem schon wegen deren späterer Abnahme – nicht in derselben Weise wie im Hinblick auf Ansprüche wegen der mangelhaften Attika. Die Anschlussrevision greift das berufsgerichtliche Urteil hinsichtlich letzterem auch nur wegen dessen Annahme, der Anspruch bestehe wegen einer fehlenden Mitwirkung der Klägerin im Rahmen der Nacherfüllung jedenfalls derzeit nicht, an. Diese rechtliche Wertung ist wiederum für die Ansprüche wegen der mangelhaften Attika unerheblich.

C. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO sowie der entsprechenden Anwendung von § 516 Abs. 3 ZPO.

Entscheidung 3 - OLG Koblenz Urt. v. 15.12.2022 – 1 U 516/22

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten wegen einer Vielzahl verschiedener Mängel die Zahlung von Schadensersatz, Ersatzvornahmekosten und Kostenvorschuss.

Der Beklagte errichtete als Bauträger für die Mitglieder der Klägerin in der ...[Z] in ...[Y] bis 2010 zwei Objekte mit mehreren Eigentumswohnungen. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte nicht. Die Klägerin rügte in der Folgezeit gegenüber dem Beklagten diverse Mängel und forderte den Beklagten 2011 durch mehrere Schreiben jeweils unter Fristsetzung zur Nachbesserung zahlreicher Mängel auf; auf den Inhalt der Schreiben und die darin beanstandeten Mängel wird Bezug genommen (Anlagen K3 – K15). Die Drittwiderbeklagten behielten die von dem Beklagten angeforderte letzte Schlussrate des Bauträgervertrages ein.

Ein Großteil der Wohnungseigentümer nahm den Beklagten in einem Vorprozess wegen behaupteter Mängel aus dem Bauvertrag von 2008 in Anspruch (8 O 124/11 – LG Koblenz). Das Verfahren endete am 6. August 2013 im zweiten Rechtszug vor dem OLG Koblenz (4 U 425/13) durch den Abschluss eines Vergleichs. Hierin verpflichtete sich der Beklagte innerhalb einer bestimmten Frist 100.000 € und weitere 40.000 € zur Beteiligung an aufgelaufenen außergerichtlichen Kosten und den Kosten des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens an die Klägerin zu zahlen. Nach fristgerechter Zahlung verzichtete die Klägerin auf die im Verfahren 8 O 129/13 weiter geltend gemachten Ansprüche. Auch sollten alle Ansprüche aufgrund geltend gemachter Mängel, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens 8 OH 15/10 und der Klageverfahren 8 O 124/11 und 8 O 129/13 (jeweils Landgericht Koblenz) waren, abgegolten sein.

Die Klägerin hat angeführt, die Werkleistung des Beklagten weise zahlreiche, in den vorgelegten Schreiben (Anlagen K3 – K15) gerügte Mängel auf, die nicht Gegenstand der zuvor geführten Verfahren und des geschlossenen Vergleichs gewesen seien. Sie habe gegen den Beklagten aufgrund der Mängel der Werkleistung einen Anspruch auf Kostenvorschuss in Höhe von 131.576,41 €, auf Zahlung von „Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ in Höhe von 42.385,08 €. Ein weiterer Schadensersatzanspruch bestehe wegen Mangelfolgeschäden in Höhe von 1.148,35 €. Die fehlende Abnahme stehe dem Begehren nicht entgegen. Der Beklagte habe seine Leistungen als fertiggestellt angeboten und sie habe ihn nach verweigerter Abnahme erfolglos zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Rechtsbeziehung der Parteien sei bereits vor Klageerhebung in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis übergegangen. Der Beklagte habe außergerichtlich und in den geführten Verfahren die Mängelbeseitigung abgelehnt. Sie – die Klägerin – sei mit Schreiben vom 13. Januar 2015 (Anlage K36) in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis übergegangen. Einer weiteren bzw. nochmaligen Mängelbeseitigungsaufforderung unter Fristsetzung nach dem Übergang in das Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis habe es nicht bedurft. Jedenfalls habe der Beklagte die Leistungen ernsthaft und endgültig verweigert.

Der Beklagte hat Drittwiderklage auf Zahlung der jeweils letzten Rate (in unterschiedlicher Höhe) aus den mit den Drittwiderbeklagten geschlossenen Bauträgerverträgen erhoben. Nach Zahlungen der Drittwiderbeklagten auf die Restwerklohnforderungen des Beklagten haben der Beklagte und neun Drittwiderbeklagte den Rechtsstreit erstinstanzlich hinsichtlich der Drittwiderklage übereinstimmend für erledigt erklärt. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung am 26. November 2021 haben zwei Drittwiderklagen gegen Wohnungseigentümer – die Drittwiderbeklagten zu 8) und 11) – noch keine Erledigung gefunden. In der mündlichen Verhandlung haben beide Parteien zu den noch laufenden Drittwiderklagen keine Anträge gestellt. Im Übrigen haben die Parteien hinsichtlich eines Betrages in Höhe von 113,05 € übereinstimmend die Erledigung des Rechtsstreits erklärt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. a. an sie zu Händen des Verwalters 131.576,71 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit als abrechenbaren Vorschuss zur Mängelbeseitigung,

b. zu Händen des Verwalters weitere 45.385,08 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit,

c. zu Händen des Verwalters weitere 1.148,35 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. sie von den für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung entstandenen Honoraransprüchen der Rechtsanwälte ... in Höhe von 2.638,83 € freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben und eingewandt, dass die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei. Teilweise sei das Sondereigentum betroffen. Die geltend gemachten Ansprüche bestünden nicht, weil entweder eine nach der Baubeschreibung nicht geschuldete Leistung gefordert werde, der Mangelbeseitigungsaufwand unrichtig sei oder die geltend gemachten Mängel bereits durch Vergleichsschluss abgegolten worden seien. Sie selbst habe nicht ernsthaft und endgültig die Nachbesserung verweigert, nachdem die Klägerin ihrerseits die Abnahme abgelehnt habe. Zudem habe die Klägerin erst in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021 verbindlich erklärt, dass ein Erfüllungsanspruch nicht mehr weiterverfolgt und stattdessen ins Abrechnungsverhältnis gewechselt werde. Es fehle aber an einer Fristsetzung zur Mangelbeseitigung nach dem Übergang ins Abrechnungsverhältnis. Diese könne nicht mehr nachgeholt werden, da die Klägerin einen großen Teil der behaupteten Mängel bereits selbst beseitigt habe. Ihr sehe zudem selbst ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.583,50 € wegen des Abbruchs von weiteren Vergleichsverhandlungen ohne sachlichen Grund zu, die zu unnützen Kosten auf ihrer Seite geführt hätten; mit diesem Anspruch hat die Beklagte hilfsweise aufgerechnet.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat den Beklagten durch ein Teilurteil zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 1.148,35 € (Mangelvorwürfe NM 55 – Entkopplung Putzanschlüsse sowie NM 58 – erhöhte Verstopfungsgefahr) verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Die Hilfsaufrechnung des Beklagten sei unbegründet.

Hinsichtlich der bestehenden Schadensersatzansprüche sei nicht erkennbar, dass diese Punkte bereits durch den im Vorprozess geschlossenen Vergleich erledigt worden seien. Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bestehe nur aus einem berechtigten Gegenstandswert in Höhe von insgesamt 1.148,35 €.

Das Begehren eines Kostenvorschusses sei unbegründet. Aufgrund der Erklärung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021, in der sie eine weitere Zusammenarbeit mit dem Beklagten verweigert habe, sei ab diesem Zeitpunkt von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen. Es fehle aber an einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nach Abnahme oder nach Übergang in ein

Abrechnungsverhältnis. Maßgeblich sei, dass erstmals zum Zeitpunkt der Abnahme überhaupt zu beurteilen möglich sei, ob ein Werk mangelfrei sei oder nicht und denkbare auch erst im Anschluss ein entsprechendes (Nacherfüllungs-)verlangen an den Unternehmer herangetragen werden könne. Dabei bestehe häufig auch aus rechtspraktischer Sicht des betroffenen Unternehmers ein starkes Bedürfnis für eine Fristsetzung nach der Abnahme oder nach Übergang in ein Abrechnungsverhältnis, wenn zwischenzeitlich (nach der ersten Fristsetzung im Erfüllungsstadium) eine Begutachtung stattgefunden habe, aus der sich Gründe ergäben, dass der Unternehmer jetzt doch seiner Pflicht zur Nachbesserung nachkomme. Eine Fristsetzung sei auch nicht entbehrlich gewesen, da eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten nicht vorliege. Eine solche sei erkennbar nicht vorgetragen worden. Das bloße Bestreiten von gerügten Mängeln für sich alleine genüge nicht. Auch der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Ersatzvornahmekosten in Höhe von 45.385,08 € bestehe nicht. Der Anspruch scheitere daran, dass die Selbstvornahme bereits vor dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis vorgenommen worden sei und es im Übrigen auch insoweit an einer Fristsetzung nach Übergang in das Abrechnungsverhältnis fehle.

Die vom Beklagten zur Hilfsaufrechnung gestellte Gegenforderung in Höhe von 10.583,40 € bestehe nicht. Es sei nicht erkennbar, dass die Klägerin Vertrauen für das Zustandekommen eines Vergleiches erweckt habe und dem Beklagten durch eine entsprechende Täuschung des Vertrauens unnütze Kosten entstanden seien.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, wobei sie ihren Anspruch bezüglich des Kostenvorschuss um 30.073,68 € reduziert, da die tatsächlichen Kosten der Mangelbeseitigung durch Montage eines tragfähigen Stahlbauteils im Bereich des Spalts um einen entsprechenden Betrag niedriger gewesen seien als die Kostenschätzung bei der Klageerhebung. Dies betreffe den Neumangel 34 bezüglich des zu großen Abstandes zwischen den Balkonplatten und dem Geländer. Im Übrigen hält sie an ihrem Begehren fest, da nach dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis bereits aus Rechtsgründen keine Fristsetzung mehr erforderlich gewesen sei. Zudem habe das Landgericht nicht beachtet, dass ein Übergang in das Abrechnungsverhältnis bereits im Schriftsatz vom 13. Januar 2015 (Anlage K36) mit der Erklärung, es würden nur noch Kosten der Ersatzvornahme geltend gemacht, erfolgt sei. Sie habe lediglich vorsorglich in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021 nochmals erklärt, dass sie eine weitere Leistungserbringung durch den Beklagten endgültig verweigere. Im Übrigen sei schon vor dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis keine Fristsetzung mehr erforderlich gewesen. Aus den Anlagen K3 – K15 ergebe sich, dass wegen sämtlicher geltend gemachter Mängel eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bereits im Jahr 2011 erfolgt sei. Anschließend sei der Beklagte in keiner Weise tätig geworden. Er habe auch nichts unternommen, nachdem der Sachverständige eine Vielzahl der geltend gemachten Mängel bestätigt habe und habe sogar an der erhobenen Drittwiderklage festgehalten. Ein derartiges eindeutiges passives Verhalten reiche, um von einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung auszugehen.

Die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen,

1. a) an sie weitere 101.502,73 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit als abrechenbaren Vorschuss zur Mängelbeseitigung,

b) an sie weitere 45.385,08 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. sie von den für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung entstandenen Honoraransprüchen der Rechtsanwälte ... in Höhe von weiteren 2.437,12,83 EUR freizustellen;

sowie hilfsweise,

das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 25. Februar 2022 in Ziff. 3 des Tenors aufzuheben und die Sache zur Entscheidung zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Es fehle an einer Anspruchsberechtigung der Klägerin, da sie sich von den beiden Wohnungseigentümergeinschaften ...[X] und ...[W] keine Ermächtigung zur Klageerhebung erhalten habe. Zutreffend habe das Landgericht nach dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis eine weitere Fristsetzung gefordert. Eine solche sei auch nicht entbehrlich gewesen, da er zu keinem Zeitpunkt eine Nachbesserung endgültig verweigert habe. Vielmehr sei es die Klägerin gewesen, die sein weiteres Tätigwerden verhindert habe. Sie habe das berechnete Ansinnen zur Abnahme verweigert und statt dessen immer weitere Mängel geltend gemacht, die die geltend gemachten Ansprüche nicht hätten begründen können. Er habe bereits im ersten Rechtszug hinreichend dargetan, dass die meisten geltend gemachten Mängel bereits durch den im Vorprozess vor dem Oberlandesgericht Koblenz (4 U 425/13) geschlossenen Vergleich endgültig abgegolten worden seien. Er selbst sei auch nie wirksam wegen der streitgegenständlichen Mängel zur Nachbesserung aufgefordert worden. Die entsprechenden Aufforderungsschreiben seien an den nicht mehr mandatierten Rechtsanwalt ...[A] aus ...[V] gegangen, der jedoch für das weitere Verfahren zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bevollmächtigt gewesen sei.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die wechselseitig eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache einen vorläufigen Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung im Umfang der Anfechtung und zur Zurückweisung an das Landgericht, da dieses durch ein unzulässiges Urteil sowie verfahrensfehlerhafter Weise entschieden hat (§ 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 7 ZPO).

1. Das Landgericht hat durch ein unzulässiges Urteil über die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf Kostenvorschuss und

„Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ entschieden, weshalb die Sache nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO zurückzuverweisen ist.

a) Es liegt ein unzulässiges Urteil vor.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann ein Urteil gemäß § 301 ZPO nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Urteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über die sonstigen Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dies gilt auch, soweit es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen, noch das Gericht gemäß § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Demnach ist der Erlass eines

Teilurteils bereits dann unzulässig, wenn in dem Teilurteil eine Rechtsfrage entschieden wird, die für die weitere Entscheidung durch Schlussurteil neu zu entscheiden sein wird (vgl. zum Ganzen BGH, NJW 2004, 1452; BGH, NJW 2009, 2814; BGH, NJW 2013, 1009).

bb) Eine solche Gefahr besteht hier. Das Teilurteil über die von der Klägerin als Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemachten Ansprüche auf Kostenvorschuss bzw. „Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ ist wegen der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen unzulässig, wenn der Beklagte als Bauträger im Wege der Drittwiderklage die aus seiner Sicht ausstehenden Restraten aus den Erwerbsverträgen gegen die Wohnungseigentümer geltend macht, das Gericht über diese aber noch nicht entschieden hat bzw. mitentscheidet. Dies ergibt sich schon daraus, dass die drittwiderbeklagten Wohnungseigentümer zumindest ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des geltend gemachten Vorschussanspruchs geltend machen (vgl. OLG Stuttgart, NJW 2013, 699, 700). Für die Geltendmachung genügt die umfängliche Verteidigung durch die Drittwiderbeklagten gegen das Drittwiderklagebegehren, da zur Erhebung der Einrede kein förmlicher Antrag gestellt werden muss; es genügt, wenn der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (OLG Stuttgart, a.a.O., m.w.N.). Insofern haben die vom Landgericht abgewiesenen und die mit der Drittwiderklage verfolgten Ansprüche teilweise identische tatsächliche Voraussetzungen, über die zu entscheiden wäre, weshalb bei einer zeitlich gestaffelten Entscheidung durch Teil- und Schlussurteil die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen begründet ist.

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung war die Drittwiderklage noch gegen zwei Drittwiderbeklagte rechtshängig, weshalb die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen tatsächlich gegeben war. Dass sich im Verlauf des Berufungsverfahrens eine dieser Drittwiderklagen einseitig erledigt hat, ändert hieran nichts.

cc) Es auch nicht aufgrund des Nichtverhandelns der Parteien zur Drittwiderklage im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht von einem zulässigen Teilurteil auszugehen, weil die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen ausnahmsweise hinzunehmen wäre. Auch bei nur teilweiser Säumnis der Parteien – wenn diese etwa die Anträge nur in Bezug auf einen von mehreren Ansprüchen stellen – ist grundsätzlich § 251a ZPO anwendbar. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 301 ZPO kann insoweit ein Teilurteil ergehen und wegen des Rechtsstreits im Übrigen nach § 251a Abs. 3 ZPO das Ruhen beschlossen werden (vgl. MünchKommZPO/Stackmann, 6. Auflage 2020, § 251a ZPO Rn. 7). Ein solches Vorgehen setzt aber voraus, dass ein Teilurteil zulässig ist. Anderenfalls muss entweder nach Lage der Akten entschieden oder die Sache vertagt oder das Ruhen des Verfahrens angeordnet werden (§ 251a Abs. 3 ZPO). Nicht eröffnet ist hingegen eine Entscheidung durch ein unzulässiges Teilurteil über den nicht von der Säumnis betroffenen Teil. Bei dieser Sachlage war es prozessual ohne weiteres möglich, der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen zu begegnen, weshalb eine Ausnahme von den Voraussetzungen des § 301 ZPO nicht in Betracht kommt.

b) Wegen der festgestellten Unzulässigkeit des Teilurteils nach § 301 ZPO sieht sich der Senat veranlasst, von seiner Zurückverweisungsbefugnis nach § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO Gebrauch zu machen. Ein Antrag ist gemäß § 538 Abs. 2 S. 3 ZPO nicht erforderlich; die Klägerin hat die Zurückverweisung aber auch hilfsweise beantragt.

Die Zurückverweisung bezieht sich nur auf den von der Klägerin angefochtenen Teil des Teilurteils, also nur auf den von der Klageabweisung betroffenen Teil. Dabei kann offenbleiben, ob im Übrigen ebenfalls ein unzulässiges Teilurteil vorliegt. Wird ein das Gebot der Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlussurteil verletzendes Teilurteil nur teilweise angefochten, steht einer auf diesen Verfahrensfehler gestützten Aufhebung des gesamten Teilurteils das Verbot der reformatio in peius entgegen (BGH, NJW 2013, 1009). Die eingetretene Rechtskraft hinsichtlich der Entscheidung im Übrigen ist daher auch dann zu berücksichtigen, wenn insoweit ein unzulässiges Teilurteil vorliegt.

c) Von einer eigenen Sachentscheidung sieht der Senat ab. Zwar kann das Berufungsgericht im Falle eines unzulässigen Teilurteils den ganzen Rechtsstreit an sich ziehen und durch einheitliches Urteil entscheiden (vgl. nur Zöller/Heßler, ZPO, 34. Auflage 2022, § 538 ZPO Rn. 55 m.w.N.). Dies ist jedoch nur ausnahmsweise gerechtfertigt. Regelmäßig ist eine Zurückverweisung angezeigt, damit nicht der gesamte nach dem Teilurteil anhängig gebliebene Prozess erst in der zweiten Instanz beginnt (BGH, NJW-RR 1994, 379). Vorliegend spricht für die Zurückverweisung, dass hinsichtlich des abgewiesenen Teils der Klage eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich und eine weitere Aufklärung des komplexen Sachverhalts geboten ist. Es erscheint sachdienlich, die – bereits begonnene – Beweisaufnahme in erster Instanz fortzusetzen und die erforderliche Entscheidungsreife dort herbeizuführen.

2. Zudem liegen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vor, da das landgerichtliche Urteil auf einem wesentlichen Verfahrensfehler beruht.

a) Ein wesentlicher Verfahrensfehler liegt vor.

aa) Unter Zugrundelegung der materiell-rechtlichen Beurteilung des Vorbringens der Parteien zur Begründung der Klageforderung (vgl. Ball in Musielak/Voit, 19. Auflage 2022, § 538 ZPO Rn. 10 m.w.N.) liegt eine Verletzung von Verfahrensnormen vor, die das rechtliche Gehör der Parteien gewährleisten und eine umfassende und sachgerechte Aufklärung des streitigen Sachverhalts gewährleisten sollen (vgl. Ball, a.a.O. Rn. 11). Das Landgericht hat zwar im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgehalten, die Klägerin begehre mit dem Klageantrag zu 1. b) die Zahlung von Ersatzvornahmekosten und Schadensersatz. Diese Darstellung findet in dem – vom Landgericht auch in einem Klammerzusatz in Bezug genommenen – Vorbringen der Klägerin eine Grundlage, da diese den Klageantrag zu 1. b) auf „Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ stützt. Bei dieser Art der Anspruchsverfolgung war das Landgericht gehalten, durch einen rechtlichen Hinweis nach § 139 Abs. 1 ZPO auf eine Konkretisierung hinzuwirken, da – hiervon geht offenkundig auch das Landgericht aus – diese Ansprüche auseinanderzuhalten sind und es daher einer Klarstellung zum Verhältnis der – sprachlich parallel formulierten – Geltendmachung bedurfte. Statt dessen hat das Landgericht den entscheidungserheblichen Prozessstoff verkürzt und damit verkannt, indem es ausschließlich über einen Anspruch auf Zahlung von Ersatzvornahmekosten entschieden hat, ohne zuvor das Verhältnis der Anspruchsverfolgung und damit den Gegenstand des Rechtsstreits zu klären. Hierin liegt eine offenkundige Missachtung des einschlägigen Prozessrechts, da das Landgericht den Kläger mit seinem Antrag und dem dazugehörigen Lebenssachverhalt nicht gehört hat.

bb) Dieser als ein Fall der Verletzung rechtlichen Gehörs von Amts wegen zu prüfende Verfahrensfehler (vgl. BGH, NJW 2004, 1876) ist wesentlich, denn die angefochtene Entscheidung beruht hierauf. Das Landgericht wäre ohne den Verfahrensverstoß möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gelangt. Im Falle einer Hinweiserteilung hätte die Klägerin ihr Begehren konkretisiert. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin klargestellt, dass sie – entsprechend der Auslegung des prozessualen Vorgehens durch den Senat – Ersatzvornahmekosten und hilfsweise Schadensersatz geltend mache, soweit sie zuvor eine Ersatzvornahme in die Wege geleitet hat. Insofern wäre für das Landgericht klar geworden, dass es das Schadensersatzbegehren hilfsweise prüfen muss. Hierzu ist es – mangels gebotener Erörterung bzw. Hinweiserteilung durch das Landgericht – nicht gekommen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Landgericht bei Berücksichtigung des letztlich verfahrensfehlerhaft übergangenen Hilfsbegehrens zu der Entscheidung gekommen wäre, dass die Klägerin jedenfalls mit diesem Begehren obsiegt. Das Verfahren stellt somit keine ordnungsgemäße Grundlage für die Entscheidung dar (vgl. Ball in Musielak/Voit, § 538 ZPO Rn. 9). Da die mit dem Klageantrag zu 1. b) geltend gemachten Ersatzvornahmekosten bereits entstanden sind, ist ein möglicher Schadensersatzanspruch jedenfalls nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Geltendmachung fiktiver Mängelbeseitigungskosten

im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung nicht möglich ist (vgl. BGH, NJW 2018, 1463), was das Landgericht aber ohnehin mangels Prüfung nicht erwogen hat. Auch die Argumente des Landgerichts zur Ablehnung des Anspruchs auf Ersatz der Selbstvornahmekosten nach § 637 Abs. 1 BGB, es sei eine Selbstvornahme zeitlich vor dem Übergang ins Abrechnungsverhältnis erfolgt und es fehle an einer Fristsetzung nach dem Übergang ins Abrechnungsverhältnis, spielen für den Schadensersatzanspruch nach der vom Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes keine Rolle.

cc) Selbst wenn die Entscheidung des Landgerichts nicht hinsichtlich aller von der Klägerin gerügten Mängel von dem Verfahrensfehlern in der Weise betroffen sein sollte, dass das Urteil darauf beruht, führen die Verfahrensfehler doch zur vollständigen Aufhebung und Zurückverweisung der Rechtssache, soweit die Klage abgewiesen wurde. Der Erlass eines Teilurteils (§ 301 ZPO) ist dem Senat nicht möglich, da ein Ausspruch über einen Teil des Rechtsstreits nicht getrennt von dem restlichen Verfahrensgegenstand getroffen werden kann (vgl. Musielak in Musielak/Voit, § 301 ZPO Rn. 3a; Ball in Musielak/Voit, § 538 ZPO Rn. 4); die Voraussetzungen der Mängelrechte werden bei jedem einzelnen Mangel relevant und zu prüfen sein, so dass die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen besteht.

b) Auch von der auf der Grundlage der rechtlichen Bewertung durch den Senat zu beurteilenden Entscheidungsrelevanz der Verfahrensfehler ist auszugehen. Der Senat kann in der Sache über die vom Landgericht abgewiesenen Klageforderungen ohne eigene Beweisaufnahme zum Bestehen der streitigen Mängel nicht entscheiden. Die übrigen Voraussetzungen für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche – also unabhängig von den aufgrund des streitigen Vorbringens der Parteien zu klärenden Mängeln – liegen jedoch vor.

aa) Die Klägerin ist als Wohnungseigentümergeinschaft zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt. Zwar wurden zwei Häuser errichtet (...[X] und ...[W]), doch bilden die Eigentümer beider Objekte eine einheitliche Wohnungseigentümergeinschaft. Dies folgt aus § 14 Nr. 4 der Teilungserklärung des Notars ...[B] vom 14. Mai 2008 (Anlage VII zu UR.Nr. ...). Daraus ergibt sich, dass es sich um ein ungeteiltes Grundstück einer Mehrhausanlage handelt, bei dem lediglich für jedes Haus zusätzlich eine Untergemeinschaft gebildet wird. Die Untergemeinschaft einer Mehrhausanlage ist indes nicht rechtsfähig (vgl. hierzu Hügel/Elzer, WEG, 3. Auflage 2021, § 9a WEG Rn. 49 ff.). Ob einzelne Ansprüche das Sondereigentum betreffen, kann an dieser Stelle dahinstehen, da dieser Einwand jedenfalls nicht zu einer Entscheidungsreife des gesamten Rechtsstreits führt.

bb) Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Erstattung der Kosten der durchgeführten Ersatzvornahme aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 Alt. 2 und Abs. 3 BGB schlüssig dargelegt.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Besteller Mängelrechte nach § 634 grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes (an der es hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums fehlt) geltend machen. Der Besteller kann aber berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 – 4 BGB auch ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, in dem die verbleibenden Rechte des Bestellers ausschließlich auf Geld gerichtet sind. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) geltend macht oder die Minderung erklärt. Im Hinblick auf § 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB (Kosten der Ersatzvornahme bzw. Vorschussverlangen) gilt dabei, dass allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung im Wege der Ersatzvornahme für das Herbeiführen eines Abrechnungsverhältnisses nicht genügt. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis erst dann, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das

Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen und zwar selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werkes führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren (vgl. BGH, Urteile vom 19. Januar 2017: BGH NJW 2017, 1607 – Anbau; BGH BauR 2017, 879 – Terrasse; BGH NJW 2017, 1604 – Fassade).

