

Heft 04/2020

Heft 05/2020

Heft 06/2020

TiefbauRecht

€ 6,- inkl. MwSt. im Abonnement
€ 9,- inkl. MwSt. im Einzelheft

Herausgeber:
Dr. jur. Thomas Ax

Redaktion:
Claudia Siegel



Ax Rechtsanwälte

Dr. jur. Thomas Ax
Rechtsanwalt
Kanzleinhaber

Uferstraße 16
69151 Neckargemünd

t.ax@ax-rechtsanwaelte.de
T 06223/8688613
F 06223/8688614
M 0151/46197684

www.ax-rechtsanwaelte.de

TiefbauRecht

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, *Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)* Inscrit au barreau de Paris.

04-05-06/2020

INHALT

Aus der Redaktion

vorgestellt von Thomas Ax

Blick in die Praxis Nachrichten

OLG Naumburg: Klägerin hat im Wege ergänzender Vertragsauslegung das Risiko einer höheren Störkörperbelastung übernommen
vorgestellt von Thomas Ax

Aktuelle Rechtsprechung

OLG Naumburg: Unterliegt die Entscheidung des Gerichts in einem selbständigen Beweisverfahren, den Sachverständigen nicht entsprechend § 404a Abs. 1 ZPO anzuweisen, die vom Antragsteller für erforderlich erachtete Bauteilöffnung vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen, der sofortigen Beschwerde?
vorgestellt Thomas Ax

OLG Köln: Haftung der Beteiligten an einem Bauvorhaben als Gesamtschuldner
vorgestellt von Thomas Ax

OLG Celle: E-Mail als ein Angebot für vergütungspflichtige Architektenleistungen
vorgestellt von Thomas Ax

LG Rostock: Erklärt der Auftraggeber die Teilkündigung des Bauvertrags und hat der gekündigte Leistungsteil auf die Mangelfreiheit des verbleibenden Werks evidenten Einfluss, ist der Auftragnehmer weiterhin verpflichtet, den Auftraggeber zu informieren und ihm die Möglichkeit einzuräumen, den Mangel eintritt zu verhindern
vorgestellt von Thomas Ax

OLG Köln: Auch wer aus bloßer Gefälligkeit bauplanende oder überwachende Architektentätigkeit ausübt, haftet deshalb nach denselben Maßstäben wie ein Architekt aus einem Architektenvertrag
vorgestellt von Thomas Ax

OLG Jena: Eine fristlose Kündigung ist zugleich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung

Publikation zum Vergaberecht

Stellenanzeigen

Ausblick / Impressum / Bestellformular

Aus der Redaktion

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,
in diesem Heft geht es u.a.um:

Lesen Sie alles Weitere zum Sachverhalt und
Zur Entscheidung auf Seite xxx in dieser Aus-
gabe.

Wir wünschen angenehme Lektüre des aktuel-
len Hefts.

Ihre TiefbauRecht Redaktion.

Blick in die Praxis

Beiträge

Aktuelle Rechtsprechung

Rechtsprechung-Volltext

OLG Naumburg: Unterliegt die Entscheidung des Gerichts in einem selbständigen Beweisverfahren, den Sachverständigen nicht entsprechend § 404a Abs. 1 ZPO anzuweisen, die vom Antragsteller für erforderlich erachtete Bauteilöffnung vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen, der sofortigen Beschwerde?
vorgestellt Thomas Ax

Gegen die Entscheidung des Gerichts in einem selbstständigen Beweisverfahren, den Sachverständigen nicht entsprechend § 404a Abs. 1 ZPO anzuweisen, die vom Antragsteller für erforderlich erachtete Bauteilöffnung vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen, ist das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht statthaft. OLG Naumburg, Beschluss vom 05.11.2019 - 12 W 30/19 vorhergehend: LG Stendal, 10.04.2019 - 23 OH 14/18

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren im selbständigen Beweisverfahren die Feststellung von Mängeln der von dem Antragsgegner erbrachten Werkleistung bei dem Um- und Ausbau und der Renovierung des Bades im Erdgeschoss ihres Hauses. Das Landgericht hat mit den Beschlüssen vom 17. Juli 2018, vom 12. September 2018 und vom 12. November 2018 entsprechende Beweisanordnungen getroffen. Der gerichtlich bestellte Sachverständige K. hat mit Schreiben vom 20. November 2018 und abermals mit Schreiben vom 8. Dezember 2018 die beweispflichtige Partei gebeten, in seinem Beisein den behaupteten bzw. beanstandeten Einschnitt am Waschtischschrank zur Vermessung freizulegen. Daraufhin haben die Antragsteller mit Schriftsatz vom 14. Januar 2019 beantragt,

das Gericht möge dem Sachverständigen aufgeben, die Bauteilöffnung der Silikonfuge am Waschtisch im Haus der Antragsteller zur Freilegung des darunter befindlichen Einschnitts durch ein vom Sachverständigen zu beauftragendes Unternehmen auszuführen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 10. April 2019 diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Sachverständige durch das Gericht nicht gemäß § 404a ZPO angewiesen werden könne, eine Bauteilöffnung zu veranlassen, wenn er nicht selbst dazu bereit sei. Vielmehr sei es Sache des Beweisführers, die faktischen Voraussetzungen für die Begutachtung zu schaffen.

Hiergegen haben sich die Antragsteller mit Schriftsatz vom 2. Mai 2019 mit der sofortigen Beschwerde gewandt. Zur Begründung haben sie ausgeführt, dass bei Beauftragung der Bauteilöffnung durch eine der Parteien Streit über die entstehenden Kosten vorprogrammiert wäre. Vertragsverhältnisse, etwaige Gewährleistung und Kostenregelung der anfallenden Kosten für die ausgeführten Arbeiten wären nämlich unklar. Dies werde umgangen, wenn die Beauftragung im Rahmen des Gutachtenauftrages durch den Sachverständigen erfolge. Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde durch Beschluss vom 6. Mai 2019 nicht abgeholfen und das Verfahren dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Mangels Statthaftigkeit ist die sofortige Beschwerde nicht zulässig. Zu der in der Rechtsprechung umstrittenen Frage, ob die Entscheidung des Gerichts in einem selbständigen Beweisverfahren, den Sachverständigen nicht entsprechend § 404a Abs. 1 ZPO anzuweisen, die vom Antragsteller für erforderlich erach-

tete Bauteilöffnung vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen, der sofortigen Beschwerde unterliegt, schließt sich der Senat der Ansicht an, dass das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht eröffnet ist (z. B. OLG Köln, Beschluss vom 15. März 2010, 11 W 14/10; OLG Schleswig, Beschluss vom 14. Dezember 2017, 16 W 152/17; OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2019, 8 W 29/19). Eine ausdrückliche Bestimmung im Gesetz, wonach die sofortige Beschwerde in vorliegender Konstellation statthaft ist, gibt es nicht (§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Ein Beschwerderecht ergibt sich aber auch nicht aus § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, da dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, wenn es sich um eine Entscheidung handelt, die das Gericht von Amts wegen zu treffen hat, selbst wenn damit zugleich ein "Gesuch" der Partei ablehnend beschieden wird (z. B. BGH, Beschluss vom 27. Januar 2004, VI ZB 33/03). Unter einem "Gesuch" ist nur ein förmlicher Antrag zu verstehen, eine Anregung der Partei genügt demgegenüber nicht. Die Parteien sollen nicht die gesamte Amtstätigkeit des Gerichts einer Beschwerde zugänglich machen können. Deshalb ist dem Antragsteller die Beschwerde versagt, wenn die angefochtene Entscheidung ohne die Notwendigkeit eines Antrags von Amts wegen ergehen kann (z. B. BGH, Beschluss vom 29. November 2016, VI ZB 23/16). Die Entscheidung des mit dem selbstständigen Beweisverfahren befassten Gerichts, ob und welche Anweisungen es dem Sachverständigen nach § 404a ZPO erteilt, hat das Gericht von Amts wegen nach seinem Ermessen zu treffen (z. B. OLG Schleswig, Beschluss vom 14. Dezember 2017, 16 W 152/17; OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2000 19, 8 W 29/19).

Zwar wird die Beschwerde einer Partei gegen die Zurückweisung ihres Gesuchs auf Erteilung von Weisungen bisweilen als statthaft erachtet, weil die Ablehnung der Anweisung zur Bauteilöffnung die Zurückweisung eines Gesuchs nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO darstelle. Dabei wird einerseits ohne jegliche Begründung von der Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde ausgegangen (z. B. OLG Karlsruhe, Beschluss

vom 8. Januar 2018, 19 W 41/17; OLG Celle, Beschluss vom 1. Dezember 2016, 5 W 49/19; OLG Rostock, Beschluss vom 4. Februar 2002, 7 W 100/01; OLG Bamberg, Beschluss vom 9. Januar 2002, 4 W 129/01, zitiert nach beck-online), andererseits die sofortige Beschwerde ohne weitere Begründung für zulässig erachtet, weil die Ablehnung der Anweisung zur Bauteilöffnung die Zurückweisung eines Gesuchs darstelle (z. B. OLG Jena, Beschluss vom 18. Oktober 2006, 7 W 302/06). Zum Teil wird zwar konzidiert, dass die Ablehnung einer Weisung an den Sachverständigen zwar keine ausdrückliche Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs darstelle, aber doch einer Aufhebung des Beweisbeschlusses gleichkomme und damit einer Zurückweisung des Beweissicherungsantrages (z. B. OLG Celle, Beschluss vom 8. Februar 2005, 7 W 147/04; OLG Frankfurt, Beschluss vom 13. November 2003, 15 W 87/03).

Dies überzeugt allerdings nicht. Das Gesuch ist lediglich als eine Anregung an das Gericht in Bezug auf eine von Amts wegen zu treffende Entscheidung zu verstehen. Als solche hat es verfahrensrechtlich keine eigenständige Funktion. Die Zurückweisung des Gesuchs lässt sich auch nicht als nachträgliche Zurückweisung des Antrags auf Einleitung des selbständigen Verfahrens an sich verstehen, die nach §§ 490 Abs. 1, 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO anfechtbar wäre. Durch die Entscheidung, dem Sachverständigen eine Anweisung zur Bauteilöffnung nicht zu erteilen, sondern diese dem Antragsteller zuzuweisen, hat das Landgericht den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nicht zurückgewiesen. Auch ihrem qualitativen Gewicht nach kann die Entscheidung nicht einer Zurückweisung gleichgestellt werden. Dem Antragsteller ist es unbenommen und auch zumutbar, die für die Begutachtung notwendige Bauteilöffnung selbst vorzunehmen, um das Verfahren nicht zum Stillstand zu bringen (z. B. OLG Schleswig, Beschluss vom 14. Dezember 2017, 16 W 152/17; OLG Köln, Beschluss vom 15. März 2010, 11 W 14/10). Dass hier keine Zurückweisung des Antrages auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens in Rede steht, kann auch daran abgelesen werden, dass

von der fraglichen Bauteilöffnung lediglich eine von 17 Beweisfragen berührt wird, zumal es auch nur um die Freilegung einer einzigen Silikonfuge geht.

Hinzu kommt, dass die Beweis- und Beschwerdemöglichkeiten im selbständigen Beweisverfahren nicht weitergehen als im Hauptprozess (z. B. Beschluss vom 9. Februar 2010, VI ZB 59/09). Im Hauptprozess ist eine Beweisanordnung aber grundsätzlich nicht selbständig anfechtbar, eine Ausnahme gilt entsprechend 252 ZPO allenfalls dann, wenn die Beweisanordnung faktisch zu einem Stillstand des Verfahrens führt (z. B. OLG Köln, Beschluss vom 15. März 2010, 11 W 14/10). Davon kann hier keine Rede sein, weil die Beantwortung der einen von der Bauteilöffnung berührten Beweisfrage lediglich davon abhängt, dass die Antragsteller die eine Silikonfuge am Waschtisch beseitigen, was ihnen jedenfalls mit einem Fachunternehmen unschwer möglich sein muss. Auch eine weitere Ausnahme kommt nicht in Betracht. Anfechtbar ist eine Beweisanordnung ausnahmsweise dann, wenn bereits diese Zwischenentscheidung für eine Partei einen bleibenden rechtlichen Nachteil zur Folge hat, der sich im weiteren Verfahren nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr vollständig beheben lässt (z. B. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2008, I ZB 118/07). Hier können die Antragsteller nicht nur selbst die Voraussetzungen für die weitere Begutachtung schaffen. Sie können in einem etwaigen Hauptsacheverfahren etwaige Rechtsfehler des Landgerichts hinsichtlich der Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren zur Überprüfung stellen. Einwendungen gegen das Gutachten im selbständigen Beweisverfahren können nämlich auch im Prozess noch vorgetragen werden und sind dort zu beachten (z. B. BGH, Beschluss vom 12. Mai 2011, IX ZR 155/10). Hierdurch sind die rechtlichen Interessen der Antragsteller hinreichend gewahrt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Trotz der divergierenden Entscheidungen mehrerer Oberlandesgerichte zur Statthaftigkeit und Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen eine unterbliebene Anweisung des Sachverständigen gemäß § 404a Abs. 1 ZPO durch das Gericht ist der Senat an einer Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO gehindert. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Rechtsbeschwerde nämlich nur statthaft, wenn bereits die sofortige Beschwerde statthaft war. War die Ausgangsentscheidung unanfechtbar, fehlt es auch an einer Grundlage für das Rechtsbeschwerdeverfahren (z. B. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2016, IX ZB 24/15).

**LG Rostock: Erklärt der Auftraggeber die Teilkündigung des Bauvertrags und hat der gekündigte Leistungsteil auf die Mangelfreiheit des verbleibenden Werks evidenten Einfluss, ist der Auftragnehmer weiterhin verpflichtet, den Auftraggeber zu informieren und ihm die Möglichkeit einzuräumen, den Mangleintritt zu verhindern
vorgestellt von Thomas Ax**

Der Auftragnehmer haftet für einen Mangel seiner Leistung auch dann, wenn die Mangelursache (auch) im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Auftragnehmer die ihm obliegenden Prüf- und Bedenkenhinweispflichten erfüllt hat. Erklärt der Auftraggeber die Teilkündigung des Bauvertrags und hat der gekündigte Leistungsteil auf die Mangelfreiheit des verbleibenden Werks evidenten Einfluss, ist der Auftragnehmer im Rahmen der ihm auch nach Vertragsschluss weiterhin obliegenden Obhuts-, Fürsorge- und Kooperationspflichten verpflichtet, den Auftraggeber zu informieren und ihm die Möglichkeit einzuräumen, den Mangleintritt zu verhindern. Die Hemmung der Verjährung innerhalb eines selbstständigen Beweisverfahrens ist zwar für jeden Mangel einzeln zu prüfen. Werden jedoch mehrere Gutachten wegen desselben Mangels eingeholt, kommt es auf den Zugang und die Erläuterung des letzten Gutachtens an. LG Rostock, Urteil vom 22.11.2019 - 1 S 177/18 vorhergehend: AG Rostock, 23.10.2018 - 45 C 13/18

Gründe

I.

Von der Wiedergabe des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat im tenorierten Umfang Erfolg.

1. Die Klage gegen die S-GmbH ist entgegen der Ansicht des Amtsgerichts zulässig. Dass der Kläger die Beklagte im Rubrum der Klageschrift

vom 4. Januar 2018 unrichtig als "D-Gesellschaft Rostock mbH" bezeichnet hat, obwohl diese bereits aufgrund Verschmelzungsvertrages vom 26. August 2014 auf die S-GmbH verschmolzen und somit aufgelöst worden ist (vgl. HRB-Auszug des Amtsgerichts Lübeck vom 3. Mai 2018, Anlage K9), ist unerheblich. Es handelt sich insoweit um eine auslegungsfähige (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - VII ZR 128/12 Rn. 13 m.w.N.), im Ergebnis unschädliche unrichtige Parteibezeichnung, die von Amts wegen zu berichtigen ist. Denn nach dem Gesamtzusammenhang der Prozessklärungen des Klägers - insbesondere der bereits im offensichtlichen Widerspruch zum Rubrum stehenden Betreffzeile der Klageschrift, des ersichtlichen Streitgegenstandes und der im selbstständigen Beweisverfahren vor dem Amtsgericht Rostock zum Aktenzeichen 49 H 2/15 erfolgten Anpassung des Passivrubums nach Hinweis der Beklagten mit dortigem Schriftsatz vom 23. April 2015 (vgl. Bl. 23 f., Bd. I der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15) - ist offenkundig, dass die S-GmbH als Rechtsnachfolgerin der D-Gesellschaft Rostock mbH und damit wahrer Rechtsträgerin erkennbar durch die Klage betroffen sein soll (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2003 - VII ZB 19/02, Rn. 8 ff., sowie Althammer, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage 2020, Vorbem. zu §§ 50-58 Rn. 7 m.w.N.). Dies konnte auch für die Beklagte als Prozessgegnerin und Erklärungsempfängerin nicht ernsthaft zweifelhaft gewesen sein (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 2009 - IX ZB 136/06 Rn. 9).

2. Die Klage ist im tenorierten Umfang begründet. Dem Kläger steht der in der Hauptsache begehrte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ (634 Nr. 4), 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 BGB zu.

a. Der Einbau der Duschtrennung im 2. Obergeschoss des klägerischen Wohnhauses ist sachmangelhaft erfolgt.

aa. Die Leistung als Werkunternehmer ist vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist

(§ 633 Abs. 2 BGB). Haben die Parteien die Beschaffenheit des Werkes nicht ausdrücklich vereinbart, ist ein für den vertraglich vorausgesetzten, d.h. den vom Besteller beabsichtigten und dem Unternehmer bekannten Gebrauch, hilfsweise ein für den gewöhnlichen, d.h. den nach Art des Werkes üblichen Gebrauch funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk geschuldet (BGH, Urteile vom 9. Juli 2002 - X ZR 154/00, Rn. 28, und vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, Rn. 15, jeweils m.w.N.). Soweit die Parteien nichts vorrangig anderes vereinbart haben, schuldet der Werkunternehmer auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages als Mindeststandard die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik (BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 - VII ZR 184/97, Rn. 11). Denn üblicherweise verspricht der Unternehmer bei Vertragsschluss stillschweigend deren Einhaltung (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12, Rn. 9).

bb. Diesen Anforderungen hat die Beklagte nicht genügt. Ausweislich des schlüssigen und von der Kammer nachvollzogenen Sachverständigengutachtens vom 25. August 2015 im selbstständigen Beweisverfahren vor dem Amtsgericht Rostock zum Aktenzeichen 49 H 2/15 steht die seitliche Glastrennwand nicht vollständig im Lot, ist die rechtsseitig der Tür (von außen gesehen) befindliche schmale Glaswand von unten nicht ordnungsgemäß verfugt und weist die geschlossene Dusche zwischen dem Ganzglas-Türelement und dem rechtsseitig befindlichen Seitenteil bei Verschluss am oberen Ende ein unteres Spaltmaß von 17 mm auf (vgl. Seite 7 f. des Gutachtens, Bl. 65 f., Bd. I der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15), was ausschließlich auf der fehlenden Silikonverfugung am unteren Ende der linken Seitenscheibe der Duschverkleidung beruht, der als Anschlussfuge zwischen Ganzglasscheibe und Fliesenboden nicht nur Dichtungs-, sondern auch Lastabtragungsfunktion zukommt (vgl. Seite 11 des Gutachtens, Bl. 69, Bd. I der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15).

bb. Soweit die Beklagte bestritten behauptet hat, der Kläger habe auf diese Verfugung verzichtet und damit eine bindende Vorgabe erteilt, die ihre Einstandspflicht für die Folgen des

Fehlens der Verfugung entfallen lassen habe, ist sie selbst bei Wahrunterstellung dieser Behauptung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO analog) nicht ihrer werkvertraglichen Einstandspflicht enthoben.

(1) Denn der Unternehmer haftet grundsätzlich auch dann, wenn die von ihm hergestellte Leistung mangelhaft ist und die Mangelursache (auch) im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn der Unternehmer seinen sonstigen auf die Vertragserfüllung gerichteten Sorgfaltspflichten nachgekommen ist und insbesondere die ihm obliegenden Prüf- und Bedenkenhinweispflicht erfüllt hat (Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 40ff. m.w.N.).

Daran fehlt es vorliegend. Die Beklagte hat als darlegungs- und beweisbelastete Partei (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2011 - VII ZR 87/11, Rn. 14) weder dargetan noch ist sonst ersichtlich, dass sie den Kläger im Zusammenhang mit dem Verzicht auf die untere Verfugung in der gebotenen Klarheit auf die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der fehlenden unteren Verfugung aufgrund deren Lastabtragungsfunktion hingewiesen und dem Kläger angeraten hat, die Verfugung in der gebotenen Form (vgl. insoweit die sachverständigen Feststellungen auf Seite 12 des Gutachtens vom 25. August 2015, Bl. 70, Bd. I der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15 i.V.m. Seite 3 des ergänzenden Sachverständigengutachtens vom 30. Juni 2017, Bl. 3, Bd. II der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15,) selbst auszuführen oder durch Dritte ausführen zu lassen.

(2) Eine andere Bewertung folgt auch nicht, sofern man den (behaupteten) Verzicht des Klägers auf die Verfugung als Teilkündigung des Werkvertrages ansähe (vgl. zu den engen Voraussetzungen einer solchen Teilkündigung: Reiter, in: BeckOGK BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 648 Rn. 25ff.; BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 212/07, Rn. 16 und 21). Denn aufgrund des infolge der Lastabtragungsfunktion evidenten Einflusses des gekündigten Leis-

ungsteils auf die Mangelfreiheit des verbleibenden Werkes wäre die Beklagte im Rahmen der ihr auch nach Vertragsschluss und (etwaiger) Teilkündigung weiterhin obliegenden nebenvertraglichen Obhuts-, Fürsorge- und Kooperationspflichten (vgl. von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 631 Rn. 92ff.; Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Auflage 2018, § 631 Rn. 5ff.) verpflichtet gewesen, den Kläger im vorgenannten Sinne zu informieren und ihm so die Möglichkeit einzuräumen, den Mangleintritt zu verhindern.

b. Ob die streitgegenständliche Duschabtrennung am 5. August 2014 abgenommen worden ist, kann dahinstehen. Denn auch wenn der Anwendungsbereich des geltend gemachten werkvertraglichen Schadensersatzanspruches gemäß §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich erst mit Abnahme eröffnet ist (vgl. grundlegend zur Anwendbarkeit der werkvertraglichen Gewährleistungsrechte vor bzw. ohne Abnahme: BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, Rn. 31; zur Entbehrlichkeit bei Abrechnungs- bzw. Abwicklungsverhältnissen: BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15, Rn. 44 ff., sowie zur Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts trotz zwischenzeitlichem Abrechnungs- bzw. Abwicklungsverhältnis: Kober, in: BeckOGK BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 634 Rn. 66), folgt derselbe Anspruch vor Abnahme im Ergebnis aus §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 BGB.

c. Der Kläger hat der Beklagten mit vorgerichtlichem Anwaltsschreiben vom 4. August 2017 (Anlage K7) erfolglos eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 30. September 2017 gesetzt. Im Übrigen hat die Beklagte das Vorhandensein von Mängeln durchgängig bestritten und damit ihre Einstandspflicht ernsthaft und endgültig verweigert (§§ 636, 281 Abs. 2 BGB).

d. Der Anspruch auf großen Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ (634 Nr. 4), 280 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 BGB ist entgegen der Ansicht der Beklagten nach sämtlichen in Betracht kommenden Verjährungsregelungen nicht verjährt.

aa. Hierbei kann dahinstehen, ob es sich bei Bejahung der werkvertraglichen Mängelrechte um eine nachträgliche Leistung an einem Bauwerk im Sinne von § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB (fünf Jahre) oder um die Herstellung einer (sonstigen) Sache gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB (zwei Jahre) handelt. In beiden Fällen ist der Schadensersatzanspruch nicht verjährt.

(1) Sofern der Einbau der Duschabtrennung als individuelle Einzelkonstruktion in handwerklicher Fertigung (vgl. Seite 7 des Sachverständigengutachtens vom 4. August 2016, Bl. 153, Bd. I der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15) und damit als nachträgliche Einfügung eines einrichtungsähnlichen Gegenstandes anzusehen wäre (vergleichbar mit individuellen Einbauküchen oder -schränken, vgl. Raab-Gaudin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 634a Rn. 288), liefe die fünfjährige Verjährungsfrist vom 6. August 2014 bis zum 5. August 2019. Bei Klageerhebung am 5. Januar 2018 wäre der Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 BGB daher noch nicht verjährt gewesen.

(2) Soweit der Einbau der Duschabtrennung nur als sonstige sachbezogene Werkleistung im Sinne von § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB anzusehen wäre, wäre die zweijährige Verjährungsfrist vom 6. August 2014 zunächst bis zum 5. August 2016 gelaufen.

(a) Aufgrund des (spätestens) am 23. April 2015 zugestellten Antrages auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens wäre die Verjährungsfrist jedoch gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 BGB bis mindestens zum 5. Januar 2018 (= Klageerhebung) gehemmt worden. Denn das letzte Gutachten im selbstständigen Beweisverfahren ist unter dem 5. Juli 2017 an die Parteien mit der Gelegenheit zur Stellungnahme versandt und nach Ablauf einer Frist von fünf Wochen weggelegt worden. Damit war die Beweisaufnahme frühestens am 5. Juli 2017, spätestens fünf Wochen später, beendet, sodass die Verjährungsfrist gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB bis mindestens zum 5. Januar 2018 gehemmt worden und insgesamt nicht vor Klageerhebung am 9. Januar 2018 abgelau-

fen wäre.

(b) Soweit die Beklagte einwendet, das selbstständige Beweisverfahren sei bereits nach dem ersten Gutachten unter dem 25. August 2015 beendet gewesen, trifft dies nicht zu. Zwar ist die Hemmung der Verjährung innerhalb eines selbstständigen Beweisverfahrens für jeden Mangel einzeln zu prüfen (OLG Koblenz, Urteil vom 17. Mai 2013 - 10 U 286/12, m.w.N.) Werden jedoch mehrere Gutachten wegen desselben Mangels eingeholt, kommt es naturgemäß auf den Zugang und ggf. die Erläuterung des letzten Gutachtens an (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 - VII ZR 86/92, Rn. 6 m.w.N.).

So liegt der Fall hier:

Sämtliche (Ergänzungs-)Gutachten befassen sich mit der streitgegenständlichen Glasabtrennung und den möglichen Schadensursachen. Demgemäß hält auch das letzte Gutachten im selbstständigen Beweisverfahren vom 30. Juni 2017 fest, wie die untere Verfügun ordnungsgemäß herzustellen ist (vgl. Seite 3 des Sachverständigengutachtens vom 30. Juni 2017, Bl. 3, Bd. II der beigezogenen Verfahrensakte 49 H 2/15).

bb. Unter Zugrundelegung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist der sich aus §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 BGB ergebende Schadensersatzanspruch aus den vorgenannten Erwägungen gleichsam nicht verjährt, wobei dahinstehen kann, ob auf diesen im Falle eines Abrechnungs- bzw. Abwicklungsverhältnisses § 634a BGB oder die §§ 195, 199 Abs. 1 BGB anzuwenden sind (vgl. Raab-Gaudin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 634a Rn. 154).

e. Der Schadensersatzanspruch ist auch nicht nach § 281 Abs. 1 Satz 3 letzter Hs. BGB ausgeschlossen. Die Pflichtverletzung der Beklagten ist erheblich. Für die Kammer bestehen entgegen der Ansicht der Beklagten keine ernsthaften Zweifel, dass der sachverständig festgestellte Mangel an der streitgegenständlichen Duschabtrennung angesichts des erheblichen Spaltmaßes und der daraus resultierenden Undichtigkeit sowie des sachverständig festgestellten Beseitigungsaufwandes von 500 Euro

(= 20 Prozent des Werklohnes) nicht nur bagatellhaft ist (vgl. zum diesbezüglichen Maßstab ergänzend: Lorenz, in: BeckOK BGB, 52. Edition, Stand: 1. November 2019, § 281 Rn. 74).

f. Die Leistungen sind daher schadensrechtlich rückabzuwickeln (§§ 281 Abs. 5, 346ff. BGB), wobei der Kläger als Mindestschaden im Grundsatz die wertmäßige Rückgewähr seiner Gegenleistung Zug um Zug gegen Rückgabe der Duschabtrennung verlangen kann (Antrag zu 1.).

Von der Vorschusszahlung in Höhe von 1.250 Euro ist jedoch der unstreitig bisher nicht gezahlte Restbetrag hinsichtlich der ordnungsgemäß verbauten und abgenommenen Dusche im Kellergeschoss in Höhe von 880 Euro abzuziehen, sodass ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von (1.250 Euro - 880 Euro =) 370 Euro verbleibt. Die Beklagte hat insoweit zulässig die Hilfsaufrechnung erklärt. Entgegen der Ansicht des Klägers steht der Hilfsaufrechnung auch nicht die zwischenzeitliche Verjährung des Werklohnanspruches der Beklagten entgegen. Beide Forderungen standen sich vielmehr in unverjährter Zeit aufrechenbar gegenüber (§ 215 BGB). Der mit Abnahme fällig werdende Vergütungsanspruch des Unternehmers verjährt gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB binnen drei Jahren (vgl. Mundt, in: BeckOGK BGB, Stand: 1. Oktober 2019, § 632 Rn. 440) und damit bei hier am 18. März 2014 erfolgter Abnahme (vgl. Anlage B5) mit Ablauf des 31. Dezember 2017. Bis zu diesem Zeitpunkt standen sich der Vergütungsanspruch und der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch aufrechenbar gegenüber, wobei dahinstehen kann, ob der Schadensersatzanspruch gemäß §§ (634 Nr. 4), 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 BGB mit Entstehung des Primäranspruches und damit mit der (bestrittenen) Abnahme am 5. August 2014 (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Januar 2014 - 4 U 149/13) oder erst mit den weiteren Voraussetzungen für die Entstehung des Sekundäranspruches und damit hier mit der zum 30. September 2017 fruchtlos abgelaufenen Nachfristsetzung im Sinne von § 199 BGB entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 1999 - VIII ZR 149/98, Rn. 19). Denn in beiden Fällen standen sich Forderung und Gegenforderung

vor Verjährung des Vergütungsanspruches ab 1. Januar 2018 aufrechenbar gegenüber.

3. Der Feststellungsantrag zu 2. ist zulässig und begründet. Wegen der möglichen erleichterten Vollstreckung (§§ 756, 765 ZPO) besteht ein Feststellungsinteresse des Klägers (§ 256 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte befindet sich spätestens seit dem 17. Februar 2018 mit der Rücknahme der Duschabtrennung in Annahmeverzug (§§ 293ff. BGB). Denn zumindest mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018, bei Gericht am 15. Februar 2018 eingegangen, am 16. Februar 2018 an den Kläger versandt (§ 270 Satz 2 ZPO), hat die Beklagte das klagweise geltend gemachte Rückabwicklungsbegehren abgelehnt. Eines tatsächlichen Angebots gemäß § 294 BGB hat es nicht mehr bedurft, das ausgesprochene wörtliche Angebot hat genügt (§ 295 BGB).

4. Der Feststellungsantrag zu 3. ist ebenfalls zulässig und begründet. An der Zulässigkeit des Feststellungsantrags für die weiteren materiellen Schäden bestehen keine Bedenken. Dem Kläger kann ein Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden, da sich der anspruchsbegründende Sachverhalt noch in der Fortentwicklung befindet. Dass der Anspruch bereits teilweise beziffert werden könnte, steht nicht entgegen (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 32. Auflage 2020, § 256 Rn. 7a). Der Antrag ist auch begründet. Es liegt auf der Hand, dass nach Ausbau der Duschabtrennung derzeit noch nicht hinreichend identifizier- und bezifferbare Renovierungs- bzw. Rückbaukosten entstehen werden.

5. Der Anspruch auf Erstattung der dem Kläger entstandenen vorgerichtlichen, grundsätzlich zweckentsprechenden Rechtsverfolgungskosten als Begleitschaden folgt aus § 280 Abs. 1 BGB. In diesem Zusammenhang kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht darauf an, ob der Kläger die vorgerichtlich entstandenen Gebühren gegenüber seinen anwaltlichen Bevollmächtigten bereits ausgeglichen hat. Der anderenfalls grundsätzlich nur bestehende Freistellungsanspruch nach § 257 BGB wandelt sich in einen Zahlungsanspruch nämlich zum einen schon dann um, wenn wie hier eine Inanspruchnahme des Gläubigers

durch den Dritten mit Sicherheit zu erwarten ist (vgl. Bittner, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 257 Rn. 8 m.w.N.). Zum anderen hat die Beklagte mit ihrem Klageabweisungsantrag eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck gebracht, womit das Erfordernis einer vergeblichen Fristsetzung nach § 250 Satz 1 BGB als Voraussetzung eines Zahlungsanspruches entfällt (vgl. Grünberg, in: Palandt, BGB, 77. Auflage, 2018, § 250 Rn. 2 m.w.N.) bzw. der Kläger gemäß §§ 281 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB statt der Leistung in Form der Freistellung Schadensersatz verlangen kann (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 13. Juni 2013 - 4 U 26/13, Rn. 107 m.w.N.).

6. Die tenorierten Verzugszinsansprüche ergeben sich aus §§ 291 Satz 1, 187 Abs. 1 BGB. Die Klageschrift ist der Beklagten am 31. Januar 2018 zugestellt worden.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Da sich das selbständige Beweisverfahren nur auf die streitige Hauptforderung bezieht, die im Grundsatz begründet ist, ist es gerechtfertigt, die Beklagte die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens tragen zu lassen. Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 45 Abs. 3, 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO. Dem Antrag auf Zug um Zug-Verurteilung kommt bei der Streitwertbemessung keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. November 2014 - 12 U 256/14, Rn. 8 m.w.N., jedenfalls soweit es sich nicht um eine gleichartige Gegenleistung handelt, vgl. OLG Bamberg, Beschluss vom 3. Juli 2019 - 4 W 46/19, Rn. 11). Vergleichbares gilt für den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges (Additionsverbot infolge wirtschaftlicher Identität mit dem Antrag zu 1.,

vgl. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 7. März 2012 - 10 W 17/12, m.w.N.).

Der nicht zugelassene Schriftsatz der Beklagten gibt keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung

**OLG Jena: Eine fristlose Kündigung ist zugleich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung
vorgestellt von Thomas Ax**

Voraussetzung für eine wirksamen Kündigung des Vertrags (Entziehung des Auftrags) ist im Grundsatz eine Fristsetzung mit Ankündigung der Auftragsentziehung nach § 4 Abs. 7 VOB/B (BGH, Urteil vom 08.10.1987 - VII ZR 45/87; Urteil vom 02.10.1997 - VII ZR 44/97; Urteil vom 13.03.2008 - VII ZR 194/06 -, BGHZ 176, 23-35, Rn. 22; Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07; Urteil vom 12.01.2012 - VII ZR 76/11 -, BGHZ 192, 190-197, Rn. 7). Eine Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert (BGH, Urteil vom 01.10.1986 - VIII ZR 132/85; Urteil vom 29.06.1989 - VII ZR 330/87; Urteil vom 20.04.2000 - VII ZR 164/99). An die Feststellung, dass die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert worden ist, muss ein strenger Maßstab angelegt werden (BGH, Urteil vom 21.03.1974 - VII ZR 139/71). Eine fristlose Kündigung ist zugleich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (BGH, Urteil vom 29.06.1989 - VII ZR 330/87; Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98 BGHZ 143, 89-95, Rn. 27; Urteil vom 07.05.2001 - VII ZR 209/99). Das Kündigungsrecht nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B erfasst über seinen Wortlaut hinaus auch andere Fälle der groben Vertragsverletzung. Voraussetzung ist eine Vertragsverletzung der anderen Partei von solchem Gewicht, dass eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist. Eine Pflichtverletzung liegt in einer ungerechtfertigten Kündigung des Vertragspartners, wenn dadurch die endgültige Verweigerung der Leistung zum Ausdruck kommt (BGH, Urteil vom 29.06.1989 - VII ZR 330/87; Urteil vom 23.05.1996 - VII ZR 140/95; Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98 -, BGHZ 143, 89-59, Rn. 27, Rn. 32; Urteil vom 05.07.2001 - VII ZR 201/99; Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07; OLG Frankfurt, Urteil vom 28.04.2017 - 29 U 166/16 Rn. 38). OLG Jena, Urteil vom 27.06.2019 - 8 U 874/18 vorhergehend: LG Meiningen, 15.11.2018 - 1 O 718/17 nachfolgend: BGH, Beschluss vom 25.03.2020 - VII ZR

168/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gründe:

Die Klägerin macht nach Kündigung eines Bauvertrags einen Anspruch auf Feststellung einer Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme von Mehrkosten und zur Zahlung von Rechtsanwaltskosten geltend. Die Klägerin beabsichtigte, eine Sporthalle mit der Bezeichnung Wolfsgrube umzubauen und zu sanieren. Dabei sollten vorhandene Risse in den Bindern saniert und die Binder/die Untergurte höher gesetzt werden. Die Klägerin beauftragte die ### GmbH mit Erstellung eines Leistungsverzeichnisses und Ausführungsplanung. Die ### GmbH erstellte Leistungsverzeichnis und Ausführungspläne u.a. für Binderumbau. Danach war die Herstellung eines Flächengerüsts in der Halle durch einen Dritten vorgesehen, für die Durchführung der Arbeiten an den Bindern sollte das Aufsetzen ein weiteres Gerüsts auf das Flächengerüst möglich sein. In dem Leistungsverzeichnis Los 10 Binderumbau hieß es u.a.:

Werden Gerüste bauseits bereitgestellt, so können sie unter der Voraussetzung der Verkehrssicherheit vom Auftragnehmer auf eigene Gefahr benutzt werden. ...

Als Arbeitsfläche steht bauseits ein Flächengerüst (Lastgruppe F4) unterhalb der umzubauenen Binder zur Verfügung. Die Klägerin schrieb u.a. die Leistungen gem. Los 10 des Leistungsverzeichnisses aus. Teil der Ausschreibung waren die absoluten "besonderen Vertragsbedingungen". In diesen hieß es:

Ausführungsfristen (§ 5 VOB/B)

1.1 Fristen für Beginn und Vollendung der Leistung (= Ausführungsfristen)

Mit der Ausführung ist zu beginnen am 20.04.2017. Die Beklagte erhielt den Zuschlag. In den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag war die VOB/B 2016 einbezogen. Die

Beklagte erhielt Schnitte, Grundrisse und Ansichten. Nach der im Auftrag der Klägerin erstellten Planung sollte ein bestimmtes Flächengerüst errichtet werden. Am 22.03.2017 fand ein Ortstermin statt. In diesem Zusammenhang erklärten die Vertreter der Beklagten, dass das geplante Flächengerüst für die Durchführung der Arbeiten ungeeignet sei. Die Beklagte zeigte Behinderung an. Mit Schreiben an die Klägerin vom 13.04.2017 legte sie ein Angebot über die Errichtung eines anderen Flachgerüsts vor. Nach weiterem Schriftwechsel schlossen die Parteien eine am 14.06.2017 bzw. 20.06.2017 unterzeichnete Vereinbarung, in der es hieß:

Vorbemerkung:

...

Damit die Arbeiten nicht behindert werden, schließen die Parteien folgende Vereinbarung:

1. Die Stadt Suhl erteilt an eine Drittfirma den Auftrag zur Errichtung, den Vorhalt und den Abbau eines Gerüsts, wie es in dem Angebot des AN vom 13.04.2017 beschrieben ist. Die Klägerin übersandte an die Beklagten mit Schreiben vom 20.06.2017 eine von der ### GmbH gefertigte, auf den 09.05.2017 datierte Stellungnahme der ### GmbH zu den Bedenken der Beklagten. Die Klägerin ließ ein Flächengerüst entsprechend dem Angebot der Beklagten vom 13.04.2017 herstellen. Am 23.06.2017 wurde das hergestellte Flächengerüst von einer Vertreterin der Regionalinspektion Süd Thüringen, Abteilung Arbeitsschutz in Augenschein genommen. Am 27.06.2017 fand ein gemeinsamer Ortstermin der Parteien statt, bei dem die Vertreter der Beklagten erklärten, um die für ihre Arbeiten erforderlichen Gerüste aufsetzen zu können, sei ein zusätzlicher Plattenbelag erforderlich. Zudem müsse das Gerüst vor Beginn der Arbeiten vom Amt für Arbeitssicherheit freigegeben werden. Am 03.07.2017 fand ein Ortstermin mit Vertretern des Amts für Arbeitssicherheit und der Berufsgenossenschaft statt. Die Klägerin beauftragte Anwälte mit der außergerichtlichen Interessenwahrnehmung. Mit Schreiben vom 05.07.2017 teilten diese der Beklagten mit, dass ein Termin

mit Vertretern der Berufsgenossenschaft stattgefunden habe. Dabei habe nicht festgestellt werden können, ob das vorhandene Gerüst für die Arbeiten der Beklagten ausreiche. Die Beklagte habe zugesagt, Modalitäten der eigenen Leistungserbringung, die für die Gerüstfrage von Bedeutung sei, vorzulegen. Die Bevollmächtigten der Beklagten antworteten mit Schreiben vom 07.07.2017 und teilten dabei mit, dass nach der Vereinbarung beim Ortstermin vom 03.07.2017 durch eine bauseits zu erstellende Statik überprüft werden solle, ob das Gerüst tatsächlich den Anforderungen der Lastklasse 5 entspreche. Die von der Beklagten angekündigte Zuarbeit für die Erstellung der Statik werde vorgelegt werden. Mit E-Mail vom 07.07.2017 übersandte die Beklagte Angaben zu dem von ihr beabsichtigten Vorgehen bei der Durchführung der Arbeiten. Die Klägerin beauftragte einen Statiker mit der Prüfung der Statik des Gerüsts. Dieser legte eine auf den 22.07.2017 datierte Stellungnahme vor. Diese kam zu dem Ergebnis, dass das Gerüst statisch unbedenklich sei. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 26.07.2017 an die Klägerin die Kündigung des Vertrags unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 7 VOB/B. Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 01.08.2017 an die Beklagte wegen der Kündigung durch die Beklagte ihrerseits die Kündigung des Vertrages. Die Stellungnahme des Statikers vom 22.07.2017 wurde der Beklagten erst nach der Kündigung übermittelt.

Die Klägerin hat behauptet, eine genaue Bestimmung des Umfangs der zu sanierenden Risse sei erst nach Aufstellung des Gerüsts möglich gewesen. Die von ihr der Beklagten überlassenen Unterlagen seien eine für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten der Beklagten ausreichende Ausführungsplanung gewesen. Eines weitergehenden "Sanierungskonzepts" habe es insoweit nicht bedurft. Schon das ursprünglich geplante Flächengerüst sei für das Aufsetzen von Gerüsten für die Durchführung der Arbeiten durch die Beklagte geeignet gewesen. Das aufgrund der Vereinbarung mit der Beklagten hergestellte Flächengerüst sei ebenfalls ordnungsgemäß und ohne weitere Plattenaufgaben für die Durchführung der Arbeiten durch die Beklagten geeignet gewesen.

Aufgrund der Kündigung der Beklagten verzögerte sich die Fertigstellung der Renovierungsarbeiten nach Beauftragung eines anderen Unternehmens. Die Kosten für die Leistungserbringung fielen höher aus. Aufgrund der Verzögerung entstünden ihr weitere Schäden. Der voraussichtliche Schaden, den sie noch nicht abschließend beziffern könne, betrage ca. 170.000,00 Euro. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ein ggf. erforderlicher Nachweis über die Tragfähigkeit des Flächengerüsts habe vorgelegen, dieser Nachweis sei der Prüfbericht des Statikers vom 22.07.2017. Die Klägerin hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin etwaige Mehrkosten aus der Neubeauftragung der Leistung Los 10 - Binderumbau - bei dem Bauvorhaben Sporthalle Wolfgrube der Klägerin in Suhl sowie weitere Schäden aus der unberechtigten Kündigung der Beklagten vom 26.07.2017 und der berechtigten Kündigung der Klägerin vom 01.08.2017 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.874,92 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten hieraus ab Klagezustellung zu bezahlen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagte hat behauptet, die vorgelegten Unterlagen seien als Grundlage für die durchzuführenden Arbeiten nicht ausreichend gewesen. Es habe insbesondere der Vorlage eines Sanierungskonzepts bedurft. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands I. Instanz wird auf den Tatbestand der landgerichtlichen Entscheidung Bezug genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es könne im Ergebnis dahinstehen, ob die Beklagte zur Kündigung berechtigt gewesen sei. Denn selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sei, fehlten die Voraussetzungen für einen Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz aufgrund einer Kündigung aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1, Nr. 2 S. 1 VOB/B analog. Die Klägerin habe die für eine außerordentliche Kündigung notwendige Fristsetzung mit Kündigungsandrohung unterlassen. Die Kündigung der Klägerin sei damit als freie Kündigung gemäß § 8

Abs. 1 VOB/B zu qualifizieren, so dass ein Schadenersatzanspruch nicht bestehe. Eine Fristsetzung sei nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen. Entbehrlichkeit der Fristsetzung wäre dann anzunehmen gewesen, wenn die Vertragsverletzung der Beklagten so schwer gewogen hätte, dass eine Vertragsfortführung für die Klägerin nicht zumutbar gewesen wäre oder die Beklagte die Vertragserfüllung endgültig und ernsthaft verweigert hätte. Dies sei jedoch nicht der Fall. Die Beklagte habe lediglich von dem Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B Gebrauch gemacht. Hierin liege weder eine besonders gravierende Vertragsverletzung noch eine endgültige und ernsthafte Verweigerung der Leistungserbringung. Die am 14.06./20.06.2017 von den Parteien geschlossene Vereinbarung enthalte keine Vereinbarung über einen neuen Termin zum Beginn der Arbeiten.

Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihre erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche weiter. Sie beanstandet, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft die Voraussetzungen einer berechtigten Kündigung durch die Beklagte nach § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B angenommen habe. Eine Unterbrechung der Ausführungen der von der Beklagten geschuldeten Leistungen habe nicht vorgelegen. Eine Untätigkeit des Werkunternehmers, die auf einer unberechtigten Verweigerung der Leistung trotz Möglichkeit zur Leistungserbringung beruhe, sei keine Unterbrechung. Nach ihrem Vortrag liege deshalb schon keine Unterbrechung der Ausführung vor. Jedenfalls fehle es an der Voraussetzung einer länger als drei Monate währenden Unterbrechung. Denn auch sofern die Ausführung der Leistungen durch die Beklagte zunächst nicht möglich gewesen wäre, hätte in der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 14.06./20.06.2017 eine Änderung der Baubeginnfrist gelegen, so dass die mit dem 14.06.2017 beginnende Dreimonatsfrist zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht abgelaufen gewesen wäre. Das Landgericht habe zudem zu Unrecht die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch aufgrund einer erheblichen Pflichtverletzung durch die Beklagte durch die Kündigung verneint. Die ungerechtfertigte

Kündigung durch die Beklagte stelle eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die sie zur außerordentlichen Kündigung berechtigt habe. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung sei auch eine Nachfristsetzung entbehrlich, weil in der Kündigung durch die Beklagte eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liege, die das Erfordernis einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung entfallen lasse. In der vom Landgericht herangezogenen Entscheidung des OLG Frankfurt werde die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung angenommen.

Die Klägerin beantragt, unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Meiningen vom 15.11.2018, Az.: (218) 1 O 718/17, wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin etwaige Mehrkosten aus der Neubeauftragung der Leistung Los 10 - Binderumbau - bei dem Bauvorhaben Sporthalle Wolfsgrube der Klägerin in Suhl sowie weitere Schäden aus der unberechtigten Kündigung der Beklagten vom 26.07.2017 und der berechtigten Kündigung der Klägerin vom 01.08.2017 zu bezahlen und die Beklagte zur Zahlung von EUR 2.874,92 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten hieraus ab Klagezustellung zu verurteilen, hilfsweise den Rechtsstreit an das Landgericht Meiningen zurückzuverweisen. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Berufung. Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Zwischenvereinbarung vom 14.06./20.06.2017 für den Fristlauf ohne Bedeutung sei. Sie habe bis zur Kündigung die vertraglich geschuldeten Leistungen nicht erbringen können, weil die erforderliche Ausführungsplanung nicht vorgelegen habe und das von der Klägerin gestellte Gerüst für die Durchführung der Arbeiten nicht geeignet gewesen sei. Eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der Beklagten scheidet schon deshalb aus, weil sie nach der Besprechung vom 27.06.2017 Mitwirkungshandlungen für die Erstellung des statischen Nachweises erbracht habe. Mit Schriftsatz vom 13.06.2009 bekräftigt die Beklagte ihre Auffassung, die Vereinbarung vom 14.06.2017 enthalte keine Regelung zur Verschiebung des Ausführungs-

beginns. Die Klägerin habe nur pauschal die Behauptung aufgestellt, der Dreimonatszeitraum sei bei Kündigung durch die Beklagte noch nicht verstrichen gewesen.

Auf eine ausdrücklich oder stillschweigend ein Verschiebung des Baubeginns durch die Vereinbarung haben sie sich dagegen nie berufen. Es fehle deshalb an Sachvortrag für eine Vereinbarung über die Verschiebung. Selbst sofern ein solcher Vortrag durch die Klägerin gehalten worden sein sollte, wäre dieser bestritten worden. Die Beklagte habe wiederholt in Abrede gestellt, dass die Vereinbarung Einfluss auf die Berechnung der Dreimonatsfrist habe. Sie habe damit eventuellen Sachvortrag der Klägerin bestritten. Die Klägerin hätte keinen geeigneten Beweis angeboten. Wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls sei eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung auch nach der durch sie ausgesprochenen Kündigung erforderlich gewesen. Die Beklagte habe nach dem bei Erklärung der Kündigung bei ihr bestehenden Kenntnisstand davon ausgehen dürfen, dass sie zur Kündigung berechtigt sei. Sie haben insbesondere keine Kenntnis von der baustatischen Überprüfung des Gerüsts gehabt. Es fehle deshalb an einer besonders schwerwiegenden Vertragsverletzung, sodass das Erfordernis der Fristsetzung nicht entfalle. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten als Schadenersatz statt der Leistung aus § 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 VOB/B, §§ 280, 281, 249 BGB nach wirksamer außerordentlicher Kündigung mit Erklärung vom 01.08.2017 zu. Der anspruchsbegründende Tatbestand ist erfüllt.

a) Der aufgrund der Zuschlagerteilung an die Beklagte zustande gekommene Werkvertrag war durch die Kündigungserklärung durch die Beklagte vom 26.07.2017 nicht beendet. Die Beklagte war, anders als das Landgericht ange-

nommen hat, nicht zur Kündigung berechtigt. Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B lagen nicht vor.

aa) Dabei kann dahinstehen, ob zum Zeitpunkt der Kündigung durch die Beklagte eine Unterbrechung der Ausführung der Leistungen vorlag, d.h. Arbeiten durch die Beklagte infolge von Behinderungen nicht ausgeführt werden konnten oder, wie die Klägerin behauptet, die Beklagte die Erbringung der Leistung verweigert hat, ohne dazu berechtigt zu sein.

bb) Denn jedenfalls lag im Zeitpunkt der Kündigung keine Unterbrechung mit einer Dauer von länger als 3 Monaten vor. Einer Unterbrechung der Bauausführung steht die Verschiebung des Baubeginns gleich (BGH, Urteil vom 13.05.2004 - VII ZR 363/02 -, BGHZ 159, 161-168, Rn. 14). Bei einer Verzögerung des Baubeginns ist für die Fristberechnung maßgeblich der vereinbarte Zeitpunkt für den Beginn der Ausführung. Die Parteien haben durch Abschluss der Vereinbarung vom 14.06./20.06.2017 vereinbart, dass die Arbeiten nicht - wie ursprünglich vorgesehen - am 20.04.2017, sondern nach Errichtung des Flachgerüsts gemäß Vereinbarung beginnen sollen. Die Dreimonatsfrist lief damit frühestens im September 2017 ab. Zwar enthält die Vereinbarung keine ausdrückliche Regelung zu einer Neubestimmung des ursprünglich für den Beginn der Arbeiten vorgesehenen Termins 20.04.2017. Die Vereinbarung enthält jedoch eine entsprechende stillschweigende Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Termins um den für die Errichtung des Flachgerüsts gemäß Vereinbarung erforderlichen Zeitraum, der dem Vorlaufzeitraum zwischen Vertragsschluss und ursprünglichem Beginnstermin entspricht. Die gegen die Annahme einer stillschweigenden Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Termins vorgebrachten Argumente der Beklagten sind unzutreffend. Sachvortrag zu einer Vereinbarung über eine Verschiebung des Termins liegt in dem Vortrag über den Abschluss der Vereinbarung. Dieser Vortrag ist nicht bestritten worden. Die Annahme der Beklagten, die Vereinbarung habe keinen Einfluss auf die Berechnung der Dreimonatsfrist, betrifft eine Rechtsfrage.

b) Die Klägerin hat den Werkvertrag mit der Beklagten mit Schreiben vom 01.08.2017 an die Beklagte wirksam außerordentlich gekündigt.

aa) Die Beklagte hat durch die Erklärung der Kündigung vom 26.07.2017 in erheblicher Weise ihre Pflichten gegenüber der Klägerin aus dem Werkvertrag verletzt. Das Kündigungsrecht nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B erfasst über seinen Wortlaut hinaus auch andere Fälle der groben Vertragsverletzung. Voraussetzung ist eine Vertragsverletzung der anderen Partei von solchem Gewicht, dass eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist. Eine Pflichtverletzung liegt in einer ungerechtfertigten Kündigung des Vertragspartners, wenn dadurch die endgültige Verweigerung der Leistung zum Ausdruck kommt (BGH, Urteil vom 29.06.1989 - VII ZR 330/87; Urteil vom 23.05.1996 - VII ZR 140/95; Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98 -, BGHZ 143, 89-59, Rn. 27, Rn. 32; Urteil vom 05.07.2001 - VII ZR 201/99; Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07; OLG Frankfurt, Urteil vom 28.04.2017 - 29 U 166/16 Rn. 38). Die Kündigung durch die Beklagte war, wie ausgeführt, unabhängig davon, ob ihr bestrittener Vortrag zutrifft, unberechtigt, weil, ausgehend von dem vereinbarten geänderten Baubeginnstermin, die Dreimonatsfrist nicht abgelaufen war. Es bedarf deshalb keiner Beweisaufnahme über die zwischen den Parteien streitigen Fragen. Die Kündigung war als endgültige Verweigerung der Leistung zu verstehen.

bb) Die Kündigung durch die Klägerin konnte vorliegend, anders als das Landgericht angenommen hat, auch ohne vorherige Fristsetzung mit Ankündigung der Auftragsentziehung wirksam erfolgen, weil die Beklagte mit der Kündigung die Leistungserbringung endgültig und ernsthaft verweigert hat. Voraussetzung für eine wirksamen Kündigung des Vertrags (Entziehung des Auftrags) ist im Grundsatz eine Fristsetzung mit Ankündigung der Auftragsentziehung nach § 4 Abs. 7 VOB/B (BGH, Urteil vom 08.10.1987 - VII ZR 45/87; Urteil vom 02.10.1997 - VII ZR 44/97; Urteil vom 13.03.2008 - VII ZR 194/06 -, BGHZ 176, 23-35, Rn. 22; Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 212/07; Urteil vom 12.01.2012 - VII ZR 76/11 -, BGHZ

192, 190-197, Rn. 7). Eine Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert (BGH, Urteil vom 01.10.1986 - VIII ZR 132/85; Urteil vom 29.06.1989 - VII ZR 330/87; Urteil vom 20.04.2000 - VII ZR 164/99). An die Feststellung, dass die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert worden ist, muss ein strenger Maßstab angelegt werden (BGH, Urteil vom 21.03.1974 - VII ZR 139/71). Eine fristlose Kündigung ist zugleich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (BGH, Urteil vom 29.06.1989 - VII ZR 330/87; Urteil vom 28.10.1999 - VII ZR 393/98 BGHZ 143, 89.95, Rn. 27; Urteil vom 07.05.2001 - VII ZR 209/99). Auf das Gewicht der in der Kündigung liegenden Vertragsverletzung und die Frage, ob die Beklagte nach dem bei Erklärung der Kündigung bei ihr bestehenden Kenntnisstand davon ausgehen habe dürfen, dass sie zur Kündigung berechtigt sei, kommt es, anders als die Beklagte geltend macht, nicht an.