(2) Diese Voraussetzungen hat die Klägerin schlüssig vorgetragen.

(a) Der Beklagte hat sein Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten. Die Klägerin hat jedoch erhebliche Mängel gerügt, weshalb keine Abnahme erfolgt ist.

(b) Auch von den hinsichtlich der einzelnen Mängel erforderlichen Fristsetzungen ist nach dem Vortrag der Klägerin auszugehen.

(aa) Das – für die erhobenen Ansprüche auf Kostenvorschuss und Erstattung von Selbstvorkosten bedeutsame – Vorbringen der Klägerin zur bereits erfolgten Vornahme einer Fristsetzung genügt zur Darlegung der entsprechenden

Anspruchsvoraussetzung. Die Rechtsansicht des Landgerichts, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zwingend nach dem Übergang in das Gewährleistungsstadium (also nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses, hier mit der Erklärung, unter keinen Umständen mehr mit dem Beklagten zusammenarbeiten zu wollen) gesetzt werden müsse, teilt der Senat nicht.

Das Landgericht argumentiert – insoweit sinngemäß – dahingehend, bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergebe sich, dass sich die Fristsetzung jeweils auf die Nacherfüllung beziehe, die begrifflich nur nach dem Erfüllungsstadium eintreten könne. Zudem könne erst zum Zeitpunkt der Abnahme (oder dem Vorliegen des Abnahmesurrogats) bestimmt werden, ob ein Mangel vorliege, denn hierbei handle es sich bei einem Werkvertrag um den maßgeblichen Zeitpunkt für die Frage der Mangelfreiheit.

Diese Ansicht überzeugt bei näherer Betrachtung nicht. Zunächst kann den drei genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Anbau, Terrasse, Fassade s.o.), in denen die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Möglichkeit der Geltendmachung der Mängelrechte ohne Abnahme höchststrichterlich ausgestaltet worden sind, nicht entnommen werden, dass eine vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses gesetzte Frist „verbraucht“ ist und nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses eine (neue) Nacherfüllungsfrist gesetzt werden muss, um die Mängelrechte auch ohne Abnahme geltend machen zu können. In der Entscheidung „Anbau“ bestätigt der Bundesgerichtshof, das Berufungsgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die (dortige) Beklagte unbeschadet einer fehlenden Abnahme den Werklohn wirksam gemindert hat. In diesem Fall war eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, da bereits mehrere Nachbesserungsversuche gescheitert waren und der Unternehmer ein weiteres Tätigwerden ablehnte. Jedenfalls im Falle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung ist folglich nicht ersichtlich, dass der Bundesgerichtshof eine (erneute) Fristsetzung nach dem Eintritt des Abrechnungsverhältnisses verlangt, damit die Mängelrechte auch ohne Abnahme geltend gemacht werden können. Zudem führt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung aus: „Sowohl Minderung als auch Schadensersatz statt der Leistung setzen gemäß § 638 Abs. 1 i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB sowie gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass der Besteller dem Unternehmer zuvor eine Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist ist der Schadensersatzanspruch entstanden.“ In den beiden Entscheidungen „Terrasse“ und „Fassade“, die jeweils einen Vorschussanspruch des Bestellers zum Gegenstand hatten, ist es zu Zurückverweisungen an das Berufungsgericht gekommen. Nach den dortigen Feststellungen lag ein Abrechnungsverhältnis nicht vor und es stand nicht fest, ob der Besteller zum Ausdruck gebracht hatte, weitere Arbeiten des Bestellers an dem Werk unter keinen Umständen mehr

zuzulassen. Der Bundesgerichtshof hat sich jedoch auch in dem Fall „Fassade“, in dem bereits eine Nacherfüllungsfrist gesetzt worden war, nicht veranlasst gesehen, für das weitere Verfahren darauf hinzuweisen, dass eine solche Frist bei dem späteren Eintritt eines Abrechnungsverhältnisses „verbraucht“ sein und dann eine erneute Fristsetzung erforderlich werden würde. Zudem wird aus den drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs deutlich, dass danach zu unterscheiden ist, wann ein Anspruch „entstanden ist“ und wann er „geltend gemacht“ werden kann. Demnach ist ein Anspruch dann entstanden, wenn alle erforderlichen Voraussetzungen – darunter die Fristsetzung – vorliegen. Die Frage, wann ein Anspruch „geltend gemacht“ werden kann bezieht sich dagegen nach dem Sinn, in dem die Formulierung von dem Bundesgerichtshof verwendet worden ist, dem allgemeinen Sprachgebrauch und auch dem Verständnis des Senats auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Begehrte tatsächlich beansprucht werden kann (hier: sobald ein Abrechnungsverhältnis eingetreten ist); „geltend machen“ bedeutet jedoch nicht, dass erst ab diesem Zeitpunkt überhaupt damit begonnen werden darf, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs herbeizuführen.

Soweit ersichtlich, sind nach den drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 19. Januar 2017 keine Entscheidungen von Oberlandesgerichten ergangen, die – wie hier das Landgericht – eine Fristsetzung nach dem Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses für zwingend erforderlich halten und eine frühere Fristsetzung als verbraucht ansehen. Soweit sich das Landgericht zur Untermauerung seiner Rechtsansicht in den Urteilsgründen auf die Verfügung des Vorsitzenden des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 6. August 2021 – 3 U 167/21 beruft, hat dieser auf Anfrage des erkennenden Senats bestätigt, dass keine Divergenz besteht und dem Verfahren 3 U 167/21 ein abweichender Sachverhalt zu Grunde lag. Das KG (NZBau 2019, 507) und das OLG Celle (Urteil vom 6. Februar 2020 – 8 U 133/19, BeckRS 2020, 51341) verlangen im Gegenteil sogar, dass die Nachfrist vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses und gerade nicht erst nach diesem Zeitpunkt gesetzt worden sein muss. So argumentiert das KG, dass die Berechtigung des Bestellers, den Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis umzuwandeln, im Regelfall eine vorherige Nachfristsetzung voraussetze, denn diese bereite das Abrechnungsverhältnis vor. Nach dem Bundesgerichtshof sei die entscheidende Hürde für die Geltendmachung der Sekundärrechte nicht die Abnahme, sondern die Fälligkeit der Werkleistung. Dies sei der Zeitpunkt, nach dem eine Nachfrist gesetzt werden müsse. In der Entscheidung des OLG Celle scheitert der Schadensersatzanspruch daran, dass der Beweis einer ordnungsgemäßen Aufforderung zur Nacherfüllung vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses nicht geführt worden sei. Weiter wird betont, dass dann, wenn ein Abrechnungsverhältnis eingetreten ist, die Voraussetzungen eines bis zu diesem Zeitpunkt nicht entstandenen Schadensersatzanspruchs nicht mehr herbeigeführt werden können.

Der Senat kann vorliegend offen lassen, ob er sich der Rechtsansicht des KG und des OLG Celle anschließt, wonach die Fristsetzung zwingend vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses erfolgt sein muss; jedenfalls ist aber entgegen der Ansicht des Landgerichts eine Fristsetzung vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses nicht unerheblich und es besteht keine Notwendigkeit nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses erneut eine Frist zu setzen, um die Mängelrechte geltend machen zu können. Für dieses Verständnis spricht auch, dass anderenfalls ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers gefordert würde. Im Fall der Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 BGB muss der Besteller erklären, dass er unter gar keinen Umständen mehr bereit ist, den Unternehmer Arbeiten an dem Werk durchführen zu lassen, um das Abrechnungsverhältnis herbeizuführen. Es ist nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage von dem Besteller nach dieser Erklärung noch verlangt werden kann, dem Unternehmer nun doch noch eine Frist für die Durchführung von Nacherfüllungsarbeiten zu setzen. Dies kann aus einem objektiven Empfängerhorizont nur so verstanden werden, dass die frühere Erklärung des Bestellers nicht ernst gemeint war, wodurch das Entstehen des Abrechnungsverhältnisses aber gerade wieder in Frage gestellt würde. Die Bedenken des Landgerichts, dass erst zum Zeitpunkt der Abnahme (oder dem Eintreten des Abnahmesurrogats) überhaupt bestimmt werden kann, ob ein Mangel vorliegt und deshalb erst danach eine Fristsetzung möglich ist, teilt der Senat nicht. Das KG (a.a.O.) hat zutreffend

herausgearbeitet, dass in den Fällen des Abrechnungsverhältnisses der Fälligkeitszeitpunkt (bzw. nach der Formulierung des Bundesgerichtshofs der Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer sein Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet) der Zeitpunkt ist, nach dem (und nicht vor dem) die Nachfrist gesetzt werden muss. Sobald der Unternehmer aber sein Werk als fertiggestellt anbietet (es also aus Unternehmersicht mangelfrei ist), kann beurteilt werden, ob ein Mangel vorliegt. Die Ansicht des Landgerichts wird – soweit ersichtlich – auch nicht im Schrifttum vertreten. So führt Rast (vgl. BeckOGK, Stand: 01.10.2022, § 637 BGB, Rn. 26) aus, dass es dem Besteller möglich sein muss, zuerst eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen und dann ohne weitere Fristsetzung die Rechtsfolge aus § 637 BGB geltend zu machen, damit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Gewährleistungsrechten vor Abnahme nicht ins Leere läuft.

(bb) Soweit der Beklagte anführt, die Fristsetzungen der Klägerin (Anlage K3 ff.) seien an seine damaligen Prozessbevollmächtigten – die Rechtsanwälte ...[A] – gerichtet gewesen, die in dieser Angelegenheit nicht mandatiert gewesen seien, steht dies einer wirksamen Fristsetzung nicht entgegen.

Dabei kann dahinstehen, dass die früheren Prozessbevollmächtigten des Beklagten nach dem Vorbringen der Klägerin auch in dieser Angelegenheit mandatiert gewesen seien und sich im Dezember 2013 im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Mangelpunkten NM 1-40 für den Beklagten bestellt und im Dezember 2013, Februar und März 2014 für den Beklagten mit der Hausverwaltung der Klägerin korrespondiert hätten. Ebenso kann offen bleiben, dass die Klägerin anführt, die weiteren Fristsetzungen von April 2014 bis Mai 2015 (Anlagen K4, K6 und weitere) seien von der Hausverwalterin gegenüber dem Beklagten persönlich erfolgt.

Jedenfalls hat der Beklagte die Fristsetzungen erhalten, weshalb der von ihm angeführte „Umweg“ über seine damaligen Prozessbevollmächtigten sich allenfalls auf die Angemessenheit der Fristsetzung auswirken kann. Das Landgericht hat keinen Sachverhalt festgestellt, wonach von einer unangemessenen Frist auszugehen wäre. Dabei ist zu beachten, dass jeder Mangel einen gesonderten Streitgegenstand darstellt (vgl. nur Kober in BeckOGK, Stand: 01.10.2022, § 634 BGB Rn. 886 m.w.N.) und daher auch die Angemessenheit der Frist jeweils gesondert zu beurteilen ist. Wurde von dem Besteller eine unangemessen kurze Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, so hat der Unternehmer als vertragliche Nebenpflicht auch ohne Nachfrage vor Fristablauf die Unangemessenheit der Frist anzuzeigen und die bekannten Umstände mitzuteilen, die dem Besteller die Ermittlung der angemessenen Frist ermöglichen. Zudem ist eine zu kurz bemessene Frist nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang (vgl. zum Ganzen auch Rast in BeckOGK, Stand: 01.10.2022, § 637 BGB Rn. 72 ff. m.w.N.). Es ist nach dem derzeitigen Sachstand nicht feststellbar, dass die Ersatzvornahmen vor Ablauf einer als angemessen anzusehenden Frist begonnen haben.

(cc) Nach alledem kommt es auf die Frage der Entbehrlichkeit der Fristsetzung derzeit nicht an. Allerdings ist festzuhalten, dass der Blickwinkel des Landgerichts (ungeachtet der mit der Formulierung „wie hier nicht“ unzureichenden Würdigung), wonach es auf eine „Verweigerungshaltung des Beklagten nach Übergang in des Abrechnungsverhältnis“ ankomme, zu eng gewählt ist. Vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt einer endgültigen Erfüllungsverweigerung nicht an.

cc) Damit sind (sofern die streitigen Mängel gegeben sind, was durch eine Beweisaufnahme zu klären ist) die Voraussetzungen gegeben, unter denen die Klägerin ein Vorschussverlangen nach § 637 Abs. 3 BGB bzw. die Zahlung von Ersatzvornahmekosten nach § 637 Abs. 1 BGB geltend machen kann. Die Klägerin hat die Ersatzvornahme – soweit deren Kostenersatz begehrt wird – durchgeführt. Die Geltendmachung des Mängelrechts nach § 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB setzt weiter das Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses voraus, da es nach dem Vortrag der Klägerin an einer Abnahme fehlt. Die insoweit erforderliche Erklärung, unter keinen Umständen mehr mit dem Beklagten

zusammenarbeiten zu wollen, hat die Klägerin unstreitig abgegeben. Damit liegen die Voraussetzungen vor, unter denen die Klägerin einen Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Erstattung der Kosten der durchgeführten Ersatzvornahmen auch ohne Abnahme geltend machen kann; vorausgesetzt, die streitigen Mängel bestehen und der Beweis zur Anspruchshöhe gelingt.

dd) Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist die Ersatzvornahme auch nicht zu früh erfolgt. Zum Zeitpunkt der Ersatzvornahme muss das Abrechnungsverhältnis gerade noch nicht entstanden sein. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Nach dem Eintritt des Abrechnungsverhältnisses (hier: durch die Erklärung, dass die Klägerin unter keinen Umständen mehr Arbeiten des Beklagten an dem Werk zulässt) kann der Anspruch geltend gemacht werden; die Voraussetzungen des Anspruchs, wozu bei einem Anspruch auf Erstattung der Kosten der durchgeführten Ersatzvornahme eben auch die Durchführung der Ersatzvornahme gehört, dürfen jedoch nicht erst ab diesem Zeitpunkt herbeigeführt werden. Es ist jedenfalls unschädlich, wenn diese bereits zuvor vorliegen; ob dies zwingend erforderlich ist, kann der Senat vorliegend offen lassen.

Unabhängig hiervon kann die Klägerin die (noch in der weiteren Beweisaufnahme abschließend zu klärenden) Kosten der Ersatzvornahme jedenfalls im Wege des (hilfsweise geltend gemachten) Schadensersatzes verlangen. Der Besteller kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor der Abnahme Schadensersatzansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht geltend machen, etwa Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen der §§ 281, 280 BGB oder Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB. Er hat insoweit die Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder aber die grundsätzlich eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend macht (vgl. BGH, NZBau 2017, 216). Dabei führt eine spätere etwaige Abnahme (oder der spätere etwaige Eintritt eines Abrechnungsverhältnisses) nicht dazu, dass bereits entstandene Schadenersatzansprüche in Wegfall kommen. Da die geltend gemachten Ersatzvornahmekosten bereits entstanden sind, ist ein möglicher Schadensersatzanspruch auch nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Geltendmachung fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung nicht möglich ist (vgl. BGH, NJW 2018, 1463).

ee) Die vom Beklagten erstinstanzlich als Reaktion auf die in der letzten mündlichen Verhandlung erfolgte Erklärung der Klägerin zum Übergang ins Abrechnungsverhältnis erhobene Einrede der Verjährung greift nicht. Für eine Abnahme fehlen jedwede Anknüpfungspunkte. Der Beklagte hat in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 25. Januar 2022 selbst auf die fehlende Abnahme abgestellt und dies sinngemäß in der Berufungserwiderung wiederholt, indem er auf die „Formalien“ verweist, die der Gesetzgeber im Falle einer fehlenden Abnahme vorschreibt. Insofern fehlt es an Anknüpfungspunkten, um einen Verjährungsbeginn im Sinne des § 634a Abs. 2 BGB zu einem Zeitpunkt anzunehmen, der die nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Verjährungshemmung führende Klageerhebung am 1. Juli 2015 als nach Verjährungseintritt erfolgt erscheinen lässt. Soweit der Begründungsansatz zur Einredeerhebung darauf hindeutet, der Beklagte gehe von einem Wechsel des geltend gemachte Mängelrechts aus, ist dies unerheblich, da insoweit § 213 BGB zu berücksichtigen wäre.

c) Die weiteren Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO liegen vor. Die Klägerin hat die Zurückverweisung hilfsweise beantragt. Der Zurückverweisungsantrag betrifft den Tenor zu 3. des angefochtenen Urteils, wonach die Klage im Übrigen abgewiesen wurde. Dies genügt, da eine unmittelbare Senatsentscheidung im Sinne einer Zusprechung der weiteren Klageforderung, wie sie die Klägerin in erster Linie erstrebt, nicht ohne Weiteres möglich ist (vgl. Zöller/Heßler, § 538 ZPO Rn. 4).

Zudem bedarf es der Durchführung einer umfangreichen und aufwändigen Beweisaufnahme, da die entscheidungserheblichen Fragen einer grundlegenden Sachaufklärung durch eine erneute

Hinzuziehung des Sachverständigen und durch die Vernehmung von Zeugen bedürfen. Bereits aus dem Protokoll der letzten mündlichen Verhandlung des Landgerichts folgt, dass auch aus Sicht der erstinstanzlich befassten Kammer – wie auch aus den Schriftsätzen beider Parteien hervorgeht – im Falle einer schlüssigen Anspruchsdarlegung durch die Klägerin einer komplexe und umfangreiche Beweisaufnahme durchzuführen ist.

aa) Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist hinsichtlich mehrerer Mangelvorwürfe eine Beweisaufnahme zur Feststellung der vertraglichen Grundlagen für die erst anschließend denkbare Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Klärung der technischen Fragen durchzuführen. Hiervon ist – ausweislich des Verhandlungsprotokolls – auch das Landgericht in der letzten mündlichen Verhandlung ausgegangen.

Hinsichtlich mehrerer vom Sachverständigen festgestellter Mängel hat der Beklagte den Einwand erhoben, es habe eine Vertragsänderung zwischen den Parteien stattgefunden, weshalb der festgestellte Mangel nicht in den Pflichtenkreis des Beklagten falle. Zudem habe die Klägerin die Absicht des Beklagten, einen festgestellten Mangel zu bearbeiten und zu beseitigen, unmöglich gemacht, indem ihm ohne rechtfertigenden Grund der Zugang zur Baustelle verweigert worden sei.

Lediglich beispielhaft wird zur Verdeutlichung der gebotenen umfangreichen Beweisaufnahme auf folgende Mangelvorwürfe verwiesen: Hinsichtlich des Neumangels 14 wegen eines fehlenden Fensters im Giebelbereich des Hauses ...[X] hat der Beklagte im Schriftsatz vom 12. Mai 2016 vorgetragen, der Einbau eines solchen Fensters sei nicht geschuldet gewesen. Es sei zu einer Vertragsänderung dahingehend gekommen, das aus Gründen der Fassadengestaltung angedachte Fenster nicht einzubauen. Hierfür sei die Höhenangst der Eigentümerin ...[F], deren Wohnung der gesamte Spitzbodenbereich ihrer darunterliegenden Penthousewohnung durch Teilungserklärung zugeordnet gewesen sei, maßgeblich gewesen. Dazu hat der Beklagte Zeugenbeweis durch Vernehmung der Architektin ...[C] angeboten. Die Kammer hat zwar in den Beweisbeschlüssen vom 25. Juli 2016 und 14. Juli 2017 ausgeführt, dass sie nicht von einem vertraglichen Verzicht ausgehe, hat sich aber nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Vertragsänderung stattgefunden hat. Bei der Beweisfrage hinsichtlich der fehlenden Verbreiterung einer Terrasse hat der Beklagte im Schriftsatz vom 28. Juni 2019 vorgetragen, es habe diesbezüglich eine Vereinbarung zwischen den Wohnungseigentümern ...[D] und ...[E] gegeben, wonach für diesen Mangel ein Betrag in Höhe von 551,20 € als Gutschrift erteilt werde. Hinsichtlich der Neumängel 42, 60 und 61 hat der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 2019 eingewandt, dass er u.a. die Schließanlage für das Haus ...[X] habe einbauen wollen, ihm der Einbau jedoch durch den Wohnungseigentümer ...[F] und andere Wohnungseigentümer des Hauses ...[X] untersagt worden sei. Hinsichtlich der unfertigen Kellerabdichtung des Hauses ...[X] hat der Beklagte im Schriftsatz vom 12. Mai 2016 vorgetragen, ihm sei aufgrund einer aktionistischen Eigeninitiative der Wohnungseigentümerin ...[G] und der Wohnungseigentümer ...[F] die Fertigstellung des Gewerkes unmöglich gemacht worden. Auch hierzu hat er die Vernehmung der Zeugin ...[H] beantragt.

bb) Zudem ist die erneute Hinzuziehung des Sachverständigen zu zahlreichen Mangelvorwürfen geboten.