2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung von 2.874,92 Euro nebst Zinsen wegen der Kosten für die Beauftragung von Rechtsanwälten aus § 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 VOB/B, §§ 280, 281, 249 BGB zu. Der anspruchsausfüllende Tatbestand ist nicht gegeben. Die geltend gemachten Rechtsanwaltskosten beruhen nicht auf der Pflichtverletzung durch ungerechtfertigte Kündigung durch die Beklagte. Die Klägerin hatte die, mit der Geltendmachung der Mehrkosten tätigen Rechtsanwälte bereits vor der Kündigung beauftragt, so dass es an einer Kausalität der Kosten der außergerichtlichen Unterstützung durch die Rechtsanwälte und der Pflichtverletzung fehlt. Bei der Beauftragung der Rechtsanwälte mit der Wahrnehmung der Interessen der Klägerin gegenüber der Beklagten im Zusammenhang mit den von dieser geltend gemachten Behinderungen im Juni 2017 und der späteren Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Mehrkosten handelt es sich um dieselbe Angelegenheit. Wird ein Auftrag wegen eines als rechtswidrig angesehenen Verhaltens eines Vertragspartners erteilt und führt eine Fortsetzung dieses rechtswidrigen Verhaltens später

zu einer Beendigung des Vertrages und zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Vertragspartners, so liegt insgesamt nur eine gebührenrechtliche Angelegenheit vor.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist im Hinblick auf den Schriftsatz der Beklagten vom 13.06.2019 nicht veranlasst. Der Schriftsatz enthält keine Gesichtspunkte, die im Rahmen des durch § 156 Abs. 1 ZPO dem Gericht eingeräumten Ermessen, d.h. auch unter Berücksichtigung der Konzentrationsmaxime, eine Wiedereröffnung rechtfertigen würden. So sind im Hinblick auf die Ausführungen auch keine weiteren tatsächlichen Feststellungen erforderlich. Umstände i.S. § 156 Abs. 2 ZPO, die eine Wiedereröffnung gebieten würden, liegen nicht vor.

**OLG Naumburg: Klägerin hat im Wege ergänzender Vertragsauslegung das Risiko einer höheren Störkörperbelastung übernommen
vorgestellt von Thomas Ax**

Fordert ein Auftraggeber letztlich (d.h. trotz eines überwiegend konstruktiv formulierten Leistungsverzeichnisses) ein funktionales Angebot unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird die Bauwerksplanung Bestandteil des Angebots des Bieters und - im Falle der nicht abändernden Zuschlagserteilung - auch Gegenstand des Bauvertrages (vgl. Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Aufl. 2017, § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 25 m.w.N.). Sind in einem der Ausschreibung beiliegenden Bodengutachten bestimmte Bodenverhältnisse beschrieben, so werden sie regelmäßig zum Leistungsinhalt erhoben, wenn sie für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind (vgl. BGH, Urteil v. 20.08.2009, VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158). Eine verbindlich vorgegebene obere Kalkulationsgröße (OKG) ist keine für die Preisermittlungsgrundlagen i.S. von § 2 Abs. 5 VOB/B maßgebliche Anordnung. Diese Vorgabe dient der Gewährleistung einer höheren Vergleichbarkeit der Angebote und insbesondere der Qualitätssicherung.

Für die Auslegung der Leistungsbeschreibung ist auf die objektivierte Sicht eines vernünftigen und fachkundigen Wirtschaftsteilnehmers abzustellen, dessen Betrieb auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen eingerichtet ist und der die Gepflogenheiten des konkreten öffentlichen Auftraggebers nicht kennt, d.h. auf die Sicht eines potenziellen Teilnehmers an der Ausschreibung. Bei einer EU-weiten Ausschreibungspflicht, wie hier, ist auf den potenziellen Bieter im EU-Binnenmarkt abzustellen. In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass das Risiko bloßer Erschwernisse bei der Ausführung der Leistung grundsätzlich dem Auftragnehmer originär zugeordnet ist (vgl. Keldungs, a.a.O., § 2 Abs. 5 VOB/B, Rn. 16 m.w.N.). So liegt der Fall hier: Die Klägerin hat in beiden Bauverträgen jeweils ausdrücklich oder zumindest im Wege ergänzender Vertragsauslegung

das Risiko einer höheren Störkörperbelastung übernommen. Diese Risikozuweisung an den jeweiligen Auftragnehmer war kalkulatorisch beherrschbar und deswegen den Bietern zumutbar. Insbesondere war hieraus aber von Anfang an erkennbar, dass eine höhere vorgefundene Störkörperdichte gegenüber der angegebenen Prognose eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nicht rechtfertigen können sollte. Die hier vorgenommene Auslegung der beiden Bauverträge bezüglich der Risikotragung des Auftragnehmers für Erschwernisse wegen erhöhter Störkörperbelastungen entspricht im Übrigen der Bewertung gleichartiger Verträge über Leistungen zur Kampfmittelräumung in der bisherigen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Naumburg (vgl. Urteil v. 22.01.2002, 1 U (Kart) 2/01, Urteil v. 22.03.2005, 1 U 65/04, sowie Urteil v. 15.12.2005, 1 U 5/05). Zwar erfüllte auch eine sog. stillschweigende Anordnung den Tatbestand der genannten Norm, d.h. eine Situation, in welcher sich für beide Vertragspartner unvorhergesehen schwierigere, von den bisherigen Vergütungsvereinbarungen nicht erfasste Bedingungen für die Ausführung der Vertragsleistungen ergeben und der Auftraggeber in Kenntnis dessen den Auftragnehmer - weiter - die Leistung ausführen lässt.

Hieran fehlt es. Eine stillschweigende Anordnung setzt eine Mitteilung des Auftragnehmers über die eingetretene Abweichung vom Bauentwurf voraus. Die einfache Mitteilung des Auftragnehmers allein rechtfertigt noch nicht die Annahme einer Einwirkung des Auftraggebers (vgl. nur OLG Naumburg, Urteil v. 15.12.2005, 1 U 5/05). Hinzutreten müsste eine entsprechende, auf Fortsetzung der Arbeiten gerichtete Erklärung bzw. Verhaltensweise, welche einer Änderung des Bauentwurfs gleichzusetzen wäre, und durch die dann der erhöhte Aufwand bewirkt worden wäre. Der Auftragnehmer hat im Falle von Mengenüberschreitungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B keine Ankündigungs- oder Hinweispflicht. Er muss die Vereinbarung eines neuen Einheitspreises nur verlangen (vgl. Thüringer OLG, Urteil v. 29.05.2003, 7 U 1205/02, nachgehend: BGH, Beschluss v. 13.01.2005, VII ZR 243/03; ebenso BGH, Urteil

v. 08.08.2019, VII ZR 34/18). OLG Naumburg, Urteil vom 30.10.2019 - 2 U 113/18 vorhergehend: LG Magdeburg, 16.07.2018 - 10 O 1176/15

Gründe

A.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten weiteren Werklohn für Kampfmittelräumungsarbeiten auf einem Truppenübungsplatz. Die Beklagte betreibt seit dem Jahre 2003 auf dem Truppenübungsplatz A. einem über 9.000 Hektar großen und seit 1891 genutzten militärischen Übungsgelände im F., die schrittweise Kampfmittelräumung durch Fachunternehmen. Im Herbst 2013 führte die Zentrale Vergabestelle des Landesbetriebes Bau- und Liegenschaftsmanagement Sachsen-Anhalt in Bundesauftragsverwaltung für die Beklagte (künftig verkürzt: die Beklagte) eine öffentliche Ausschreibung eines Tiefbauauftrags "Kampfmittelräumung Truppenübungsplatz A." (künftig: KMR) in vier Gebietslosen (Räumungsabschnitte J bis Q südlich R.) mit einer Zuschlagslimitierung von maximal zwei Losen je Bieter durch. Die Lose 3 und 4 waren mit einer Fläche von ca. 102,0 Hektar bzw. einer Fläche von ca. 76,9 Hektar die beiden umfangreichsten Teilaufträge. Die Allgemeine Leistungsbeschreibung enthielt unter Ziffer 2.2 (vgl. Anlage K 1.5, S. 11 f.) folgende Hinweise zur Störkörperbelastung der Räumstellen:

"Die Daten zur Störkörperbelastung wie auch zur Belastung mit Kampfmitteln etc. im Einzelnen entstammen i.W. der Testfelderkundung 2003. Zu beachten ist, dass die Vorerkundung nur auf ca. 0,3 % der jeweiligen Gesamtfläche (1 TF je Sektor) durchgeführt wurde. Weiterhin wurde auch die verdichtende Testfelderkundung aus dem Jahr 2008 zur Auswertung herangezogen.

Darüber hinaus ist unter Berücksichtigung der Historie des Platzes damit zu rechnen, dass auch in anderen als den bereits identifizierten Bereichen Trichter und/ oder mit Kampfmitteln verfüllte Hohlformen oder auch andere kampfmittelrelevante, bisher unbekannte Besonderheiten auftreten. ..."

21

Die Testfelderkundungen im Gebietslos 3 waren von der Beklagten in acht Sektoren vorgenommen worden. Zur Störkörperbelastung dieser Testflächen enthielt die Leistungsbeschreibung (ebenda, S. 12) folgende Angaben:

"Störpunkte (Stück)/m² - von 0,30 bis 2,0 - im Mittel: 1,2

KM (Stück)/ 2.500 m² - keine

KMT und -schrott zzgl. Zivilschrott (kg)/ 2.500 m² - von 43 bis 483 - im Mittel: 299".

Die Flächen sollten systematisch und vollflächig mit passiven Sondensystemen bis zur Erreichung des Räumzieles in geeigneten Suchstufen, ggf. mehrfach, sondiert und sodann so bearbeitet werden, dass eine Störkörperfreiheit bis 0,4 m unter der Geländeoberkante erreicht wird. Die Abrechnung der Grundleistung sollte nach Stück Kampfmittel je Räumparzelle - KM (Stück) / 2.500 m² - und Zulagenposition nach Masse Kampfmittelteile je Räumparzelle - KMT (kg) / 2.500 m² - und jeweils abgestuft nach Belastungskategorien erfolgen (ebenda, S. 17). Die Vergabeunterlagen enthielten für jedes Los gesonderte Leistungsansätze, welche bei der Bearbeitung des Angebotes beachtet werden sollten; für das Los 3 wurden nochmals die Vorerkundungsergebnisse (2002/2003 und 2008) mit den o.g. Kenndaten der anzunehmenden Belastung dargestellt (vgl. Anlage K 1.15). Hieraus wurden die Leistungsansätze wie folgt abgeleitet:

LOS 3 - von - bis - Durchschnitt - Bemerkung

Leistungsvarianz (m²/Sonde*Tag)¹⁾ -

1) Geschätzte Werte; Berechnungsgrundlage sind Arbeitsstunden pro Arbeitstag bei einer 5-tägigen Arbeitswoche

2) Kennziffer der geschätzten, im Maximum bei optimalen Leistungsvoraussetzungen durchschnittlich erzielbaren Leistung. Diese Kennziffer wurde anhand der Ergebnisse der historischen Recherche, der Vorerkundungsergebnisse, der örtlichen Gegebenheiten und der Erfahrungen des AG auf vergleichbaren Flächen

ermittelt. Diese Kennziffer stellt die verbindliche obere Kalkulationsgröße (OKG) für die Grundleistung "Vollflächige, punktuell bodeneingreifende Kampfmittelräumung auf den Räumflächen bis 0,4 m u. Geländeoberkante" für das Hauptangebot dar. Bei Überschreitung der vorgegebenen OKG in der Kalkulation wird das Angebot zwingend ausgeschlossen. Das Leistungsverzeichnis enthielt in seinem Titel 05.01. Grundleistung: Vollflächige, punktuell bodeneingreifende KMR für die Position "Fläche sondieren und von KM räumen" fünf nach Belastungsstärken gestaffelte Teilpositionen (05.01.0001 KM bis 10 Stück, 05.01.0002 KM > 10 bis 20 Stück, 05.01.0003 KM > 20 bis 40 Stück, 05.01.0004 KM > 40 bis 80 Stück und 05.01.0005 KM > 80 Stück) sowie für die Position "Sondierung und Bergung von KM-Teilen u. Schrott" neun nach Belastungsstärken gestaffelte Teilpositionen (05.01.0006 KMT/Schrott bis 100 kg ... bis 05.01.0014 KMT/Schrott > 1.500 kg). Die Beklagte hatte die gestaffelten Leistungspositionen für die Angebotserstellung mit konkreten Vordersätzen (jeweils in m²) versehen.

Die Klägerin, ein auf Kampfmittelräumung und -bergung spezialisiertes Unternehmen, beteiligte sich an der Ausschreibung und erhielt letztlich jeweils am 25.11.2013 den Zuschlag (Anlage K 4) auf ihre Angebote jeweils vom 21.10.2013 für das Los 3 (Anlage K 2) mit einer Bruttoangebotssumme von 1.040.881,67 Euro und Los 4 (Anlage K 3) mit einer Bruttoangebotssumme von 1.014.396,91 Euro. Für das Los 3 enthielt ihr Angebot in den Leistungspositionen 05.01.0001 bis 0005 Einheitspreise in einer Spanne von 0,26 Euro bis 0,34 Euro sowie in den Leistungspositionen 05.01.0006 bis 0014 Einheitspreise von 0,25 Euro bis 0,39 Euro. Der Auftragsumfang im Los 4 wurde mit dem Schreiben der Beklagten vom 20.06.2014 um eine Fläche von 11,7000 Hektar reduziert. Die Klägerin führte die Vertragsleistungen für beide Lose im Wesentlichen im Jahre 2014 aus; diese wurden von der Beklagten im Rahmen einer Ortsbegehung am 16.12.2014 jeweils vorbehaltlos als vertragsgerecht abgenommen. Mit Schlussrechnung vom 11.06.2015 (Anlage K 10) rechnete die Klägerin alle erbrachten Leis-

tungen beider Lose gemeinsam ab - den Positionsnummern des Leistungsverzeichnisses wurden jeweils eine 03. für Los 3 und eine 04. für Los 4 vorgesetzt. Die Schlussrechnung endet mit einer Gesamtbruttosumme von 3.107.686,38 Euro und abzüglich geleisteter Abschlagszahlungen mit einer Rechnungssumme in Höhe von 946.997,28 Euro. Diese Rechnungssumme kürzte die Beklagte auf einen Betrag von 31.049,93 Euro, welchen sie auch bezahlte. Die Kürzungen bezogen sich auf folgende Titel bzw. Positionen:

ad 1) Im Titel 03.05.01., d.h. hinsichtlich der Grundleistung: Vollflächige, punktuell bodeneingreifende KMR im Los 3, lehnte die Beklagte eine Veränderung der Einheitspreise aus dem Angebot in den Positionen 0001 bis 0005 (Sondieren und Bergen von KM) sowie in den Positionen 0006 bis 00014 (Sondieren und Bergen vom KMT/Schrott) jeweils ab und nahm die Abrechnung unter Anerkennung der Mengengerüste der Klägerin zu den unveränderten Einheitspreisen des Angebots vor. Hieraus ergab sich ein Abzug von 595.997,45 Euro (500.838,20 Euro netto).

ad 2) Im selben Titel 03.05.01. rechnete die Klägerin für den Mehraufwand infolge unstreitiger erheblicher Bodenverfestigungen unter der zusätzlichen Positionsnummer 0016 einen Betrag i.H.v. 335.385,96 Euro netto (368.556 m² x 0,91 Euro/m²) ab. Die Beklagte akzeptierte lediglich den Mengenansatz und einen Einheitspreis von 0,28 Euro/m², so dass sich die Rechnungssumme hierdurch um weitere 276.306,43 Euro brutto (232.190,28 Euro netto) reduzierte. In dem für Los 4 entsprechenden Titel 04.05.01. hatte die Beklagte die zusätzliche Position 0016 mit einem Flächenansatz von 233.277 m² und einem Einheitspreis von 0,14 Euro/m² anerkannt.

ad 3) Ebenfalls im Hinblick auf die erheblichen Bodenverfestigungen verlangte die Klägerin in ihrer Schlussrechnung sowohl für das Los 3 als auch für das Los 4 noch jeweils eine Zulage für einen Maschinenführer (Positionsnummer 0017) und einen Radlader > 0,4 bis 1,2 m³ (Positionsnummer 0018), in Los 3 für jeweils 216

Stunden i.H.v. insgesamt 3.285,36 Euro netto bzw. 7.112,88 Euro netto und in Los 4 für jeweils 336 Stunden i.H.v. 5.110,56 Euro netto bzw. 11.064,48 Euro netto. Diese Positionen strich die Beklagte jeweils vollständig im Rahmen ihrer Rechnungsprüfung, so dass sich die Rechnungssumme um weitere 31.622,20 Euro brutto (26.573,28 Euro netto) reduzierte.

ad 4) Im Titel N3.01 Ausgleich hatte die Klägerin auf der Grundlage einer Mehr- und Minderkostenberechnung je Los (Anlagen K 35 und K 41) Einzelbeträge von 2.532,27 Euro netto bzw. 7.569,57 Euro netto abgerechnet, deren Zahlung die Beklagte zunächst nicht wegen inhaltlicher Einwendungen, sondern wegen der seinerzeit noch offenen Abrechnung von Nachträgen strich. Dies führte zu einer Reduzierung der Rechnungssumme um 12.021,19 Euro brutto. Nachdem eine Einigung über die vorgenannten Streitpunkte außergerichtlich nicht erzielt werden konnte, hat die Klägerin die offenen Beträge aus ihrer o.g. Schlussrechnung mit einer am 31.08.2015 erhobenen Klage gerichtlich geltend gemacht. Die Klägerin hat ihre Klageforderungen in den vier Streitpunkten im Wesentlichen wie folgt begründet:

ad 1) Die Klägerin hat sich hinsichtlich der veränderten Einheitspreise für die Grundleistungen in Titel 03.05.01. auf ihren Nachtrag 4 zu Los 3 vom 12.05.2014 (Anlage K 13) berufen. Ihrer Kalkulation der Einheitspreise hätten die Leistungsansätze sowie die zwingend vorgegebene obere Kalkulationsgröße aus der Leistungsbeschreibung zugrunde gelegen, wonach ein Mindeststundensatz für die Grundleistungen von 31.281,43 Stunden nicht unterschritten werden durfte, und sie hat selbst eine Stundenzahl von 31.797,80 Stunden kalkuliert. Aufgrund einer höheren Störpunktbelastung von 2,37 (statt 1,2) je Quadratmeter und einer höheren Masse der detektierten KMT, KM- und Zivil-Schrott je Parzelle von 483 kg (statt 299 kg) betrage die unter Beachtung der oberen Kalkulationsgröße ermittelte Mindeststundenzahl 61.780,82 Stunden, was zu einer erheblichen Unauskömmlichkeit der kalkulierten Einheitspreise geführt habe. Sie hat die Auffassung vertreten, dass im Hinblick auf die uner-

wartet hohe Störkörperbelastung eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B vorzunehmen sei. Hilfsweise sei bei einer rein quantitativen Betrachtung ein Anwendungsfall des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B gegeben.

ad 2) Hinsichtlich der Mehraufwendungen wegen starker Verdichtung der Fahrwege (wegen des jahrelangen Befahrens mit Panzern) und sehr dichten Wurzelbestands in Teilflächen der Lose 3 und 4 hat sich die Klägerin auf ihren (mehrfach modifizierten) Nachtrag 3 gestützt. Da in der Grundleistung ein Aufgraben mit Spaten vorgesehen sei, fehle im Vertrag eine Zulagenposition "Räumen in Bereichen mit erheblichen Befestigungen" für das Aufgraben mit einem Spezialbagger. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass diese Zulage zur Grundleistung nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B zu bestimmen sei und insoweit 268,5 Tage für den zusätzlichen Einsatz eines Minibaggers zu kalkulieren seien (statt 77,5 Tage, wie von der Beklagten berücksichtigt). **ad 3)** Die Geltendmachung des jeweils in den Positionen 0017 und 0018 beider Lose abgerechneten Mehraufwandes für einen Maschinenführer und einen Radlader sei ebenfalls auf die stärkere Bodenverdichtung zurückzuführen, jedoch in der Zulage 0016 nicht einvernehmlich berücksichtigt worden. Sie beruhe nicht auf der Erschwernis des Bergens selbst, sondern auf der wegen der Erschwernisse verlängerten Bauzeit. Deswegen sei die Vorhaltung des Radladers und des Maschinenführers auch nicht etwa Bestandteil der Erbringung der Grundleistungen (Transport der Fundstücke), sondern Folge der Bauzeitverlängerung. **ad 4)** Die Ausgleichsrechnung für beide Lose beruhe auf § 2 Abs. 3 VOB/B und entspreche der langjährig geübten Praxis zwischen den Prozessparteien. Sie umfasse einen Ausgleich für Mehr- und Mindermengen in den einzelnen Leistungspositionen. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 915.947,35 Euro nebst Zinsen i.H.v. neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 31.08.2015 zu zahlen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

ad 1) Die Beklagte hat die Auffassung vertre-

ten, dass die von der Klägerin vorgenommene Ermittlung einer Störpunktzahl je Quadratmeter von 2,37 eine fachlich nicht vertretbare gedankliche Konstruktion darstelle. Insbesondere sei es nicht gerechtfertigt, aus der Masse der geborgenen Störkörper auf die Zahl der Störpunkte zu schließen. Für die Abrechnung der Vertragsleistungen habe die Störpunktdichte keinerlei Bedeutung; sie sei nach Stück Kampfmittel und - als Zulage - nach der Masse der KMT, KM- und Zivilschrott vereinbart worden. Zudem habe es an einer für § 2 Abs. 5 VOB/B notwendigen Anordnung des Auftraggebers gefehlt. Wegen der quantitativen Abweichungen sei eine Gesamtabrechnung über alle Leistungspositionen erfolgt.

ad 2) Nach ihrer fachtechnischen Einschätzung seien während der Bauarbeiten keine neuen Erkenntnisse über die Beschaffenheit der Räumflächen, insbesondere über unerwartete Erschwernisse, gewonnen worden, weshalb eine Preisanpassung nicht berechtigt sei.

ad 3) Lediglich aus Kulanz habe sie in Los 3 eine zusätzliche Vergütung i.H.v. 122.802,82 Euro brutto (entspricht einem Einheitspreis von 0,28 Euro/m² statt 0,91 Euro/m²) angeboten; eine Vereinbarung sei insoweit aber nicht zustande gekommen. Der Einsatz eines Radladers einschließlich eines Maschinenführers sei zum Transport sowieso zu kalkulieren gewesen.

ad 4) Zwar sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Ausgleich für geänderte Mengen vorzunehmen, jedoch lediglich in Höhe des in Anlage E 21 f. ausgewiesenen Betrages. Die von der Klägerin verlangte Einbeziehung von 14 Positionen (vgl. ad 1) sei unberechtigt. Das Landgericht hat ein schriftliches Gutachten des Prof. Dr.-Ing. M. W., eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Bauwirtschaft und Baubetrieb, erstattet am 06.11.2017, eingeholt. Die Beklagte hat insoweit Stellungnahmen eigener Ingenieure sowie der beratenden I. GbR vorgelegt. Mit seinem am 18.07.2018 verkündeten Urteil hat das Landgericht der Klage in Höhe von 661.227,70 Euro nebst Prozesszinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Es hat

eine Anpassung der Vergütung der Grundleistungen in Titel 03.05.01 nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B in Höhe von 344.289,96 Euro brutto für begründet erachtet (zu 1) sowie eine Mehrvergütung für das erschwerte Bergen gemäß der Berechnung in Anlage K 28 in Höhe von 276.305,36 Euro brutto (zu 2), darüber hinaus insgesamt 16.175,04 Euro in den Positionen 05.01.0017 und 05.01.0018 für Los 4 sowie von insgesamt 22.772,15 Euro in den entsprechenden Positionen für Los 3 (ad 3) sowie 9.010,17 Euro aus der Ausgleichsberechnung (ad 4). Gegen diese ihr am 23.07.2018 zugestellte Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer am 10.08.2018 vorab per Fax eingelegten und am 31.08.2018 begründeten Berufung.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Landgericht die Vorschriften des § 2 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B fehlerhaft auf Einzelpositionen angewendet und damit die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebotene Ausgleichsberechnung über den Gesamtvertrag - nach ihrer Ansicht über beide Lose - rechtsverletzend ignoriert habe. Auf die Angemessenheit der Einzelpreise komme es nicht an. Sie meint weiter, dass die baubetrieblichen Erwägungen des gerichtlichen Sachverständigen letztlich auf eine Kompensation eines von der Klägerin eingegangenen Kalkulationsrisikos zu Lasten der Beklagten gerichtet seien, für die es im Werkvertragsrecht keine Grundlage gebe. Zudem sei aus den Vergabeunterlagen ersichtlich gewesen, dass die allgemeinen Angaben bezüglich der durchschnittlichen Störkörperbelastung lediglich Schätzungen darstellten und insoweit die Bieter auch die aus der Unsicherheit der Prognosen resultierenden Risiken kalkulatorisch zu berücksichtigen hatten. Das Landgericht habe die Systematik der Leistungsbeschreibung verkannt, wonach die verbindlich vorgegebene obere Kalkulationsgröße (OKG) lediglich eine kalkulatorische Vorgabe für die Gesamtleistung gewesen sei, während sich die verbindliche Leistungsbeschreibung aus den einzelnen Positionen mit den Mengenkorridoren ergeben habe und dort auch positionsgerecht zu verpreisen gewesen sei. Jede erbrachte Leistung könne einer einzelnen Position des Leistungsverzeichnisses zugeordnet

werden. Hinsichtlich der geforderten Mehrvergütung für Transportleistungen mittels Radlader habe sich das Landgericht nicht damit auseinandergesetzt, dass diese Leistung Bestandteil der Position "Vorhaltung und Betrieb des Bereitstellungslagers" gewesen sei. Die Beklagte hat mit den Anlagen E 21 und E 22 eine neue Ausgleichsberechnung über die gesamte Schlussrechnung, d.h. über beide Lose gemeinsam, vorgelegt. Die Beklagte beantragt, unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage (vollständig) abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und im Rahmen ihrer nach Zustellung der Berufungsbegründung am 06.09.2018 am 01.10.2018 eingelegten und begründeten Anschlussberufung, unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zur Zahlung weiterer 221.106,60 Euro zu verurteilen. Insoweit bezieht sich die Klägerin auf die Begründung ihrer ursprünglichen Klageforderung. Der Senat hat am 07.08.2019 mündlich zur Sache verhandelt; wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls des Senats vom selben Tage Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Beklagten sowie die - unselbständige - Anschlussberufung der Klägerin sind jeweils zulässig, insbesondere sind sie jeweils form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. In der Sache hat die Berufung der Beklagten ganz überwiegend Erfolg, während die Anschlussberufung der Klägerin unbegründet ist. Die Klägerin hat gegen die Beklagte lediglich einen Anspruch auf Zahlung der beiden Ausgleichsbeträge nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B in erkannter Höhe; die weiteren gerichtlich geltend gemachten Vergütungsansprüche bestehen nicht.