Dies wird von beiden Parteien – ausgehend von der Rechtsauffassung des Senats – ebenso gesehen. Auch das Landgericht ist – abseits der vertretenen Rechtsansicht zum Fristsetzungserfordernis – hiervon ausgegangen. So wurde der Sachverständige auf Antrag der Parteien zur Erläuterung der schriftlichen Gutachten geladen. Erst nach einem rechtlichen Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021 hat die Kammer von der mündlichen Anhörung des Sachverständigen abgesehen. Ausgehend von einem schlüssigen Vortrag der Klägerin zu Fristsetzung ist daher der Sachverständige erneut zu konsultieren, wobei das Landgericht nach § 411 Abs. 3 ZPO wählen kann, ob angesichts des erheblichen Umfangs und Schwierigkeitsgrads der zu klärenden Fragen eine

mündliche Erläuterung oder die Anordnung einer schriftlichen Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens sinnvoll erscheint.

Auch in diesem Zusammenhang wird lediglich beispielhaft zur Verdeutlichung der gebotenen umfangreichen Beweisaufnahme auf folgende Mangelvorwürfe verwiesen: Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 8. Juli 2020 Klärungsbedarf zu den Beweisfragen 1.2 und 1.7 sowie zu weiteren Beweisfragen (Garagen, Boden Haus ...[X], Abfluss der Regenrinne, Balkon Wohnung ...[J], Begleitheizung, negatives Gefälle des Abwasserrohres hinter dem Kanal Richtung Haus ...[X]) gesehen. Die mit dem Schriftsatz beantragte Anhörung des Sachverständigen betrifft im Wesentlichen die Neumängel 2, 6, 13, 28, 46, 58 und 59.

Das Landgericht wird jedoch auch im Übrigen aufgrund seiner eigenständigen Pflicht zur Würdigung des Sachverständigengutachtens zu prüfen haben, ob eine ergänzende Hinzuziehung des Sachverständigen zur weiteren Sachaufklärung geboten ist. Dies liegt hinsichtlich mehrerer Mängel auf der Hand, wie sich etwa bei einer Betrachtung der Neumängel 35, 36 und 48 zeigt. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 25. April 2019 hinsichtlich des Abflusses aus der Regenrinne des Balkons der Wohnung ...[I] die Ordnungsgemäßheit der Regenrinne überprüft und kam zu dem Ergebnis, dass die Dachrinne aufgrund eines Gegengefälles einen Mangel darstelle. Die gleiche Frage betrifft den bereits benannten Neumangel 28 und den Neumangel 36 hinsichtlich des Abflusses der Regenrinne der Balkone der Wohnungen ...[J] und ...[K]. Der Beklagte hat hiergegen in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 2019 eingewandt, bei der Ortsbesichtigung sei nur an einer Stelle die Regenrinne ausgebuchtet gewesen, sodass ein geringes Gegengefälle von ca. 0,5% festgestellt werden konnte. Er hat ausgeführt, dass ein solches Gegengefälle noch innerhalb der Toleranzen liege. Insbesondere sei die Dachrinne nicht auf einer Länge von 8,2 m zu erneuern. Zudem hat der Beklagte hinsichtlich der Abflussrinne auf dem Balkon der Wohnung ...[I] eingewandt, dass ein Ausbeulen der Dachrinne in dem betroffenen Bereich ausreichend sei.

Hinsichtlich des Neumangels 48 hat der Sachverständige zur Frage der Wärmedämmung an zwei Einschubtreppen zum Dachboden der Wohnung des Eigentümers ...[L] ausgeführt, dass die Öffnungen mit einer Wärmedämmung auszustatten seien. Erforderlich sei die Maßnahme auch zur Erreichung der Mindestanforderung an den Feuchteschutz zur Vermeidung von Schimmelpilzbildung an der Oberfläche zur Raumseite gemäß DIN 4108. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 2019 hiergegen eingewandt, dass die fehlende beanstandete Wärmedämmung zum Dachgeschoss nicht erforderlich sei, da die Funktion der Wärmedämmung hier durch die Dachspitze erfüllt werde. Einer zusätzlichen baulichen Maßnahme bedürfe es daher nicht. In diesem Zusammenhang hat er auch die Frage aufgeworfen, dass eine entsprechende Wärmedämmung mit einer Folienunterlage zwischen den Sparrenlagen in den Wohnungen ...[J] und ...[L] als Wärmedämmung eingebaut worden sei und der Sachverständige festgestellt habe, dass dies nicht zum Leistungsumfang des Beklagten gehört habe. Daraus wird deutlich, dass die Frage der Wärmedämmung an den Einschubtreppen zum Dachboden des Hauses ...[W] durch den Sachverständigen zu erläutern ist.

Schließlich konnte der Sachverständige zu einer Vielzahl von Mängeln keine eigenen Feststellungen mehr treffen, da die Mängel bereits beseitigt waren. Insoweit hat der Beklagte im Schriftsatz vom 28. Juni 2019 etwa zur Beweisfrage Neumangel 21 eingewandt, dass hinsichtlich des Belages der Kelleraußentreppe von der Firma ...[M] eine höherwertige Ausführung ausgeführt worden sei, als in der Baubeschreibung geschuldet gewesen sei.

cc) Bei der Entscheidung, in welchem Umfang Ansprüche der Klägerin bestehen, ist der Einwand der Beklagten, zahlreiche Mängel seien durch den Vergleich in dem Berufungsverfahren bei dem Oberlandesgericht Koblenz (4 U 425/13) abgegolten worden, zu berücksichtigen. Zumindest für die Neumängel 19, 21, 31, 42, 55 und 61 hat der Beklagte konkrete Anknüpfungstatsachen dargetan, wonach zu überprüfen sein wird, ob die neu geltend gemachten Mängel bereits von dem dargestellten

Vergleichsabschluss umfasst sind. Hierbei ist absehbar, dass eine Abgrenzung nur nach Durchführung einer Beweisaufnahme über die Art und Ausgestaltung des Mangels unter Hinzuziehung des Sachverständigen erfolgen kann.

III.

Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden nach § 21 Abs. 1 S. 1 GKG nicht erhoben. Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten. Das Urteil ist nach dem § 708 Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären (vgl. Zöller/Heßler, § 538 ZPO Rn. 59).

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht gegeben sind. Eine Divergenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung zu der Frage, ob eine (erneute) Nacherfüllungsfrist nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses gesetzt werden muss, liegt nicht vor.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 146.887,81 € festgesetzt.

Entscheidung 4 - OLG Celle Urt. v. 18.1.2023 – 14 U 51/22

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Teilrückzahlung von Werklohn im Zusammenhang mit dem Steuerabzug bei Bauleistungen (Bauabzugsteuer).

Die Parteien sind über mehrere Bauverträge miteinander verbunden, aufgrund derer die Beklagte im Jahr 2014 Bauleistungen für die Klägerin erbrachte. Die Klägerin zahlte den Werklohn vollständig an die Beklagte, ohne die Bauabzugsteuer nach § 48 Abs. 1 EStG abzuführen, obgleich die Beklagte keine Freistellungsbescheinigung gemäß § 48b EStG vorgelegt hatte. Die Klägerin hat behauptet, im Jahr 2017 die Bauabzugsteuer in Höhe von insgesamt 212.289,53 Euro zuzüglich Säumniszuschlägen an die Finanzämter D. und K. gezahlt zu haben. Bis Ende 2019 hätte die Beklagte unstreitig nach § 48c Abs. 2 EStG die Erstattung der Bauabzugsteuer beantragen können; dies ist indes nicht geschehen, wobei die Hintergründe streitig sind.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte mit Schreiben vom 13.06.2018 (Anlage K 20), vom 14.06.2018 (Anlage K 22) und mit E-Mail vom 15.06.2018 (Anlage K 23) über die geleistete Bauabzugsteuer informiert zu haben. Die Beklagte hat den Erhalt der Schreiben in Abrede genommen und vorgetragen, die unstreitig an die E-Mail-Adresse der S. GmbH gerichtete E-Mail sei dem Geschäftsführer der Beklagten, der unstreitig auch Geschäftsführer der S. GmbH ist, von der Mitarbeiterin der GmbH nicht zugeleitet worden. Die Beklagte hat außerdem die Einrede der Verjährung erhoben und zu ihrer Verteidigung weiter geltend gemacht, es verstoße gegen Treu und Glauben, mit der im Jahr 2020 zugestellten Klage die Erstattung der Bauabzugsteuer zu verlangen, weil die Beklagte ihrerseits die Erstattung vom Finanzamt wegen Ablaufs der Frist Ende 2019 nicht mehr verlangen könne.

Mit am 09.03.2022 verkündeten Urteil, auf das gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen, des Vorbringens der Parteien im Einzelnen und der erstinstanzlichen Anträge Bezug genommen wird, hat das Landgericht nach Beweiserhebung durch Zeugenvernehmung und Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten als Partei die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt das Landgericht insbesondere aus: Ein Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns in Höhe der abgeführten Bauabzugsteuer sei entstanden und nicht verjährt, aber nicht durchsetzbar. Aufgrund der vorgelegten Kontoauszüge sei erwiesen, dass die Klägerin die Bauabzugsteuer für Rechnung der Beklagten an die Finanzämter abgeführt habe. Da die Klägerin unstreitig den Werklohn vollständig an die Beklagte gezahlt habe, stehe ihr ein vertraglicher Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung zu; das Landgericht verweist insofern auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.09.2013 – VI ZR 2/13. Der Anspruch sei nicht verjährt, weil der Erstattungsanspruch erst im Moment der tatsächlichen Abführung der Bauabzugsteuer entstehe, hier also im Jahr 2017. Allerdings sei der Anspruch der Klägerin wegen einer dauerhaften Einrede nach §§ 273, 242 BGB nicht durchsetzbar. Die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass sie ihrer aus § 48a Abs. 2 EStG resultierenden Verpflichtung, mit der Beklagten über den Steuerabzug abzurechnen, so rechtzeitig nachgekommen ist, dass die Beklagte den ihr nach § 48c Abs. 2 EStG zustehenden Erstattungsanspruch rechtzeitig geltend machen konnte. Die Klägerin habe nicht bewiesen, dass das Schreiben vom 13.06.2018 dem Geschäftsführer der Beklagten zugegangen sei; sie habe auch nicht bewiesen, dass sie den Geschäftsführer der Beklagten mit dem Schreiben vom 14. oder der E-Mail vom 15.06.2018 in Kenntnis gesetzt habe. Die Klägerin sei zwar unbestritten im Rahmen der Klage ihrer Pflicht zur Abrechnung nachgekommen, nun könne aber die Beklagte ihren Erstattungsanspruch gegen das Finanzamt nicht mehr geltend machen. Diesen Umstand könne die Beklagte der Klägerin nach § 242 BGB dauerhaft entgegenhalten. Die Klägerin sei nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ihre sich aus § 48a Abs. 2 EStG ergebende Pflicht so rechtzeitig zu erfüllen, dass die Beklagte ihrerseits in die Lage versetzt würde, ihren

Erstattungsanspruch zu verwirklichen. Dies habe die Klägerin nicht getan, wobei es auf ein etwaiges Verschulden nicht ankomme. Darauf, ob die Beklagte daneben auch einen Schadensersatzanspruch hätte, komme es demnach nicht an.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr Begehren weiterverfolgt. Sie wendet sich insbesondere gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts und meint außerdem, das Landgericht habe die Beweislast verkannt: Die Beklagte hätte beweisen müssen, dass ihr Geschäftsführer die Schreiben und die E-Mail nicht erhalten hat. Auch lasse sich entgegen der Auffassung des Landgerichts ein treuwidriges Verhalten der Klägerin nicht feststellen. Der Klägerin könne nicht vorgeworfen werden, dass ihre Schreiben die Beklagte (angeblich) nicht erreicht hätten; sie habe darauf vertrauen dürfen, dass die in Rede stehenden Briefe tatsächlich auch ihren Empfänger erreichen würden. Die einseitige Betrachtungsweise des Landgerichts sei rechtsfehlerhaft. Auch ein Schadensersatzanspruch bestehe im Übrigen nicht, weil eine Pflichtverletzung nicht vorliege und auch ein Verschulden nicht festzustellen sei.

Auf die Hinweisbeschlüsse des Senats vom 26. September 2022 (Bl. 418 ff. d.A.) und vom 29. November 2022 (Bl. 484 ff. d.A.) macht die Klägerin zuletzt insbesondere geltend, die E-Mail vom 15. Juni 2018 sei dem Geschäftsführer der Beklagten und damit auch der Beklagten zugegangen. Es sei zuvor über die E-Mail-Adresse korrespondiert worden, die E-Mail sei angekommen, und der Geschäftsführer der Beklagten habe die Möglichkeit gehabt, vom Inhalt der E-Mail Kenntnis zu nehmen. Der Zugang sei auch nicht durch die E-Mail vom 18. Juni 2018 rückgängig gemacht worden.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts Hannover vom 9. März 2022 zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin 212.289,53 € nebst 5% Punkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 14. August 2018 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil gegen die Berufungsangriffe. Insbesondere macht die Beklagte geltend, die Beweiswürdigung des Landgerichts zum streitigen Zugang der Schreiben und der E-Mail sei nicht zu beanstanden. Das Landgericht habe auch nicht die Beweislast verkannt. Sie erhebe weiterhin die Einrede nach §§ 273, 242 BGB. Im Übrigen hätte sie auch einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin, weil diese nicht rechtzeitig auf die Erstattungsmöglichkeit hingewiesen habe.

Auf die Hinweisbeschlüsse des Senats vom 26. September und vom 29. November 2022 und in Erwiderung auf das weitere Vorbringen der Klägerin dazu macht die Beklagte neben der Wiederholung und Vertiefung vorherigen Vorbringens insbesondere geltend, die E-Mail vom 15. Juni 2018 sei nicht in den Machtbereich der Beklagten gelangt. Denn die Klägerin habe nicht ihre Vertragspartnerin angeschrieben, sondern eine GmbH. Die E-Mail sei auch nicht an den Geschäftsführer der Beklagten weitergeleitet worden. Es liege kein Zugang im Sinne des § 130 BGB vor, da die falsche juristische Person Adressatin gewesen sei. Dadurch, dass die Klägerin keine weiteren Schritte unternommen habe, habe sie eine Nebenpflichtverletzung begangen, die eine Schadensersatzpflicht auslösen dürfte.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und hat in der Sache außer hinsichtlich eines Teils des geltend gemachten Zinsanspruchs Erfolg.

1. Der Senat hat im Beschluss vom 26. September 2022 unter Ziff. I Folgendes ausgeführt:

„1. Nicht zu beanstanden – und von der Beklagten auch nicht weiter angegriffen – sind zunächst die Ausführungen des Landgerichts zur Entstehung des geltend gemachten Erstattungsanspruchs im Hinblick auf die auch vom Landgericht in Bezug genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung ausdrücklich festgehalten, dass dem Auftraggeber aus dem abgeschlossenen Bauvertrag ein Erstattungsanspruch in Höhe der Überzahlung zusteht, wenn er unter Berücksichtigung der an das Finanzamt gezahlten Bauabzugsteuer mehr als den dem Unternehmer zustehenden Werklohn bezahlt hat; im Falle einer versehentlichen vollständigen Zahlung des Werklohns trifft den Leistenden eine aus dem Vertragsverhältnis der Parteien resultierende Nebenpflicht, dem Leistungsempfänger den an das Finanzamt abgeführten Betrag zu erstatten (BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, Rn. 22, juris).

2. Ebenfalls zutreffend ist die Auffassung des Landgerichts, dass die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede nicht durchgreift; auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (LGU S. 5) wird verwiesen. Die Beklagte ist dem im Berufungsverfahren nicht entgegengetreten.

3. Demgegenüber bestehen Bedenken gegen die Ausführungen des Landgerichts zur Frage einer Treuwidrigkeit (LGU S. 5ff.).

a) Zunächst erscheint der Ansatz einer Einrede gemäß §§ 273, 242 BGB unrichtig.

Bei dem Einwand treuwidrigen Verhaltens handelt es sich um einen Fall der unzulässigen Rechtsausübung. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist im Prozess von Amts wegen zu berücksichtigen (u.a. BGH, Beschluss vom 25. Mai 2011 – IV ZR 191/09, Rn. 7 mwN, juris); der Einwand aus § 242 BGB ist keine Einrede (BGH, aaO), sondern der Rechtsmissbrauch begründet eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendung (Grüneberg in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage, § 242 Rn. 41 mwN).

Demgegenüber handelt es sich bei § 273 Abs. 1 BGB um die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts und – was die Beklagte und das Landgericht womöglich im Ausgangspunkt im Blick hatten – insofern um eine Einrede, als der Unternehmer wegen seines nach § 48a Abs. 2 EStG gegebenen, fälligen Anspruchs auf ordnungsgemäße Abrechnung und damit auf Vorlage der unterschriebenen dritten Ausfertigung über den Steuerabzug bei Bauleistungen gegen einen solchen Erstattungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB geltend machen kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, Rn. 29ff., juris).

b) Wenngleich die Beklagte auf die Treuwidrigkeit abstellen will, ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass eine Einrede gemäß § 273 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Pflichten aus § 48a Abs. 2 EStG (s.o.) nicht durchgriffe, weil die Klägerin jedenfalls im Rahmen des Rechtsstreits unbestritten dieser Pflicht nachgekommen ist (vgl. auch LGU S. 8). Im Übrigen hätte ein Erfolg der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB auch nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung zur Folge, keine Klagabweisung (vgl. § 274 Abs. 1 BGB und so auch im o.g. Fall des BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, juris).

c) Ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung wegen treuwidrigen Verhaltens der Klägerin, mit der Folge, dass ihr der geltend gemachte Erstattungsanspruch nach § 242 BGB zu verwehren wäre, dürfte entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht vorliegen. Allein der – jedenfalls nach

Beweiswürdigung des Landgerichts – fehlende Zugang der Schreiben vom 13. und 14.06.2018 sowie der E-Mail vom 15.06.2018 dürfte nicht genügen, um eine Treuwidrigkeit der Klägerin anzunehmen.

aa) Treu und Glauben bilden eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung (u.a. BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 – VI ZR 109/17, Rn. 20 mwN, juris). Die gegen § 242 BGB verstoßende ‚Rechtsausübung‘ oder Ausnutzung einer ‚Rechtslage‘ ist als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig (Grüneberg in: Grüneberg, aaO, Rn. 38 mwN). Welche Anforderungen sich im konkreten Fall aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden (Grüneberg in: Grüneberg, aaO, mwN). Beim Rechtsmissbrauch geht es typischerweise darum, dass die Ausübung eines individuellen Rechts als treuwidrig und unzulässig beanstandet wird (Grüneberg in: Grüneberg, aaO, Rn. 40). Eine Rechtsausübung kann unter anderem dann unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt. Es gibt allerdings keinen allgemeinen Grundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat (Grüneberg in: Grüneberg, aaO, Rn. 46 mwN). Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 – IV ZR 140/08, Rn. 21, juris). Rechtsverstöße begründen unter den im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen Schadensersatzansprüche und geben dem anderen Teil die Befugnisse aus §§ 273, 320 BGB, führen aber nur ausnahmsweise zu einem Wegfall des Gläubigeranspruchs (Grüneberg in: Grüneberg, aaO, Rn. 46 mwN). Eine Berufung auf den eigenen Anspruch ist dem Gläubiger dann nach Treu und Glauben verwehrt, wenn der Anspruch auf einem erheblichen Verstoß des Gläubigers gegen Pflichten beruht, die in einem inneren Zusammenhang mit seinem Anspruch stehen (BGH, Urteil vom 26. November 2004 – V ZR 90/04, Rn. 28, juris). Eine unzulässige Rechtsausübung kann zu bejahen sein bei eigener erheblicher Vertragsuntreue, grober Pflichtverletzung, im Falle der Berufung auf ein Mitwirkungsrecht bei beharrlicher Verweigerung der eigenen Mitwirkung, Geltendmachung des Bürgschaftsanspruchs, wenn der Gläubiger den Bürgschaftsfall schuldhaft verursacht hat, usw. (vgl. nur die Beispiele mit Rechtsprechungs nachweisen bei Grüneberg in: Grüneberg, aaO, Rn. 48).

bb) Ausgehend davon dürfte nicht anzunehmen sein, dass das Verhalten der Klägerin treuwidrig war bzw. ist mit der Folge, dass ihr der geltend gemachte Anspruch abzusprechen wäre. Denn die Klägerin hat, was die Beklagte ausdrücklich nicht (mehr) in Abrede nimmt (vgl. BE S. 8), zumindest versucht, die Beklagte über die gezahlte Bauabzugsteuer und die Erstattung zu informieren, zudem nicht nur einmalig und außerdem auf verschiedenen Wegen (Briefe, E-Mail, über die Privatanschrift des Geschäftsführers der Beklagten und über deren „Schwestergesellschaft“, die S. GmbH). Dafür, dass die Klägerin bewusst oder zumindest grob nachlässig mit der Information so lange gewartet hat oder warten wollte, bis die Beklagte ihren Erstattungsanspruch aus § 48c Abs. 2 EStG nicht mehr geltend machen kann, ist nichts ersichtlich; das macht auch die Beklagte nicht geltend. Die Schreiben und die E-Mail sprechen eindeutig dagegen, zumal ein solches Verhalten ohnehin ausschließlich auf eine Schädigung der Beklagten ohne irgendeinen Gewinn für die Klägerin hinausläufe. Der – streitige – fehlende Zugang der Schreiben und der E-Mail bzw. eine unterlassene Sicherstellung des Zugangs begründet keinen erheblichen, groben Verstoß gegen die Vertragspflichten der Klägerin, der die Inanspruchnahme der Beklagten nunmehr als treuwidrig erscheinen ließe. Auch die Interessenlage der Parteien führt zu keinem belastbaren Ergebnis, denn wie die Beklagte im Hinblick auf § 48c Abs. 2 EStG hätte die Klägerin den Betrag der Bauabzugsteuer bei ungestörtem Verlauf nicht zu tragen gehabt, weil ihr an sich (und insoweit unstrittig) ein vertraglicher Erstattungsanspruch gegen die Beklagte zustünde (s.o. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, Rn. 22, juris). Berücksichtigt werden kann schließlich auch noch, dass sich die Beklagte um die steuerlichen Belange offenbar nicht weiter gekümmert hat, obgleich gerade sie und ihre Belange von der hier zugrundeliegenden steuerlichen Behandlung der Angelegenheit betroffen sind; aus § 48 Abs. 1 S. 1 EStG folgt, dass eigentlicher – zumindest potenzieller – Steuerschuldner der Leistende ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, Rn. 22, juris), mithin hier die Beklagte. Danach ergibt

sich zumindest kein klares Bild dergestalt, dass das Verhalten der Klägerin als treuwidrig zu werten und das Interesse der Beklagten demgegenüber als besonders schützenswert anzusehen wäre.

cc) Im Ergebnis dürfte daher die Klägerin nicht nach § 242 BGB gehindert sein, den der Klage zugrundeliegenden Erstattungsanspruch gegen die Beklagte geltend zu machen.