I.

Zwischen den Prozessparteien bestehen ungeachtet der teilweise parallelen Ausführung der Arbeiten und trotz der von der Klägerin in einer gemeinsamen Schlussrechnung vorgenommenen Abrechnung ihrer Leistungen zwei Vertragsverhältnisse, der Vertrag über die Kampfmittelräumung vom 21.10./25.11.2013 in Los 3

(künftig: Vertrag KMR Los 3) sowie der Vertrag über die Kampfmittelräumung vom 21.10./25.11.2013 in Los 4 (künftig: Vertrag KMR Los 4). In beide Verträge haben die Prozessparteien jeweils wirksam die VOB Teil B Ausgabe 2012 einbezogen (künftig: VOB/B).

II.

Die Klägerin hat aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Anpassung der Einheitspreise in den LV-Positionen jeweils 05.01.0001 bis 0015 der Verträge KMR Los 3 bzw. KMR Los 4, also der sog. Grundleistungen. Bereits dem Grunde nach liegen die Voraussetzungen weder für eine Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B noch für eine Vereinbarung einer neuen Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B vor. Das Landgericht hat der Klage insoweit zu Unrecht in Höhe von 344.289,96 Euro teilweise stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolgreich. Die auf weitere Vergütung in Höhe von 251.707,49 Euro gerichtete Anschlussberufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte dem Grunde nach keinen Anspruch auf eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Es ist schon objektiv im Vergleich zwischen der vom Auftraggeber verlangten Angebotskalkulation und der Abrechnung keine Änderung der Preisermittlungsgrundlagen eingetreten. Jedenfalls beruhen etwaige Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen aus Sicht der Klägerin nicht auf einer Einwirkung der Beklagten i.S. einer Änderung des Bauentwurfes bzw. einer vergleichbaren Anordnung.

a) Während der Ausführung der Vertragsleistungen ist in beiden Vertragsverhältnissen keine Änderung der Preisermittlungsgrundlagen bewirkt worden.

aa) Zur Feststellung der ursprünglichen Preisermittlungsgrundlagen eines Bauvertrages ist auf die Gesamtheit der Vertragsunterlagen abzustellen. Für den von der Klägerin verfolgten Mehrvergütungsanspruch sind nachfolgend aufgeführte Umstände entscheidungserheblich:

(1) Preisermittlungsgrundlagen ergeben sich teilweise unmittelbar aus einer - wie hier verwendeten - konstruktiven Leistungsbeschreibung. Gegenstand der ursprünglichen Anordnungen zum Bauentwurf waren im vorliegenden Fall u.a. die Vorgaben der Beklagten zur personellen und gerätemäßigen Ausstattung eines Suchtrupps (anders als in OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.09.2005 - Verg 32/05; ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.09.2005 - Verg 34/05) und zur anzuwendenden Technologie i.S. eines grundsätzlich händischen Ausgrabens der Störkörper nach ihrer Detektierung. Hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Leistungen ergab sich aus dem konstruktiven Leistungsverzeichnis weiter, dass die Bieter aufgefordert wurden, den erforderlichen Aufwand der Grundleistungen (05.01.0001 bis 05.01.0005) und der Zulagenpositionen zu den Grundleistungen (05.01.0006 bis 05.01.0014) sowie die hieraus abgeleiteten jeweiligen Einheitspreise in den vorgegebenen Mengenkorridoren selbständig zu kalkulieren. Das bedeutete, dass die Bieter jeweils angeben sollten, für welchen Einheitspreis sie eine Räumparzelle erfolgreich i.S. der funktionalen Ausschreibung unter den unterschiedlichen Bedingungen - Belastung mit unterschiedlicher Anzahl von Kampfmitteln - beräumen konnten und welchen Einheitspreis sie als Zulage je nach der variierenden Gesamtmasse der dabei aufgefundenen Kampfmittelteile etc. verlangten. Diese Ausschreibung in Mengenkorridoren bot die Möglichkeit, dass der Bieter für eine Vielzahl von unterschiedlichen, später vorgefundenen tatsächlichen Belastungssituationen jeweils einen für sich auskömmlichen Einheitspreis unter Berücksichtigung des Einflusses des jeweiligen Belastungsgrades auf die variablen Selbstkosten (Lohn und Gerät), die fixen Selbstkosten (BGK, AGK) sowie auf Wagnis und Gewinn kalkulieren konnte.

(2) Fordert ein Auftraggeber letztlich (d.h. trotz eines überwiegend konstruktiv formulierten Leistungsverzeichnisses) ein funktionales Angebot unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird die Bauwerksplanung Bestandteil des Angebots des Bieters und - im Falle der nicht abändernden Zuschlagserteilung - auch Gegenstand

des Bauvertrages (vgl. Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Aufl. 2017, § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 25 m.w.N.). Sind in einem der Ausschreibung beiliegenden Bodengutachten bestimmte Bodenverhältnisse beschrieben, so werden sie regelmäßig zum Leistungsinhalt erhoben, wenn sie für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind (vgl. BGH, Urteil v. 20.08.2009, VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158). Im vorliegenden Fall forderte die Beklagte ein funktionales Angebot in diesem Sinne, indem sie eine Verpflichtung zur Kampfmittelräumung mit dem Erfolg einer Störkörperfremde bis 0,4 m unterhalb der Geländeoberkante verlangte. Zum Bauentwurf gehörten deswegen auch die Angaben der Beklagten zu den Mengen der zu erwartenden Funde, wie sie insbesondere in der Allgemeinen Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2.2 (Seite 11 f.) enthalten waren, d.h. die Angaben jeweils zur Spreizung und zu einem statistischen Mittelwert der Störpunkte in Stück/m², der Kampfmittel in Stück/Parzelle (2.500 m²) und der Kampfmittelteile einschließlich Kampfmittelschrott und Zivilschrott in kg/Parzelle.

(3) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die von der Beklagten verbindlich vorgegebene obere Kalkulationsgröße (OKG) keine für die Preisermittlungsgrundlagen i.S. von § 2 Abs. 5 VOB/B maßgebliche Anordnung. Diese Vorgabe diente der Gewährleistung einer höheren Vergleichbarkeit der Angebote und insbesondere der Qualitätssicherung. Mit ihr wurde den Bietern für ihre Angebotskalkulation ein maximal zulässiges (und zwar das nach der Vorstellung der Beklagten mit hoher Qualität realisierbare) Arbeits- und Vortriebstempo eines Suchtrupps und damit letztlich eine zu kalkulierende Mindeststundenzahl verbindlich vorgeschrieben. Die in der OKG enthaltenen Leistungsansätze durften vom Bieter nicht im Umkehrschluss als eine für die Angebotskalkulation einzusetzende Orientierungsgröße für die tatsächlich erreichbare Sondierungsgeschwindigkeit verstanden werden, d.h. als eine Maximalstundenzahl für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen. Aus Sicht eines fachkundigen Bieters, an welchen sich die Ausschreibung wendete, war erkennbar, dass die

Beklagte mit der Angabe der OKG eine eigenverantwortliche Kalkulation des Arbeitstempos durch den jeweiligen Bieter nicht entbehrlich machen, sondern lediglich begrenzen wollte.

bb) Im Verlaufe der Auftragsausführung traten Änderungen dieser Preisermittlungsgrundlagen durch die höhere als angenommene Störkörperbelastung nicht ein.

(1) Es ist offenkundig und wird von der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt, dass sie in keiner einzigen Räumparzelle eine Störkörperbelastung vorfand, welche die im konstruktiven Leistungsverzeichnis vorgesehenen Mengenkorridore unter- oder überschritt. Die vom Auftraggeber vorgegebenen Mengenkorridore sowohl der Grundleistungen (über alle fünf Leistungspositionen von 0 Stück bis > 80 Stück) als auch der Zulagenpositionen (über alle neun Leistungspositionen von 0 kg bis > 1.500 kg) deckten sämtliche tatsächlich vorgefundene Belastungssituationen ab.

(2) Nach den Vorausführungen wurden die in der allgemeinen Leistungsbeschreibung mitgeteilten Ergebnisse der Vorerkundungen (2002/2003 und 2008) Gegenstand des jeweiligen Bauvertrages. Die Klägerin hat behauptet, dass die danach erwartete durchschnittliche Störpunktbelastung von 1,2 Stück/m² im Zuge der Auftragsausführung erheblich überschritten wurde. Insoweit ist im Hinblick auf die umfangreichen Ausführungen der Prozessparteien lediglich anzumerken, dass der ausweislich der Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen (vgl. nur dessen Anhörung am 23.05.2018, GA Bd. III Bl. 131) eher verwirrende Begriff des Störpunktes statt des sonst verwendeten Begriffs des Störkörpers von der Beklagten mit ihrer Leistungsbeschreibung eingeführt wurde. Dieser - als wahr unterstellte - Umstand stellt keine Änderung der Preisermittlungsgrundlagen i.S. des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, weil sich im Wege der Auslegung der Leistungsbeschreibung ergab, dass das Risiko der Abweichung der tatsächlichen Belastung vom prognostizierten durchschnittlichen Belastungsgrad vom Auftragnehmer zu tragen und dementsprechend kalkulatorisch zu berücksichtigen war.

(a) Für die Auslegung der Leistungsbeschreibung ist auf die objektivierte Sicht eines vernünftigen und fachkundigen Wirtschaftsteilnehmers abzustellen, dessen Betrieb auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen eingerichtet ist und der die Gepflogenheiten des konkreten öffentlichen Auftraggebers nicht kennt, d.h. auf die Sicht eines potenziellen Teilnehmers an der Ausschreibung. Bei einer EU-weiten Ausschreibungspflicht, wie hier, ist auf den potenziellen Bieter im EU-Binnenmarkt abzustellen. In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass das Risiko bloßer Erschwernisse bei der Ausführung der Leistung grundsätzlich dem Auftragnehmer originär zugeordnet ist (vgl. Keldungs, a.a.O., § 2 Abs. 5 VOB/B, Rn. 16 m.w.N.). So liegt der Fall hier: Die Klägerin hat in beiden Bauverträgen jeweils ausdrücklich oder zumindest im Wege ergänzender Vertragsauslegung das Risiko einer höheren Störkörperbelastung übernommen.

(b) Die Beklagte hat die Ergebnisse der Testfelderkundungen unter Mitteilung der Grundlagen ihrer Daten zur Verfügung gestellt; danach war für jeden Bieter, auch für die Klägerin, erkennbar, dass die Störkörperbelastung nur auf ca. 0,3 % der jeweiligen Gesamtfläche in einem Testfeld je Sektor erhoben wurde. Die Beklagte hat die Information mit der zusätzlichen Warnung versehen, dass "unter Berücksichtigung der Historie des Platzes ..." (d.h. der Nutzung durch die preußische und die kaiserliche Armee, auch für Experimentalmunition, durch die Reichswehr, die Deutsche Wehrmacht, durch die sowjetische Armee und durch die Bundeswehr) damit zu rechnen sei, "... dass auch in anderen als den bereits identifizierten Bereichen Trichter und / oder mit Kampfmitteln verfüllte Hohlformen oder auch andere kampfmittelrelevante, bisher unbekannte Besonderheiten auftreten ...". Hieraus ergab sich unmittelbar für jeden Bieter die Erkenntnis, dass ein nicht geringes Risiko einer höheren Störkörperbelastung als mitgeteilt bestand. Mit diesen Angaben wurde eine vertragliche "Soll-Beschaffenheit" des Bodens gerade nicht definiert. Damit korrespondiert das konstruktive Leistungsverzeichnis, welches dem Bieter, wie dargestellt,

die Möglichkeit bot, in den verschiedenen Belastungskorridoren unterschiedliche Einheitspreise zu kalkulieren.

(c) Insbesondere der Spreizung der jeweiligen Zulagenpositionen (05.01.0006 bis 0014) war zwar immanent, dass sich die - für Abrechnung der Leistung maßgeblichen - Massen (in kg) auf mehr oder weniger Störkörper je Räumparzelle beziehen konnten. Die Masse an Kampfmittelteilen einschließlich Kampfmittel- und Zivilschrott ließ, anders als die Stückzahl der Kampfmittel in den Grundleistungspositionen (05.01.0001 bis 0005), nicht ohne weiteres einen Rückschluss auf eine konkrete Störkörperdichte zu. Das führte zu Unsicherheiten bei der Angebotskalkulation, weil das Tempo der Räumung maßgeblich durch die Anzahl der Störkörper bestimmt wird, welche bis zum Beweis des Gegenteils jeweils als Kampfmittel zu behandeln waren (vgl. DIN 18323, Ziffer 3.5.2). Durch den Zuschnitt der Mengenkorridore im Leistungsverzeichnis, welches auch Grundlage der Abrechnung der Vertragsleistungen war, wurde das hierin liegende Risiko dem Auftragnehmer zugeordnet. Diese Risikozuweisung an den jeweiligen Auftragnehmer war jedoch kalkulatorisch beherrschbar und deswegen den Bietern zumutbar. Insbesondere war hieraus aber von Anfang an erkennbar, dass eine höhere vorgefundene Störkörperdichte gegenüber der angegebenen Prognose eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nicht rechtfertigen können sollte.

cc) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Preisanpassung wird ganz überwiegend auf höhere Selbstkosten wegen der erhöhten durchschnittlichen Störkörperbelastung der Räumparzellen gestützt. Die Überschreitung der in den Einheitspreisen ursprünglich kalkulierten Selbstkosten beruht aber im Kern nicht auf der erhöhten Störkörperbelastung, sondern auf dem Umstand, dass die Klägerin eine risikobehaftete Verbundkalkulation jeweils über alle fünf Grundleistungspositionen und alle neun Zulagenpositionen im Titel 05.01 der beiden Bauverträge vorgenommen und der Verbundkalkulation - einseitig irrtümlich - die Unveränderbarkeit der prognostizierten Störkörperbelastung zugrunde gelegt hatte.

(1) Allerdings verweist die Klägerin zutreffend darauf, dass dem Mengengerüst in der Leistungsbeschreibung der Beklagten zugrunde lag, dass die Beklagte die von ihr angenommene durchschnittliche Störkörperbelastung hochrechnete und auf alle Leistungspositionen der Grundleistungen bzw. der Zulagenpositionen verteilte. Dies wird insbesondere bei den Zulagenpositionen deutlich, die in der Summe aller Mengenansätze eine durchschnittliche Belastung von 299 kg/Parzelle und damit die prognostizierte Belastung mit Kampfmittelteilen einschließlich Kampfmittel- und Zivilschrott widerspiegeln. Bei der Verteilung der Gesamtmengen wurden den beiden Zulagenpositionen 0008 und 0009 mit einem Mengenkorridor von > 200 kg bis 400 kg jeweils größere Anteile (jeweils etwa 25 %) zugeordnet, während den vier oberen Mengenkorridoren in den Zulagenpositionen 0011 bis 0014 jeweils nur als "Erinnerungsmargen" zu bewertende 5 % zugewiesen wurden. Es war sachgerecht, dass die Beklagte bei der Erstellung ihres Mengengerüsts in dieser Weise von der von ihr erwarteten Störkörperbelastung ausging. Damit war jedoch keine Kalkulationsvorgabe für die Bieter verbunden. Deren Kalkulation sollte nach dem isoliert in den einzelnen Leistungspositionen zu betrachtenden Aufwand erfolgen.

(2) Das Vorgehen der Klägerin, ausgehend von dem höchst zulässigen Arbeitstempo, welches sich in der OKG widerspiegelte, ebenfalls im Wege der Verbundkalkulation die Einheitspreise für die Einzelpositionen abzuleiten und sie nicht isoliert nach den jeweiligen Selbstkosten je Belastungsgrad zu kalkulieren, versprach zwar einerseits, dass der so ermittelte Angebotspreis im Wettbewerb kaum zu unterbieten war, barg aber von Anfang an das - von der Klägerin selbst geschaffene - Risiko, dass im Falle von Erschwernissen, welche Einfluss auf das Arbeitstempo haben konnten, die Einheitspreise unauskömmlich werden. Dieses Risiko i.S. eines Kalkulationsirrtums hat die Klägerin selbst zu tragen (vgl. BGH, Urteil v. 29.09.1972, VII ZR 31/(72, BauR 1972, 361; vgl. auch Schwenker/Rodemann in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 632 Rn. 11 m.w.N.).

dd) Die hier vorgenommene Auslegung der beiden Bauverträge bezüglich der Risikotragung des Auftragnehmers für Erschwernisse wegen erhöhter Störkörperbelastungen entspricht im Übrigen der Bewertung gleichartiger Verträge über Leistungen zur Kampfmittelräumung in der bisherigen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Naumburg (vgl. Urteil v. 22.01.2002, 1 U (Kart) 2/01, Urteil v. 22.03.2005, 1 U 65/04, sowie Urteil v. 15.12.2005, 1 U 5/05) und deckt sich mit dem Kern der Einwendungen in den beiden von der Beklagten eingereichten privatsachverständigen Stellungnahmen des Herrn G. (BLSA) und des Herrn K. (I.) jeweils vom 01.09.2018 sowie mit der Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen (vgl. Protokoll der Anhörung am 23.05.2018, GA Bd. III Bl. 190).

b) Selbst wenn - entgegen der vorausgeführten Ansicht des Senats - objektiv eine Änderung der Preisermittlungsgrundlagen für die Leistungspositionen 05.01.0001 bis 0014 in beiden Bauverträgen vorläge, fehlte es an einer hierfür ursächlichen Einwirkung des Auftraggebers auf die Leistungsausführung (vgl. Keldungs, a.a.O., § 2 Abs. 5 VOB/B, Rn. 21 f.).

aa) Zwar erfüllte auch eine sog. stillschweigende Anordnung den Tatbestand der genannten Norm, d.h. eine Situation, in welcher sich für beide Vertragspartner unvorhergesehen schwierigere, von den bisherigen Vergütungsvereinbarungen nicht erfasste Bedingungen für die Ausführung der Vertragsleistungen ergeben und der Auftraggeber in Kenntnis dessen den Auftragnehmer - weiter - die Leistung ausführen lässt. Hieran fehlt es.

bb) Eine stillschweigende Anordnung setzte eine Mitteilung des Auftragnehmers über die eingetretene Abweichung vom Bauentwurf voraus. Für das Vertragsverhältnis KMR Los 4 hat die Klägerin schon eine entsprechende Mitteilung nicht vorgetragen. Im Vertragsverhältnis KMR Los 3 hat die Klägerin zumindest eine Mitteilung der angeblich höheren Störpunktdichte mündlich am 03.05.2015 und schriftlich mit dem Nachtragsangebot Nr. 4 vom 12.05.2015 (Anlage K 13) vorgetragen.

cc) Die einfache Mitteilung des Auftragnehmers allein rechtfertigte noch nicht die Annahme einer Einwirkung des Auftraggebers (vgl. nur OLG Naumburg, Urteil v. 15.12.2005, 1 U 5/05). Hinzutreten müsste eine entsprechende, auf Fortsetzung der Arbeiten gerichtete Erklärung bzw. Verhaltensweise, welche einer Änderung des Bauentwurfs gleichzusetzen wäre, und durch die dann der erhöhte Aufwand bewirkt worden wäre. Zu einer solchen Reaktion der Beklagten ist nichts vorgetragen.

dd) Zudem erfolgte die Mitteilung im Vertragsverhältnis KMR Los 3 zu einem Zeitpunkt, in dem der Großteil der streitgegenständlichen Leistungen bereits erbracht war. Die in einem Fortsetzungsverlangen liegende Anordnung der Änderung des Bauentwurfs wäre für die geltend gemachten erhöhten Selbstkosten und damit für die veränderten Preisermittlungsgrundlagen nicht ursächlich geworden. Bei dieser Einschätzung verkennt der Senat nicht, dass in den Fällen einer Kampfmittelräumung, in deren Verlauf sich ein höherer Belastungsgrad erweist, sowohl die Mitteilung des Auftragnehmers als auch die Reaktion des Auftraggebers typischerweise erst nach der Leistungserbringung erfolgen, weil die sichere Kenntnis hiervon erst durch die Räumung selbst, also durch den Erfolg der Werkleistung begründet wird. Diese Situation wird aber durch § 2 Abs. 5 VOB/B nicht erfasst.

2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann die Klägerin den von ihr geltend gemachten Mehrvergütungsanspruch wegen der höheren durchschnittlichen Störkörperbelastung je Räumparzelle auch nicht auf § 2 Abs. 3 VOB/B stützen.

a) Allerdings hat der Auftragnehmer im Falle von Mengenüberschreitungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B keine Ankündigungs- oder Hinweispflicht. Er muss die Vereinbarung eines neuen Einheitspreises nur verlangen (vgl. Thüringer OLG, Urteil v. 29.05.2003, 7 U 1205/02, nachgehend: BGH, Beschluss v. 13.01.2005, VII ZR 243/03; ebenso BGH, Urteil v. 08.08.2019, VII ZR 34/18). Das ist hier bereits mit dem Nachtragsangebot Nr. 4 bezüglich des Vertragsver-

hältnisses KMR Los 3 sowie mit der Schlussrechnung bezüglich beider Vertragsverhältnisse geschehen.

b) Aus der Aufstellung des gerichtlichen Sachverständigen (Anlage 1 des Gutachtens) ergibt sich auch ohne weiteres, dass in drei Abrechnungspositionen des Loses 3 eine über 10 %ige Überschreitung des Mengenansatzes vorliegt, nämlich in den Rechnungspositionen 03.05.01.0001, 03.05.01.0011 und 03.05.01.0012. Dies stellt die Beklagte nicht in Abrede.

c) Die von der Klägerin angestrebte Rechtsfolge der Vereinbarung neuer (höherer) Einheitspreise für diese drei Leistungspositionen ist nicht schlüssig herzuleiten.

aa) Soweit die Klägerin sich bei der Ermittlung der neuen Einheitspreise auf ihre Verbundkalkulation zu stützen versucht, verlässt sie aus den o.a. Gründen die für das jeweilige Vertragsverhältnis geltenden Preisermittlungsgrundlagen. Denn die Preise sollten nach einer aufwandsbezogenen Kalkulation jeder einzelnen Leistungsposition ermittelt werden.

bb) Die Klägerin hat nicht schlüssig dargelegt, weswegen sich aus den erheblichen Mengenerhöhungen in den drei Leistungspositionen gegenüber dem Mengengerüst der Ausschreibung und des Vertrages eine Erhöhung der jeweiligen Einheitspreise ergeben soll. Die erhebliche Mengenerhöhung i.S. von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B hat im Einheitspreisvertrag zunächst zur Folge, dass erhebliche Mehrmengen auch zu erhöhten Abrechnungssummen führen, also zu einer Änderung des Gesamtpreises zugunsten des Auftragnehmers, weil der Gesamtpreis das Produkt aus Einheitspreis und Mengenvordersatz ist. Typischerweise hat in diesen Fällen der Auftraggeber (nicht der Auftragnehmer) ein Interesse an einer neuen Preisvereinbarung, und zwar deswegen, weil der ursprüngliche Aufschlag eines nach geringeren Mengen berechneten Anteils der fixen Kosten (AGK, BGK) auf jede Mengeneinheit nicht mehr in gleicher Höhe gerechtfertigt ist. Die Anpassung bezieht sich danach vor allem auf die fixen Kosten je

Mengeneinheit, wenn auch u.U. nicht ausgeschlossen ist, dass sich bei Mehrmengen auch variable Kosten reduzieren, z.B. wegen eines höheren Mengenrabattes im Einkauf verwendeter Materialien. Weshalb bei jeweils isolierter Betrachtung der drei Leistungspositionen hier eine Erhöhung (und ggf. in welcher Höhe) gerechtfertigt sein soll, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Ihre Angaben zu ihren Mehrkosten beziehen sich stets auf die Verbundkalkulation.

III.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf eine weitere Vergütung entsprechend der Abrechnungsposition 03.05.01.0016 ihrer Schlussrechnung. Das Landgericht hat der Klägerin zu Unrecht einen weiteren Teilbetrag in Höhe von 276.306,43 Euro zuerkannt; die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat Erfolg.

1. Der Anspruch ist dem Grunde nach nicht streitig; die Beklagte hat der Klägerin teilweise (unter Anerkennung des von der Klägerin angegebenen Mengenvordersatzes und unter Berücksichtigung eines Einheitspreises in Höhe von 0,28 Euro/m²) eine Mehrvergütung gezahlt.

a) Die Prozessparteien gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass im Hinblick auf die Kampfmittelräumung unter den Bedingungen einer erheblich stärkeren Bodenverfestigung ein Anwendungsfall des § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegt. Aufgrund der in weit größerem Ausmaße als vermutet vorgefundenen massiven Verfestigungen im Untergrund ehemaliger Panzerfahrwege war die vorgegebene Ausführungsweise - händisches Aufgraben und Bergen der sondierten Störkörper - nicht möglich; zum Aufgraben wurde der Einsatz eines Spezialbaggers erforderlich. Die Beklagte war mit einem umfangreicheren Baggereinsatz im Bereich der Panzerfahrwege und der darin liegenden Änderung des Bauentwurfs einverstanden. Nicht als Änderung des Bauentwurfs anerkannt hat sie die Bereiche der Erschwerung des Aufgrabens wegen starken Wurzelwuchses der Bäume. Die Änderung betraf die im Vertrag enthaltenen

Grundleistungen in den Leistungspositionen 05.01.0001 bis 0005 und nicht etwa zusätzliche, bisher im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen i.S. von § 2 Abs. 6 VOB/B.

b) Die Prozessparteien sind sich darüber einig, dass die insoweit erforderliche Preisanpassung nicht durch eine Anpassung der Einheitspreise der Leistungspositionen 05.01.0001 bis 0005 (Grundleistungen), sondern durch die Schaffung einer weiteren, im ursprünglichen Vertrag KMR Los 3 nicht vorgesehenen Zulagenposition 05.03.0016 erfolgen sollte. Das entspricht auch der Systematik des Leistungsverzeichnisses.

c) Die Einigung der Parteien umfasste auch die Größe der hiervon betroffenen Fläche mit 368.556 m².

2. Die Klägerin hat nicht schlüssig dargelegt und jedenfalls nicht nachgewiesen, dass ihre Mehraufwendungen bei den variablen Kosten (Lohn und Gerät) eine höhere Zulage als anerkannt rechtfertigen.

a) Allerdings kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg darauf berufen, dass auch die Höhe der Zulage bereits wirksam vereinbart worden sei. Zwar hat die Beklagte der Klägerin eine Vereinbarung auf 0,28 Euro/m² angeboten, die Klägerin hat dieses Angebot jedoch nicht angenommen. Insbesondere liegt eine Annahme dieses Angebotes nicht in dem Umstand, dass die Klägerin in ihrer 15. Abschlagsrechnung vom 01.03.2015 diesen angebotenen Einheitspreis zugrunde legte. Es handelte sich um eine Abschlags-, d.h. um eine vorläufige Abrechnung. Auch aus der objektivierten Sicht der Beklagten als Erklärungsempfängerin konnte die Geltendmachung des Mindestbetrages der Zulage in einer Abschlagsrechnung nicht als wortlose Aufgabe des zuvor erhobenen, erheblich höheren Vergütungsverlangens verstanden werden.

b) Soweit die Klägerin in den ursprünglich in dieser Position geforderten Einheitspreis von 1,06 Euro/m² auch Mehrkosten des Transports der geborgenen Kampfmittel und Kampfmittelteile - Radlader einschließlich Besatzung - einbezogen hatte (vgl. Anlage K 28), hat sie diese Teilkosten gesondert verfolgt und begehrt für

die Zulagenposition 05.01.0016 einen Einheitspreis von 0,91 Euro/m². c) Die Differenz der von den Prozessparteien jeweils ermittelten Einheitspreise für diese Zulagenposition resultiert aus einem unterschiedlichen Ansatz von zusätzlichen Einsatztagen des Spezialbaggers einschließlich des Suchtrupps.

aa) Die Prozessparteien gehen übereinstimmend davon aus, dass während der Leistungsausführung im Los 3 insgesamt 975 Einsatztage für den o.g. Spezialbagger einschließlich Suchtrupp (künftig: d) angefallen sind.

bb) Unstreitig enthielt der Vertrag KMR Los 3 bereits Leistungspositionen, in denen der Einsatz des Spezialbaggers erforderlich war, so dass die hierauf entfallenden Einsatztage von der unter aa) genannten Gesamteinsatzzeit abzuziehen sind.

(1) Das betrifft einerseits die Leistungspositionen 05.03.0001 und 0002 zur Räumung punktuell bodeneingreifender Kampfmittel > 0,4 m unter Geländeoberkante. Insoweit sind unstreitig insgesamt 160,4 d im Mengengerüst des Vertrages enthalten und wegen der in diesen Positionen abgerechneten Mehrmengen weitere 113 d bereits vergütet.

(2) Abzuziehen sind auch die Einsatztage aus den Leistungspositionen 05.04.0001 bis 0003 zur Kampfmittelräumung unter erschwerten Bedingungen. Insoweit hat die Beklagte eine Einsatzzeit von 546,8 d angenommen und auf das von der Klägerin selbst für diese Leistungspositionen ausgefüllte Formblatt EFB-Preis 2 hinsichtlich der Gesamteinsatztage des Baggers (!) verwiesen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat die Klägerin schon nicht schlüssig dargelegt, dass diese Berechnungsweise auf einem Rechenfehler der Beklagten beruhe. Jedenfalls verbleibt es auch auf der Grundlage der Erörterung dieser Problematik in der mündlichen Verhandlung vom 07.08.2019 dabei, dass der erkennende Senat, wie schon die Beklagte laut dem Aktenvermerk der I. vom 17.05.2015 (Anlage K 29), die Darlegungen der Klägerin nicht zweifelsfrei nachvollziehen kann. In der Anlage K 12 hat die Klägerin

gegen die aus ihrem Preisblatt gezogenen Ansätze von Einsatztagen eine kalkulierte Einsatz-tagezahl von 83,38 d mit je 2 Trupps gesetzt, aus denen sich 166,76 d ergeben. Worauf diese Zahlenwerte beruhen, ist nicht nachvollziehbar. Sie resultieren nicht aus dem Preisblatt EFB-Preis 2. Sie ergeben sich entgegen den Angaben der Klägerin auch nicht etwa daraus, dass die im Preisblatt angegebenen Einsatz-tage als Mann-Tage angesehen und wegen der Zusammensetzung des Suchtrupps aus einem Maschinenführer Bagger (MF), einem Sondierer (SF) und einem anteilig mit einem Viertel zu berücksichtigenden Aufsichtsführer (TF) lediglich in einem Verhältnis von 1./ 2,25 als Bag-gereinsatz-tage angesehen werden dürften. Selbst wenn man dieser Darlegung (ähnlich auch Anlage K 32) folgte, ergäben sich jedoch nicht 166,76 d, sondern (546,8 d./ 2,25) ca. 243 d. Gleiches gilt für die im Schriftsatz vom 28.08.2019 nunmehr angeführte Verteilung der Stunden auf insgesamt drei (volle) Arbeitskräfte; es ergibt sich (546,8./ 3) ebenfalls nicht der Wert von 166,76 d, sondern ein Wert von 182,27 d. Der Verweis der Klägerin auf die in den eigenen Anmerkungen in Ansatz gebrachten Baggerkosten (23.679,92 Euro), welche bei Rückrechnung aus dem Stundenpreis (17,75 Euro/h gemäß Anlage K 47) zu insgesamt kalku-lierten 1.334,08 Stunden führten, welche wiederum unter Berücksichtigung eines Arbeitsta-ges von acht Stunden eine Einsatzzeit von 166,76 d ergäben, ist rechnerisch nachvollziehbar. Unklar bleibt auch insoweit die Ausgangs-zahl von 23.679,92 Euro, welche der ursprüng-lichen Angebotskalkulation nicht zu entneh-men ist.

cc) Ist die Differenz von (aufgerundet) 155 Ein-satztagen (975 d - 160,4 d - 113 d - 546,8 d) der Nachtragsangebotskalkulation zugrunde zu le-gen, so führt diese zusätzliche Einsatzdauer - darüber streiten die Prozessparteien ebenfalls nicht - zu einem Einheitspreis von 0,28 Euro/m² (vgl. Anlage K 28).

IV.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen An-spruch auf weitere Vergütung wegen eines er-höhten Aufwands beim Transport der geborge-nen Kampfmittel und Kampfmittelteile vom

Bergungsort zum Zwischenlager der Räum-stelle. Das Landgericht hat der Klägerin inso-weit zu Unrecht Beträge in Höhe von 22.772,15 Euro im Vertrag KMR Los 3 und von 16.175,04 Euro im Vertrag KMR Los 4 zugesprochen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist begründet. Die Klägerin hat unter Berück-sichtigung des substantiierten Bestreitens der Beklagten einen weiteren, über den von der Beklagten bereits vergüteten Teil hinausgehen-den Mehraufwand schon nicht schlüssig darge-legt und ist jedenfalls beweisfällig geblieben.

1. Allerdings ist nachvollziehbar, dass über-haupt Mehraufwendungen für den Transport der geborgenen Kampfmittel und Kampfmittel-teile einschließlich des Kampfmittel- und Zivil-schrotts entstanden sind. Anknüpfungspunkt hierfür ist der Umstand, dass nicht 116.764 kg Material, wie in den Vergabeunterlagen prog-nostiziert, sondern insgesamt 218.203 kg in den Losen 3 und 4 geborgen wurden. Die zu-sätzlich geborgenen Materialien mussten in-nerhalb des Truppenübungsplatzes zwischen dem Bergungsort und der eingerichteten Räumstelle zusätzlich transportiert werden.

2. Es kann offenbleiben, ob dieser Mehrauf-wand objektiv zu einer Änderung der Preiser-mittlungsgrundlagen geführt hat oder von den beiden betreffenden Leistungspositionen an-gemessen erfasst und allenfalls als eine bloße Erschwernis der ausgeschriebenen Arbeiten anzusehen ist.

a) Allein durch einen Mehraufwand im Trans-port trat objektiv noch keine Änderung der Preisermittlungsgrundlagen ein.

aa) Allerdings gab es anders, als in den Grund-leistungen und den zugehörigen Zulagenposi-tionen, in den beiden Bauverträgen keinen Men-genkorridor für diese Transportleistungen. Diese Leistungen waren insbesondere nicht Be-standteil der vorgenannten Leistungspositio-nen (Sondieren, Aufgraben, Bergen) in Titel 05.01 des jeweiligen Leistungsverzeichnisses. Sie konnten auch in anderen Leistungspositio-nen nicht etwa nach der Masse der zu transpor-tierenden Materialien abgerechnet werden.

bb) Nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses waren die Einzelkosten der Transportleistungen jedoch jeweils im Rahmen des Titels 01.01 "Räumstelle einrichten und räumen" zu kalkulieren, und zwar unter der Leistungsposition 01.01.0002 "RST-Einrichtung vorhalten und betreiben". Dort sollten u.a. Kosten für das Vorhalten der Radlader, die Bereitstellung des Kraftstoffs sowie die Personalkosten für die Leitung und den Betrieb der Räumstelle berücksichtigt werden. Die Abrechnungseinheit war die Dauer des Betriebs der Räumstelle, im Leistungsverzeichnis war eine Bauzeit von jeweils 31 Kalenderwochen (künftig: KW) vorgesehen. Angesichts des für den fachkundigen Bieter erkennbaren Risikos der Bergung von höheren Mengen als prognostiziert war es jedem Bieter grundsätzlich auch möglich, einen höheren Transportaufwand, welcher sich in einer Verlängerung des Betriebes der Räumstelle niederschlagen würde, zu kalkulieren.

cc) Insoweit ist darauf zu verweisen, dass die Beklagte bereits die Abrechnung jeweils verlängerten Bauzeiten in beiden Vertragsverhältnissen anerkannt hat, und zwar in der Schlussrechnungsposition 03.01.01.0002 insgesamt 40 KW und in der Schlussrechnungsposition 04.01.01.0002 insgesamt 35 KW; diese gezahlte Mehrvergütung entspricht dem Regelungsgehalt der beiden ursprünglichen, jeweils als Einheitspreisvertrag ausgestalteten Bauverträge. Durch die Anerkennung erhöhter Mengenvordersätze kam der Klägerin eine erhöhte Vergütung zugute, welche sich u.a. auch auf die Vorhaltung der Radlader und des für deren Nutzung eingesetzten Personals bezog. Insoweit war eine Änderung des Einheitspreises nicht geboten.

b) aa) Eine objektive Veränderung der Preisermittlungsgrundlagen könnte dann gegeben sein, wenn neben der Verlängerung der Einsatzzeit i.S. einer bloßen Verlängerung der Dauer des Betriebs der Räumstelle auch ein zusätzlicher Transportaufwand betrieben worden wäre, um eine Verlängerung der Bauzeit zu vermeiden. Denn durch den Abschluss der beiden Bauverträge wurde die Klägerin nicht nur zur Herstellung der Störkörperfreiheit bis 0.4 m unter Geländeoberkante verpflichtet, sondern

auch zur Herstellung der Bauleistung innerhalb der vertraglich festgelegten Zeit. Diese festgelegte Bauzeit ist Grundlage der kalkulationsrelevanten Bauablaufplanung des Auftragnehmers. Bauzeitverlängerungen haben deswegen wie Bauentwurfsänderungen u.U. Einfluss auf die Preisermittlungsgrundlagen (vgl. Keldungs, a.a.O., § 2 Abs. 5 VOB/B, Rn. 38).

bb) Einen solchen zusätzlichen Aufwand hat die Klägerin zwar behauptet, indem sie vorgetragen hat, dass sie zeitweise nicht nur zwei Radlader, wie ursprünglich kalkuliert, sondern bis zu acht Radlader samt Besatzung im Einsatz gehabt habe. Es fehlt jedoch bereits an einem substantiierten und für die Beklagte einlassungsfähigen Vorbringen dazu, wann und in jeweils welchem Umfang diese zusätzlichen Radlader eingesetzt gewesen sein sollen; es wird lediglich auf eine Gesamtstundenzahl - 27 d im Vertragsverhältnis KMR Los 3 und 47 d im Vertragsverhältnis KMR Los 4 - Bezug genommen. Diese Frage kann offenbleiben.

3. Hinsichtlich eines erhöhten Technikeinsatzes hat die Klägerin jedenfalls eine entsprechende ursächliche Anordnung der Beklagten i.S. von § 2 Abs. 5 VOB/B nicht vorgetragen. Das gilt auch unter Berücksichtigung des mit dem Schriftsatz vom 28.08.2019 von der Klägerin eingereichten Schreibens der Beklagten vom 15.08.2014 (Anlage K 47). Mit diesem Schreiben mahnte die Beklagte die vertragsgerechte Leistungserbringung an, d.h. sie ging von einem bislang unzureichenden Technikeinsatz aus. Das zeigt sich in der Aufführung von Zeiten, in denen die Baustelle nicht oder nicht wie in der Sollplanung des Räumablaufs vorgesehenen Weise mit Technik und Personal ausgestattet gewesen sei.

V.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf weitere Vergütung in Höhe von 12.021,19 Euro nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B. In der Höhe hat das Landgericht insoweit der Klägerin für den Vertrag KMR Los 3 mehr zuerkannt als sie selbst geltend gemacht hat. Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet. 1. a) Die Prozessparteien waren

sich bereits bei Abschluss der beiden Bauverträge darüber einig, dass im Rahmen der Schlussrechnung ein Ausgleich der Mehr- und Mindermengen in den einzelnen Abrechnungspositionen gegenüber der Ausschreibung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B i.V.m. mit der langjährig geübten Praxis der Beklagten erfolgen sollte. Sie haben sich damit über die Art und Weise des Ausgleichs verbindlich geeinigt (zur Zulässigkeit eines solchen Vorgehens vgl. BGH, Urteil v. 08.08.2019, VII ZR 34/18, Tz. 20).

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist dieser Ausgleich losweise vorzunehmen, denn die Prozessparteien haben für jedes Los ein gesondertes Vertragsverhältnis begründet. Hieran vermag auch die Zusammenfassung der Abrechnung beider Vertragsverhältnisse in einer Schlussrechnung nichts ändern. Schon aus diesem Grunde sind die Neuberechnungen der Beklagten in der Anlage E 22 nicht verwertbar.

2. Der Ausgleichsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte beträgt im Vertrag KMR Los 3 2.532,27 Euro netto und im Vertrag KMR Los 4, wie vom Landgericht erkannt, 7.569,57 Euro netto, insgesamt mithin 10.101,84 Euro netto; das sind 12.021,19 Euro brutto.

a) Die Klageforderungen in gleicher Höhe beruhen im Wesentlichen auf der Übernahme der Berechnungen der Mitarbeiterin der Beklagten B. unter Anwendung der bisher geübten Praxis (vgl. eMail-Verkehr Anlage K 41). Die Klägerin selbst hatte bezüglich des Loses 3 zwar zunächst eine Höherberechnung (3.464,99 Euro) vorgenommen, diese aber nicht zum Gegenstand der Klage gemacht und lediglich einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 2.532,27 Euro geltend gemacht. Bezüglich des Loses 4 hatte die Klägerin selbst eine Reduzierung auf 7.569,57 Euro vorgenommen und diesen Betrag in ihre Schlussrechnung eingestellt.

b) Der Senat verbleibt auch unter Berücksichtigung der Erörterung dieses Aspekts in der

mündlichen Verhandlung bei seiner Auffassung, dass sich die Beklagte an der von ihrer Mitarbeiterin vorgenommenen Ausgleichsberechnung festhalten lassen muss. Die von der Mitarbeiterin B. angewandte Berechnungsmethode entsprach der vertraglichen Einigung; eine nachträgliche Änderung der Ausgleichsberechnung kam danach nicht in Betracht. Die von der Beklagten vorgelegten Neuberechnungen (Anlagen E 17, E 21 f.) fußen zudem auf den neu berechneten Einheitspreisen für die Grundleistungen und Zulagenpositionen im Titel 05.01 beider Verträge, wie sie das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Dieser Neuberechnung folgt der Senat gerade nicht.

VI.

Die Nebenforderungen sind aus §§ 291, 288 Abs. 2 BGB begründet, soweit nach den Voraussetzungen ein weiterer Vergütungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte begründet ist.

C.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Es kam nicht in Betracht, der Klägerin trotz ihres bei relativer Betrachtung äußerst geringen Anteils eines Obsiegens die Kosten vollständig aufzuerlegen, weil diese Prozesssituation von § 92 Abs. 2 ZPO nicht erfasst wird.

Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus § 26 Nr. 8 EGZPO i.V. mit §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 sowie 543, 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

**OLG Köln: Haftung der Beteiligten an einem Bauvorhaben als Gesamtschuldner
vorgestellt von Thomas Ax**

Voraussetzung für die Haftung der Beteiligten an einem Bauvorhaben als Gesamtschuldner ist, dass die Verpflichtungen der jeweiligen Schuldner nach der maßgeblichen Interessenlage gleichstufig nebeneinanderstehen. Das ist in der Regel anzunehmen, wenn die Schuld demselben Zweck dient, wenn also jeder der Schuldner auf seine Art für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen hat, den der Auftraggeber dadurch erlitt, dass jeder von ihnen seine vertraglich geschuldeten Pflichten mangelhaft erfüllt hat (vgl. Kniffka in Kniffka/Koebele, *Kompendium des Baurechts*, 4. Aufl., 6. Teil, Rn. 87, mwN). Die gesamtschuldnerische Haftung ist auch anzunehmen zwischen dem Bauunternehmer und dem planenden Architekten, wenn der Bauunternehmer auf Mängelbeseitigung und der planende Architekt auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2007 - VII ZR 5/06, *BauR* 2007, 1875). Soweit in der Literatur hieran Kritik geäußert wird, führt dies zu keinem anderen Ergebnis (vgl. hierzu ausführlich: Kniffka in Kniffka/Koebele, aaO, 6. Teil, Rn. 88 ff.).

Zwar ist in der Literatur umstritten, ob im Fall der Vereinigung der Forderung mit der Schuld bei einem der vormaligen Gesamtschuldner weiterhin gegen die verbleibenden Gesamtschuldner eine Gesamtschuld besteht oder diese nur für den jeweiligen Anteil ihrer Mitverursachungsquote haften. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht allerdings davon aus, dass in diesen Fällen lediglich eine Haftung nach dem eigenen Verursachungsanteil besteht (vgl. dazu Löwisch in *Staudinger*, BGB, Stand: 2012, § 425 Rn. 65 ff, mwN). Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung der Verursachungsanteile ist zu berücksichtigen, dass sich die Bauunternehmerin zwar nicht ohne weiteres auf das verlassen darf, was der Architekt als Planer der Leistungen zur Verfügung stellt. Insbesondere darf sie ihr fachliches Können und Geschick dabei nicht unberücksichtigt lassen. Dies entspricht dem

Grundsatz von Treu und Glauben und dem verantwortungsbewussten Handeln des Bauunternehmers im Rahmen seiner beruflichen Betätigung. Allerdings soll der Bauunternehmer die Verantwortung für die richtige Planung dem Planer auch nicht abnehmen. Vielmehr liegt die Verantwortung für die richtige Planung zunächst in der Hand des Architekten (vgl. Döring in Vygen/Kratzenberg, *VOB*, 17. Aufl., § 3 Abs. 3 VOB/B Rn. 4 ff.). OLG Köln, Urteil vom 18.06.2015 - 3 U 133/14 vorhergehend: LG Köln, 22.07.2014 - 27 O 96/12 nachfolgend: BGH, Beschluss vom 24.01.2018 - VII ZR 167/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gründe:

I.

Die Parteien wirkten bei der Errichtung von mehreren Einfamilienhäusern und einem Mehrparteienhaus in L-K mit. Die Klägerin war als Generalunternehmerin, der Beklagte zu 1 als Architekt für die Leistungsphasen 1 bis 5 des Leistungsbilds Gebäude und die Beklagte zu 2 mit der Tragwerksplanung betraut. Am 05.12.2009 beauftragte die Bauherrin (damals Q GmbH) den Beklagten zu 1 mit den Leistungsphasen 1 bis 3 des Leistungsbilds Gebäude. Am 22.12.2009 folgte der Auftrag der Bauherrin an die Beklagte zu 2 hinsichtlich der Tragwerksplanung.

Der Beklagte zu 1 übersandte der Beklagten zu 2 am 02.11.2010 die Ausführungsplanung zur Erstellung der Tragwerksplanung, die mit dem Vermerk "Vorabzug 29.10.2010" versehen war. Im Plankopf - anders als in dem Plan im Übrigen - wurde die Absoluthöhe des Gebäudes unzutreffend mit 62,00 m über Normalnull angegeben. Richtig wäre die Höhe 61,20 m über Normalnull gewesen.

Der Beklagte zu 1 stellte am 15.11.2010 weitere Grundrisse in den internetgestützten Projekttraum "Winplan" ein, auf den auch die Beklagte zu 2 Zugriff hatte. In diesen war im Plankopf der identische Fehler enthalten. Im November 2010 erstellte die Beklagte zu 2 auftragsgemäß die Schalpläne, aus denen sich aus-

gehend von der unzutreffenden Absoluthöhe von 62,00 m über Normalnull eine Gründungsebene von 58,74 m über Normalnull ergab. Richtig wäre eine Gründungsebene von 57,94 m über Normalnull gewesen.

Der Beklagte zu 1 versah am 17.12.2010 die zuvor von ihm geprüften Pläne der Beklagten zu 2 mit einem Prüfstempel und fügte den handschriftlichen Zusatz "maßlich geprüft" hinzu. Ebenfalls am 17.12.2010 gab der Beklagte zu 1 die Schalpläne mit Korrekturen, die allerdings nicht die Änderung des Fehlers im Plankopf enthielten, frei. Diese Schalplanung wurde mit der unzutreffenden Höhenangabe von der Klägerin umgesetzt. In der Folgezeit baute die Klägerin die bereits erstellten Gebäudeteile zurück und verwirklichte die tatsächliche Planung in der ursprünglich angedachten Höhe über Normalnull. Hierdurch entstand der im Rahmen der Klage geltend gemachte Schaden, dessen Höhe im Rahmen des Berufungsverfahrens unstrittig ist. Die Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Bauherrin trat sämtliche Ansprüche der Bauherrin aufgrund der fehlerhaften Höhenangabe in den Planköpfen am 22.07.2011 an die Klägerin ab. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von 256.991,56 Euro nebst Zinsen, die gegen die Beklagten als Gesamtschuldner gerichtet gewesen ist, teilweise stattgegeben und den Beklagten zu 1 verurteilt, an die Klägerin 119.871,49 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.03.2012 zu zahlen. Die Beklagte zu 2 hat das Landgericht verurteilt, an die Klägerin 47.948,60 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.03.2012 zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat, ist das Urteil rechtskräftig. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die Klägerin einen Anspruch gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB auf Zahlung von Schadensersatz in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe gegen die Beklagten habe.

Das Bauwerk sei mangelhaft gewesen, weil es zunächst 80 cm höher und damit abweichend von der Baugenehmigung errichtet worden sei. Die Beklagten und die Klägerin hafteten der Bauherrin als Gesamtschuldner für den Mangel. Vorliegend sei aber die Klägerin als eine Gesamtschuldnerin Inhaberin der Forderung geworden. Aus diesem Grund sei ihr Mitverschuldensanteil von der Gesamtforderung abzuziehen und die Beklagten hafteten lediglich in Höhe ihres jeweiligen Verschuldensanteils. In diesem Rahmen sei zu berücksichtigen, dass alle drei an dem Rechtsstreit beteiligten Parteien ihre Leistungen aus technischer Sicht fehlerhaft ausgeführt hätten. Der Beklagte zu 1 habe zunächst eine technisch mangelhafte Ausführungsplanung erstellt, weil die im Plankopf angegebene Höhenangabe unzutreffend gewesen sei. Der Beklagte zu 1 sei zwar später seiner Pflicht nachgekommen, die Absoluthöhen zu überprüfen und habe die fehlerhafte Angabe berichtigt. Er habe es aber versäumt, die Planung der Beklagten zu 2 zu beanstanden, obwohl diese einen entsprechenden Anlass gegeben hätte. Insoweit hätten ihm die divergierenden Höhenangaben auffallen müssen.

Die Tragwerksplanung der Beklagten zu 2 sei mangelhaft gewesen. Zwar sei das Einschalen und Betonieren der Grundkörper aufgrund der Planung möglich gewesen. Jedoch hätten ihr die unterschiedlichen Angaben der Absoluthöhe im Plankopf und im Inhalt des Plans auffallen müssen. Die Klägerin selbst habe zwar fachgerecht einen Höhenbezugspunkt markieren lassen. Sie habe aber nicht nach den Vorgaben im Plankopf bauen dürfen, zumal der Plan als "Vorabzug" gekennzeichnet sei. Auch hätte sie die Tragwerksplanung mit der weiteren Planung abgleichen müssen, wobei die Divergenz hätte auffallen müssen. Unter Berücksichtigung dieser durch die Sachverständige X zutreffend festgestellten mangelhaften Leistungen der Klägerin und der Beklagten treffe die Klägerin ein Mitverschuldensanteil von 30%, den Beklagten zu 1 von 50% und die Beklagte zu 2 von 20%. Den Beklagten zu 1 treffe das überwiegende Verschulden. Dieser habe im Plankopf die falsche Absoluthöhe angegeben und diese

Planung auch der Beklagten zu 2 zur Verfügung gestellt. Damit habe der Beklagte zu 1 die erste Ursache für den entstandenen Mangel gesetzt. Auch habe der Beklagte zu 1 es versäumt, die von der Beklagten zu 2 erstellten Schalpläne zumindest stichprobenartig zu überprüfen. Hierzu habe der Beklagte zu 1 besonderen Anlass gehabt, weil er die Absoluthöhe in seinem Plankopf geändert habe, nachdem er den Plan der Beklagten zu 2 zur Verfügung gestellt habe.