4. In Betracht kommt allerdings ein der Beklagten zustehender Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, den diese ihrer Inanspruchnahme durch die Klägerin im Wege des dolo-agit-Einwands (s. hierzu u.a. Staudinger/Looschelders/Olzen (2019) BGB § 242, Rn. 279ff. mit Rechtsprechungsnachweisen) entgegenhalten könnte.

a) Mit dem Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, Rn. 26ff., juris) ist anzunehmen, dass die Klägerin aufgrund von § 48a Abs. 2 EStG verpflichtet gewesen ist, gegenüber der Beklagten über den Steuerabzug abzurechnen, um dieser die Erstattung gemäß § 48c Abs. 2 EStG zu ermöglichen (vgl. BGH, aaO, Rn. 27 mwN, juris); dem Leistenden, mithin hier der Beklagten, steht ein Abrechnungsanspruch zu (vgl. BGH, aaO, Rn. 30, juris). Es handelt sich danach um eine Vertragspflicht i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB zur Folge haben kann.

b) Es dürfte im Hinblick auf die in § 48c Abs. 2 EStG enthaltene Frist zur Beantragung der Erstattung darüber hinaus anzunehmen sein, dass der Leistungsempfänger die Verpflichtung zur Abrechnung aus § 48a Abs. 2 EStG so rechtzeitig erfüllen muss, dass der Leistende noch innerhalb der Frist des § 48c Abs. 2 EStG die Erstattung vom Finanzamt beantragen kann. Eine Abrechnung nach Ablauf dieser Frist wäre zwecklos, weil der Leistende die Erstattung vom Finanzamt nicht mehr mit Erfolg beantragen könnte.

c) Zu klären wäre daher, ob die Klägerin ihre Pflicht zur Abrechnung innerhalb der unstrittig bis Ende 2019 laufenden Frist des § 48c Abs. 2 EStG verletzt hat. Im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB trägt der Gläubiger des Schadensersatzanspruchs die Beweislast für die Pflichtverletzung (vgl. nur Grüneberg in: Grüneberg, aaO, § 280, Rn. 34f. mwN). Danach müsste hier die Beklagte beweisen, dass die Schreiben und die E-Mail nicht zugegangen sind bzw. ihr Geschäftsführer davon keine Kenntnis erlangt hat. Das Landgericht hat zur Frage des Zugangs der Schreiben vom 13. und 14.06.2018 und der E-Mail vom 15.06.2018 Beweis erhoben durch Vernehmung der Mitarbeiterin der Beklagten, Frau M., als Zeugin sowie des Geschäftsführers der Beklagten als Partei (vgl. Hinweis- und Beweisbeschluss Bl. 12.03.2021, Bl. 190ff. d.A., dort Ziff. V., sowie Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2021, Bl. 238ff. d.A.). Allerdings hat das Landgericht die Beweiserhebung im Zusammenhang mit der Frage der Treuwidrigkeit durchgeführt und die Beweislast für den Zugang bei der Klägerin gesehen (Letzteres wohl zu Unrecht, wie auch die Klägerin in der Berufungsbegründung geltend macht, weil die Beweislast für das Vorbringen, das eine Anwendung des § 242 BGB rechtfertigen könnte, diejenige Partei trifft, die dadurch begünstigt wird [vgl. nur Grüneberg in: Grüneberg, aaO, § 242, Rn. 21 mwN], hier also die Beklagte). Zudem geht aus den Ausführungen im angefochtenen Urteil nicht eindeutig hervor, ob das Landgericht den fehlenden Zugang für erwiesen hält oder ob es eine Beweislastentscheidung getroffen hat. Für ersteres könnte sprechen, dass das Landgericht die Angaben der Zeugin und des Geschäftsführers der Beklagten für glaubhaft erachtet hat (vgl. LGU S. 5f.); für Letzteres könnten Formulierungen sprechen wie: „die Klägerin hat nicht bewiesen, dass ...“ (LGU S. 5), „ein anderweitiger Zugangsnachweis existiert nicht“ (LGU S. 6), „es ist schon nicht nachgewiesen, dass der postalische Brief die S. GmbH überhaupt erreicht hat“ (LGU S. 6) usw.

Diese Unklarheit und die andere Beweislastverteilung sprechen dafür, die Beweisaufnahme zur Klärung des Vorliegens einer Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB vor dem Senat noch einmal durchzuführen (zumal auch die Angriffe der Klägerin in der Berufungsbegründung gegen die

Beweiswürdigung des Landgerichts jedenfalls zum Teil nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen sind).

Die Beklagte hatte erstinstanzlich vorgetragen, dass das Schreiben vom 14.06. und die E-Mail vom 15.06.2018 (Anlagen K 22, 23) ihrem Geschäftsführer nicht zur Kenntnis gelangt seien, und sich dazu auf das Zeugnis der Frau M. berufen. Soweit sie sich außerdem auf das Zeugnis ihres Geschäftsführers berufen hat, kommt dies prozessual nicht in Frage; allerdings dürfte dies als Antrag nach § 447 ZPO auszulegen sein, der eigene Vernehmungsantrag der Klägerin (vgl. Schriftsatz vom 22.12.2020) als Einverständnis i.S.v. § 447 ZPO. Unabhängig davon wäre der Geschäftsführer der Klägerin informatorisch zu befragen.

Die Beklagte hatte außerdem erstinstanzlich vorgetragen, ihr Geschäftsführer habe auch das Schreiben vom 13.06.2018 (Anlage K 20) nicht erhalten. Nach verständiger Würdigung des Vortrags der Beklagten unter Berücksichtigung der Beweislastverteilung, wie dargelegt, geht der Senat davon aus, dass sich die Beklagte auch insofern auf die Vernehmung ihres Geschäftsführers zum Beweis berufen hat bzw. will, das Schreiben vom 13.06.2018 (Anlage K 20) sei ihrem Geschäftsführer nicht zugegangen.

d) Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB trägt der Schuldner die Beweislast für das Nichtvertretenmüssen, mithin ein fehlendes Verschulden (vgl. auch Grüneberg in: Grüneberg, aaO, § 280, Rn. 34 mwN). Diesen Beweis hätte die Klägerin wohl nicht geführt, weil sie jedenfalls auf die E-Mail der Zeugin M. vom 18.06.2018 nichts weiter unternommen hat, was nach dem Inhalt der E-Mail jedoch wohl nahegelegen hätte; jedenfalls ist insofern nichts weiter vorgetragen.

e) Kausalzusammenhang und Schaden dürften schließlich unproblematisch sein, insbesondere entspricht der Schaden der Höhe nach der Forderung der Klägerin, da diese dem Betrag entspricht, den die Beklagte bei rechtzeitigem Antrag nach § 48c Abs. 2 EStG erstattet erhalten hätte.

(...)“

2. Im Beschluss vom 29. November 2022 hat der Senat die Parteien auf Folgendes hingewiesen:

„1. Soweit es die Frage eines treuwidrigen Verhaltens anbelangt, hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beklagten zum Hinweisbeschluss vom 26. September 2022 an der mitgeteilten Auffassung fest.

2. Im Ansatz bleibt es zudem dabei, dass hier ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommt. Allerdings verweist die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 25.10.2022 zu Recht darauf, dass in Bezug auf die E-Mail vom 15.06.2018 anzunehmen ist, dass diese dem Geschäftsführer der Beklagten zugegangen i.S.v. § 130 BGB ist. Diese Vorschrift findet auf geschäftsähnliche Handlungen, wie hier die Mitteilung aufgrund von § 48a Abs. 2 EStG, Anwendung. Die E-Mail ist in den Bereich des Geschäftsführers der Beklagten gelangt, so dass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme, die hier im Streit steht, kommt es für den Zugang i.S.v. § 130 BGB nicht an. Dass es sich um das E-Mail-Postfach der GmbH handelte, ist unschädlich, weil Rechtsanwalt H. im Vorfeld mit dem Geschäftsführer der Beklagten über diese E-Mail-Adresse korrespondiert hatte und Personenidentität bei den Geschäftsführern der GmbH und der B.V. besteht bzw. jedenfalls seinerzeit bestand. Zu Recht weist die Klägerin schließlich darauf hin, dass ein Zugang nicht nachträglich beseitigt werden kann, hier also durch die E-Mail vom 18.06.2018.

Vor diesem Hintergrund scheidet ein Schadensersatzanspruch im Ergebnis aus, weil es an einer Pflichtverletzung fehlt.

3. Demzufolge ist eine Beweisaufnahme zur Frage der Kenntnisaufnahme entbehrlich.

(...)“

3. Ausgehend davon bejaht der Senat den mit der Klage geltend gemachten Rückzahlungsanspruch der Klägerin. Die hiergegen erhobenen Einwände der Beklagten greifen nicht durch.

a) Unstreitig zahlte die Klägerin der Beklagten den Werklohn vollständig, ohne die Bauabzugssteuer abzuführen. Nach den Feststellungen des Landgerichts, an die der Senat gemäß § 529 ZPO gebunden ist, führte die Klägerin später die Bauabzugssteuer in Höhe der Klagforderung an das Finanzamt ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13) ist die Beklagte daher aufgrund einer aus dem Vertragsverhältnis der Parteien resultierenden Nebenpflicht verpflichtet, der Klägerin den an das Finanzamt abgeführten Betrag zu erstatten.

b) Die dagegen erhobenen Einwände greifen nicht durch.

aa) Die Verjährungseinrede greift nicht durch; auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (LGU S. 5) wird verwiesen. Die Beklagte ist dem im Berufungsverfahren nicht entgegengetreten.

bb) Ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung wegen treuwidrigen Verhaltens der Klägerin, mit der Folge, dass ihr der geltend gemachte Erstattungsanspruch nach § 242 BGB zu verwehren wäre, liegt nicht vor. Auf die Ausführungen hierzu im Hinweisbeschluss vom 26. September 2022 wird verwiesen. Der weitere Vortrag der Beklagten führt zu keiner anderen Bewertung. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten liegt vielmehr kein treuwidriges Verhalten der Klägerin vor, da diese die Vorlage der Freistellungsbescheinigung lediglich „aus den Augen verloren bzw. nicht beachtet“ hat (Schriftsatz vom 18.10.2022, dort S. 2), ein „Versäumnis, sich um die Steuerpflicht nach § 48a EStG zu kümmern“ (aaO), die Klägerin den Einbehalt „schlicht und einfach vergessen hat“ (aaO S. 3). Die der Klägerin danach von der Beklagten vorgeworfenen Fehler begründen keine Treuwidrigkeit der Klägerin, zumal sich auch die Beklagte vorwerfen lassen muss, sich insofern nicht um ihre Belange gekümmert zu haben. Dass es sich um eine niederländische Gesellschaft handelt, ändert entgegen der Ansicht der Beklagten nichts, weil sie in der Bundesrepublik Tätigkeiten entwickelt hat und daher auch die steuerlichen Belange beachten muss; zudem war ihr Geschäftsführer zugleich auch Geschäftsführer der „Schwestergesellschaft“, einer deutschen GmbH.

cc) Der Beklagten steht auch kein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu, den sie ihrer Inanspruchnahme durch die Klägerin im Wege des dolo-agit-Einwands entgegenhalten könnte.

(1) Wie im Beschluss vom 26. September 2022 ausgeführt, war die Klägerin verpflichtet, gegenüber der Beklagten über den Steuerabzug abzurechnen, um dieser die Erstattung gemäß § 48c Abs. 2 EStG zu ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 2/13, Rn. 27 mwN, juris). Wie ebenfalls dargelegt, handelt es sich insofern um eine Vertragspflicht i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB zur Folge haben kann. Zudem hatte der Senat erklärt, dass im Hinblick auf die in § 48c Abs. 2 EStG enthaltene Frist zur Beantragung der Erstattung anzunehmen sei, dass der Leistungsempfänger die Verpflichtung zur Abrechnung aus § 48a Abs. 2 EStG so rechtzeitig erfüllen muss, dass der Leistende noch innerhalb der Frist des § 48c Abs. 2 EStG die Erstattung vom Finanzamt beantragen kann.

(2) Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin (vgl. Schriftsatz vom 08.07.2020, dort S. 2, und Klagschrift S. 11; Schriftsatz vom 21. Juli 2020, dort S. 2) war der E-Mail vom 15. Juni 2018 die zu

fordernde Abrechnung über die Bauabzugssteuer beigefügt. Die E-Mail ist dem Geschäftsführer der Beklagten und damit der Beklagten am 15. Juni 2018 zugegangen.

(aa) Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine E-Mail im unternehmerischen Geschäftsverkehr jedenfalls in dem Fall, dass sie innerhalb der üblichen Geschäftszeiten auf dem Mailserver des Empfängers abrufbereit zur Verfügung gestellt wird, dem Empfänger grundsätzlich in diesem Zeitpunkt zugegangen. Denn damit ist die E-Mail so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass er sie unter gewöhnlichen Umständen zur Kenntnis nehmen kann. Dass die E-Mail tatsächlich abgerufen und zur Kenntnis genommen wird, ist für den Zugang nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2022 – VII ZR 895/21 –, Rn. 19, juris).

(bb) Ausweislich der Anlage K 22 und der Anlage zum Schriftsatz vom 21.01.2021 (Anlagenband Beklagte) erfolgte die Übermittlung der E-Mail am 15. Juni 2018 vormittags 10:42 Uhr. Nach dem unstrittigen Vortrag der Parteien ist sie auf dem Empfänger-Mailserver abrufbar gewesen, wobei der Eingang auf dem Mailserver nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin am 15. Juni 2018 erfolgte. Jedenfalls antwortete die Zeugin M. am 18. Juni 2018 auf die E-Mail vom 15. Juni 2018, so dass letztere jedenfalls am 18. Juni 2018 auf dem Mailserver der S. GmbH abrufbereit zur Verfügung stand.

(cc) Die E-Mail vom 15. Juni 2018 ist damit dem Geschäftsführer der Beklagten i.S.v. § 130 BGB, der auf eine geschäftsähnliche Handlung wie vorliegend Anwendung findet (vgl. nur Ellenberger in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage, Überbl v § 104, Rn. 6 f.), zugegangen. Zwar verweist die Beklagte im Ansatz zu Recht darauf, dass die E-Mail vom 15. Juni 2018 nicht an eine E-Mail-Adresse der Beklagten, sondern an die der S. GmbH gerichtet war; ohne besondere Umstände führt die Zusendung einer E-Mail an eine andere Person als den eigentlichen Empfänger nicht zum Zugang der E-Mail beim Empfänger. Allerdings liegen hier besondere Umstände vor: Nach dem unbestrittenen Vortrag hatte Rechtsanwalt H. im Vorfeld mit dem Geschäftsführer der Beklagten über die E-Mail-Adresse der GmbH korrespondiert, und es bestand Personenidentität bei den Geschäftsführern der GmbH und der B.V. Rechtsanwalt H. durfte danach auch am 15. Juni 2018 die E-Mail-Adresse der GmbH verwenden und durfte davon ausgehen, dass auch die E-Mail vom 15. Juni 2018 den Geschäftsführer der Beklagten erreichen würde. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Geschäftsführer der Beklagten kommt es, wie dargelegt, für den Zugang nicht an.

(dd) Zu Recht hat die Klägerin schließlich darauf verwiesen, dass der Zugang der E-Mail vom 15. Juni 2018 nicht nachträglich, hier durch die E-Mail vom 18. Juni 2018, wieder beseitigt werden konnte.

(3) Entgegen der Ansicht der Beklagten lässt sich eine Nebenpflichtverletzung der Klägerin auch nicht daraus herleiten, dass die Klägerin auf die E-Mail vom 18. Juni 2018 nichts weiter unternommen hat. Aus dieser E-Mail ergibt sich ihrem Wortlaut nach gerade nicht, dass die E-Mail vom 15. Juni 2018 den Geschäftsführer der Beklagten nicht erreicht hatte. Denn die Zeugin M. hatte lediglich geschrieben, „...bitte wenden Sie sich bei allen Angelegenheiten direkt an die S. B.V. Vielen Dank.“ Allerdings hatte die Klägerin die von ihr zu verlangende Abrechnung über die Bauabzugssteuer übermittelt, die E-Mail vom 15. Juni 2018 war der Beklagten zugegangen (s.o.). Die E-Mail vom 18. Juni 2018 ließ ihrem Wortlaut nach nicht darauf schließen, dass die Klägerin die Übermittlung wiederholen müsste. Verpflichtet war sie dazu daher auch nicht.

4. Im Ergebnis kann die Klägerin daher die gezahlten 212.289,53 Euro von der Beklagten zurückverlangen.

5. Die begehrten gesetzlichen Zinsen kann die Klägerin erst ab dem 26. Februar 2020 verlangen. Die Klägerin stützt den Verzugsbeginn auf das Schreiben vom 13.06.2018, dessen Zugang allerdings im Streit steht. Insofern trifft die Klägerin die Beweislast für den Zugang des Schreibens. Der Zugang ist jedoch nicht erwiesen. Die Klägerin kann daher lediglich Prozesszinsen gemäß § 291 BGB verlangen.

Das Zustelldatum ist den Akten allerdings nicht zu entnehmen (vgl. Bl. 20 ff. d.A.), mit Schreiben vom 25. Februar 2020 hatte sich Rechtsanwältin W. für die Beklagte legitimiert (vgl. Bl. 30 d.A.). Mangels anderweitiger Informationen kann zu Lasten der beweisbelasteten Klägerin von einer Zustellung der Klagschrift erst am 25. Februar 2020 ausgegangen werden, so dass Prozesszinsen ab dem 26. Februar 2020 zu zahlen sind. Die Zinshöhe folgt aus § 288 Abs. 1 BGB, wie geltend gemacht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

IV.

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

V.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und der Senat nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes oder eines anderen Oberlandesgerichts abweicht, so dass auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 ZPO.

VI.

Die Festsetzung des Streitwertes für das Berufungsverfahren beruht auf § 3 ZPO, § 47 Abs. 1 GKG.

Entscheidung 5 - BGH Urt. v. 13.4.2023 – III ZR 215/21

Tatbestand:

Die Klägerin, die ein Asphaltmischwerk betreibt, verlangt von der Beklagten Ersatz von Schäden, die infolge der Beschädigung eines erdverlegten Stromkabels durch Mitarbeiter der Beklagten in ihrem Betrieb entstanden sind.

Die Beklagte, ein deutschlandweit tätiges Tief- und Straßenbauunternehmen, wurde mit Zuschlagsschreiben des Landesbetriebs Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein vom 10. April 2019 im Namen und für Rechnung des Streithelfers der Klägerin (Straßenbaulastträger) im Zuge der grundhaften Erneuerung einer Straße mit der Montage neuer Fahrzeugrückhaltesysteme (im Folgenden auch: Schutz- oder Leitplanken) beauftragt. Die Gesamtlänge der Baustrecke betrug circa 1.400 Meter, wobei die Straßenbauarbeiten von der S. AG ausgeführt wurden.

Die der Beauftragung der Beklagten zugrundeliegende Leistungsbeschreibung enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

„2.10 Anlagen im Baubereich

Im Bereich der Baustelle liegen Leitungen und Kabel verschiedener Versorgungsträger. Der Auftragnehmer hat sich vor Abgabe seines Angebotes bezüglich der Lage der Leitungen bei deren Rechtsträgern erkundigt und verständigt diese vor Baubeginn rechtzeitig über den Ablauf der Straßenbauarbeiten.

Kosten für Rohrleitungs-, Kabel- und Anlageschäden, die durch den Auftragnehmer verursacht werden, werden dem Auftraggeber von der Hand gehalten.

3.2 Bauablauf

Der Bauablauf erfolgt nach Disposition des Auftragnehmers und in Absprache mit dem Auftraggeber Erd- und Straßenbau.“

Im Leistungsverzeichnis wird die von der Beklagten zu erbringende Leistung unter Position 00.09.0001 wie folgt spezifiziert:

„2.150 m Schutzeinrichtung (SE) am äußeren Fahrbahnrand einschließlich erforderlicher systembedingter Arbeiten herstellen. Abgerechnet wird die Baulänge. SE nach 'Technischen Kriterien für den Einsatz von Fahrzeugrückhaltesystemen in Deutschland'.

SE aus Stahl.

Aufhaltestufe mindestens H1

Wirkungsbereichsklasse maximal W4 Aufprallheftigkeitsstufe = A Schutzeinrichtung 'ohne formaggressive Teile, geprüft auf schmalem Bankett mit abfallenden Böschungen.

Vergrößerung des Wirkungsbereiches in Bereichen mit abfallenden Böschungen ist zulässig.

Prüflänge max. 48 m.

Die Schutzeinrichtung muss zusätzlich die Aufhaltestufe N2 aufweisen. Systembreite max. 21 cm.' Aufstellung in Boden.“

Anlässlich einer Baubesprechung am 1. Juli 2019, die in Anwesenheit des Bauleiters der Beklagten stattfand, wurde in dem diesbezüglichen Protokoll unter Punkt 11.04 festgehalten, dass das Herstellen der Suchgräben durch die S. AG die Beklagte nicht von ihrer Pflicht entbinde, sich über vorhandene Versorgungsleitungen im Bereich der aufzustellenden Fahrzeugrückhaltesysteme bei den Versorgungsträgern zu informieren.

Am 23. Juli 2019 beschädigten Mitarbeiter der Beklagten im Zuge der Schutzplankenmontage bei Rammarbeiten ein erdverlegtes Stromkabel. Eigene Erkundigungen zur Lage etwaiger Versorgungsleitungen hatte die Beklagte zuvor nicht vorgenommen. Sie verließ sich vielmehr auf von der S. AG gesetzte Markierungspfosten aus Holz und auf dem Straßenbelag angebrachte farbige Markierungen sowie eine von dieser erstellten Planskizze, die die Lage der von der S. AG jeweils festgestellten Versorgungsleitungen kennzeichneten. Diese hatte bei ihren Erkundigungen und Suchgrabungen an der Schadensstelle kein Stromkabel festgestellt.

Auf Grund des Kabelschadens kam es zu einem mehrstündigen Stromausfall, wodurch in dem Asphaltmischwerk der Klägerin die Anlagensteuerung beschädigt wurde, was einen vorübergehenden Stillstand der Produktion zur Folge hatte.

Die Klägerin und ihr Streithelfer haben geltend gemacht, die Beklagte sei passivlegitimiert und hafte gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Die Beauftragung der Beklagten stelle sich weder als Beleihung eines Privatunternehmens mit hoheitlichen Aufgaben dar, noch sei diese als Verwaltungshelferin bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben tätig geworden. Die Beklagte habe vielmehr eine eigenständige zivilrechtliche Erkundigungs- und Sicherungspflicht bezüglich der beschädigten Versorgungsleitung verletzt. Die Suchschachtungen der S. AG hätten sie nicht davon freigestellt, erforderlichenfalls eigene Suchschachtungen durchzuführen und sich bei den Versorgungsträgern selbst zu erkundigen und dort Leitungspläne anzufordern.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie sei als Verwaltungshelferin ohne eigenen Gestaltungsspielraum bei der Errichtung der Schutzplanken tätig geworden. Auf die Erkundigungen und Suchgrabungen der S. AG habe sie sich verlassen dürfen. Zur Beschädigung des Kabels sei es nur deshalb gekommen, weil an der für die Einbringung der Leitplankenbefestigung notwendigen Stelle eine Verschwenkung der unterirdischen Stromleitung vorgelegen habe, mit der nicht zu rechnen gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 35.211,75 € nebst Zinsen sowie zur Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt. Außerdem hat es die Ersatzpflicht der Beklagten für alle künftigen materiellen Schäden anlässlich der Beschädigung des Stromkabels festgestellt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO insgesamt statthaft.

Im Tenor der angefochtenen Entscheidung wurde die Revisionszulassung uneingeschränkt ausgesprochen. Das Berufungsgericht hat die Revisionszulassung damit begründet, dass die

Einordnung der Ausführung öffentlicher Bauaufträge als hoheitlich oder nicht hoheitlich noch nicht abschließend geklärt erscheine (BU 15). Daraus lässt sich nicht mit der notwendigen Klarheit und Eindeutigkeit entnehmen, dass das Berufungsgericht die Revision nur eingeschränkt zulassen wollte, zumal eine Beschränkung auf die aufgeworfene Rechtsfrage nicht zulässig wäre. Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsfragen, Anspruchselemente oder einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen ist nicht zulässig (Senat, Urteile vom 13. August 2020 – III ZR 148/19, WM 2020, 1862 Rn. 13 und vom 3. Februar 2022 – III ZR 84/21, WM 2022, 514 Rn. 15).

Da das Berufungsgericht die Revision unbeschränkt zugelassen hat, ist die vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten gegenstandslos (vgl. Senat, Urteile vom 9. Oktober 2014 – III ZR 33/14, NJW 2015, 152 Rn. 28 und vom 19. Februar 2015 – III ZR 90/14, WM 2015, 569 Rn. 9).

II.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BeckRS 2021, 38774 veröffentlicht ist, hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagte hafte gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen sorgfaltswidriger Beschädigung des Stromkabels auf Ersatz der in dem Asphaltmischwerk der Klägerin entstandenen Schäden. Die Klägerin sei nicht auf Amtshaftungsansprüche gegen ihren Streithelfer zu verweisen. Aus der Ausgestaltung der Straßenbaulast als öffentliche Aufgabe gemäß § 10 Abs. 4 des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Schleswig-Holstein (StrWG SH) folge nicht notwendigerweise, dass jeder Umsetzungsschritt der aus dieser Aufgabe resultierenden Bau- und Verkehrssicherungspflicht hoheitlicher Natur sein müsse. Zugrunde zu legen sei vielmehr ein „bewegliches Beurteilungsraster“. Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund trete, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des privaten Unternehmers sei, desto näher liege es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinn zu verstehen (u.a. Hinweis auf Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 – III ZR 124/18, NJW-RR 2019, 1163 Rn. 18). Gerade bei Straßenbauarbeiten könne dem beauftragten Unternehmer vonseiten des öffentlich-rechtlichen Auftraggebers ein gewisser Ausführungsspielraum eingeräumt werden. So liege es hier. Die Beklagte sei nicht als Verwaltungshelferin ohne eigenen Entscheidungsspielraum tätig geworden. Den Ausschreibungsunterlagen sei zwar eine Reihe technischer Anforderungen – gerade auch zum Thema „Schutz- und Leiteinrichtungen“ – zu entnehmen. Eine echte Detailplanung dahin, wo und wie genau etwa die Rammung für die Leitplanken erfolgen müsse, fehle jedoch. Insoweit habe das Leistungsverzeichnis nur einen „funktionalen“ Charakter. Hiermit stehe im Einklang, dass es nach Nummer 2.10 der Leistungsbeschreibung dem Auftragnehmer überantwortet sei, sich vor Abgabe seines Angebots bezüglich der Lage der Leitungen bei den Versorgungsträgern zu erkundigen.

Die Beklagte habe durch ihre Mitarbeiter sorgfaltswidrig das Stromkabel beschädigt und hierdurch einen Stromausfall verursacht, der das Asphaltmischwerk der Klägerin beeinträchtigt habe. Den bei den vorzunehmenden Montage- und Gründungsarbeiten zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen sei die Beklagte nicht gerecht geworden, da sie sich auf die Vorgaben der S. AG verlassen habe, ohne zu prüfen, wie diese zu ihren Erkenntnissen gelangt sei, und ohne eigene Erkundigungen zum Verlauf der Versorgungsleitungen einzuholen. Die Beschädigung des Stromkabels hätte bei Kenntnis des Leitungsplans der S. -H. Netz AG, aus dem unter anderem der Verlauf einer 20 kV-Leitung ersichtlich gewesen sei, vermieden werden können.

Die Klägerin sei in ihrem Eigentumsrecht verletzt worden. Ersatzfähig seien die notwendigen Reparaturen an den durch den Stromausfall beschädigten Anlagen des Asphaltmischwerks sowie die Kosten, die der Klägerin durch eine fehlerhafte Produktion entstanden seien. Auch das Feststellungsbegehren sei gerechtfertigt.

III.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz haftet. Sie ist nicht als Verwaltungshelferin des Straßenbaulastträgers tätig geworden, sondern hat die Leitplanken als private Fachfirma in eigener Verantwortung und mit einem relevanten eigenen Ausführungsspielraum montiert. Es liegt kein Fall der Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG vor.

1. In seinem Anwendungsbereich verdrängt § 839 BGB als vorrangige Spezialregelung konkurrierende Ansprüche aus §§ 823 ff BGB. Im Rahmen der Haftung nach § 839 BGB tritt gemäß Art. 34 Satz 1 GG – im Wege der befreienden Haftungsübernahme – der Staat beziehungsweise die jeweilige Anstellungskörperschaft als Anspruchsgegner des Geschädigten an die Stelle dessen, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat; in diesem Falle scheidet eine persönliche Haftung des Amtsträgers gegenüber dem Geschädigten aus (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 – III ZR 124/18, NJW-RR 2019, 1163 Rn. 10 m. zahlr. w.N.).

2. Der Anwendungsbereich der Amtshaftung gemäß § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG ist jedoch nicht eröffnet, da die Mitarbeiter der Beklagten bei der Montage der Schutzplanken nicht in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes handelten.

a) Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich nach der ständigen Senatsrechtsprechung danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wird, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, das heißt auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen (siehe nur Senat, Urteile vom 14. Mai 2009 – III ZR 86/08, BGHZ 181, 65 Rn. 10; vom 15. September 2011 – III ZR 240/10, BGHZ 191, 71 Rn. 13; vom 6. März 2014 – III ZR 320/12, BGHZ 200, 253 Rn. 31; vom 9. Oktober 2014 – III ZR 68/14, NJW 2014, 3580 Rn. 17 und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 18; Beschluss vom 31. März 2011 – III ZR 339/09, NVwZ-RR 2011, 556 Rn. 7; jew. mwN).

Hiernach können auch Mitarbeiter eines privaten Unternehmens Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne sein. Dies kommt neben den Fällen der Beileihung eines Privatunternehmens mit hoheitlichen Aufgaben auch dann in Betracht, wenn Private als Verwaltungshelfer bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben tätig werden (Senat, Urteile vom 21. Januar 1993 – III ZR 189/91, BGHZ 121, 161, 164 ff; vom 14. Oktober 2004 – III ZR 169/04, BGHZ 161, 6, 10; vom 2. Februar 2006 – III ZR 131/05, VersR 2006, 698 Rn. 10; vom 9. Oktober 2014 aaO und vom 6. Juni 2019 aaO). Dafür ist erforderlich, dass ein innerer Zusammenhang und eine engere Beziehung zwischen der Betätigung des Privaten und der hoheitlichen Aufgabe bestehen, wobei die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluss nimmt, dass der Private gleichsam als bloßes „Werkzeug“ oder „Erfüllungsgehilfe“ des Hoheitsträgers handelt und dieser die Tätigkeit des Privaten deshalb wie eine eigene gegen sich gelten lassen muss (Senat, Urteile vom 9. Oktober 2014 aaO und vom 6. Juni 2019 aaO).

Da die auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage beruhende Heranziehung privater Unternehmer zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eine Vielzahl von Fallgestaltungen umfasst, die sich sowohl durch den Charakter der jeweils wahrgenommenen Aufgabe als auch durch die unterschiedliche Sachnähe der übertragenen Tätigkeit zu dieser Aufgabe sowie durch den Grad der Einbindung des Unternehmers in den behördlichen Pflichtenkreis unterscheiden, ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, der ein „bewegliches Beurteilungsraster“ zugrunde liegt: Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt – was vor allem in der Eingriffsverwaltung der Fall ist –, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der öffentlichen Hand zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen (Senat, Urteile vom 21. Januar 1993 aaO S. 165 f; vom 9. Oktober 2014 aaO und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 18 und 26; siehe auch BeckOGK/Dörr, BGB, § 839 Rn. 63 [Stand: 1. Dezember 2022]; Rimmert, WM 2020, 1453, 1455 f).

b) Das Berufungsgericht hat die Verwaltungshelfereigenschaft der Beklagten unter Zugrundelegung dieses Maßstabs zutreffend verneint. Bei den von ihr zu erbringenden Montagearbeiten stand der hoheitliche Charakter nicht im Vordergrund. Die Beklagte verfügte zudem über einen relevanten eigenen Ausführungsspielraum.

aa) Zwar handelt es sich bei der Montage von Schutzplanken im Rahmen der Erneuerung einer öffentlichen Straße als Maßnahme der Verkehrssicherung um eine hoheitliche Aufgabe. Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 StrWG SH werden die mit dem Bau, der Unterhaltung und der Überwachung der Verkehrssicherheit der öffentlichen Straßen zusammenhängenden Aufgaben als Amtspflichten in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit wahrgenommen.

Der hoheitliche Charakter steht bei der Errichtung von Schutzplanken jedoch nicht im Vordergrund. Es handelt sich um eine Maßnahme im Bereich der Daseinsvorsorge. Hier ist eine Haftung des Staates für das Handeln Privater zwar nicht von vornherein ausgeschlossen (zB Senat, Urteil vom 9. Oktober 2014 aaO Rn. 9 ff zur Wahrnehmung des Winterdienstes als hoheitliche Aufgabe), allerdings ist sie nicht in gleicher Weise geboten wie im Bereich der Eingriffsverwaltung, in dem der Staat mit hoheitlichen Anordnungen in die Rechts- und Freiheitssphäre von Bürgern eingreift und sich daher nicht der eigenen Haftung dadurch entziehen kann, dass er die Durchführung einer Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt (Senat, Urteile vom 14. Oktober 2004 aaO; vom 9. Oktober 2014 aaO Rn. 17 und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 18). Im Bereich der Daseinsvorsorge kommt eine Haftung des Staates insbesondere dann in Betracht, wenn die übertragene Aufgabe einen engen Bezug zur Eingriffsverwaltung aufweist wie zum Beispiel die Aufstellung eines Verkehrszeichens, wodurch eine Verkehrsregelung unmittelbar umgesetzt wird (vgl. Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 16). Dies ist bei Schutzplanken, die der passiven Verkehrssicherheit und nicht der Verkehrslenkung dienen, nicht der Fall (vgl. BeckOGK/Dörr aaO Rn. 61 aE).

bb) Frei von Rechtsfehlern ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht lediglich als „Werkzeug“ oder „verlängerter Arm“ der öffentlichen Hand agiert, ihr habe vielmehr ein relevanter eigener Ausführungsspielraum zugestanden.

(1) Werden selbständige Unternehmer im schlicht-hoheitlichen Bereich auf privatrechtlicher Grundlage mit dienst- oder werkvertraglichen Leistungen beauftragt, ist bei Anwendung des vorgenannten „beweglichen Beurteilungsrasters“ eine differenzierende Betrachtung geboten. Erfolgt eine erhebliche Einflussnahme der öffentlichen Hand, etwa durch bindende Vorgaben, Weisungen oder detaillierte Planungen, liegt die Einordnung des privaten Unternehmers als Verwaltungshelfer nahe. Anders verhält es sich, wenn dem Unternehmer nach der konkreten vertraglichen Ausgestaltung ein relevanter eigener Entscheidungsbeziehungsweise Ausführungsspielraum verbleibt. Das Maß der Einflussnahme durch die öffentliche Hand war bereits in den früheren Entscheidungen des Senats, in

denen die sogenannte „Werkzeugtheorie“ zur Anwendung kam, ein zentrales Abgrenzungskriterium und ist es nach Entwicklung der Rechtsfigur des Verwaltungshelfers geblieben, indem dieser Gesichtspunkt nunmehr in die anzustellende Gesamtbetrachtung einzubeziehen ist (vgl. Senat, Urteile vom 18. Mai 1967 – III ZR 94/65, VersR 1967, 859, 861; vom 15. Juni 1967 – III ZR 23/65, BGHZ 48, 98, 103; vom 14. Juni 1971 – III ZR 120/68, NJW 1971, 2220, 2221; vom 7. Februar 1980 – III ZR 153/78, NJW 1980, 1679; vom 27. Januar 1994 – III ZR 158/91, BGHZ 125, 19, 25 und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 21; BeckOGK/ Dörr aaO § 839 Rn. 60; Remmert aaO S. 1458). Dabei liegt die Annahme, der Unternehmer habe als „Werkzeug“ oder „verlängerter Arm“ der Behörde gehandelt, bei einfach gelagerten Tätigkeiten näher als bei einem komplexen (Bau-) Vorhaben, bei dem die öffentliche Hand als Auftraggeber regelmäßig ein Fachunternehmen gerade wegen dessen besonderer Sachkunde heranzieht.

(2) Das Berufungsgericht hat diese Rechtsprechungsgrundsätze seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Seine Würdigung, dass die vertragliche Gestaltung, insbesondere der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, einen relevanten eigenen Entscheidungsbeziehungsweise Ausführungsspielraum der Beklagten belege, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt und angemessen abgewogen. Dabei hat es nach Auswertung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses, rechtsfehlerfrei entscheidend darauf abgestellt, dass die Beklagte sich in eigener Verantwortung nach der Lage der Versorgungsleitungen zu erkundigen hatte, das Leistungsverzeichnis nur einen „funktionalen“ Charakter aufwies und keine Detailplanung für die (gefährträchtigen) Rammarbeiten vorgegeben war, es also der Beklagten überlassen wurde, wo und wie sie diese ausführte (BU 7 f).

Der funktionale Charakter des Leistungsverzeichnisses kommt zum Beispiel in der Position 00.09.0001 deutlich zum Ausdruck. Dort heißt es lediglich, dass eine Schutzeinrichtung am äußeren Fahrbahnrand herzustellen ist, die bestimmte Mindestbeziehungsweise Maximalgrößen erfüllen muss (Aufhaltestufe mindestens H1, Wirkungsbereichsklasse maximal W4, Systembreite maximal 21 cm). Dem Auftragnehmer werden jedoch weder ein konkretes Fahrzeugrückhaltesystem noch Anweisungen zur Durchführung der Montagearbeiten vorgegeben. Insbesondere die gefährträchtigen Rammarbeiten hatte die Beklagte in eigener Verantwortung und ohne diesbezügliche Detailvorgaben durchzuführen.

Entgegen der Auffassung der Revision spricht der Umstand, dass die S. AG den Verlauf der von ihr festgestellten Versorgungsleitungen durch Holzpflocke und Fahrbahnmarkierungen kenntlich gemacht sowie eine entsprechende Planskizze (Anlage BB 16) erstellt hatte, nicht gegen einen relevanten Ausführungsspielraum der Beklagten. Daraus ergab sich lediglich, an welchen Stellen nach Auffassung der S. AG Rammarbeiten nicht oder nur mit größter Vorsicht erfolgen durften. Die Planung der Montagearbeiten oblag aber weiterhin der Beklagten als dem verantwortlichen Fachunternehmen unter Beachtung etwaiger technischer Richtlinien, in denen zum Beispiel der Montageabstand zum Fahrbahnrand präzisiert wurde (Revisionsbegründung, S. 8). Dementsprechend wird in dem Baustellenprotokoll vom 1. Juli 2019 (Anlage BB 13) – unmittelbar vor Tätigkeitsbeginn der Beklagten – ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Herstellen der Suchgräben durch die S. AG die Beklagte nicht von ihrer Pflicht entbinde, sich über vorhandene Versorgungsleitungen im Bereich der aufzustellenden Fahrzeugrückhaltesysteme bei den Versorgungsträgern zu informieren. Dies verdeutlicht, dass die Erkundigungspflicht der Beklagten, wie sie bereits in Nummer 2.10 der Leistungsbeschreibung enthalten war, ungeachtet der Einschaltung der S. AG unverändert fortbestand. Dass die Beklagte bei der Montage der Schutzplanken – was bei einem Bauvorhaben dieser Größenordnung eine Selbstverständlichkeit ist – eine Reihe technischer Anforderungen zu beachten hatte und es sich um standardisierte Bauteile handelte, machte sie nicht zum bloßen „verlängerten Arm“ der öffentlichen Hand. Die konkrete Planung der Ramm- und Montagearbeiten sowie der damit zusammenhängende Bauablauf lagen weiterhin in ihren Händen (siehe auch Nr. 3.2 der Leistungsbeschreibung).

3. Das Berufungsgericht hat die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB rechtsfehlerfrei bejaht.

a) Anders als die Revision meint, ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht § 823 Abs. 1 BGB und nicht § 831 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen hat. Eine juristische Person ist verpflichtet, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass eine Schädigung Dritter in dem gebotenen Umfang vermieden wird. Für alle wichtigen Aufgabengebiete muss ein verfassungsmäßiger Vertreter im Sinne des § 31 BGB zuständig sein, der die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Entspricht die Organisation diesen Anforderungen nicht, muss sich ein Unternehmen so behandeln lassen, als wäre die tatsächlich eingesetzte Person nicht nur Verrichtungsgehilfe, sondern ein verfassungsmäßiger Vertreter. Die Beklagte muss sich danach die (verfehlt) Entscheidung ihres Bauleiters, keine eigenen Erkundigungen zur Lage der Versorgungsleitungen vorzunehmen und sich ohne weitere Prüfung auf die Planskizze der S. AG zu verlassen, ohne Entlastungsmöglichkeit zurechnen lassen. Entweder ist er im Rahmen der beauftragten (gefahrträchtigen) Tiefbauarbeiten als verfassungsmäßiger Vertreter im Sinne des § 31 BGB tätig geworden, oder die Beklagte hat es pflichtwidrig und damit haftungsbegründend unterlassen, ihn mit der Überwachung der Tiefbauarbeiten gemäß §§ 30, 31 BGB zu betrauen (vgl. BGH, Urteile vom 20. April 1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313, 1314 f; vom 9. November 1982 – VI ZR 129/81, VersR 1983, 152, 153 und vom 30. Januar 1996 – VI ZR 408/94, NJW-RR 1996, 867, 868; BeckOGK/Offenloch, BGB, § 31 Rn. 123 ff [Stand: 1. Februar 2023]; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl., § 31 Rn. 7 f; Grüneberg/Sprau aaO § 823 Rn. 50; MüKoBGB/Leuschner, 9. Aufl., § 31 Rn. 33 f; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., § 823 Rn. 108).

b) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte ihre Pflichten als Tiefbauunternehmerin sorgfaltswidrig verletzt hat.

aa) Tiefbauunternehmer haben bei Bauarbeiten an öffentlichen Straßen mit dem Vorhandensein unterirdisch verlegter Versorgungsleitungen zu rechnen, äußerste Vorsicht walten zu lassen und müssen sich der unverhältnismäßig großen Gefahren bewusst sein, die durch eine Beschädigung von Strom-, Gas-, Wasser- oder Telefonleitungen hervorgerufen werden können (BGH, Urteile vom 20. April 1971 aaO; vom 9. November 1982 aaO S. 152; vom 20. Dezember 2005 – VI ZR 33/05, NJW-RR 2006, 674, Rn. 8 und vom 17. Dezember 2009 – VII ZR 172/08, NJW 2010, 1592, Rn. 20). Leben und Gesundheit von Menschen sind bei unsachgemäßer Ausführung derartiger Arbeiten gefährdet, insbesondere bei - wie hier - Berührung eines Stromkabels oder durch die Folgen ausströmenden Gases. Deshalb sind an die im Bereich von Versorgungsleitungen tätigen Tiefbauunternehmer hohe Anforderungen an die Erkundigungs- und Sicherungspflichten bezüglich der verlegten Versorgungsleitungen zu stellen. Der Tiefbauunternehmer muss sich im Rahmen der allgemeinen technischen Erfahrung die Kenntnisse verschaffen, welche die sichere Bewältigung der auszuführenden Arbeiten voraussetzt. Er ist insbesondere verpflichtet, sich den erforderlichen Grad von Gewissheit über den Verlauf der Gasleitungen wie auch sonstiger Versorgungsleitungen zu verschaffen, und zwar dort, wo die entsprechenden zuverlässigen Unterlagen vorhanden sind (BGH, Urteile vom 20. April 1971 aaO und vom 17. Dezember 2009 aaO).

bb) Die Annahme eines Sorgfaltspflichtverstoßes durch das Berufungsgericht begegnet keinen Bedenken. Es hat – von der Revision unbeanstandet – festgestellt, dass keiner der Mitarbeiter der Beklagten Einsicht in die Planunterlagen der Versorgungsträger genommen und die Beklagte die von der S. AG erstellte Planskizze (Anlage BB 16) gleichsam „blind“ hingenommen hat, ohne deren Entstehung und die Kenntnisnahme von Planunterlagen der Versorgungsträger durch die S. AG zu überprüfen.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Erkundigungspflicht der Beklagten nicht durch das Tätigwerden der S. AG entfallen. Für die wirksame Übertragung von Verkehrssicherungspflichten,

insbesondere solchen im Bereich des besonders gefahrträchtigen Tiefbaus, gelten strenge Anforderungen. Sollen diese Pflichten innerhalb eines Unternehmens auf einen Bauleiter oder auch auf einen anderen (Sub-)Unternehmer übertragen werden, bedarf es klarer unmissverständlicher Anweisungen darüber, wann und in welcher Weise der Verpflichtete sich von Lage und Verlauf der Versorgungsleitungen anhand zuverlässiger Unterlagen Kenntnis zu verschaffen hat (BGH, Urteile vom 20. April 1971 aaO S. 1315; vom 9. November 1982 aaO S. 152 f; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 26. Oktober 1995 – 1 U 152/94, OLGR 1996, 39; OLG Brandenburg, BauR 2016, 1192, 1195; OLG Köln, VersR 2019, 373, 376). Auch bei einer zulässigen Delegation verbleiben bei dem ursprünglich Verkehrssicherungspflichtigen eigene Auswahl-, Kontroll- und Überwachungspflichten, deren Umfang und Ausmaß sich nach den Umständen des Einzelfalls richten (BGH, Urteil vom 9. November 1982 aaO S. 152; OLG Köln, Urteil vom 7. Mai 2014 – 16 U 135/13, juris Rn. 52).