Auch der Klägerin sei ein Versagen vorzuwerfen. Sie habe die Tragwerksplanung nicht mit der gültigen Ausführungsplanung abgeglichen. Dieses Versäumnis wiege indes nicht so schwer, weil die Klägerin als Bauunternehmerin grundsätzlich davon ausgehen dürfe, dass die Planungsleistungen ordnungsgemäß erbracht worden seien. Allerdings habe die Klägerin die umzusetzende Planung nicht mit dem amtlichen Lageplan abgeglichen, der die maßgebliche Absoluthöhe angab. Hierdurch hätte der Fehler mit geringem Aufwand vermieden werden können. Die Umsetzung der fehlerhaften Tragwerksplanung der Beklagten zu 2 sei die unmittelbare Ursache für den Mangel gewesen. Allerdings sei der Beklagten zu 2 lediglich ein Sorgfaltsverstoß zur Last zu legen. Die Beklagte zu 2 habe die Angaben aus dem Plankopf übernommen, ohne diese mit den Angaben im Plan zu vergleichen. Hätte sie diesen Vergleich vorgenommen, wären die Differenzen aufgefallen. Insgesamt sei durch den Mangel ein Schaden in Höhe von 239.742,99 Euro entstanden. Mit der Berufung verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag - soweit sie zu einer Zahlung verurteilt worden sind - weiter. Sie wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Der Beklagte zu 1 macht geltend, das Landgericht sei der Sachverständigen blind gefolgt. Diese habe sich die Besonderheiten des Falls nicht hinreichend vor Augen geführt, sondern auf die übliche Aufgabenverteilung zwischen Architekt, Statiker und Bauunternehmer abgestellt. Dies sei verfehlt, weil dem Beklagten zu 1 nicht die Bauleitung übertragen worden sei. Die eigentliche Planung des Beklagten zu 1 sei - unstreitig - zutreffend gewesen. Der Fehler beschränke sich auf den Plankopf, also quasi die

nicht verbindliche Überschrift des Bauvorhabens. Auch habe das Landgericht außer Acht gelassen, dass es ausschließlich Sache der bauausführenden Klägerin gewesen sei, den Höhenfixpunkt zutreffend festzulegen. Dies hätte anhand der Baugenehmigung und des amtlichen Lageplans erfolgen müssen. Hierzu sei die Klägerin auch fachlich ohne weiteres in der Lage gewesen. Der Beklagte zu 1 sei hieran nicht beteiligt gewesen. Der Ausgangspunkt für den entstandenen Mangel sei daher ein Fehler der Klägerin gewesen. Keineswegs habe der Beklagte zu 1 die erste Ursache für den Mangel gesetzt.

Das Landgericht habe bei der Abwägung der Verursachungsbeiträge außer Acht gelassen, dass die schlussendliche Planung des Beklagten zu 1 zutreffend gewesen sei. Der Fehler sei nur in einem "Vorabzug" erfolgt, den die Klägerin ihrer Ausführung nicht habe zugrunde legen dürfen. Jedenfalls hätte die Klägerin den Vorabzug mit dem amtlichen Lageplan abgleichen müssen. Die Klägerin bzw. ihr Bauleiter hätten den Inhalt des "Vorabzugs" zur Kenntnis nehmen müssen. Der Fehler in dem Vorabzug sei bei der endgültigen Planung - unstreitig - nicht mehr vorhanden gewesen. Der Beklagte zu 1 habe auch keine echte Fehlplanung vorgenommen, weil lediglich der Kopf des "Vorabzugs" fehlerhaft gewesen sei. Der Beklagte zu 1 habe keinen Grund gehabt, die Schalplanung der Beklagten zu 2 einer besonderen Prüfung zu unterziehen, weil er nicht habe davon ausgehen müssen, dass die Beklagte zu 2 die Höhenangabe aus einem Plankopf übernehme. Insbesondere müsse der Beklagte zu 1 diese Angabe nicht überprüfen, weil diese durch den amtlichen Lageplan festgelegt werde. Die Bauleitung habe der Klägerin obliegen. Der von ihr zu benennende Bauleiter hätte die Differenz zwischen Plankopf und Inhalt ebenfalls feststellen müssen. Die Klägerin sei auch vertraglich gegenüber der Bauherrin verpflichtet gewesen, die Planung zu prüfen und auf etwaige Mängel hinzuweisen.

Die Beklagte zu 2 wendet sich gegen das Urteil, weil die Schalpläne nicht dazu dienen, die Höhe des Bauwerks festzulegen. Die Schalpläne seien lediglich eine Ergänzung der

Objektplanung (Anlage 13 zu § 49 HOAI). Sie bezögen sich auf das Einschalen des Betons und die hierfür erforderlichen Maße. Rohbauzeichnungen seien - unstreitig - nicht Gegenstand des an die Beklagte zu 2 erteilten Auftrags gewesen. Auch hätte sich die Klägerin an dem amtlichen Lageplan orientieren müssen. Die Schalpläne hätten allenfalls eine Ergänzung sein dürfen. Der Mitverschuldensanteil der Beklagten zu 2 sei aus den vorgenannten Gründen jedenfalls übersetzt. Insbesondere der Verursachungsbeitrag der Klägerin würde nicht hinreichend berücksichtigt. Dieser sei mit mindestens 50% zu bemessen. Die Klägerin habe in der Bauausführung und in der Überwachung Fehler gemacht. Die Beklagte zu 2 habe keinen Einfluss auf das Bauvorhaben gehabt. Sie habe lediglich die Pläne des Beklagten zu 1 umzusetzen gehabt. Dies habe sie getan.

Der Beklagte zu 1 beantragt, unter teilweiser Abänderung der angegriffenen Entscheidung die Klage gegen ihn insgesamt abzuweisen. Die Beklagte zu 2 beantragt, die angefochtene Entscheidung abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit die Beklagte zu 2 zu einer Zahlung verurteilt worden ist. Die Klägerin beantragt, die Berufungen zurückzuweisen. Sie verteidigt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags das Urteil. Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst deren Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung führt zu der aus dem Tenor ersichtlichen Änderung der landgerichtlichen Entscheidung, weil der Beklagte zu 1 den aufgrund der falschen Höhenangabe im Plankopf entstandenen Schaden gemäß § 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB von insgesamt 239.742,99 Euro zu 40% und die Beklagte zu 2 zu 15% zu ersetzen hat. Im Einzelnen:

1. Das Landgericht geht zutreffend davon aus, dass die Klägerin nach Abtretung der Forderung durch die Bauherrin zur Geltendmachung des Anspruchs aktivlegitimiert ist. Ebenfalls richtig ist die Annahme, das Bauwerk sei ursprünglich mangelhaft gewesen, weil es von

der genehmigten Bauplanung in der Höhe abwich. Beides greifen die Berufungen der Beklagten nicht an.

2. Mit Recht und von der Berufung nicht angegriffen geht das Landgericht auch davon aus, dass die Beklagten nicht (mehr) als Gesamtschuldner haften. Vielmehr haften diese für ihre jeweiligen Verursachungsbeiträge gegenüber der Klägerin lediglich entsprechend ihrem Mitverursachungsanteil.

a) Voraussetzung für die Haftung der Beteiligten an einem Bauvorhaben als Gesamtschuldner ist, dass die Verpflichtungen der jeweiligen Schuldner nach der maßgeblichen Interessenlage gleichstufig nebeneinander stehen. Das ist in der Regel anzunehmen, wenn die Schuld demselben Zweck dient, wenn also jeder der Schuldner auf seine Art für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen hat, den der Auftraggeber dadurch erlitt, dass jeder von ihnen seine vertraglich geschuldeten Pflichten mangelhaft erfüllt hat (vgl. Kniffka in Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil, Rn. 87, mwN). Die gesamtschuldnerische Haftung ist auch anzunehmen zwischen dem Bauunternehmer und dem planenden Architekten, wenn der Bauunternehmer auf Mängelbeseitigung und der planende Architekt auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2007 - VII ZR 5/06, BauR 2007, 1875). Soweit in der Literatur hieran Kritik geäußert wird, führt dies zu keinem anderen Ergebnis (vgl. hierzu ausführlich: Kniffka in Kniffka/Koebele, aaO, 6. Teil, Rn. 88 ff.). Nach diesen Grundsätzen war eine gesamtschuldnerische Haftung der Klägerin als Bauunternehmerin und des Beklagten zu 1 als planenden Architekten anzunehmen. Das gleiche gilt für die Haftung der Beklagten zu 2, die ebenfalls als planende Architektin an dem Bauvorhaben beteiligt war. Grundsätzlich besteht das Gesamtschuldverhältnis - wie hier - auch zwischen mehreren Unternehmen, weil diese für den gleichen Mangel verantwortlich sind.

b) Ebenfalls mit Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Haftung der Beteiligten als Gesamtschuldner nicht mehr besteht, weil

die Klägerin selbst Inhaberin der ursprünglich auch gegen sie gerichteten Forderung geworden ist. Zwar ist in der Literatur umstritten, ob im Fall der Vereinigung der Forderung mit der Schuld bei einem der vormaligen Gesamtschuldner weiterhin gegen die verbleibenden Gesamtschuldner eine Gesamtschuld besteht oder diese nur für den jeweiligen Anteil ihrer Mitverursachungsquote haften. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich der Senat anschließt, geht allerdings davon aus, dass in diesen Fällen lediglich eine Haftung nach dem eigenen Verursachungsanteil besteht (vgl. dazu Löwisch in Staudinger, BGB, Stand: 2012, § 425 Rn. 65 ff, mwN). Unstreitig ist auch - was das Landgericht ebenfalls angenommen hat -, dass die Haftung sich jedenfalls um den Betrag reduziert, mit dem der nunmehrige Forderungsinhaber selbst an der Gesamtschuld beteiligt wäre. Die Beklagten haften vor diesem Hintergrund gegenüber der Klägerin in Höhe ihres jeweiligen Mitverursachungsanteils und nach Abzug des Anteils, der auf die Verursachung des Schadens durch die Klägerin zurückgeht.

c) Hierauf kommt es letztlich allerdings nicht an. Denn die Klage richtet sich, nachdem die Klage auf Zahlung des ursprünglich gegen die Beklagten als Gesamtschuldner geltend gemachten Schadensersatzanspruchs rechtskräftig abgewiesen worden ist, lediglich auf Zahlung des Ausgleichs, den jeder der Beklagten aufgrund seiner eigenen Mitverursachung zu tragen hat. Dieser Anspruch hängt nicht von der Frage ab, ob vormals eine Gesamtschuld bestand oder nicht. Denn sollte eine Gesamtschuld nicht bestanden haben, bestünde die Haftung der jeweiligen Beklagten aufgrund des jeweiligen Verschuldens in Höhe der Mitverursachungsquote.

3. Ebenfalls mit Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagten jeweils mangelhafte Leistungen erbracht haben, für die diese einzustehen haben. Das Landgericht geht mit zutreffender Begründung davon aus, dass der Beklagte zu 1 eine mangelhafte Ausführungsplanung erstellte, weil er im Plankopf eine unzutreffende Absoluthöhe angab. Diese habe er zwar vor Freigabe seiner eigentlichen

Pläne berichtet. Er habe es aber versäumt, die Planung der Beklagten zu 2 zu beanstanden, die auf dem ursprünglichen Plan des Beklagten zu 1 und dessen falscher Höhenangabe im Plankopf beruhte. Insoweit ist das Landgericht dem Gutachten der Sachverständigen X gefolgt. Diese hat ebenfalls bestätigt, dass der Beklagte zu 1 bei Abgleich der Pläne der Beklagten zu 2 den Höhenunterschied hätte feststellen müssen (Bl. 304 d.A.). Weiter hat die Sachverständige angenommen, dass der Beklagte zu 1 die Höhen hätte bei Freigabe der Ausführungsplanung für die Baustelle überprüfen müssen. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich Sache des Beklagten zu 1 gewesen sei, die Leistungen der Beklagten zu 2 in seine Planungen zu integrieren (Bl. 410 d.A.). Gerade weil der Beklagte zu 1 die Höhen im Plankopf korrigiert habe, sei eine besondere Prüfung der Leistungen der Beklagten zu 2 erforderlich gewesen (Bl. 410 f. d.A.). Dass der Beklagte zu 1 damit fahrlässig eine Ursache für die Mangelhaftigkeit des Bauwerks gesetzt hat, steht außer Zweifel.

Das Landgericht geht weiter davon aus, dass auch die Tragwerksplanung der Beklagten zu 2 mangelhaft gewesen sei. Zwar habe diese den technischen Anforderungen an eine Schalplanung genügt. Allerdings hätte die Beklagte zu 2 die Ausführungsplanung des Beklagten zu 1 berücksichtigen müssen. Dabei hätten ihr die unterschiedlichen Höhenangaben auffallen müssen. Dieses Ergebnis stützt das Landgericht auf die Begutachtung der Sachverständigen X (Bl. 303 d.A.) und die ergänzenden gutachterlichen Stellungnahmen des Sachverständigen Prof. Dr. S (Bl. 328 d.A.), die zu dem gleichen Ergebnis gekommen sind. Auch diese Feststellungen des Landgerichts sind nicht zu beanstanden. Die gutachterlichen Stellungnahmen sind frei von Widersprüchen oder sonstigen Mängeln. Auch kann der Senat aus eigener Erfahrung das Ergebnis der Sachverständigen nachvollziehen. So musste die Beklagte zu 2 für die Erstellung der Tragwerksplanung die Pläne des Beklagten zu 1 im Einzelnen umsetzen. Hierfür musste sie auch den Inhalt des Plans berücksichtigen. Dennoch hat sie die Höhe allein auf die im Plankopf angegebene Absoluthöhe gestützt, so

dass ihr offensichtlich die entsprechende Differenz nicht aufgefallen ist. Mit Recht geht das Landgericht auch davon aus, dass die Leistungen der Klägerin ebenfalls mangelhaft waren. Zwar habe die Klägerin entsprechend ihrer Verpflichtung einen Höhenbezugspunkt markieren lassen. Aus technischer Sicht sei es aber zu beanstanden, dass die Klägerin bei der Einmessung des Hauses allein auf die Höhenangaben in den Planköpfen Bezug genommen habe. Zudem habe es die Klägerin versäumt, die zur Umsetzung anstehende Tragwerksplanung mit der gültigen Ausführungsplanung abzugleichen, was ebenfalls die Fehlerhaftigkeit der Schalplanung aufgezeigt hätte. Diese Feststellungen des Landgerichts beruhen auf den Angaben der Sachverständigen X in ihrem Gutachten. Die Sachverständige hat ausgeführt, dass die Höhenangaben sich in dem Plankopf nicht hätten befinden müssen. Vielmehr seien die Angaben in Grundrissen, Schnittzeichnungen und dem Lageplan als maßgeblich anzusehen. Es sei aus technischer Sicht zu beanstanden, dass die Klägerin als bauausführender Generalunternehmer sich bei der Einmessung des Hauses allein auf die aus den Planköpfen eines Plans ersichtliche Höhenangabe verlassen habe. Es sei allerdings üblich, dass die maßgebliche Höhe nach den Ausführungsplänen der Architekten bestimmt werde (Bl. 305 f. d.A.). Auch diese Ausführungen der Sachverständigen und die darauf fußenden Feststellungen des Landgerichts sind nicht zu beanstanden und werden letztlich auch nicht angegriffen. Vielmehr stimmen die Feststellungen mit den Kenntnissen des Senats überein, dass grundsätzlich Ausführungspläne bei der Ausführung von Bauvorhaben zu Rate gezogen werden, auch wenn neben diesen amtliche Lagepläne oder die Baugenehmigung vorliegen. Ein Widerspruch in den Plänen zwischen dem Plankopf und dem eigentlichen Inhalt des Plans hätte der Klägerin vor diesem Hintergrund allerdings auffallen müssen. Denn grundsätzlich ist der Bau nicht nach dem Kopf, sondern dem eigentlichen Inhalt eines Plans auszuführen.

4. Allerdings sind die vom Landgericht angenommenen Haftungsquoten unzutreffend. Unter Berücksichtigung der Verursachungsbei-

träge der Klägerin und der Beklagten ist vielmehr eine Haftung der Klägerin von 45%, des Beklagten zu 1 von 40 % und der Beklagten zu 2 von 15% anzunehmen.

a) Das Landgericht hat - wenn auch teilweise mit anderer Begründung - angenommen, dass die Haftungsquoten, die die Sachverständige X angenommen hat, im Wesentlichen zutreffend sind. Den Beklagten zu 1 treffe das überwiegende Verschulden, weil er zunächst in seiner Ausführungsplanung im Plankopf eine falsche Absoluthöhe angegeben habe. Damit habe er die erste Ursache für den letztlich entstandenen Baumangel gesetzt. Auch habe der Beklagte zu 1 die Schalpläne der Beklagten zu 2 zumindest stichprobenartig überprüfen müssen. Hierzu habe wegen der Änderung im Plankopf des Beklagten zu 1 besonderer Anlass bestanden. Auch der Klägerin sei ein doppeltes Verschulden vorzuwerfen. Sie habe zunächst die Tragwerksplanung nicht mit der gültigen Ausführungsplanung abgeglichen, was allerdings nicht so schwer wiege, weil die Klägerin als Bauunternehmerin grundsätzlich davon ausgehen durfte, dass die Planungsleistungen ordnungsgemäß erbracht worden seien. Schwerer wiege das Versäumnis der Klägerin, dass sie die Ausführungsplanung nicht mit dem amtlichen Lageplan abgeglichen hätte.

Die Beklagte zu 2 habe zwar die unmittelbare Ursache für den Mangel gesetzt, weil ihre fehlerhafte Tragwerksplanung umgesetzt worden sei. Dieser Fehler wiege indes weniger schwer, weil ihr lediglich ein Sorgfaltsverstoß zur Last gelegt werden könne. Sie habe die Ausführungshöhen aus dem Plankopf des Beklagten zu 1 übernommen, ohne die Angaben mit dem Inhalt des Plans zu vergleichen.

b) Die Sachverständige X hat im Rahmen ihrer gutachterlichen Stellungnahme, die das Landgericht bei seiner Entscheidung ausdrücklich ebenfalls berücksichtigt hat, angenommen, dass der Beklagte zu 1 aus technischer Sicht einen Mitverursachungsanteil von 49%, die Beklagte zu 2 von 21% und die Klägerin von 30% zu tragen habe. Dabei hat die Sachverständige zunächst auf die dargelegten Schlechtleistun-

gen bzw. Pflichtverletzungen des jeweiligen Beteiligten Bezug genommen. Sodann ist die Sachverständige davon ausgegangen, dass die Verursachungsbeiträge in ein Verhältnis zueinander zu setzen seien. Zu diesem Zweck hat die Sachverständige die einzelnen Verursachungsbeiträge bewertet. Sie ist davon ausgegangen, dass der Beklagte zu 1 im Rahmen der Planung durch das Aufnehmen der falschen Höhe einen auf einer Skala von 0,0 bis 1,0 mit 0,8 zu gewichtenden Hauptursachenbeitrag zu dem Mangel des Werkes geleistet habe. Dieser Beitrag falle vollständig (entsprechend 100) dem Beklagten zu 1 zur Last. Das Verschulden des Beklagten zu 1 sei insoweit als gewöhnlich und damit mit einem Faktor 3 zu bewerten. Diese Werte ergäben multipliziert einen Verantwortungsbeitrag von 240 fiktiven Punkten.

Die Übernahme der Höhe aus dem Plankopf in die Schalplanung - diese unterfalle dem Bereich der Planung - falle vollständig (entsprechend 100) dem Beklagten zu 2 zur Last. Dieser sei mit ebenfalls mit 0,8 zu gewichten. Das Verschulden sei ebenfalls gewöhnlich, also mit 3 zu bewerten. Daraus ergebe sich ein Verantwortungsanteil von 256 fiktiven Punkten. Der mangelhafte Abgleich der Tragwerksplanung mit der gültigen Ausführungsplanung (ebenfalls Teil der Planung) sei als Hauptverantwortungsbeitrag mit 1,0 zu gewichten. Dieser müsse zur Hälfte (entsprechend 50) von dem Beklagten zu 1 und zu je $\frac{1}{4}$ (entsprechend 25) von der Klägerin sowie der Beklagten zu 2 übernommen werden. Den Beklagten zu 1 treffe in diesem Punkt ein erhebliches Verschulden, was mit dem Faktor 4 zu bewerten sei. Die Klägerin und die Beklagte zu 2 treffe ein normales Verschulden. Dieses sei jeweils mit einem Faktor 3 zu bewerten. Daraus ergäbe sich ein Verantwortungsanteil von 200 fiktiven Punkten zu Lasten des Beklagten zu 1 und von jeweils 75 fiktiven Punkten zu Lasten der Klägerin und der Beklagten zu 2. Die mangelnde Koordination (Planung) falle vollständig dem Beklagten zu 1 zur Last (entsprechend 100). Diese sei mit 0,8 zu gewichten. Das Verschulden sei erheblich und mit dem Faktor 4 zu bewerten. Der Verursachungsanteil des Beklagten zu 1 betrage daher insoweit 320 fiktive Punkte.

Die mangelhafte Ausführung, die von der Planung zu unterscheiden sei, sei ebenfalls mit 1,0 zu gewichten. Diese falle vollständig (entsprechend 100) der Klägerin zur Last. Das Verschulden sei erheblich und daher mit dem Faktor 4 zu bewerten. Dies ergäbe einen Verursachungsbeitrag von 400 fiktiven Punkten.

Insgesamt träfen den Beklagten zu 1 ein Verursachungsbeitrag von 760 fiktiven Punkten, den Beklagten zu 2 von 331 fiktiven Punkten und die Klägerin von 475 fiktiven Punkten. Diese ins Verhältnis zur Summe der Verursachungsbeiträge gesetzt, ergäbe eine Mitverursachungsquote von 49% zu Lasten des Beklagten zu 1, von 21% zu Lasten der Beklagten zu 2 und von 30% zu Lasten der Klägerin. Insoweit ist der Sachverständigen bereits ein offensichtlicher Rechenfehler unterlaufen. Denn der Verursachungsbeitrag der Beklagten zu 2 hinsichtlich der Übernahme der Höhe aus dem Plankopf in die Schalplanung beträgt lediglich 240 fiktive Punkte und nicht 256 fiktive Punkte. Indes wirkt sich dieser marginale Fehler bei der Berechnung der technischen Verursachungsbeiträge nicht wesentlich aus. Allerdings ergibt sich sodann auch nach den technischen Verursachungsbeiträgen ein Mitverursachungsanteil der Beklagten zu 2 von lediglich 20,3%, des Beklagten zu 1 von 49,0% und der Klägerin von 30,7%.

c) Die Feststellung des Landgerichts zur Höhe der Verursachungsbeiträge ist unter Berücksichtigung der Angriffe der Berufungen der Beklagten zu 1 und 2 teilweise wie geschehen abzuändern. So sind die Verursachungsbeiträge aus technischer Sicht, die sich aus dem Gutachten der Sachverständigen X ergeben, nachvollziehbar und überzeugend dargestellt. Allerdings ist die Sachverständige teilweise von unzutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen.

aa) Entgegen der Annahme der Berufung des Beklagten zu 1 haben weder die Kammer noch die Sachverständige bei ihrer Bewertung der jeweiligen Verursachungsbeiträge außer Acht gelassen, dass die Aufgabenverteilung zwischen Architekt und Bauunternehmer vorliegend au-

ßergewöhnlich gewesen sei, weil der Beklagte zu 1 nicht die Bauleitung übernommen habe. Vielmehr hat die Sachverständige im Rahmen ihrer tabellarischen Aufstellung der Verursachungsbeiträge (Bl. 317) ausdrücklich zwischen der Planung und der Ausführung der Pläne unterschieden. An dieser Stelle wird deutlich, dass die Sachverständige und ihr folgend die Kammer sehr wohl berücksichtigt hat, dass die Bauleitung und damit ein Teil der Ausführung nicht dem Beklagten zu 1 sondern der Klägerin oblag. Der Verursachungsbeitrag im Zusammenhang mit der Ausführung geht daher ausschließlich zu Lasten der Klägerin und wurde auch entsprechend berücksichtigt. In diesem Zusammenhang hat die Sachverständige den Beitrag der Klägerin mit 1,0, also der höchst möglichen Gewichtung berücksichtigt. Auch hat sie das Verschulden der Klägerin auf einer Skala von 1 bis 4 mit dem höchsten möglichen Faktor bewertet. Allerdings hat die Sachverständige angenommen, dass der Beklagte zu 1 auch die Leistungen nicht hinreichend koordiniert habe, was ebenfalls mitursächlich für den Mangel gewesen sei. Welche Koordination neben dem separat aufgenommenen mangelhaften Abgleich zwischen Tragwerksplanung und gültiger Ausführungsplanung gemeint war, erschließt sich nicht. Auch ist nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass eine weitere Koordination durch den Beklagten zu 1 geschuldet war. Die mangelnde Koordination kann dem Beklagten zu 1 daher nicht als Verursachungsbeitrag zugerechnet werden.

bb) Entgegen der Ansicht des Beklagten zu 1 hat das Landgericht nicht außer Acht gelassen, dass die eigentliche Planung des Beklagten zu 1 zutreffend war und sich der Fehler auf eine fehlerhafte Darstellung im Plankopf beschränkte. Insoweit hat die Sachverständige hierin - anders als bei der Verursachung im Rahmen der Ausführung, die mit 1,0 bewertet worden ist - eine mit 0,8 bewertete Ursache gesehen. Die Sachverständige hat das Verschulden in diesem Bereich nicht als erheblich, sondern als gewöhnlich angesehen. Damit hat die Sachverständige bei der technischen Bewertung der jeweiligen Verursachungsbeiträge hinreichend

berücksichtigt, dass nicht der Plan an sich, sondern lediglich dessen Eingangsformel fehlerhaft war.

Das Landgericht hat berücksichtigt, dass es Sache der Klägerin war, die Höhenfixpunkte festzulegen und insoweit jedenfalls einen Abgleich mit dem amtlichen Lageplan vorzunehmen. Wie dargelegt hat das Landgericht im Rahmen der Ausführung - dies gilt auch, soweit der Klägerin die Bauleitung oblag und sie, so der Vortrag des Beklagten zu 1, gegenüber dem Bauherrn zur Prüfung des Plans auf etwaige Mängel verpflichtet war - das alleinige Verschulden der Klägerin als erheblich angesehen und den Verursachungsbeitrag mit der höchsten Gewichtung von 1,0 berücksichtigt. Soweit der Beklagte zu 1 in diesem Zusammenhang einwendet, dies sei die erste und eigentliche Ursache für den Mangel, kann dem nicht beigetreten werden. Ausgangspunkt für die Mangelhaftigkeit des Bauwerks war vielmehr, dass die Angabe in der ursprünglichen, vom Beklagten zu 1 der Beklagten zu 2 zur Verfügung gestellten Planung eine unzutreffende Höhenangabe im Plankopf enthielt. Ausgehend hiervon sind sodann weitere Verursachungsbeiträge der Beklagten zu 2 und der Klägerin hinzugekommen, die aber ohne die dem Beklagten zu 1 zuzurechnende falsche Angabe der Höhe im Plankopf nicht entstanden wären. Auch die Tatsache, dass bei der endgültigen Planung der Fehler im Plankopf des Beklagten zu 1 korrigiert worden war, führt zu keiner anderen Bewertung. Insoweit sind die Verursachungsbeiträge jeweils unterschiedlich gewichtet worden.