Dass die Verkehrssicherungspflichten der Beklagten ungeachtet der Maßnahmen der S. AG fortbestanden, wurde unter 2 b bb (2) bereits ausgeführt. Im Übrigen wäre die Beklagte auch bei einer Übertragung der Verkehrssicherungspflichten auf die S. AG, wofür allerdings nichts ersichtlich ist, verpflichtet gewesen, sich zu vergewissern, dass die von der S. AG erstellte Planskizze auf einer sicheren Information beruht (vgl. OLG Frankfurt a.M., BauR 1994, 388, 390; OLG München, GWF/Recht und Steuern 2001, 20, 21).

c) Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerfrei begründet, dass die Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten zu einer Eigentumsverletzung aufseiten der Klägerin geführt hat, weil die Verletzung des Stromkabels und die darauf beruhende Beschädigung der Anlagen des Asphaltmischwerks vermieden worden wären, wenn der Leitungsplan der S. -H. Netz AG (Anlage KB 2) der Beklagten bekannt gewesen wäre. Seine Überzeugung hat es maßgeblich darauf gestützt, dass der als Zeuge vernommene Bauleiter der Beklagten angegeben habe, die Entscheidung zur Rammung sei auf der Grundlage der von der S. AG erstellten Planskizze vorgenommen worden, die das später beschädigte Stromkabel nicht enthalte, das jedoch im Leitungsplan als 20 kV-Leitung eingezeichnet gewesen sei. Bei Kenntnis des Leitungsplans hätten bei dem Zeugen „die Alarmglocken geläutet“, denn eine 20 kV-Leitung sei nicht gewöhnlich und „eine Hausnummer“.

Diese tatrichterliche Würdigung hält einer revisionsrechtlichen Prüfung stand. Dabei kann dahinstehen, ob die Aussage des Zeugen dahingehend zu verstehen ist, dass durch die maschinellen Ramarbeiten die im Leitungsplan der S. -H. Netz AG eingezeichnete 20 kV-Stromleitung unmittelbar beschädigt worden ist (so wohl das Berufungsgericht) oder ob eine „höhergelegene Leitung“ betroffen war. Entscheidend ist, dass das Berufungsgericht auf Grund der Zeugenaussage rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt ist, die Beklagte hätte bei Kenntnis des Leitungsplans der S. -H. Netz AG die Unvollständigkeit der Planzeichnung der S. AG erkannt und den tatsächlichen Verlauf der verschiedenen Stromleitungen – gegebenenfalls mithilfe von Suchgrabungen – feststellen können und müssen.

Das Berufungsgericht hat das rechtliche Gehör der Beklagten – entgegen der Revisionsbegründung – nicht in entscheidungserheblicher Weise dadurch verletzt, dass es deren Behauptung, an der Schadensstelle befinde sich eine nicht bekannte und (insbesondere aus dem Leitungsplan der S. -H. Netz AG) nicht erkennbare Verschwenkung der ansonsten weiter vom Fahrbahnrand entfernten Stromleitung, als unerheblich angesehen und deshalb nicht näher gewürdigt hat. Diese Behauptung würde – ihre Richtigkeit unterstellt – den Zurechnungszusammenhang unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht entfallen lassen. Hätte der Leitungsplan der S. – H. Netz AG der Beklagten vorgelegen, hätte sie sich über den tatsächlichen Verlauf der Stromleitungen durch die dann gebotenen Maßnahmen, gegebenenfalls mithilfe von Suchschächten und Grabungen in Handschachtung, vergewissern müssen, bevor sie eine Rammung in diesem Bereich durchführte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des eigenen Vortrags der Beklagten, die ursprünglichen Pläne der jeweiligen Versorgungsträger seien auf Grund der Neuanlage der Straße nicht mehr maßgenau

gewesen. Ohne eine Klärung des genauen Leitungsverlaufs hätte die Beklagte die Rammarbeiten nicht durchbeziehungsweise fortführen dürfen. Ergänzend bemerkt der Senat – ohne dass dies für ihn entscheidungserheblich ist –, dass auf den von der Klägerin vorgelegten Lichtbildern zum Schadensfall, die von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen werden, eine Verschwenkung der beschädigten Stromleitung nicht erkennbar ist. Die Leitung verläuft vielmehr parallel zur Straße (Anlage KB 1 = GA II 345 ff).

4. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die eingetretene Eigentumsverletzung an dem Mischrechner und an weiteren Anlagen des betroffenen Asphaltmischwerks einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1, § 249 BGB begründet, der über die Instandsetzungskosten hinaus auch Folgekosten umfasst, insbesondere die von Transportfirmen infolge des vorübergehenden Produktionsausfalls in Rechnung gestellten Lkw-Wartezeiten („Thermosattler“). Führt die schuldhaft Durchtrennung eines Stromkabels – wie hier – zu einer Beschädigung fremden Eigentums, so sind auch daraus resultierende Folgeschäden erstattungsfähig (BGH, Urteil vom 4. Februar 1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722; BGH, Beschluss vom 24. April 1990 – VI ZR 358/89, NJW 1992, 41, 42). Anders liegt es, wenn der Stromausfall nicht den Untergang beziehungsweise die Beschädigung von Sachen bewirkt, sondern nur dazu führt, dass die Fertigung bestimmter Erzeugnisse vorübergehend unterbrochen wird (BGH, Urteil vom 4. Februar 1964 – VI ZR 25/63 aaO). Das Berufungsgericht hat hier jedoch festgestellt, dass die Beschädigung der klägerischen Anlagen zu einer Produktion von mangelbehaftetem Bitumen führte, was Folgeschäden nach sich zog. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist daher die Annahme, dass auch sogenannte „Stillhaltekosten“ auf einer Schutzgutverletzung beruhen.

5. Da bei der Verletzung eines absoluten Rechts die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts zur Begründung eines Feststellungsinteresses ausreichend ist, ist es schließlich auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dieses mit der Begründung weiterer naheliegender Schadenseintritte bejaht hat (vgl. Senat, Urteil vom 6. Juli 2006 – III ZR 80/05, VersR 2007, 1658 Rn. 9; BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 – VI ZR 381/99, VersR 2001, 874, 875).

Entscheidung 6 - OLG Hamm Urt. v. 18.8.2022 – 24 U 51/20

Gründe:

I.

Die klagende Stadt verlangt von der Beklagten die Zahlung von Kostenvorschuss zur Beseitigung von Mängeln an von der Beklagten erstellten Pflasterflächen sowie die Feststellung einer Ersatzpflicht der Beklagten für weitergehende Schäden.

Mit Schreiben vom 20.02.2012 beauftragte die Klägerin die Beklagte mit einer Erneuerung der Straßen „A-Straße“ und „B-Straße“ in C. Der Zuschlag wurde im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung erteilt. Er beruhte auf dem Angebot der Beklagten vom 23.01.2012. Das dem Angebot zugrunde liegende Leistungsverzeichnis sieht die Ausführung einer 44 cm starken Trag-/ Frostschuttschicht der Körnung 0/45 aus gebrochenem Naturstein (Pos. 6.02), darüber eine Bettung der Körnung 0/8 (Pos. 7.01 und 7.06) und darüber im Straßenbereich die Verlegung von Betonpflastersteinen der Größe 22,5/15/8 cm im Ellbogenverband (Pos. 7.04) vor. Als Fugenmaterial war ein Sand-Kies-Gemisch der Körnung 0/5 vorgesehen (Pos. 7.01 und 7.06).

Neben den VOB/B 2009 wurden die Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Klägerin Vertragsbestandteil.

Den früheren Beklagten zu 2) beauftragte die Klägerin mit Planung und Bauüberwachung der Straßenerneuerung. Gegenstand des Vertrages waren auch die örtliche Bauüberwachung und die Grundleistungen der Leistungsphase 9 nach § 46 HOAI.

Die Beklagte führte die beauftragten Arbeiten durch.

Am 29.02.2012 ordnete die Klägerin an, die Aushubstärke in den Bereichen der Versorgungsleitungen auf ca. 45 cm zu reduzieren.

Die Klägerin nahm das Werk am 15.11.2012 ab.

Eine Wartung bzw. Nachbearbeitung der Fugen fand in der Folgezeit nicht statt.

Im Jahr 2016 stellte die Klägerin fest, dass die Pflastersteine auf den betroffenen Flächen teilweise beschädigt waren und wackelten und dass in zahlreichen Bereichen beider Straßen die Fugenfüllung fehlte. Zudem waren die Pflasterflächen in den Hochständen des Dachprofils verschoben, verdreht und verdrückt.

Die Klägerin ließ die Beklagte durch Schreiben des früheren Beklagten zu 2) vom 29.09.2016 zur Beseitigung der Mängel bis zum 14.11.2016 auffordern.

In der Folgezeit fanden mehrere Besichtigungstermine statt.

Eine Mangelbeseitigung durch die Beklagte fand nicht statt.

Die Klägerin beauftragte die D GmbH mit einer Begutachtung der Pflasterflächen; diese erstellte unter dem 06.09.2017 einen Schadensuntersuchungsbericht. Dieser stellt deutliche Schäden an den Pflastersteinen durch Verschiebungen und Verformungen in der Oberfläche fest, die darauf beruhen, dass die Fugen in diesen Bereichen entleert seien, so dass es zu „Stein-zu-Stein-Kontakten“ mit Kantenabplatzungen gekommen sei. Die Pflasterfläche habe ihren inneren Verbund verloren, so dass

die auftretenden Spannungen nicht mehr schadensfrei aufgenommen werden könnten, sondern die Pflasterdecke versage.

Mit Schreiben vom 06.03.2018 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 30.04.2018 zur Mängelbeseitigung auf.

Die Klägerin hat behauptet, maßgebliche Ursache der aufgetretenen Schäden sei eine Wasserundurchlässigkeit der Frost- bzw. Tragschicht, derentwegen es zu einem dauerhaften Stau eintretenden Niederschlagswassers in der Bettung komme. Diese Problematik bestehe im gesamten Bereich des Pflasterbelags der Straßen.

Darüber hinaus habe die Beklagte den Gesamtaufbau nicht ausreichend mächtig hergestellt, da die vertraglich vereinbarten 55 cm Aufbauhöhe im Bereich der Pflasterflächen der Straßen nicht erreicht würden. Soweit sie sich auf eine Anweisung berufe, die Aushubstärke in den Bereichen der Versorgungsleitungen auf 45 cm zu reduzieren, führe dies nicht zu einer Enthftung ihrerseits. Denn sie hätte schriftlich und eindeutig auf etwaige mit dieser Reduktion einhergehende Gefahren hinweisen müssen, bevor sie zu ihr übergegangen wäre. Zudem habe diese Weisung nur die Gehwegbereiche betroffen, in denen sich die Versorgungsleitungen befänden, nicht die von den Schäden betroffenen Straßenflächen.

Sie selbst treffe kein Mitverschulden; insbesondere sei es nicht nötig, Pflasterflächen zu warten und könne eine vermeintlich unterlassene Wartung nicht zu den vorliegenden Schäden geführt haben. Falls tatsächlich - bestritten - eine jährliche Nachverfugung oder -versandung notwendig gewesen sein sollte, hätte die Beklagte sie hierauf hinweisen müssen bzw. hätte diese Arbeiten selbst ausführen müssen, um ein einwandfreies Gewerk abzuliefern.

Ihre Mängelansprüche gegen die Beklagte seien nicht verjährt. Die Zustellung der am 27.09.2018 bei Gericht eingereichten Klage sei rechtzeitig im Sinne von § 167 ZPO erfolgt, da sie die Gerichtskosten rechtzeitig eingezahlt habe, obwohl sie von diesen sogar befreit gewesen wäre.

Weiter hat die Klägerin gemeint, dem früheren Beklagten zu 2) seien Überwachungs- und Planungsfehler vorzuwerfen.

Es müsse die gesamte Pflasterbefestigung erneuert werden, um eine Mängelbeseitigung gemäß den allgemein anerkannten Regeln der Technik auf Grundlage der vertraglichen Vereinbarung zu erreichen. Hierdurch entstünden Kosten von 197.550,00 € netto. Zuzüglich 30% für Unvorhergesehenes und 19% Umsatzsteuer sei von Kosten von 305.609,85 € brutto auszugehen. Außerdem müsse ein Ingenieurbüro die Mangelbeseitigung planen und überwachen, was mindestens 25.000,00 € koste. Zudem müsse die Beklagte der Klägerin die Kosten von 4.611,25 € brutto ersetzen, die sie für die Tätigkeit der D GmbH aufgewandt habe.

Die Klägerin hat die Klage zunächst nur gegen die Beklagte erhoben und sie sodann mit Schriftsatz vom 23.10.2019 gegen den früheren Beklagten zu 2) erweitert und beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 335.221,10 € zu zahlen, die Beklagte zu 1) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage, der Beklagte zu 2) seit Rechtshängigkeit der Klageerweiterung;

2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr alle weiteren Schäden zu ersetzen, die auf der mangelhaften Errichtung der von der Beklagten zu 1) zu errichtenden Pflasterflächen der Straßen „A-Straße“ und „B-Straße“ in C beruhen;

3. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an sie 4.255,80 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klageschrift zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat bestritten, dass ihr Werk mangelhaft sei.

Sie hat behauptet, die von ihr erstellte Tragschicht sei wasserdurchlässig, lediglich der darunter anstehende Boden sei nicht wasserdurchlässig. Daraus, dass das klägerseits eingeholte Privatgutachten eine Unterschreitung des Feinkornanteils an einer Stelle feststelle, sei nicht auf einen Mangel bei Abnahme zu schließen, da dieser Zustand durch Auswaschungen entstanden sein könne. Ähnliches gelte für die erhöhten Werte des Feinkornanteils der Frostschuttschicht an zwei Stellen, die durch eine Gefügeverschiebung durch Feuchtigkeit entstanden sein könnten.

Weiter habe die Klägerin am 29.02.2012 angeordnet, die Aushubstärke in den Bereichen der Versorgungsleitungen auf 45 cm zu reduzieren. Hiervon seien nicht nur die Gehwegflächen betroffen, da die Leitungen teilweise die Straße kreuzten.

Der Klägerin sei ein Mitverschulden anzulasten, da sie das Pflaster nicht hinreichend gewartet bzw. nicht nachgearbeitet habe. Gerade im ersten Jahr und auch noch darüber hinaus müssten die Fugen regelmäßig kontrolliert und ggf. nachverfugt werden. Anwohner hätten ihr am 02.11.2016 mitgeteilt, dass bereits seit zwei Jahren leere Fugen beständen und dies der Klägerin zeitnah gemeldet worden sei. Sie hätte die Klägerin auch nicht auf die Notwendigkeit von Wartungsarbeiten hinweisen müssen, sondern dies wäre Aufgabe des früheren Beklagten zu 2) als Planer gewesen.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben; zwar sei angesichts der ersten Mängelrüge der Klägerin am 29.09.2016 die Klage am 01.10.2018 rechtzeitig bei Gericht eingegangen, jedoch sei die Zustellung erst am 07.11.2018, d.h. nicht mehr „demnächst“ im Sinne von § 167 ZPO, erfolgt.

Der geltend gemachte Betrag sei überhöht: Die Positionen 1-3 (Baustelleneinrichtung) seien zu reduzieren, da nur die Fahrbahn bearbeitet werden müsse. Die Position 6 belaufe sich richtigerweise auf nur ca. 832 m³. Die Positionen 8 und 9 seien in 22 cm Stärke auszuführen, dafür seien 7,90-8.00 €/m² ausreichend. Der Aufschlag von pauschal 30% sei unsubstantiiert. Eine neue Planung sei nicht erforderlich. Die klägerseits dargestellte Mängelbeseitigung sei nicht erforderlich, da es ausreichend sei, das Pflaster aufzunehmen und mit dem Fugenmaterial F wieder zu verlegen; durch dieses würden die Fugen wasserdicht geschlossen.

Der frühere Beklagte zu 2) hat Planungs- oder Bauüberwachungsfehler seinerseits in Abrede gestellt, sich auf ein Mitverschulden der Klägerin berufen, die Einrede der Verjährung erhoben und die Richtigkeit der Ausführungen der Klägerin zur Anspruchshöhe bestritten.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen E, der sein Gutachten zudem mündlich erläutert hat. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf die Ausführungen des Sachverständigen in seinem Gutachten vom 25.07.2019 und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 20.01.202 (Bl. 376 ff. d.A.) verwiesen.

In Reaktion auf das Gutachten des Sachverständigen vom 25.07.2019, jedoch nach Ablauf der ihr zur Stellungnahme zu dem Sachverständigengutachten gesetzten Frist, hat die Beklagte vorgetragen, sie habe für das Fugenmaterial eine Körnung 0/4 eingebaut, und hierfür Zeugenbeweis angetreten.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020 hat die Klägerin diese Behauptung bestritten und erklärt, sie sei bis zur Verhandlung davon ausgegangen, dass der Sachverständige die Körnung des verwandten Materials gemessen habe.

Innerhalb der ihr zur Stellungnahme nachgelassenen Frist hat die Klägerin eine Fortsetzung der Beweisaufnahme im Hinblick auf das Fugenmaterial beantragt, da der Sachverständige eine Körnung 0/2 mm für ideal gehalten habe, eine - von der Beklagten angeblich, aber bestritten benutzte - Körnung 0/4 mm noch für zulässig gehalten habe, jedoch nicht selbst überprüft habe, welche Korngröße das Fugenmaterial gehabt habe. Da er zuerst die Verwendung einer Korngröße von 0/8 mm unterstellt und diese als allein mangelursächlich bezeichnet habe, sei nunmehr offen, welche Ursache tatsächlich zu dem Schadensbild geführt habe.

Die Beklagte hat innerhalb der ihr nachgelassenen Frist zur Stellungnahme Lieferscheine vorgelegt, aus denen sich die Verwendung von Fugenmaterial einer Körnung 0/4 mm ergebe.

Das Landgericht hat mit am 02.03.2020 verkündetem Urteil die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 108.192,78 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.348,94 € zu zahlen. Zudem hat es festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin alle weiteren Schäden zu ersetzen, die auf dem fehlenden Hinweis zur Wartung der Pflasterflächen beruhen. Im Übrigen - bezüglich des früheren Beklagten zu 2) insgesamt - hat es die Klage abgewiesen.

Es hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin habe einen Vorschussanspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 104.317,78 € aus § 637 Abs. 3 BGB, da die Pflasterflächen mangelhaft seien. Denn es seien auf den Pflasterflächen im Fahrbereich beider Straßen Verformungen und Verschiebungen in der Oberfläche der Steine, eine Entleerung der Fugen, „Stein-zu-Stein-Kontakte“ mit Kantenabplatzungen sowie ein Verlust des Verbundes der Pflastersteine festzustellen, zudem stünden die Steine bis zu 10 mm hoch und stellten eine Gefahr beim Begehen und Befahren der Straßen dar, was nicht dem vertraglich geschuldeten Erfolg entspreche. Ursache dieses Erscheinungsbildes sei, dass nach der Fertigstellung der Fläche durch die Beklagte keine Wartung in Form eines regelmäßigen Nachsandens stattgefunden habe. Dass derartige Maßnahmen erforderlich gewesen wären, habe der Sachverständige ausgeführt. Die Beklagte sei nach der vertraglichen Vereinbarung zwar nicht verpflichtet gewesen, die Flächen zu warten, jedoch hätte sie die Klägerin gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B auf das Erfordernis einer regelmäßigen Wartung der Pflasterflächen hinweisen müssen; da sie dies unterlassen habe, hafte sie für den Mangel gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B. Ihr als Fachunternehmen hätte, wie der Sachverständige erläutert habe, bekannt sein müssen, dass eine Wartung notwendig sei. Dass diese Notwendigkeit nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen auch der Klägerin und dem früheren Beklagten zu 2) hätte bekannt sein müssen, entlaste die Beklagte nicht, da die Fachkenntnis der Klägerin nach den Ausführungen des Sachverständigen derjenigen der beiden Beklagten bestenfalls gleichwertig gewesen sei.

Aus dem verwendeten Fugenmaterial ergebe sich hingegen kein Mangel, denn der Sachverständige habe erklärt, dass das tatsächlich verwendete Material der Körnung 0/4 noch im Toleranzbereich liege. Soweit die Klägerin die Verwendung dieses Materials im Termin erstmals bestritten habe, sei dieses Bestreiten ins Blaue hinein erfolgt; es sei zudem verspätet im Sinne von § 296 Abs. 2 ZPO, da diese Frage, wenn die Klägerin den Vortrag der Beklagten hierzu früher bestritten hätte, spätestens im Termin hätte geklärt werden können, etwa durch Vernehmung der beklagtenseits benannten Zeugen.

Hinsichtlich der Frostschuttschicht bestehe zwar ein Mangel, da diese entgegen der vertraglichen Vereinbarung weniger mächtig sei. Sie sei nach den Ausführungen des Sachverständigen dennoch funktionstüchtig.

Eine hinreichende Wasserdurchlässigkeit der Frostschutzschicht sei nach den Ausführungen des Sachverständigen zu bejahen, da sich andernfalls noch deutlich stärkere Verschiebungen der Pflastersteine über die Zeit gezeigt hätten.

Die Klägerin habe der Beklagten im Hinblick auf die festgestellten Mängel auch eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt, die diese habe verstreichen lassen.

Mithin habe die Klägerin Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Vorschusses für die Erneuerung von Betonsteinpflaster und Bettung von 104.317,78 € brutto. Dabei sei - entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen - die gesamte Pflasterfläche auszutauschen, nicht nur das Pflaster in den ersichtlich gestörten Bereichen. Ein Anspruch auf einen Vorschuss auf die Kosten für die Erneuerung der Frostschutzschicht unterhalb der Bettung bestehe hingegen nicht. Wegen ihrer Funktionstauglichkeit wäre eine Mangelbeseitigung, die mit Kosten von weiteren 120.000,00 € einherginge, unverhältnismäßig.

Der Anspruch der Klägerin sei nicht wegen eines Mitverschuldens ihrerseits aufgehoben oder gemindert. Davon, dass die Klägerin als Gemeinde, die auch weitere Straßen und Wege unterhalten müsse, gewusst hätte, dass die Pflasterflächen regelmäßig gewartet werden müssten, sei die Kammer nicht überzeugt, nachdem die Klägerin den entsprechenden allgemeinen Behauptungen der Beklagten entgegengetreten sei. Auch habe der Sachverständige nicht bestätigt, dass ein generelles Bewusstsein für die Notwendigkeit der Kontrolle der Fugen bestünde. Der Klägerin sei auch nicht etwa ein etwaiges Fehlverhalten des früheren Beklagten zu 2) vorzuwerfen, weil dieser sie ebenfalls nicht auf die Notwendigkeit einer Wartung der Fugen hingewiesen hätte. Denn weder sei der frühere Beklagte zu 2) als Erfüllungsgehilfe der Klägerin im Zusammenhang mit vertraglichen Pflichten gegenüber der Beklagten tätig geworden, noch lasse sich eine Obliegenheit der Klägerin erkennen, sich von sich aus aktiv Kenntnis über den weiteren Umgang mit der Werkleistung der Beklagten verschaffen zu müssen. Ein maßgebliches Mitverschulden der Klägerin liege auch nicht darin begründet, dass sie es unterlassen hätte, aufgetretene Entleerungen der Fugen von sich aus zu beseitigen, denn dieser Umstand beruhe gerade auf dem der Beklagten vorgeworfenen Unterlassen eines Hinweises auf die Notwendigkeit der Wartung der Fugen.

Der Anspruch gegen die Beklagte sei nicht verjährt, denn die zweijährige Verjährungsfrist des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B, die mit dem Zugang des Mängelbeseitigungsverlangens vom 29.09.2016 zu laufen begonnen habe, sei vor ihrem Ablauf am 29.09.2018 durch die Klageerhebung gehemmt worden, da die Klage am 27.09.2018 bei Gericht eingegangen sei. Die Zustellung der Klage sei „demnächst“ erfolgt, da die Verzögerung der Zustellung nicht der Klägerin anzulasten sei, da die Zustellung von der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses abhängig gemacht worden sei, obwohl die Klägerin von diesem befreit gewesen sei.

Die Klägerin habe zudem gemäß § 280 Abs. 1 BGB Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz der Kosten für das vorgerichtlich eingeholte Privatgutachten in Höhe von 3.875,00 € und auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten auf der Grundlage der berechtigten Forderung von 108.192,78 €, d.h. in Höhe von 2.348,94 €. Auch der Feststellungsantrag sei begründet, da ohne weiteres denkbar sei, dass sich aus den Mängeln der Pflasterfläche weitere Ansprüche der Klägerin ergäben.

Ansprüche gegen den früheren Beklagten zu 2) könne die Klägerin nicht mit Erfolg geltend machen. Gegen ihn seien nur Ansprüche wegen der Verletzung seiner Planungs- und Aufsichtspflichten denkbar, weil er die Wartungserfordernisse nicht in die Planung aufgenommen habe (Leistungsphasen 1-5), bzw. der Klägerin keine Zusammenstellung von Wartungsvorschriften übergeben habe (Leistungsphase 8). In beiden Fällen wären Mängelansprüche verjährt.

Hiergegen richten sich die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin.

Die Beklagte rügt, das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie die Klägerin auf die Erforderlichkeit einer Wartung der Pflasterflächen bzw. eines Nachsandens der Fugen hätte hinweisen müssen. Denn zum Zeitpunkt der Ausführung ihrer Arbeiten sei ihr gar nicht bekannt gewesen, ob und wie die Klägerin die Wartung durchführen werde - ob mit eigenen Mitarbeitern, nach einer Ausschreibung durch ein Fremdunternehmen oder gar nicht. Der frühere Beklagte zu 2) hingegen habe gewusst, ob und in welcher Weise die Klägerin die Wartung der Fugen realisieren werde, da er die Baumaßnahme geplant habe, und hätte sie daher auf die Notwendigkeit der Wartung von Pflasterflächen hinweisen müssen. Er habe „quasi als Erfüllungsgehilfe“ im Lager der Klägerin gestanden. Als Trägerin der Straßenbaulast für sämtliche Gemeindestraßen habe die Klägerin zudem alle mit Bau und Unterhaltung von Straßen zusammenhängenden Aufgaben wahrzunehmen. Insbesondere müsse sie regelmäßig Kontrollen der Straßen durchführen. Sie habe daher von der besonderen Sachkunde der Klägerin auf diesem Gebiet ausgehen dürfen, zumal die für die Klägerin tätigen Mitarbeiter nach eigenen Angaben seit Jahrzehnten im Straßenbau erfahren gewesen seien.

Jedenfalls wäre die Verletzung einer Hinweispflicht ihrerseits nicht kausal für die Schäden geworden, da die Klägerin bei der ihr obliegenden regelmäßigen Straßenkontrolle die ganz oder teilweise entleerten Fugen hätte bemerken müssen, was sie zu einer Wiederverfüllung der Fugen hätte veranlassen müssen.

Jedenfalls sei von einem derart überwiegenden Mitverschulden der Klägerin auszugehen, dass ein etwaiges - bestrittenes - Verschulden ihrer selbst insgesamt zurücktrete. Denn das Zustandsbild der Pflasterflächen belege, dass die Fugen über lange Zeit geleert gewesen seien und das Fugenmaterial über diesen Zeitraum nicht aufgefüllt worden sei. Da die Klägerin bereits im Jahr 2014 von Anwohnern und im Jahr 2016 durch die Beklagte auf entleerte Fugen hingewiesen worden sei, könne ihr Mitverschulden nicht deswegen verneint werden, weil die Beklagte sie auf die Notwendigkeit von Wartungsarbeiten nicht hingewiesen habe.

Ihre Leistungen seien insgesamt nicht zu beanstanden. Der Unterbau sei wasserdurchlässig und ausreichend stark, die Bettungsschicht ordnungsgemäß und das Fugenmaterial habe die richtige Körnung.

Sie beantragt,

das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die gegen sie gerichtete Klage abzuweisen, soweit eine Verurteilung erfolgt ist.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie beantragt im Wege der Anschlussberufung,

1. das am 02.03.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Paderborn, Az.: 3 O 357/18, teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie über den vom Landgericht zugesprochenen Betrag hinaus weitere 227.028,32 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.11.2018 zu zahlen;

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie über den vom Landgericht zugesprochenen Betrag weitere außergerichtlich entstandene Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.906,86 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.11.2018 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin rügt, das Landgericht habe ihren Kostenvorschussanspruch gegen die Beklagte in Höhe von weiteren 227.028,32 € fehlerhaft für unbegründet erachtet.

Ihr stehe auch ein Vorschussanspruch für die Erneuerung des Aufbaus der Straße unterhalb der Bettung zu, denn das Werk der Beklagten sei mangelhaft, weil die Frostschuttschicht nicht wasserdurchlässig sei, wie die Infiltrationsmessungen ihres Privatgutachters ergeben hätten. Hiermit habe sich das Landgericht fälschlich nicht auseinandergesetzt und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Es hätte sich nicht ohne weiteres auf die Erklärung des Sachverständigen stützen dürfen, derartige Messungen seien nicht erfolgsversprechend. Infiltrationsversuche seien die einzige geeignete Prüfmethode, um die Wasserdurchlässigkeit einer Pflasterfläche zu bestimmen, was der Sachverständige - und mit ihm das Landgericht - verkannt habe.

Da das Landgericht die Beweisaufnahme im Hinblick auf die Wasserdurchlässigkeit der Tragschuttschicht ohnehin hätte fortsetzen müssen, sei auch ihr Bestreiten in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020, dass die Beklagte Fugenmaterial der Körnung 0/4 mm verwandt habe, nicht verspätet gewesen. Denn der Sachverständige habe die Kornstärke des Füllmaterials nicht gemessen und habe daher nicht beurteilen können, ob die Beklagte geeignetes Material verwandt habe. Die Mangelercheinungen seien auch auf die Verwendung eines Fugenmaterials zurückzuführen, das nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprochen habe.

Zu Recht habe das Landgericht ihr jedoch zumindest einen Anspruch in Höhe von 104.317,78 € zugesprochen. Es sei richtig, dass Mitursache für die Mangelercheinungen eine fehlende Wartung in Form regelmäßigen Nachsandens sei. Den Mangel der Leistungsbeschreibung, der darin bestehe, dass sie eine regelmäßige Wartung nicht vorgesehen habe, hätte die Beklagte ihr anzeigen müssen. Zudem treffe den Unternehmer eine Aufklärungs- und Beratungspflicht hinsichtlich einer etwaig notwendigen Wartung. Ihr Anspruch sei nicht wegen Mitverschuldens gemindert, da die Beklagte als Fachunternehmen um die gebotene Nachsorge für die Fugen hätte wissen müssen, während sie selbst eine derartige Kenntnis nicht gehabt habe. Dass Anwohner sie bereits im Jahr 2014 auf entleerte Fugen hingewiesen hätten und die Beklagte sie bei dem Ortstermin im September 2016 auf die Notwendigkeit einer Wartung durch Nachsandung hingewiesen hätten, werde bestritten; jedenfalls hätte auch dies keine geeignete Mängelbeseitigung dargestellt, da die Frostschicht nicht wasserdurchlässig sei und ein falsches Fugenmaterial verwandt worden sei.

Der Senat hat ein weiteres schriftliches Gutachten des Sachverständigen E eingeholt, der seine Ausführungen zudem mündlich erläutert hat. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen vom 04.11.2021 sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.07.2022 und den Berichterstattevermerk vom gleichen Tag (Bl. 803-811 d.A.) verwiesen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Kostenvorschuss (§ 637 Abs. 3 BGB) für die Beseitigung von Mängeln am Oberbau der von der Beklagte errichteten Straßen „A-Straße“ und „B-Straße“ in C.

Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin, mit der diese eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines über die durch das angefochtene Urteil zuerkannte Summe hinausgehenden Betrages geltend macht, ist im Gegenzug unbegründet.

1. Die Klägerin hat nicht deswegen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung, weil die Beklagte eine Frostschutzschicht erstellt hat, deren Stärke nicht der vertraglichen Vereinbarung der Parteien entspricht und deswegen mangelhaft im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B 2009 ist. Denn eine Beseitigung dieses Mangels wäre vorliegend unverhältnismäßig, § 13 Abs. 6 VOB/B.

a. Gemäß Position 6.02 des Leistungsverzeichnisses, das Grundlage des Vertrages zwischen den Parteien ist, sollte das Frostschutzmaterial unter Pflaster 44 cm dick ausgeführt werden, während die Pflastersteine selbst eine Dicke von 8 cm haben sollten, wie sich aus den Positionen 7.02 ff. des Leistungsverzeichnisses ergibt. Hinzuzurechnen zu diesen Maßen ist die Bettung, hinsichtlich derer das Leistungsverzeichnis unter Position 7.01 zwar keine Vorgabe über die Stärke der auszuführenden Schicht enthält. Der Sachverständige hat insoweit jedoch eine Schichtdicke von 3 cm angenommen und dies in der mündlichen Verhandlung damit erläutert, dass die Schicht in verdichtetem Zustand zwischen 2 und 5 cm dick auszuführen sei, 3 cm seien üblich.

Der Klägerin, die das Werk der Beklagten unstreitig am 15.11.2012 abgenommen hat, ist nach dem Ergebnis der erst- und zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme der Beweis gelungen, dass die tatsächlich seitens der Beklagten ausgeführte Stärke der Frostschutzschicht der genannten vertraglichen Vereinbarung jedenfalls nicht durchgängig entspricht. So hat der Sachverständige an den drei Prüfstellen, die er bereits im Rahmen seiner erstinstanzlichen Tätigkeit untersucht hat, ausweislich seines Gutachtens vom 25.07.2019 mit 38,5 cm, 38,0 cm und 43,0 cm Schichtdicken gemessen, die unterhalb der vereinbarten Stärke lagen. Von den zehn weiteren Prüfstellen, die der Sachverständige sodann auf Veranlassung des Senats untersucht hat, waren neun Prüfstellen hinsichtlich der Frage der Stärke der Frostschutzschicht auswertbar; an diesen hat er Schichtdicken von 40 cm, 49 cm, 34,5 cm, 33,7 cm, 37 cm, 62 cm, 36 cm, 43 cm und 39,5 cm gemessen, d.h. die Dicke der Frostschutzschicht entsprach nur an zwei von neun Stellen der vertraglichen Vereinbarung über eine Stärke von 44 cm. Unter Berücksichtigung der Toleranz von 3 cm, die nach den Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 26.07.2022 hinsichtlich der Dicke einer Frostschutzschicht anzusetzen ist, wäre zwar bereits die Ausführung einer Schichtdicke von 41 cm ausreichend, jedoch wird auch dieser Wert an insgesamt acht von zwölf Prüfstellen nicht erreicht.

b. Die Beseitigung dieses Mangels (vertragswidrig zu dünne Ausführung der Frostschutzschicht) würde nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme jedoch einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern, weshalb die Beklagte, die sich auf diesen Einwand berufen hat, sie gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B verweigern darf.

Die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 13 Abs. 6 VOB/B maßgeblichen Kriterien entsprechen denen, die bei der gemäß § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind (BGH, Urteil vom 11.10.2012 - VII ZR 179/11 - NZBau 2013, 99). Unverhältnismäßig sind die Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels mithin dann, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht (BGH a.a.O.; Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler, Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 5 Rn. 134). In aller Regel ist der Aufwand demnach unverhältnismäßig, wenn einem objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenüber steht, so dass die Forderung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Dabei ist insbesondere auch der Aspekt zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Unternehmer den Mangel verschuldet hat, und ob der Wert oder die Gebrauchsfähigkeit durch den Mangel nicht oder nicht erheblich beeinträchtigt ist.

Der Bundesgerichtshof bejaht unter Anwendung dieser Grundsätze eine Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten nur in Ausnahmefällen, selbst wenn die tatsächlich erbrachte Leistung zwar nicht den vertraglichen Vorgaben, aber doch den Regeln der Technik entspricht (BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17; BGH, Urteil vom 10.04.2008 - VII ZR 214/06 - NZBau 2008, 575).

Im Hinblick auf die Minderstärke der Frostschutzschicht ist vorliegend zunächst zu berücksichtigen, dass die ausgeführte Schichtdicke zwar - wie dargestellt - nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht, wohl aber den allgemein anerkannten Regeln der Technik. Der Sachverständige hat hierzu bereits in seinem ersten Gutachten vom 25.07.2019 nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass die notwendige Gesamtschichtdicke vorliegend bei 45 cm liege, bestehend aus 8 cm Pflasterdecke, 3 cm Bettungsschicht und insgesamt 34 cm Frostschutzschicht. Diesen Vorgaben - so der Sachverständige damals weiter - entspreche der ausgeführte Gesamtoberbau an den von ihm untersuchten 3 Prüfstellen. In seinem Gutachten vom 04.11.2021 hat der Sachverständige dieses Ergebnis für die weiteren von ihm zusätzlich untersuchten 9 Prüfstellen bekräftigt und ausgeführt, ein Gesamtoberbau mit einer Gesamtstärke von 45 cm würde den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen, denn hiernach wäre eine Frostschutzschicht in einer Dicke von 34 cm notwendig, aber ausreichend. Eine geringere Dicke als 34 cm, nämlich eine solche von 33,7 cm, hat der Sachverständige nur an einer Prüfstelle festgestellt und insoweit von einer geringen Unterschreitung im Toleranzbereich gesprochen, was mit seiner Erklärung konform geht, es sei sogar eine Toleranz von 3 cm hinsichtlich der Frostschutzschicht anzusetzen.

Dass die tatsächlich ausgeführte Dicke der Frostschutzschicht nicht nur den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht, sondern sich darüber hinaus auch in der Realität bewährt hat, hat der Sachverständige in seiner Anhörung durch den Senat bekräftigt. Er hat hierzu überzeugend erläutert, dass das Tragverhalten der gesamten Pflasterdecke in Ordnung sei, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diese zum Zeitpunkt seines letzten Ortstermins bereits neun Jahre gelegen habe. Das Gesamtpaket erscheine ihm standfest, die Stabilität des gesamten Aufbaus habe sich bewährt. Nur dort, wo „Spur gefahren“ werde, weil die Fahrzeuge, um Verkehrsinseln und Parkflächen auszuweichen, quasi stets innerhalb der gleichen Spur führen, habe es die von ihm festgestellten Verformungen gegeben, aber dies betreffe nur Pflaster und Bettung, während die Frostschutzschicht in Ordnung sei. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Tiefe des Aushubs und damit die Stärke der Frostschutzschicht - wie die Beklagte im Senatstermin überzeugend erläutert hat - durch die örtlichen Gegebenheiten und die anzutreffende Nässe bedingt waren und sie daher engmaschig durch den früheren Beklagten zu 2) begleitet wurde.

Neben der Tatsache, dass die Ausführung der Frostschutzschicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht und sich in der Zeit seit ihrer Errichtung auch in der Praxis bewährt hat, ist vorliegend weiter zu berücksichtigen, dass die Beklagte nach ihrem von der Klägerin nicht bestrittenen Vortrag keinen finanziellen Gewinn daraus gezogen hat, dass sie eine Minderstärke ausgeführt hat, da sie nur die von ihr tatsächlich eingebauten Materialmengen auch der Klägerin gegenüber abgerechnet hat.

Die vertragswidrig zu dünn erstellte Frostschutzschicht hat nach alledem nicht zu Nachteilen für die Klägerin geführt. Der Eintritt derartiger Nachteile ist auch nicht für die Zukunft zu erwarten, da der Sachverständige erklärt hat, er sei sich sicher, dass in den Bereichen, die bislang keine Fehlstellen bzw. Störungen im Pflasterbelag aufwiesen, auch keine Probleme mehr zu erwarten seien, denn wenn zwei Winter „durch“ seien, passiere in der Regel nichts mehr. Eine nachträgliche Verstärkung der Stärke der Frostschutzschicht würde korrespondierend hierzu auch nicht zu spür- bzw. messbaren Vorteilen für die Klägerin führen.

Im Gegensatz hierzu würde eine nachträgliche Verstärkung der Frostschutzschicht in den betroffenen Straßen für die Beklagte zu ganz erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen. Denn der

Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 04.11.2021 nachvollziehbar ausgeführt, dass für diese Maßnahme auf der betroffenen Fläche von 1.770 m² Kosten in Höhe von 272.980,05 € entstehen würden - ein Betrag, der sich angesichts der erheblichen selbst kurzfristigen Baukostensteigerungen innerhalb der letzten Jahre bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 26.07.2022 sogar noch erhöht haben dürfte. Vor diesem Hintergrund steht der mit der Mangelbeseitigung erzielbare Erfolg zur Überzeugung des Senats in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwandes.

Hat die Klägerin nach alledem keinen Anspruch gegen die Beklagte auf die Zahlung von Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung wegen einer vertragswidrig ausgeführten Dicke der Frostschuttschicht, kann dahinstehen, ob - wie die Beklagte behauptet - die von dem Sachverständigen untersuchten Prüfstellen sämtlich im Umfeld von Versorgungsleitungen liegen und angesichts der diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarung über eine Verringerung der Aufbaustärke auf 45 cm in diesen Bereichen eine Stärke der Frostschuttschicht von nur 34 cm (45cm abzüglich 3 cm Bettung, abzüglich 8 cm Pflasterstärke) der vereinbarten Beschaffenheit genügen würde.

2. Die Klägerin kann auch nicht deswegen von der Beklagten mit Erfolg die Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mangelbeseitigung verlangen, weil der Pflasterbelag bereits vor Ablauf seiner gewöhnlichen Haltbarkeit nicht mehr funktionsgerecht war und schon daher nicht der vereinbarten Beschaffenheit im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B entsprach.

a. Welche Beschaffenheit eines Werks die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrags. Zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 633 BGB bzw. des § 13 Abs. 1 VOB/B gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Der Bundesgerichtshof hat deshalb in Fortführung des zu § 633 BGB a. F. entwickelten funktionalen Mangelbegriffs eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (etwa BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05, in: NJW 2008, 511, BGH, Urteil vom 29.09.2011 - VII ZR 87/11, in: NJW 2011, 3780). Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05, in: NJW 2008, 511, BGH, Urteil vom 29.09.2011 - VII ZR 87/11, in: NJW 2011, 3780).

Bei Anwendung dieser Grundsätze fehlt dem Werk der Beklagten die vereinbarte Beschaffenheit. Die Parteien haben unstreitig übereinstimmend vorausgesetzt, dass die von der Beklagten errichteten Pflasterflächen als Straßenflächen dienen und tauglich sein sollten, d.h. insbesondere eine hinreichende Festigkeit und Belastbarkeit aufweisen sollten, um von Kraftfahrzeugen befahren zu werden. Diese Funktion sollten die Flächen - für eine abweichende Vereinbarung ist nichts vorgetragen oder sonst erkennbar - jedenfalls während der üblichen Lebensdauer derartiger Straßenflächen, die der Sachverständige mit 30 Jahren angesetzt hat, erfüllen. Dass sie diese Funktionalität spätestens zum Zeitpunkt ihrer ersten Begutachtung durch den Sachverständigen nicht mehr erfüllt haben, hat dieser überzeugend erläutert. So hat er im Rahmen seines erstinstanzlich erstatteten Gutachtens vom 25.07.2019 ausgeführt, dass er erhebliche Schäden an der Pflasterfläche in Form von Verformungen und Verschiebungen in der Oberfläche der Steine, einer Entleerung der Fugen, „Stein-zu-Stein-Kontakten“ mit Kantenabplatzungen sowie insgesamt einem Verlust der Verbundes der Pflastersteine festgestellt habe.

b. Die Klägerin hat allerdings nicht bewiesen, dass dieser Mangel bei Abnahme vorlag oder zumindest bereits angelegt war.

Für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, kommt es nach einer durchgeführten Abnahme grundsätzlich auf den Zustand des Werks zum Zeitpunkt der Abnahme an (BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 210/13, in: NJW 2016, 488). Ein gewährleistungspflichtiger Mangel der Werkleistung liegt aber auch dann vor, wenn der Mangel sich erstmals nach Abnahme zeigt, die Parteien bis dahin also noch davon ausgegangen sind, dass der Auftragnehmer seine Leistung vertragsgerecht erbracht habe, die tatsächlichen Ursachen des Mangels aber bei Abnahme bereits vorhanden waren (Beck'scher VOB-Kommentar-Ganten, Teil B, 3. Auflage 2013, § 13 Abs. 1 Nr. 57), der Mangeltatbestand damals also bereits angelegt war.

Nach dem Ergebnis der erst- und zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme hat die Klägerin den Beweis dafür, dass die tatsächlichen Ursachen des Mangels bei Abnahme bereits vorhanden waren, nicht geführt.

Zwar ist davon auszugehen, dass insbesondere etwaige Abweichungen der Ausführung des von der Beklagten erstellten Straßenaufbaus von den allgemein anerkannten Regeln der Technik, die als Ursache der genannten Mangelerscheinungen in Betracht kommen könnten, bereits bei Abnahme angelegt waren. Neben solchen Abweichungen - die Klägerin behauptet insoweit eine zu geringe Wasserdurchlässigkeit der Frostschutzschicht und die Verwendung ungeeigneten Fugenmaterials durch die Beklagte - kommt jedoch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch eine erst nachträglich entstandene Mangelursache in Form der - unstrittig - unterbliebenen Wartung der Straßenflächen in den Jahren nach ihrer Erstellung in Betracht. Dass diese Mangelursache allein für die Entstehung der Mangelerscheinungen ursächlich gewesen sein könnte, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht auszuschließen. Gleichzeitig ist die Beklagte für dieses Unterbleiben einer Wartung zur Überzeugung des Senats - entgegen der seitens des Landgerichts vertretenen Ansicht - nicht haftbar. Insgesamt lässt sich mithin aus der Existenz eines funktionalen Mangels zum Zeitpunkt der Begutachtung des Pflasters durch den Sachverständigen nicht auf eine Anlage des Mangeltatbestandes bereits bei Abnahme - und damit eine Haftung der Beklagten - schließen.

aa. Im Hinblick auf den Umstand, dass die von der Beklagten im Jahr 2012 erstellten Pflasterflächen in den folgenden Jahren nicht gewartet worden sind, käme grundsätzlich eine Haftung der Beklagten wegen einer Nebenpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, jedoch scheidet diese, weil die Beklagte zur Überzeugung des Senats nicht mit einer Aufklärungsbedürftigkeit der Klägerin zu dieser Frage rechnen und sie daher auch nicht entsprechend aufklären musste.