In diesem Zusammenhang ist bei der Bewertung der Verursachungsbeiträge allerdings zu berücksichtigen, dass die Sachverständige davon auszugehen, Grundlage der Ausschachtung sei ein Vorabzug gewesen. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils lag der Ausschachtung aber die Tragwerksplanung zugrunde.

cc) Soweit der Beklagte zu 1 ausführt, er habe keinen Grund gehabt, die Schalplanung des Beklagten zu 2 zu prüfen, weil dieser in dessen

Verantwortungsbereich falle, hat das Landgericht auch dies berücksichtigt. Zum einen geht die Sachverständige mit überzeugender Begründung davon aus, dass die Prüfung auch der Höhenangabe im Schalplan der Beklagten zu 2 durch den Beklagten zu 1 erforderlich gewesen wäre. Zum anderen haben diese und ihr folgend das Landgericht insoweit eine Gewichtung der Verursachungsanteile (1/2 zu Lasten des Beklagten zu 1 und jeweils 1/4 zu Lasten der Beklagten zu 2 [(was, wie darzulegen sein wird, nicht zum Nachteil der Beklagten zu 2 berücksichtigt werden kann)] und der Klägerin) vorgenommen. Insoweit hat das Landgericht somit hinreichend berücksichtigt, dass dem Beklagten zu 1 nicht allein die Pflicht oblag, die Schalplanung zu prüfen. Allerdings ist es die Pflicht des planenden Architekten, die Gewerke, die ein Fachmann übergibt, soweit zu prüfen, wie dies nicht dem Fachgebiet des entsprechenden Fachmanns - hier der Beklagten zu 2 - unterfällt. So liegt der Fall auch hier. Denn die korrekte Angabe der Höhe im Rahmen des Plans war von dem Beklagten zu 1 vorgegeben, zumal insoweit zutreffend berücksichtigt worden ist, dass der Beklagte zu 1 einen besonderen Grund hatte, die Planung der Beklagten zu 2 zu prüfen, weil ihm der Fehler im Plankopf des ursprünglichen Vorabzugs aufgefallen war.

dd) Soweit sich die Beklagte zu 2 gegen die Gewichtung der Verursachungsbeiträge wendet, führt dies zu der dargelegten Reduzierung ihres Verursachungsanteils. Zutreffend ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Schalpläne keine Höhenangaben enthalten müssen. Dies hat das Landgericht auch hinreichend berücksichtigt. Die Sachverständigen haben jedoch im Rahmen der Beweisaufnahme festgestellt, dass die Übernahme der Höhenangabe aus dem Plankopf durch die Beklagte zu 2 dennoch nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprach. Auch die Tatsache, dass die Klägerin den amtlichen Lageplan hätte berücksichtigen müssen, hat das Landgericht bei der Bewertung der Verursachungsbeiträge berücksichtigt. Das gleiche gilt - wie dargelegt - für den Einwand, die Bauausführung hätte allein der Klägerin obliegen.

Soweit sich das Landgericht jedoch im Weiteren an den Ausführungen der Sachverständigen X orientiert hat, ist die Sachverständige von unzutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen. Die Sachverständige hat entgegen der Feststellungen der Kammer und des Senats angenommen, im Plan vom 15.11.2010 sei die Höhe im Plankopf zutreffend eingetragen worden. Ausgehend hiervon kann der Beklagten zu 2 kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie ihren am 17.11.2010 erstellten Plan nicht nochmals anhand der zutreffenden Ausführungsplanung (die falsche Höhenangabe wurde seitens des Beklagten zu 1 erst am 17.11.2010 und damit zeitgleich mit der Freigabe der Tragwerksplanung korrigiert) überprüfte.

ee) Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen liegen die Verursachungsanteile der Klägerin bei 45%, des Beklagten zu 1 bei 40% und der Beklagten zu 2 bei 15%. Vor dem Hintergrund, dass sich der Verursachungsbeitrag des Beklagten zu 1 als geringer darstellt, als das Landgericht dies angenommen hat, weil dem Beklagten zu 1 neben dem fehlenden Abgleich der Tragwerksplanung mit der gültigen Ausführungsplanung keine weitere mangelnde Koordination vorgeworfen werden kann, ist der (Mit-) Verursachungsanteil des Beklagten zu 1 zu reduzieren. Auch kann der Beklagten zu 2 kein Mangel beim Abgleich zwischen der Tragwerksplanung und der gültigen Ausführungsplanung vorgeworfen werden. Auch insoweit muss die Quote der Verursachungsanteile angepasst werden. Im Rahmen der vom Senat vorzunehmenden Gesamtabwägung der Verursachungsanteile, ergeben sich unter Berücksichtigung aller vom Landgericht und der Sachverständigen genannten Faktoren unter Berücksichtigung der dargelegten Änderungen die vorgenannten Verursachungsanteile. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch die Annahme einer Gewichtung der Verursachungsanteile, die dem Beklagten zu 1 zu 40 % zuzurechnen sind, nicht unbillig. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin als Bauunternehmerin zwar nicht ohne weiteres auf das verlassen darf, was der

Architekt als Planer der Leistungen zur Verfügung stellt. Insbesondere darf sie ihr fachliches Können und Geschick dabei nicht unberücksichtigt lassen. Dies entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem verantwortungsbewussten Handeln des Bauunternehmers im Rahmen seiner beruflichen Betätigung. Allerdings soll der Bauunternehmer die Verantwortung für die richtige Planung dem Planer auch nicht abnehmen. Vielmehr liegt die Verantwortung für die richtige Planung zunächst in der Hand des Architekten, hier des Beklagten zu 1 (vgl. Döring in Vygen/Kratzenberg, VOB, 17. Aufl., § 3 Abs. 3 VOB/B Rn. 4 ff.). Sein Verursachungsbeitrag ist unter Berücksichtigung aller vorgenannten Faktoren daher mit 40% zu bewerten.

Der Verursachungsbeitrag der Beklagten zu 2 ist unter Berücksichtigung der genannten Faktoren mit 15% zu bewerten. Insbesondere die untergeordnete Rolle der Beklagten zu 2 und die weiteren der Klägerin und insbesondere dem Beklagten zu 1 zuzurechnenden Verursachungsanteile einzubeziehen. Eine erneute Anhörung der Sachverständigen im Rahmen des Berufungsverfahrens war nicht geboten. Zum einen handelt es sich bei der Bestimmung der Verursachungsbeiträge um eine Rechtsfrage, so dass das Gutachten nur in Bezug auf die Feststellung der für die Bewertung erforderlichen tatsächlichen Umstände erheblich ist. Zum anderen hat der Senat als Bausenat und vermittelt durch das Gutachten selbst die notwendige Sachkunde, um die jeweiligen Mängel in den Leistungen festzustellen und die Verursachungsbeiträge gegeneinander abzuwägen.

5. Soweit das Landgericht davon ausgegangen ist, dass der ersatzfähige Schaden sich insgesamt auf 239.742,99 Euro beläuft, hat die Berufung der Beklagten diese Feststellung nicht angegriffen. Es ergeben sich aber auch sonst keine Gründe, die gegen die festgestellte Schadenshöhe sprechen würden.

Diesen Schaden haben - entsprechend den vorstehenden Ausführungen - der Beklagte zu 1 zu 40% entsprechend 95.897,20 Euro und die Beklagte zu 2 zu 15 % entsprechend 35.961,45

Euro zu tragen. Den verbleibenden Schaden in Höhe von 107.884,34 Euro (entsprechend 45%) hat die Klägerin selbst zu tragen.

6. Entgegen der Anregung des Beklagten zu 1 ist die Revision nicht zuzulassen. Gründe im Sinne von § 543 Abs. 2 ZPO, die für die Zulassung der Revision sprechen würden, sind weder dargetan, noch sonst ersichtlich. Vorliegend geht es allein um die Bestimmung und Gewichtung von Verursachungsbeiträgen im Rahmen von Mängeln eines Bauprojekts. Die Feststellung von Verursachungsbeiträgen ist dem Tatrichter überlassen, zumal sich die Entscheidung vorliegend allein auf den zu entscheidenden Einzelfall bezieht.

7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Streitwert des Berufungsverfahrens:
167.820,09 Euro.

**OLG Celle: E-Mail als ein Angebot für vergütungspflichtige Architektenleistungen
vorgestellt von Thomas Ax**

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sowie des Senates, dass der Architekt für den Abschluss eines wirksamen Architektenvertrages vortrags- und beweispflichtig ist und sich Umfang und Inhalt der Beauftragung nicht nach der HOAI bemessen, sondern nach allgemeinem bürgerlichen Recht (Senat, Urt. v. 24.09.2014 - 14 U 114/13, BauR 2016, 1202; nachgehend BGH, Beschl. v. 30.07.2015 - VII ZR 244/14 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen]). Der Abschluss eines Architektenvertrages setzt hierauf bezogene, übereinstimmende Willenserklärungen voraus, wobei der Vertragsschluss auch konkludent erfolgen oder durch die Entgegennahme bestimmter Leistungen in Betracht kommen kann, sofern ein entsprechender Wille der Parteien festzustellen ist (Senat aaO. mwN). Die Auslegung von Willenserklärungen richtet sich nach §§ 133, 157 BGB. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (vgl. nur Palandt, BGB, 79. Auflage, § 133, Rn. 9 mit Rechtsprechungsnachweisen). Entscheidend ist nicht der empirische Wille des Erklärenden, sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert, d.h., wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt (so schon BGH, Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30-35, Rn. 27; vgl. und näher im Übrigen Palandt aaO mwN.). Auszugehen hat die Auslegung vom Wortlaut der Erklärung, sodann sind die Begleitumstände einzubeziehen und ist die bestehende Interessenlage zu berücksichtigen (vgl. und näher Palandt aaO, Rn. 14ff. mit Rechtsprechungsnachweisen).

Ausgehend von diesen Grundsätzen kann anzunehmen sein, dass eine E-Mail ein Angebot auf Abschluss eines Architektenvertrags enthält, gerichtet auf Erbringung der für den Bauantrag des Bauvorhabens des Beklagten erforderlichen Leistungen zu einem bestimmten Honorar. Abzustellen ist auf den Wortlaut. Abzustellen ist

auf die Begleitumstände. Entscheidend ist, dass klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht wird, die weiteren Planungsleistungen nur gegen eine Vergütung zu erbringen. Abzustellen ist auch auf die Interessenlage der Parteien. Der Bauherr kann bspw. nicht erwarten, dass der Architekt sämtliche (weiteren) Leistungen ohne Vergütung erbringen werde, zumal wenn sich die benötigten Leistungen - Fertigung des Bauantrags zur Erlangung der Baugenehmigung - in den insofern erbrachten Leistungen erschöpften, so dass der Architekt andernfalls insofern vollumfänglich kostenfrei für den Beklagten tätig gewesen wäre. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass jeder Architekt grundsätzlich nur für eine bestimmte Zeit bereit sein wird, unentgeltliche "Vorleistungen" im vertragslosen Zustand zu erbringen. Letztlich hängt es aber von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab, ob der Architekt werbend tätig wird, um den Auftrag zu erhalten - dann handelt es sich um eine unentgeltliche Akquisitionstätigkeit -, oder ob er bereits auf vertraglicher Grundlage eine vergütungspflichtige Tätigkeit wahrnimmt (Senat aaO, Rn. 77 mwN). Hier ist in der E-Mail ein Angebot für vergütungspflichtige Leistungen zu sehen. OLG Celle, Urteil vom 01.04.2020 - 14 U 185/19 vorhergehend: LG Hannover, 28.08.2019 - 14 O 204/18

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt in der Hauptsache Vergütung für Architektenleistungen zu einem Bauvorhaben des Beklagten in L. Der Beklagte beauftragte den Kläger Ende 2017 / Anfang 2018 nach Erstellung eines Entwurfs mit der Fertigung des Bauantrags für das Bauvorhaben des Beklagten in L., den Neubau von zwei Zweifamilienhäusern. Ein schriftlicher Vertrag existiert nicht. Im Streit steht die Vergütungsabrede. Der Kläger erbrachte Leistungen. Am 16. Februar 2018 stellte er dem Beklagten nach Bauantragstellung eine Abschlagsrechnung (Anlage K 2). Am 04. April 2018 erteilte er eine Schlussrechnung über einen Betrag - bezeichnet als "Pauschal Honorar" - von 20.000, -- Euro zzgl. Mehrwertsteuer (Anlage K 3). Am 25. April 2018 erteilte die Stadt L. die Baugenehmigung.

Zahlungen erbrachte der Beklagte auch auf mehrere Mahnungen hin nicht. Der Kläger hat unter Verweis auf eine E-Mail an den Beklagten vom 25. Januar 2018 und dessen Antwort vom selben Tag behauptet, eine Vergütung von 20.190,41 Euro (netto) sei vereinbart worden. In den - ihrem Wortlaut nach unstreitigen - E-Mails, vorgelegt als Anlage K 12, heißt es (auszugsweise):

"Hallo Herr H.,

(...)

Die Architektenkosten für den Bauantrag betragen off. nach HOAI

28.843,44 Euro netto. Ich würde Ihnen einen Nachlass von 30 % anbieten.

Für Rückfragen stehe ich gern zur Verfügung.

(...)"

sowie

"Hallo Herr E.,

gutes Angebot, bitte schnell fertig machen.

(...)"

Der Kläger meint, er unterliege nicht der HOAI, weil er Planungsleistungen erbringe, ohne Architekt oder Ingenieur zu sein. Für die Erstellung der Genehmigungsplanungen etc. bediene er sich seines Vaters, des angestellten Architekten Dipl. Ing. H. E. als Entwurfsverfasser. Einzig ausschlaggebend sei daher die getroffene Pauschalvereinbarung. Jedenfalls seien alle wesentlichen Leistungen gemäß § 34 Abs. 3 HOAI, d.h. die Leistungsphasen 1 bis 4 erbracht worden. Der Beklagte ist seiner Inanspruchnahme entgegengetreten und hat dazu insbesondere geltend gemacht, entgegen dem Klägervorbringen sei im November 2017 mündlich ein Pauschalhonorar von 7.000,00 Euro (brutto) vereinbart worden. Um ein schriftliches Angebot habe er mehrfach erfolglos gebeten. Die Schlussrechnung des Klägers sei mangels Abrechnung nach Maßgabe der HOAI fehlerhaft

und nicht nachvollziehbar und im Ergebnis nicht prüffähig und damit auch nicht fällig. Ihm, dem Beklagten, lägen auch keinerlei Unterlagen dazu vor, dass der Kläger alle wesentlichen Grundleistungen der Leistungsphasen der HOAI erbracht habe. Aus der E-Mail vom 25. Januar 2018 erschließe sich nicht, welche anrechenbaren Baukosten und welche Leistungsphasen mit wieviel Prozent-Anteil angesetzt worden seien. Mangels Vorlage von Nachweisen zur Statik sei die Schlussrechnung bereits aus diesem Grunde zu kürzen. Es sei unklar und der Vortrag des Klägers unklar, mit welchem Umfang der Kläger den Auftrag bekommen haben will. Grundleistungen der Leistungsphasen zwei und drei seien nicht nachvollziehbar belegt.

Das Landgericht hat am 12. Februar 2019 ein klagestattgebendes Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren gemäß § 331 Abs. 3 ZPO erlassen. Gegen das Versäumnisurteil hat der Beklagte Einspruch eingelegt. Das Landgericht hat schließlich mit am 28. August 2019 verkündeten Urteil das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die E-Mail des Klägers vom 25. Januar 2018 sei als Vertragsangebot anzusehen, die Antwort-E-Mail des Beklagten sei als Annahme dieses Angebots auszulegen. "Ein solches Vertragsangebot" habe rechtswirksam unterhalb des Mindestsatzes der HOAI vereinbart werden können. Die Vergütungsregelung benachteilige den Beklagten im Übrigen nicht, weshalb es keiner weiteren Darstellung des Klägers zur Kostenberechnung bedürfe. Die geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und Zinsen seien als Verzugsschaden zu erstatten.

Gegen dieses Urteil, auf das im Übrigen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO verwiesen wird, wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Er macht neben der Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens insbesondere geltend, das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass eine schriftliche Honorarvereinbarung nicht notwendig sei. Vielmehr sei "in entsprechender Rechtsanwendung" des Ur-

teils des EuGH und "in entsprechender Auffassung des OLG Celle" davon auszugehen, dass § 7 Abs. 5 HOAI anwendbar bleibe, so dass der Kläger eine HOAI-Abrechnung nach Mindestsätzen vornehmen müsse. Der Beklagte beantragt, das am 28.08.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Hannover zum dortigen Aktenzeichen 14 O 204/18 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Er verteidigt das angefochtene Urteil im Wesentlichen unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen. Soweit es die Wirksamkeit der von ihm geltend gemachten Pauschalhonorarabrede anbelangt, verweist er u.a. auf die aktuelle Rechtsprechung des Senats (u.a. Urteile vom 17. Juli 2019 - 14 U 188/18 - und vom 8. Januar 2020 - 14 U 96/19).

II.

Die Berufung ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat das klagstattgebende Versäumnisurteil vom 12. Februar 2019 zu Recht aufrechterhalten. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Der geltend gemachte Anspruch des Klägers auf Vergütung seiner Architektenleistungen folgt aus §§ 631 Abs. 1, 650p Abs. 1, 650q Abs. 1 BGB i. V. m. den als Anlage K 3 vorgelegten E-Mails der Parteien vom 25. Januar 2018.

a) Das Landgericht hat die E-Mails der Parteien vom 25. Januar 2018 zu Recht als Angebot zum Abschluss eines Architektenvertrags und als Annahme dieses Angebots angesehen.

aa) Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sowie des Senates, dass der Architekt für den Abschluss eines wirksamen Architektenvertrages vortrags- und beweispflichtig ist und sich Umfang und Inhalt der Beauftragung nicht nach der HOAI bemessen, sondern nach allgemeinem bürgerlichen Recht (Senat, Urt. v. 24.09.2014 - 14 U 114/13, BauR 2016, 1202; nachgehend BGH, Beschl. v. 30.07.2015 - VII ZR 244/14 [Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen]). Der Abschluss eines Architektenvertrages setzt hierauf bezogene, übereinstimmende Willenserklärungen

voraus, wobei der Vertragsschluss auch konkludent erfolgen oder durch die Entgegennahme bestimmter Leistungen in Betracht kommen kann, sofern ein entsprechender Wille der Parteien festzustellen ist (Senat aaO. mwN).

Die Auslegung von Willenserklärungen richtet sich nach §§ 133, 157 BGB. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (vgl. nur Palandt, BGB, 79. Auflage, § 133, Rn. 9 mit Rechtsprechungsnachweisen). Entscheidend ist nicht der empirische Wille des Erklärenden, sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert, d.h., wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben für den Empfänger darstellt (so schon BGH, Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30-35, Rn. 27; vgl. und näher im Übrigen Palandt aaO mwN.). Auszugehen hat die Auslegung vom Wortlaut der Erklärung, sodann sind die Begleitumstände einzubeziehen und ist die bestehende Interessenlage zu berücksichtigen (vgl. und näher Palandt aaO, Rn. 14ff. mit Rechtsprechungsnachweisen).

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist anzunehmen, dass die E-Mail des Klägers vom 25. Januar 2018 (Anlage K 12) ein Angebot auf Abschluss eines Architektenvertrags enthält, gerichtet auf Erbringung der für den Bauantrag des Bauvorhabens des Beklagten erforderlichen Leistungen zu einem Honorar in Höhe von 70% von 28.843,44 Euro netto. Der Wortlaut ist eindeutig. Auch die Begleitumstände sprechen hierfür. So war - unstreitig - die Fertigung eines Entwurfs für die zwei Zweifamilienhäuser vorausgegangen, wobei diese Leistung auch nach dem Vortrag des Klägers noch zur Akquisetätigkeit gehörte. Mit der genannten E-Mail hat der Kläger jedoch klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht, die weiteren Planungsleistungen nur gegen eine Vergütung zu erbringen. So hat es auch der Beklagte verstanden, wie die Antwort-E-Mail, in der ausdrücklich von einem "guten Angebot" die Rede ist, zeigt. Auch die Interessenlage der Parteien spricht für diese Bewertung. Denn der Beklagte konnte nicht er-

warten, dass der Kläger sämtliche (weiteren) Leistungen ohne Vergütung erbringen werde, zumal sich die benötigten Leistungen - Fertigung des Bauantrags zur Erlangung der Baugenehmigung - in den insofern erbrachten Leistungen erschöpften, so dass der Kläger andernfalls insofern vollumfänglich kostenfrei für den Beklagten tätig gewesen wäre. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass jeder Architekt grundsätzlich nur für eine bestimmte Zeit bereit sein wird, unentgeltliche "Vorleistungen" im vertragslosen Zustand zu erbringen. Letztlich hängt es aber von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab, ob der Architekt werbend tätig wird, um den Auftrag zu erhalten - dann handelt es sich um eine unentgeltliche Akquisitionstätigkeit -, oder ob er bereits auf vertraglicher Grundlage eine vergütungspflichtige Tätigkeit wahrnimmt (Senat aaO, Rn. 77 mwN). Hier ist in der E-Mail des Klägers ein Angebot für vergütungspflichtige Leistungen zu sehen.

cc) Die Antwort-E-Mail des Beklagten ist nach den o. g. Grundsätzen als Annahme des Vertragsangebots auszulegen. Ob der Beklagte seine Antwort auf das Angebot des Klägers anders gemeint hat oder ob er überhaupt mit Rechtsbindungswillen handelte, ist nicht entscheidend. Es kommt nicht auf den Willen des Erklärenden an (s.o.). Ob ein Rechtsbindungswille vorhanden war, beurteilt sich ebenso nicht nach dem inneren Willen des Leistenden, sondern danach, ob der Leistungsempfänger - hier also der Beklagte - aus dem Handeln des Leistenden nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen durfte oder musste. Es kommt darauf an, wie sich dem objektiven Betrachter das Handeln des Klägers darstellte. Die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit, das erkennbare Interesse des Begünstigten und der Umfang der Arbeiten können auf einen rechtlichen Bindungswillen schließen lassen (Senat aaO, Rn. 76 mwN).

Zwar mag der Wortlaut ("... gutes Angebot, bitte schnell fertig machen") für sich gesehen nicht völlig klar und eindeutig sein, er deutet allerdings auf eine Angebotsannahme hin. In Zusammenschau mit den vorstehend genannten Begleitumständen und der Interessenlage der

Parteien konnte und durfte der Kläger den Inhalt der Antwort-E-Mail jedenfalls als Annahme seines Vertragsangebots verstehen. Hinzu kommt insofern, dass es angesichts des Leistungsgegenstands - Fertigung des Bauantrags zur Erlangung der Baugenehmigung - und des konkret benannten Honorars keiner weiteren Darlegungen seitens des Klägers etwa dahin, dem Beklagten erst die Prüfung des Angebots zu ermöglichen, bedurfte. Inwiefern der Kläger über das in der E-Mail Genannte hinaus dem Beklagten ein Angebot unterbreiten sollte, erschließt sich nicht. Zu Recht hat daher das Landgericht angemerkt, dass im Hinblick auf das angebotene Honorar, das bei verständiger Würdigung ein Pauschalhonorar sein sollte, keine Einzelberechnung erforderlich war. Das Angebot war, wie ausgeführt, eindeutig. Soweit der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ein entsprechendes anderweitiges Verständnis seinerseits (!) äußert, ist dem nicht zu folgen. Vielmehr bezieht sich die Antwort "gutes Angebot" ersichtlich gerade darauf, dass der Kläger dem Beklagten ein vom Preisgefüge der HOAI abweichendes, um 30% niedrigeres Honorar angeboten hat.

Den weiteren Wortlaut ("bitte schnell fertig machen") konnte und durfte der Kläger dementsprechend auf die Erbringung der angebotenen Leistung beziehen. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass der Kläger in der Folge, nämlich Mitte Februar 2018, die Planungsunterlagen fertigte und den Bauantrag einreichte sowie anschließend, wie Anlage K 12 zu entnehmen ist, das Baugenehmigungsverfahren begleitete.

dd) Soweit der Beklagte eine abweichende Honorarabrede - Vertragsgegenstand und -ziel stehen entgegen den Ausführungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils außer Streit - geltend macht, ist sein Vortrag, im November 2017 seien mündlich 7.000 Euro vereinbart worden, vage. Es lässt sich aber vor allem mit den weiteren Geschehnissen, wie sie sich aus den vorgelegten E-Mails ergeben, nicht in Einklang bringen. Zudem legt der Beklagte weder dar noch erschließt sich sonst, weshalb er im Hinblick auf sein eigenes Vorbringen nicht zu-

mindest den Betrag von 7.000 Euro an den Kläger gezahlt hat. Im Übrigen folgten die E-Mails vom 25. Januar 2018 der beklagten Seite behaupteten mündlichen Abrede zeitlich später, so dass der aufgrund dieser E-Mails anzunehmende Vertragsschluss (s.o.) jedenfalls eine etwaig zuvor geschlossene Vereinbarung abgeändert hätte.

b) Die danach vertraglich verabredete Honorarvereinbarung ist nicht wegen Verstoßes gegen das Preisrecht der HOAI unwirksam.

aa) Soweit der Kläger erstinstanzlich geltend gemacht hat, für ihn gelte die HOAI ohnehin nicht, weil er nicht Architekt sei, so greift dies allerdings nicht durch. Nach § 1 HOAI finden die Bestimmungen der HOAI für die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der Architekten und Ingenieure Anwendung, soweit sie durch Leistungsbilder oder andere Bestimmungen der HOAI erfasst werden. Für diese Leistungen gelten gemäß § 4 Abs. 2 und 4 HOAI grundsätzlich die Mindestsätze der HOAI als vereinbart. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Mindestsätze der HOAI für die Berechnung der vereinbarten Vergütung maßgeblich, wenn der Auftragnehmer sich dazu verpflichtet hat, Architekten- oder Ingenieurarbeiten zu erbringen, die in der HOAI beschrieben sind. Danach ist unerheblich, welchem Vertragstyp des Besonderen Teils des Schuldrechts der Vertrag zuzuordnen ist, der den Vergütungsanspruch begründet. Entscheidend ist allein, ob die vertraglich geschuldete Leistung des Auftragnehmers in den Leistungsbildern der HOAI beschrieben ist (BGH, Urt. v. 16.03.2017 - VII ZR 35/14, Rn. 13 mwN). Darauf, dass der Kläger selbst kein Architekt oder Ingenieur ist, kommt es daher nicht an.

bb) Das vereinbarte Honorar von rund 20.000, -- Euro unterschreitet nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien das sich für das Bauvorhaben des Beklagten nach der HOAI anzusehende Mindestsatzhonorar. Dieser Umstand führt allerdings nicht dazu, dass die Honorarvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 7 Abs. 5 HOAI unwirksam ist. Augenscheinlich deutet der Beklagte die aktuelle Rechtsprechung des Senats nicht richtig, wenn er meint,

"in entsprechender Auffassung des OLG Celle" sei § 7 Abs. 5 HOAI nach wie vor anwendbar. Mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 4. Juli 2019 in dem Vertragsverletzungsverfahren ist die Verbindlichkeit des HOAI-Preisrechts hinfällig geworden. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig. Die - vorliegend als maßgeblich in Betracht kommende - Mindestsatzfiktion gem. § 7 Abs. 5 HOAI verstößt gegen Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt ("Dienstleistungsrichtlinie") und ist in der Folge wegen des Anwendungsvorbehaltes des Europarechts von den nationalstaatlichen Gerichten nicht mehr anzuwenden (vgl. u.a. Senat, Urt. v. 14.08.2019 - 14 U 198/18, m. Anm. Thode, jurisPR-PrivBauR 11/2019 Anm. 1; s. auch zum aktuellen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur: Senat, Urt. v. 08.01.2020 - 14 U 96/19, mit Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen;). Die Entscheidung des EuGH Rs. C-377/17 ist auch in laufenden Verfahren umzusetzen (vgl. u.a. Senat, Urt. v. 08.01.2020 - 14 U 96/19).