(1) Die Beklagte war entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht verpflichtet, die Klägerin gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B darauf hinzuweisen, dass eine Wartung der von ihr errichteten Pflasterflächen erforderlich, in dem klägerseits erstellten Leistungsverzeichnis aber nicht vorgesehen sei, um so zu verhindern, gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B wegen eines Mangels zu haften, der auf die Leistungsbeschreibung zurückzuführen ist. Sie musste die Leistungsbeschreibung wegen der fehlenden Berücksichtigung von Wartungsarbeiten nicht für defizitär halten. Aus dem Umstand, dass das Leistungsverzeichnis sich nicht auch über Wartungsarbeiten an den Pflasterflächen verhielt, ergab sich für sie nicht, dass Wartungsarbeiten in der Folgezeit unterbleiben sollten und das Pflaster aus diesem Grunde Schaden nehmen würde. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner Anhörung durch das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020 bereits ausgeführt, dass die Wartungsarbeiten an Pflasterflächen, die nach seiner Ansicht jedenfalls nach sechs und nach noch einmal weiteren sechs Monaten erforderlich seien, in der Praxis nicht mehr durch die Bauunternehmen ausgeführt würden; diese Arbeiten würden auch nur teilweise bei Ausschreibungen als gesonderte Position in das Leistungsverzeichnis aufgenommen. Im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat hat der Sachverständige ergänzend erläutert, auch heute noch sei es nicht die Regel, dass

Wartungs- bzw. Nacharbeiten an Pflasterflächen gesondert ausgeschrieben würden, inzwischen täten dies aber „manche“ Auftraggeber. Angesichts dieser Ausführungen des Sachverständigen ist davon auszugehen, dass insbesondere zum Zeitpunkt der Erstellung der streitgegenständlichen Straßenflächen im Jahr 2012 der jeweilige Bauunternehmer nicht etwa regelmäßig mit einer Wartung der von ihm hergestellten Pflasterflächen beauftragt wurde. Vor diesem Hintergrund musste die unstreitig nicht mit der Durchführung von Nacharbeiten beauftragte Beklagte zur Überzeugung des Senats aus dem Umstand, dass eine Wartung nicht in dem Leistungsverzeichnis vorgesehen war, nicht etwa schlussfolgern, dass diese Arbeiten versehentlich übersehen worden seien bzw. fehlten.

(2) Eine Haftung der Beklagten kommt auch nicht wegen eines Verstoßes gegen eine vertragliche Nebenpflicht in Betracht. Sie brauchte die Klägerin nicht auf die Notwendigkeit einer regelmäßigen Wartung der Pflasterflächen hinzuweisen. Zwar kann den Hersteller eines Werkes auch ohne eine ausdrückliche Abrede die vertragliche Nebenpflicht treffen, den Besteller auf das mit der Verwendung des hergestellten Werks verbundene Risiko hinzuweisen. Diese Aufklärungs- und Beraterspflicht ergibt sich aus Treu und Glauben. Denn der meist sachunkundige Besteller verlässt sich in zahlreichen Fällen auf den fachkundigen Unternehmer. Deshalb gehört es z. B. zum Pflichtenkreis des sachkundigen Unternehmers, den nicht sachkundigen Besteller darüber aufzuklären, ob das bestellte Werk für den vorgesehenen Zweck tauglich sei und den Bedürfnissen des Bestellers entsprechen kann. Der Unternehmer muss den Besteller ferner auch über die Wartung und Bedienung des erstellten Werks unterrichten (BGH, Urteil vom 25-11-1986 - X ZR 38/85, in: NJW-RR 1987, 664, 665).

Voraussetzung für eine derartige Haftung der Beklagten wäre jedoch nicht nur, dass sie einen Hinweis auf die unstreitig notwendigen, aber versäumten Wartungsarbeiten unterlassen hat, sondern auch, dass sie zu einem entsprechenden Hinweis verpflichtet gewesen wäre, dass sie sich mithin nicht darauf hätte verlassen dürfen, dass der Klägerin diese Notwendigkeit bekannt war. Eine derartige Pflicht bestand für die Beklagte nach den Umständen des vorliegenden Falles zur Überzeugung des Senats hingegen nicht. Der Sachverständige hat zu der Frage, welche der beteiligten Personen bzw. Körperschaften und Gesellschaften von der Notwendigkeit von Wartungsarbeiten an den Pflasterflächen hätte wissen müssen, in seiner Anhörung durch das Landgericht ausgeführt, die Notwendigkeit der Wartungsarbeiten müssten sowohl ein planender Ingenieur, als auch ein Fachunternehmen als auch eine mit einem Bauamt ausgestattete Kommune kennen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 26.07.2022 hat er ergänzend hierzu erläutert, dass die Fugen im Straßenbau über lange Jahre vernachlässigt worden seien, obwohl er und weitere Sachverständige immer wieder darauf dringen würden, dass dieses Thema auch in den Vorschriften verankert werden müsse. Zur Zeit der Ausführung der Arbeiten 2012 sei eine Kenntnis von der Notwendigkeit entsprechender Arbeiten zwar - wie auch heute noch - keine Selbstverständlichkeit gewesen, jedoch hätte auch damals ein Straßenbauer wissen müssen, dass diese Kontrollen nötig seien. Ebenso hätte aber eine Stadt, die über ein Bauamt verfüge, dies wissen müssen und genauso ein für eine Stadt regelmäßig im Straßenbau tätiger Bauingenieur wie Herr G, der - dies bestätigte der Vertreter der Klägerin im Senatstermin - bereits damals regelmäßig von der Klägerin mit Aufgaben im Straßenbau betraut worden war.

Vor dem Hintergrund dieser überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen vermag der Senat keine Grundlage für eine Aufklärungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin zu erkennen, da die Beklagte davon ausgehen durfte, dass die Klägerin als Trägerin der Straßenbaulast und Auftraggeberin von Straßenbaumaßnahmen im Gemeindebezirk von der Notwendigkeit von Nach- bzw. Wartungsarbeiten an den gepflasterten Straßenflächen wusste und diese selbst oder durch andere Unternehmen ausführen wollte. Dies hat umso mehr zu gelten, als die Klägerin über die übliche Befassung von Mitarbeitern ihres Bauamtes hinaus unstreitig in Person des Herrn G einen Bauingenieur mit der Planung und Bauleitung bei dem streitgegenständlichen Projekt betraut hatte. Damit, dass dennoch nicht bekannt sein könnte, dass die Fugen des Pflasters in den Monaten nach

Erstellung der Pflasterflächen gewartet werden mussten, musste die Beklagte zur Überzeugung des Senats gerade nicht rechnen, zumal zwar aus Asphalt erstellte Straßenflächen im öffentlichen Verkehrsraum häufiger errichtet werden als gepflasterte Flächen, letztere aber ebenfalls keine Ausnahmeerscheinung sind, sondern insbesondere in weniger befahrenen Spiel- oder Anwohnerstraßen durchaus vermehrt anzutreffen sind.

bb. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kommt in Betracht, dass die von dem Sachverständigen festgestellten erheblichen Schäden an den Pflasterbelägen allein durch die unterbliebene Wartung in den Monaten nach der Herstellung der Beläge verursacht worden sind, mithin ein Umstand allein schadensursächlich geworden ist, für den die Beklagte nicht haftbar zu machen ist. Denn der Sachverständige konnte nicht ausschließen, dass die Frostschuttschicht zum Zeitpunkt der Abnahme hinreichend wasserdurchlässig war und die Beklagte auch ein geeignetes Fugenmaterial verwandt hat.

(1) Zu den möglichen Auswirkungen der unterbliebenen Wartungsarbeiten auf die Entstehung der hier aufgetretenen Schäden hat der Sachverständige bereits in seinem Gutachten vom 25.07.2019 ausgeführt, die von ihm festgestellten Schäden wären vermieden worden, wenn eine Wartung in Form regelmäßiger Fugenprüfung und Nacharbeit durchgeführt worden wäre. In gleicher Weise hat er sich in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020 vor dem Landgericht positioniert, indem er erklärt hat, dass es nicht zu den hier eingetretenen Schäden gekommen wäre, wenn man frühzeitig kontrolliert und nachgearbeitet hätte. Im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat hat der Sachverständige erläuternd ausgeführt, dass es nicht möglich sei, die Fugen von Beginn an so vollständig zu verfüllen, wie dies auf Dauer erforderlich sei. Das Ergebnis sehe zwar optisch zunächst gut aus, sei aber nicht ausreichend. Es komme hinzu, dass die Reifen von das Pflaster überfahrenden Fahrzeugen das Fugenmaterial unglaublich stark aus den Fugen herauszögen, das werde völlig unterschätzt. Daher müsse man die Fugen - gerade in regelmäßig gefahrenen Spuren - nach einem halben Jahr kontrollieren und nachfugen und dies nach einem Jahr noch einmal wiederholen. Die erheblichen von ihm festgestellten Schäden belegten, dass die - inzwischen - gefüllten Fugen über lange Zeit mit Sicherheit nicht ausreichend geschlossen bzw. gefüllt gewesen seien.

(2) Im Rahmen seiner Erläuterungen zu der Frage, ob neben der unterbliebenen Wartung der Pflasterflächen auch eine mangelnde Wasserdurchlässigkeit der Frostschuttschicht als Mangelursache in Betracht komme, hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.07.2022 nachvollziehbar ausgeführt, dass zwar möglich sei, dass die Wasserdurchlässigkeit der Frostschuttschicht bei Abnahme unzureichend gewesen sei, im Gegenzug aber auch nicht auszuschließen sei, dass sie damals ausreichend gewesen sei.

Bereits in seiner erstinstanzlichen Begutachtung ist der Sachverständige anhand von Siebanalysen des Frostschuttsmaterials an drei von ihm eingerichteten Prüfstellen zu dem Ergebnis gekommen, die Sieblinien hätten jeweils im zulässigen Spektrum für Frostschuttschichtmaterialien 0/45 mm gelegen, d.h. die von der Beklagten hergestellte Frost- und Tragschicht sei wasserdurchlässig. Nachdem die Klägerin sich gegen diese Vorgehensweise des Sachverständigen gewandt und die Durchführung von Infiltrationsmessungen vor Ort zur exakten Bestimmung der Wasserdurchlässigkeit der Frostschuttschicht beantragt hatte, was das Landgericht abgelehnt hat, hat der Senat den Sachverständigen damit beauftragt, die Wasserdurchlässigkeit der Frostschuttschicht der Pflasterflächen durch geeignete Messungen vor Ort an einer hinreichenden Zahl von Messstellen zu untersuchen. Der Sachverständige hat daraufhin zehn Prüfstellen angelegt, wobei lediglich an sieben dieser Prüfstellen eine Infiltrationsmessung möglich war. Dabei hat die von dem Sachverständigen mit diesen Messungen beauftragte H GmbH zwar nur an drei dieser sieben Prüfstellen eine hinreichende Wasserdurchlässigkeit der Frostschuttschicht festgestellt, da dort der Infiltrationsbeiwert größer gewesen sei als der in der maßgeblichen Norm, der ZTV Pflaster-StB 20, vorgeschriebene Infiltrationsbeiwert 1×10^{-5} m/s, während dieser Wert an den übrigen vier Prüfstellen unterschritten worden sei.

Im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat hat der Sachverständige aber ergänzend erläutert, es sei im Hinblick auf diese Messergebnisse zu berücksichtigen, dass die Wasserdurchlässigkeit über die Jahre nach der Errichtung der Frostschuttschicht immer schlechter werde. Denn über die Zeit würden insbesondere Kleinstkörner von außen in die Frostschuttschicht gespült, die die Hohlräume innerhalb dieser Schicht verringerten, die notwendig seien, damit gewährleistet sei, dass eindringendes Wasser sich bei Frosttemperaturen ausdehnen könne, ohne dass Frostschäden entstünden. Es sei dementsprechend schwierig, nach einem Zeitraum von neun Jahren die vorgeschriebene Wasserdurchlässigkeit zu erreichen, weshalb ein Auftraggeber einen solchen Wert nach dieser Zeitspanne auch nicht mehr erwarten dürfe, nicht einmal nach nur fünf Jahren. Dementsprechend müssten die in den einschlägigen Vorschriften genannten Werte auch nur zum Zeitpunkt der Errichtung der Straße erreicht werden, nicht nach einem Zeitraum von neun Jahren, zu dem etwa ein Drittel der - üblicherweise mit 30 Jahren bemessenen - Lebensdauer einer Straße bereits verstrichen sei. Dass die Wasserdurchlässigkeit zu Beginn besser gewesen sein müsse als heute, werde zudem dadurch belegt, dass andernfalls in der Zwischenzeit Frostschäden aufgetreten wären, die aber nicht vorlägen. Er könne daher, so der Sachverständige überzeugend weiter, nicht ausschließen, dass die Wasserdurchlässigkeit der Frostschuttschicht bei Abnahme des Werks insgesamt in Ordnung gewesen sei und sich lediglich durch äußere Einflüsse in der Zwischenzeit verschlechtert habe. Es kommt hinzu, dass der Eintrag von Kleinstkörnern insbesondere durch die mangels Wartung fehlerhaften Fugen begünstigt worden sein kann

(3) Auch eine - jedenfalls anteilige - Verursachung der aufgetretenen Schäden durch die Verwendung ungeeigneten Fugenmaterials durch die Beklagte kommt nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen zwar in Betracht; der Sachverständige konnte aber auch insoweit nicht ausschließen, dass das ursprünglich von der Beklagten verwandte Material den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprochen haben könnte und mithin nicht schadensursächlich geworden wäre.

Der Sachverständige hat zwar zunächst im Rahmen seines erstinstanzlich erstatteten Gutachtens vom 25.07.2019 ausgeführt, allein ursächlich für die von ihm festgestellten Schäden an der Pflasterfläche sei die Verwendung einer falschen Körnung beim Fugenmaterial. Denn bei Einsatz von Verbundpflastersystemen mit geringen Fugenbreiten wie hier mit maximal 5 mm Fugenbreiten sei die Verwendung von Baustoffgemischen 0/2 mm als Fugenmaterial zweckmäßig bzw. ideal. Werde hingegen ein Fugenmaterial mit einer deutlich größeren Körnung verwandt, könne beim Einfegen und Einschlämmen nur ein Teil des Materials in die 3-5 mm breiten Fugen gelangen, so dass es durch die Befahrung des Pflasters zu erheblichen horizontalen Bewegungen kommen könne. Die festgestellten Schäden seien die Folge. Dabei ist der Sachverständige jedoch irrtümlich davon ausgegangen, dass das Leistungsverzeichnis die Verwendung von Fugenmaterial der Körnung 0/8 mm vorsehe und derartiges Material auch verwandt worden sei. Dies hat er in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020 vor dem Landgericht korrigiert und erläutert, dass zwar idealerweise mit 0/2 Material zu arbeiten gewesen wäre; falls die Beklagte Material nicht der ausgeschriebenen Körnung von 0/5 mm, sondern solches mit der Körnung 0/4 mm verwandt haben sollte, wäre diese Auswahl aber noch zulässig und ordnungsgemäß gewesen.

Der Senat hat den Sachverständigen beauftragt, die Korngröße des verwandten Fugenmaterials durch geeignete Messungen zu ermitteln, nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020 die Behauptung der Beklagten, sie habe Material mit der Körnung 0/4 mm verwandt, bestritten hatte.

Auch wenn das Landgericht dieses Bestreiten als verspätet im Sinne von § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hat, ist es nach § 531 Abs. 1 ZPO in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen. Denn eine Zurückweisung von Vortrag nach § 296 Abs. 2 ZPO setzt voraus, dass Angriffs- und Verteidigungsmittel entgegen § 282 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht bzw. mitgeteilt werden und ihre

Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Eine derartige grobe Nachlässigkeit durch das Bestreiten der Korngröße des verwandten Fugenmaterials erst in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2020 ist der Klägerin zur Überzeugung des Senats nicht vorzuwerfen. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Sachverständige in seinem Gutachten vom 25.07.2019 ohne weitere Erläuterung festgestellt hatte, ausgeschrieben und verwendet worden sei ein Fugenmaterial mit einer Körnung 0/8 mm, ohne klarzustellen, dass er die Verwendung des ausgeschriebenen Materials - das er fälschlich mit 0/8 mm statt 0/5 mm angegeben hat - lediglich unterstellt, aber nicht überprüft hat. Zudem erfolgte der Vortrag der Beklagten, sie habe sogar ein Material geringerer Korngröße verwandt als ausgeschrieben, nämlich 0/4 mm, erst nach Ablauf der ihr zur Stellungnahme zu dem Gutachten gesetzten Frist und zudem ohne Vorlage der Lieferscheine, aus denen sich nach ihrem Vorbringen die Verwendung des genannten Materials ergeben sollte, allein unter Benennung eines Zeugen. Dass die Klägerin diese Behauptung erst in der mündlichen Verhandlung bestritten hat, nachdem der Sachverständige zu erkennen gegeben hatte, dass ihm die Körnung des tatsächlich verwandten Fugenmaterials unbekannt war, stellt in dieser Situation jedenfalls keine grobe Nachlässigkeit dar.

Der Sachverständige hat im Rahmen der erneuten Begutachtung das Prüfstinstitut „H GmbH“ mit einer Untersuchung der Korngrößenverteilung in dem von ihm vor Ort gewonnenen Fugenmaterial durch Siebversuche beauftragt. Diese kommt zu dem Ergebnis, dass die Korngrößen des untersuchten Materials nicht den Anforderungen an Fugenmaterial der Körnung 0/5 entsprechen. Denn von den vorgegebenen Durchgängen mit 5 verschiedenen Siebweiten lag nur bei drei Siebweiten der Durchgang des geprüften Materials innerhalb der vorgeschriebenen Bandbreite (Siebweite 11,2 mm: vorgeschriebener Durchgang 100%, tatsächlicher Durchgang 100%; Siebweite 5,6 mm: vorgeschriebener Durchgang 90-99%, tatsächlicher Durchgang 94,6%; Siebweite 0,063 mm: vorgeschriebener Durchgang 2-9%, tatsächlicher Durchgang 3,8%), während bei Siebweiten von 8 mm bzw. 2 mm der Durchgang des untersuchten Materials nicht den vorgeschriebenen Anforderungen entsprach (Durchgang 99,7% statt 100% bzw. Durchgang 76,3% statt 30-75%). Auf dieser Grundlage hat der Sachverständige festgestellt, die Korngröße entspreche gemäß dem Prüfbericht des von ihm beauftragten Prüfinstituts nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik für Material der Korngröße 0/5 mm.

Im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat hat der Sachverständige dieses Ergebnis weiter erläutert. Er hat erklärt, dass der durchgeführte Siebversuch zwar zum Ergebnis gehabt habe, dass das Fugenmaterial nicht den Vorgaben entspreche. Da die Abweichungen jedoch geringfügig gewesen seien, könne man das Material dennoch im Grunde als noch ordnungsgemäß einordnen, zumal die Proben erst neun Jahre nach Erstellung der Straßen gezogen worden seien. Denn in der Zwischenzeit sei teilweise nachgearbeitet worden und zudem humöses und sonstiges Material von außen in die Fugen hineingetragen worden, was sich vor Ort daran gezeigt habe, dass die Fugen an der Oberfläche dunkel verfärbt gewesen seien. Das Fugenmaterial, das er im Auftrag des Senats neun Jahre nach der Erstellung des Pflasters vor Ort vorgefunden und untersucht habe, könne dem Material, das ursprünglich von der Beklagten als Fugenmaterial eingebracht worden sei, zwar nahe kommen; er könne jedoch nicht mit Sicherheit feststellen, welche Körnung eingebaut worden sei.

Dass der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 26.07.2022 weiter ausgeführt hat, auch im Falle einer ordnungsgemäßen Wartung hätte sich ein zu grobkörniges Fugenmaterial negativ ausgewirkt bzw. der Zustand, der sich wegen der unterbliebenen Wartung nunmehr eingestellt habe, wäre durch die Verwendung ungeeigneten Fugenmaterials noch verschlimmert worden, belegt nicht, dass die Beklagte tatsächlich zu grobkörniges Fugenmaterial verwandt hat und dieses zum Schaden beigetragen hat. Gleiches gilt für die Äußerung des Sachverständigen, wenn die Körnung des verwandten Fugenmaterials kleiner gewesen wäre, wäre die Wartung nicht so dringlich gewesen, bzw. auch bei ausbleibender Wartung wäre der Zustand nach neun Jahren besser, wenn die Arbeiten anfänglich ordnungsgemäß ausgeführt worden wären. Denn der Sachverständige hat sich insoweit auf

die Ausschreibung des zu grobkörnigen Materials 0/5 mm bezogen; er hat mit seinen Ausführungen hingegen nicht etwa sein bereits zuvor dargestelltes Ergebnis in Frage gestellt, wonach er durch Untersuchungen des Materials, das sich im Jahr 2021 in den Fugen befunden hat, keine verlässliche Angabe dazu machen konnte bzw. kann, welche Körnung das von der Beklagten neun Jahre zuvor eingebrachte Fugenmaterial hatte.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen des Sachverständigen vermag der Senat nicht auszuschließen, dass die Beklagte tatsächlich Material der Körnung 0/4 mm eingebaut hat, d.h. Material mit einer kleineren Körnung als ausgeschrieben. Dies umso weniger, als die Beklagte im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 20.01.2020 vor dem Landgericht Lieferscheine über Fugenmaterial der Korngröße 0/4 mm vorgelegt hat. Die Klägerin hat daraufhin zwar an ihrem Bestreiten festgehalten, dass dieses Material verwandt worden sei; sie hat jedoch weder die Echtheit der Lieferscheine bestritten noch sonstige Umstände dafür geltend gemacht, die Beklagte habe das in diesen Dokumenten genannte Material als Fugenmaterial für das streitgegenständliche Bauvorhaben nicht benutzt.

3. Hat die Klägerin nach alledem keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Beseitigung von Mängeln am Aufbau der Straßen „A-Straße“ und „B-Straße“, ist auch ihre Anschlussberufung unbegründet, mit der sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines weiteren - über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinausgehenden - Vorschusses anstrebt.

Auch die ansonsten geltend gemachten Forderungen stehen ihr nicht zu.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf den §§ 91, 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf bis zu 335.221,10 € festgesetzt. Davon entfallen 108.192,78 € auf die Berufung der Beklagten und 227.028,32 € auf die Anschlussberufung der Klägerin.