Ausgehend davon führt eine Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI nicht (mehr) zu einer Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung. Ein Architekt war im Übrigen auch vor der Entscheidung des EuGH vom 4. Juli 2019 im Vertragsverletzungsverfahren nicht gehindert, ein unter den Mindestsätzen liegendes Pauschalhonorar geltend zu machen, war (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 13.09.2001 - VII ZR 380/00; BGH, Urt. v. 13.01.2005 - VII ZR 353/03).

cc) Die Honorarvereinbarung ist auch nicht im Hinblick auf § 7 Abs. 1 HOAI unwirksam, weil sie auf elektronischem Wege und damit nicht schriftlich geschlossen wurde. Gemäß § 7 Abs. 1 HOAI richtet sich das Honorar nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung treffen. Diese beiden formalen Kriterien sind nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 4. Juli 2019 in dem Vertragsverletzungsverfahren nicht mehr heranzuziehen (Senat, Urt. v. 08.01.2020 - 14 U 96/19). Zwar erscheint bei

rein isolierter Wortlautbetrachtung eine Regelung hinsichtlich der Form der Auftragserteilung unbedenklich. Ferner reicht der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts nur so weit, wie es europarechtlich erforderlich ist (Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 4, Rn. 35-40), so dass die Regelungen zur Form einer Auftragserteilung von der Unwirksamkeit der Mindestsatzfiktion unberührt bleiben könnten. Dies würde allerdings den Sinn und Zweck der Regelungen vollkommen außer Acht lassen. Denn die Regelungen zur Form dienen allein dem nun nicht mehr legitimen Ziel, ein Abweichen von den Mindest- und Höchstsätzen zu erschweren. Der Zusammenhang mit den Mindest- und Höchstsätzen ist so eng, dass die Norm nicht teilbar ist und sich der Anwendungsvorrang des Unionsrechts auf den gesamten § 7 Abs. 1 HOAI bezieht (im Einzelnen s. Senat aaO.). Im Rahmen der Privatautonomie können die Parteien danach bestimmen, zu welchen Bedingungen und welchem Zeitpunkt sie einen Vertrag schließen möchten und ob dieser schriftlich geschlossen werden soll (vgl. Senat aaO.).

c) Die erfolgreiche Geltendmachung des Honorars scheidet auch nicht daran, dass es, wie der Beklagte meint, an einer prüffähigen Rechnung fehlt und daher das Honorar nicht fällig wäre. Im Ansatz zutreffend fordert der Beklagte eine prüffähige Rechnung, damit der Honoraranspruch fällig ist. Dies folgt aus § 650q Abs. 1 i. V. m. § 650g Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB sowie § 15 Abs. 1 HOAI. Danach wird das Honorar grundsätzlich fällig, wenn die Leistung abgenommen und eine prüffähige Honorarschlussrechnung erteilt worden ist. Gemäß § 650g Abs. 4 S. 2 BGB ist die Schlussrechnung prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist; gemäß § 650g Abs. 4 S. 3 BGB gilt die Rechnung als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen begründete Einwendungen gegen die Prüffähigkeit erhoben hat. Ausgehend davon ist die als Anlage K 3 vorgelegte Schlussrechnung des Klägers schon deshalb als prüffähig anzusehen, weil der Beklagte nicht innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt der Rechnung Einwendungen gegen die Prüffähigkeit erhoben hat. In der Sache blieben

die im Rechtsstreit vorgebrachten Einwände im Übrigen erfolglos. Denn die Parteien haben, wie ausgeführt, der Sache nach ein Pauschalhonorar vereinbart, so dass eine wie auch immer geartete Unterteilung der Leistungen und die Zuordnung von Honoraranteilen zu einzelnen Teilleistungen in der Rechnung nicht erforderlich ist. Bei Vereinbarung eines Pauschalhonorars braucht der Architekt nicht auf der Basis der üblichen Honorargrundlagen der HOAI (Honorarzone, anrechenbare Kosten usw.) abzurechnen; vielmehr genügt die Angabe des Pauschalhonorars in der Schlussrechnung (vgl. nur Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 1102, 1201 mwN). So liegt es hier.

d) Wie erwähnt (s. lit. c)) setzt der geltend gemachte Honoraranspruch zudem die Abnahme der Leistung des Klägers voraus, andernfalls der Anspruch nicht fällig ist, §§ 641, 650g Abs. 4 BGB. Zwar problematisieren die Parteien die Frage der Abnahme nicht. Auch erscheint zweifelhaft, ob vorliegend ohne weitere Darlegungen seitens der Parteien eine Abnahme durch schlüssiges Handeln - hier insbesondere die Stellung des Bauantrags und die Verwendung der Baugenehmigung - angenommen werden kann. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers hatte der Beklagte seinerzeit auf seine Schlussrechnung nicht reagiert und insbesondere nicht, auch nicht teilweise, Zahlungen geleistet. Dies dürfte eher gegen die Annahme sprechen, der Beklagte habe die Leistung des Klägers abgenommen. (vgl. hierzu auch OLG Köln, Beschl. v. 21.02.2019 - 16 U 140/18; in jenem Fall wurde eine Abnahme bejaht, allerdings auch im Hinblick darauf, dass der Besteller die Schlussrechnung des Architekten vorbehaltlos beglichen hatte). Allerdings steht außer Streit, dass der Kläger die vertragliche Leistung - Fertigung des Bauantrags zur Erlangung der Baugenehmigung - erbracht hat und das Vertragsziel - die Erlangung der Baugenehmigung für den Beklagten - erreicht worden ist. Zudem hat der Kläger unwidersprochen vorgetragen, seine Leistung mangelfrei erbracht zu haben. Ausgehend davon ist hier eine Abnahme entbehrlich. Denn das Vertragsverhältnis hat sich in ein Abrechnungsverhältnis gewandelt, weil durch mangelfreie Leistungserbringung der Erfüllungsanspruch des Beklagten erloschen ist

und auch kein Nacherfüllungsanspruch besteht. Kann der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen, ist das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13, BGHZ 213, 349-361, Rn. 44). Infolgedessen kann der Kläger seinen Vergütungsanspruch ohne Abnahme geltend machen.

2. Die geltend gemachten Ansprüche auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und auf Zinsen folgen aus dem Gesichtspunkt des Verzuges, §§ 280 Abs. 2, 286, 288 BGB. Einwände gegen die landgerichtliche Entscheidung enthält die Berufungsbegründung entgegen § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO zu diesen Ansprüchen im Übrigen nicht.

3. Da nach alledem die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche bestehen, hat das Landgericht dem Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 12.02.2019 zu Recht den Erfolg versagt und gemäß § 343 ZPO ausgesprochen, dass das Versäumnisurteil aufrechterhalten wird.

4. Die Berufung ist danach unbegründet.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Die Revision ist gem. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Die Auffassung des Senats zur unionsrechtskonformen Auslegung der Vorschriften der HOAI, die Mindest- und Höchstsätze regeln (Urteile vom 17. Juli 2019 - 14 U 188/18 -, vom 23. Juli 2019 - 14 U 182/18 -, vom 14. August 2019 - 14 U 198/18 -, vom 08. Januar 2020 - 14 U 96/19 - sowie in der vorliegenden Sache), wird geteilt vom KG (Urteil vom 13. September 2019 - 7 U 87/18 -), dem OLG Düsseldorf (Urteil vom 17. September 2019 - 23 U 155/18 -), dem OLG Schleswig (Urteil vom 25. Oktober 2019 - 1 U 74/18 -), überdies von der VK Bund (Beschluss vom 30. August 2019 - VK 2-60/19 -), der VK Sachsen-Anhalt (Beschluss vom 24. Ok-

tober 2019 - 1 VK LSA 04/19 -) sowie verschiedenen Landgerichten (LG Bonn, Urteil vom 18. September 2019 - 20 O 299/16 -; LG München I, Beschluss vom 24. September 2019 - 5 O 13187/19 - sowie LG Hannover in der vorliegenden Sache). Anderer Ansicht ist das OLG Hamm (Urteil vom 23. Juli 2019 - 21 U 24/18 -, anhängig BGH - VII ZR 174/19 -). Darüber hinaus haben sich das OLG München (Beschluss vom 8. Oktober 2019 - 20 U 94/19 -) und das OLG Dresden (Beschluss vom 30. Januar 2020 - 10 U 1402/17 -) jeweils in einem Hinweisbeschluss der in einem Hinweis des KG (Beschluss vom 19. August 2019 - 21 U 20/19 -, ohne Entscheidung) vertretenen Ansicht angeschlossen, dass die Entscheidung des EuGH vom 4. Juli 2019 - Rs. C-377/17 - sich nicht auf Rechtsstreitigkeiten "zwischen Privaten" auswirke.

**OLG Köln: Auch wer aus bloßer Gefälligkeit bauplanende oder überwachende Architektentätigkeit ausübt, haftet deshalb nach denselben Maßstäben wie ein Architekt aus einem Architektenvertrag
vorgestellt von Thomas Ax**

Bei aus Gefälligkeit übernommenen Bau- oder Architektenleistungen gelten hinsichtlich der Frage nach dem Willen zur rechtlichen Bindung die allgemeinen Grundsätze der Auslegung von Erklärungen und des Verhaltens (vergleiche Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 11. Teil, Rn. 113, zitiert nach beck-online). Entscheidend ist dabei, ob die andere Partei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste (vergleiche Kniffka, a.a.O.). Eine vertragliche Bindung liegt dann nahe, wenn der Leistungsempfänger sich erkennbar auf eine Zusage verlässt und für ihn erhebliche wirtschaftliche Werte auf dem Spiel stehen (vergleiche OLG Celle, Urteil vom 19.06.2001, 16 U 260/00; OLG Köln, Urteil vom 28.09.2005, 11 U 16/05; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.09.2010, 15 U 63/08; jeweils zitiert nach beck-online). Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn ein Architekt außerhalb eines Werkvertrages unentgeltlich Leistungen, die für den Bauherrn von einiger Bedeutung sind, übernimmt (vergleiche Kniffka, a.a.O., mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH). Auch wer aus bloßer Gefälligkeit bauplanende oder überwachende Architektentätigkeit ausübt, haftet deshalb nach denselben Maßstäben wie ein Architekt aus einem Architektenvertrag (vergleiche OLG Celle, a.a.O.; OLG Köln, a.a.O.). OLG Köln, Beschluss vom 28.06.2015 - 19 U 163/14 vorhergehend: OLG Köln, 26.03.2015 - 19 U 163/14 LG Bonn, 25.09.2014 - 18 O 199/13 nachfolgend: BGH, Beschluss vom 21.02.2018 - VII ZR 182/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gründe:

I.

Die Klägerin ist Eigentümerin des Hauses B 5 in I. Der Beklagte zu 1. ist ihr Schwager und Architekt. Die Beklagte zu 2. ist eine Baufirma, deren alleinvertretungsberechtigter Vorstand seit dem 08.10.2013 der Beklagte zu 1. ist. Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 1. als den - unstreitig - mit der Planung und - nach ihrer Behauptung - auch mit der Überwachung von Bauarbeiten zur Errichtung eines Anbaus befassten Architekten und die Beklagte zu 2. als bauausführende Unternehmerin gesamtschuldnerisch auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin beabsichtigte, für ihren pflegebedürftigen Vater einen Anbau an ihr Wohnhaus errichten zu lassen. Sie überließ aus diesem Grunde ihrem Schwager - dem Beklagten zu 1. - Unterlagen und Formulare. Der Beklagte zu 1. richtete mit Datum vom 27.05.2012 für die Klägerin auf dem Briefbogen "Q Architekt" einen Bauantrag zum Anbau einer Wohneinheit an ein Bestandsgebäude an das Bauamt der Stadt I. Als Bauherrin unterzeichnete die Klägerin, als Entwurfsverfasser unterschrieb der Beklagte zu 1. unter der maschinenschriftlichen Eintragung "Planungsbüro Q". Er stempelte die Unterlagen mit einem Architektenstempel (Anlage K 2, Bl. 47 ff. GA). Als Bauvorlageberechtigter nach § 70 Abs. 3 BauO-NW wurde gleichsam der Beklagte zu 1. angegeben; dies gilt ebenso für die mit dem Bauantrag eingereichten Planunterlagen, die das "Planungsbüro Q" als den zuständigen Architekten aufführen.

Der Beklagte zu 1. empfahl der Klägerin die Beklagte zu 2. als Generalunternehmerin. Letztere übergab der Klägerin mit Datum vom 18.06.2012 ein Angebot zur schlüsselfertigen Erstellung eines Anbaus an die klägerische Immobilie. Als Bestandteil des Angebotes wurde unter anderem die "Baubeschreibung der Architekten Planungsbüro Q vom 28.05.2012" aufgeführt. Nach Besprechung des Angebots in Anwesenheit des Beklagten zu 1. sowie eines Vertreters der Beklagten zu 2. unterzeichneten beide das Angebot unterhalb der handschriftli-

chen Zeile "Auftrag erteilt - Voraussetzung, dass die Baugenehmigung erteilt wird". Die Parteien vereinbarten ausweislich des klägerseits angenommenen Angebotes einen Pauschalpreis von 60.000,00 EUR brutto, wobei die "angenommene Bauzeit 3 Monate" betrug. Wegen der weiteren Einzelheiten zum Inhalt des Angebotes wird auf die zu den Akten gereichte Anlage K 1 (Bl. 45 f. GA) Bezug genommen. Bauleiter der Beklagten zu 2. war für das streitgegenständliche Bauvorhaben nach Angaben der Beklagten ein Herr X I2, wobei die genaue Funktion des Beklagten zu 1. über die reinen Planungsleistungen hinaus zwischen den Parteien streitig ist.

Am 12.07.2012 informierte das Amt für Bauordnung und Untere Denkmalbehörde der Stadt I die Klägerin darüber, dass die Baugenehmigung für die Errichtung des Anbaus fertiggestellt sei. Mit Datum vom 23.07.2012 und 31.08.2012 stellte die Beklagte zu 2. der Klägerin einen Betrag von jeweils 20.000,00 EUR als Akontozahlung in Rechnung, die die Klägerin auf Ratschlag des Beklagten zu 1. vollumfänglich beglich. Von dem klägerischen Konto wurden weitere 20.000,00 EUR an die Beklagte zu 2. überwiesen. Auf Vorschlag des Beklagten zu 1. zahlte die Klägerin überdies das Honorar für die Erstellung des Bauantrages in Höhe von 2.530,00 EUR an die Firma Q2 M S.A. (Anlage K 4, Bl. 64 GA); der Beklagte zu 1. war zum damaligen Zeitpunkt als Architekt und Verwaltungsrat für diese Firma tätig.

Die Bauarbeiten begannen am 06.08.2012.

Eine erste Baubesichtigung durch die Klägerin in Begleitung des Beklagten zu 1. erfolgte nach Erstellung des Ringankers am 18.09.2012. Die Klägerin beanstandete die Mauerkonstruktion und die Betonbefüllung des Ringankers, während der Beklagte zu 1. gegenüber der Klägerin von bloßen Schönheitsfehlern ohne negative Auswirkungen auf den Bau ausging. Am 02.10.2012 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass Herr I2 nicht mehr für die Beklagte zu 2. tätig sei. Eine weitere Baubesichtigung fand am 05.10.2012 statt. Es nahmen an diesem Tage der Beklagte zu 1., Herr S3 für die Beklagte zu

2. sowie der Zeuge K Q, der Ehemann der Klägerin und Bruder des Beklagten zu 1., teil. Der Zeuge K Q sprach seinen Bruder auf verschiedene - seiner Ansicht nach als mangelhaft empfundene - Werkleistungen an, die der Beklagte zu 1. wiederum als schlichte Schönheitsfehler beurteilte. Bei einer dritten Baubesichtigung am 23.10.2012 kündigte ein Vertreter der Beklagten zu 2. eine Mängelbeseitigung bis zum 26.10.2012 an. Der Beklagte zu 1. erklärte, keine weiteren Tätigkeiten für die Klägerin mehr auszuführen. Die Klägerin forderte die Beklagte zu 2. mit Schreiben vom 25.10.2012 dazu auf, das Objekt bis zum 16.11.2012 in einen sach- und fachgerechten Zustand zu versetzen und fertigzustellen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.11.2012 ließ die Klägerin die Beklagten nochmals unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auffordern. Weitere Bautätigkeiten erfolgten nicht mehr.

Die Stadt I wandte sich mit Schreiben vom 10.12.2012 erneut an die Klägerin und mahnte das Fehlen verschiedener Positionen, unter anderem einer Baubeginnanzeige, einer eigenhändigen Unterschrift des Bauleiters sowie der Nachweise über Schallschutz und Wärmeschutz an. Sie kündigte die Versiegelung der Baustelle an, falls die Angaben nicht binnen Wochenfrist nachgeholt würden (Anlage K 6, Bl. 68 GA). Eine fristgemäße Nachreichung der Daten und Belege erfolgte nicht. Stattdessen wandte sich das Amt für Bauordnung und Untere Denkmalbehörde am 17.12.2012 nochmals an die Klägerin und wies unter anderem darauf hin, dass weder die vorgelegte statische Berechnung noch der eingereichte Wärmeschutznachweis mit der Ausführung in der Örtlichkeit übereinstimme (Anlage K 52, Bl. 237 GA). Das vormalige Mietverhältnis des Vaters endete am 31.12.2012. Da der Anbau zu diesem Zeitpunkt noch nicht fertiggestellt war, nahm die Klägerin ihren Vater bei sich im Hause auf. Er verstarb im März 2013. Der von der Klägerin mit der Feststellung von Mängeln und Schäden beauftragte Privatsachverständige L erstattete am 22.07.2013 ein Nachtragsgutachten, im Rahmen dessen er aus seiner Sicht die Mängel und Mängelbeseitigungskosten für das Haupthaus/Garten festhielt (Anlage K 46, Bl.

117 ff. GA). Der Anbau wurde zwischenzeitlich im Auftrag der Klägerin komplett abgerissen. Sie erhielt auf Veranlassung des Beklagten zu 1. von der Beklagten zu 2. einen Betrag in Höhe von 15.000,00 EUR wegen der Bauschäden am Rohbau zurück.

Die Klägerin hat mit Antrag vom 05.12.2012 gegen die Beklagte zu 2. ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Bonn - 18 OH 52/12 - mit insgesamt 17 Beweisfragen zu diversen Mängeln und Mängelbeseitigungskosten des streitgegenständlichen Bauvorhabens eingeleitet. Der vom Gericht beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. G C hat am 04.04.2013 ein Gutachten erstattet, wegen dessen Inhalts auf Bl. 13-44 der Gerichtsakten (Anl. KO) Bezug genommen wird. Der Sachverständige hat im Wesentlichen die von der Klägerin gerügten Mängel bestätigt und ist zu der Einschätzung gelangt, dass es sowohl aus technischer als auch wirtschaftlicher Sicht am sinnvollsten sei, den bereits errichteten Rohbau komplett abzureißen und neu zu errichten, wobei er als allein erhaltenswert und wiederverwendbar die Holzkonstruktion des installierten Daches angesehen hat. Die Beklagte zu 2. hat im selbständigen Beweisverfahren keine Einwendungen gegen das Gutachten erhoben. Die Klägerin hat des Weiteren mit Schriftsatz vom 02.01.2014 beim Landgericht Bonn zum Az. 18 O 1/14 einen Antrag auf Erlass eines dinglichen Arrestes in das gesamte Vermögen des Beklagten zu 1. gestellt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer am 30.01.2014 ist der Zeuge K Q vernommen worden. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll des Landgerichts (Bl. 54 ff. der beigezogenen Akte des Landgerichts Bonn - 18 O 1/14) verwiesen. Die Klägerin hat den dortigen Antrag nach Hinweis der Kammer zurückgenommen.

Die Klägerin hat im vorliegenden Verfahren behauptet, dass der Beklagte zu 1. das Bauvorhaben als beauftragter Architekt fehlerhaft geplant und/oder fehlerhaft überwacht habe, während die Beklagte zu 2. den Bau mangelhaft ausgeführt habe. Der Beklagte zu 1. habe die Bauüberwachung und Bauleitung für die Klägerin aus Gefälligkeit jedenfalls bis zum

23.10.2012 übernommen. Er habe überdies zugesichert, die Abnahme nach Bauabschnitten durchzuführen und sich um alles zu kümmern. Der Bau hätte spätestens in der Weihnachtswoche 2012 fertig gestellt werden sollen, was sich auch aus dem vorgelegten Bauzeitenplan (Anlage K 51, Bl. 236 ff. GA) ergebe. Eine Sanierung bzw. Mängelbeseitigung sei mit einem geringeren finanziellen Aufwand unter Berücksichtigung der konkret vorliegenden Mängel nicht möglich gewesen, so dass nur der Abriss habe vorgenommen werden können. Nach dem Baustillstand sei zudem festgestellt worden, dass die Bodenplatte des Anbaus gerissen sei und dass mangels hinreichender Abdichtung zum Bestandsgebäude dort Wasser eindringen sei. Die mangelhaften Werkleistungen der Beklagten hätten zu einem Gesamtschaden auf Klägerseite in Höhe von 111.363,57 EUR geführt, der sich aus den nachfolgenden Einzelpositionen zusammensetze:

1. Abbruch- und Entsorgungsarbeiten der Firma M2 von 4.500,00 EUR brutto, zuzüglich Stornokosten von 309,40 EUR und 1.600,00 EUR (Anlage K 54 ff)
2. Dachdemontage netto 2.200,00 EUR/brutto 2.618,00 EUR
3. nutzlose Gebühren für die Baugenehmigung von 156,00 EUR (Anlage K 7)
4. gezahltes Architektenhonorar für den Bauantrag von 2.530,00 EUR
5. Rückerstattung des gezahlten Werklohnes von 60.000, -- EUR
6. nutzlose Aufwendungen für die gekaufte Küche von 3.210,31 EUR (Anlage K 11)
7. Badezimmer und Bodenfliesen Firma C2 von 898,48 EUR (Anlage K 15 f)
8. Dachdeckermaterialien Firma L2 & H von 521,20 EUR (Anlage K 17, K 83)
9. Kernlochbohrung Firma B2 von 327,25 EUR (Anlage K 18)

10. Prüfgebühren für das Institut für Baustoffprüfung von 178,50 EUR (Anlage K 19 f)
11. Prüfgebühren für Statik Büro L3 von 357,60 EUR (Anlage K 21 f)
12. Bauschuttbeseitigung durch Firma P von 380,50 EUR (Anlage K 23 f)
13. Terrassenfliesen der Firma P2 über 1.269,69 EUR (Anlage K 25)
14. Sturz für Fenstereinbau Firma I3 von 235,27 EUR (Anlage K 26 f)
15. Akontozahlung für Fenstereinbau Firma Q3 & G2 von 1.190,00 EUR (Anlage K 28 f)
16. Bauzaun für 348,55 EUR (Anlage K 30)
17. Schlussrechnung der Firma Q3 & G2 S über 952,00 EUR (K 31 f)
18. Lagerkosten Firma B3 von Januar bis April 2013 je 119,00 EUR monatlich (K 34, K 41, K 44)
19. Abschlussrechnung Büro L3 über 390,92 EUR (K 36, K 37)
20. Lieferung Pflegebett Firma B3 über 148,16 EUR
21. Stornokosten Treppenlift über 1.055,00 EUR (K 39, K 40)
22. Auflösung der Möbeleinlagerung Firma B3 über 204,68 EUR (K 43)
23. Mietausfall für November 2012 bis Juli 2013 monatlich 500,00 EUR, gesamt also 4.500,00 EUR
24. pauschaler Zinsschaden von 2.000, -- EUR (Anlage K 47)
25. am Wohnhaus erforderliche weitere Erdarbeiten, Landschaftsbauarbeiten etc. über 32.778,46 EUR (Privatgutachten L, Anlage K 46, Bl. 117 ff GA). Tatsächlich durchgeführt worden

sein hiervon bislang Schadensbeseitigungsmaßnahmen in einer Gesamthöhe von 18.097,27 EUR wie folgt:

- a) Erdarbeiten zum Schutz der Kelleraußenwand Firma M2 über 1.600,00 EUR brutto (Anlage K 62 f)
- b) Isolierung der Kelleraußenwand Firma B4 GbR für 1.785,00 EUR (Anlage K 64)
- c) Terrasse in Ursprungszustand Firma B4 GbR für 10.435,26 EUR (Anlage K 66)
- d) Instandsetzung der Einfahrt Firma B4 GbR für 938,61 EUR (Anlage K 69)
- e) notwendige Materialien für 2.637,33 EUR (Anlagen K 70 bis K 78)
- f) Abtransport des Aushubs Firma D für 166,60 EUR (Anlage K 79)
- g) Anbringen von Akkurinnen vor der Hauswand für 146,88 EUR (Anlage K 80)
- h) Baustelle von Müll entsorgt Firma P Dienstleistungen für 130,55 EUR (Anlage K 81)
- i) Bauzaun Firma I3 257,04 EUR (Anlage K 82).

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 111.363,57 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit sowie außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.237,56 EUR zu zahlen. Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagten haben die Auffassung vertreten, ein Anspruch gegen den Beklagten zu 1. bestehe nicht, da er als Vertragspartner weder die Bauplanung noch die Bauüberwachung inne gehabt habe. Die Bauplanung sei vielmehr der Firma Q2 übergeben und die Beklagte zu 2. sei mit der Bauausführung und Bauüberwachung beauftragt worden. Die Klägerin habe überdies der Beklagten zu 2. das Recht auf Nachbesserung abgeschnitten, als sie Herrn I2 der Baustelle verwiesen habe,

obgleich ausdrücklich die Behebung von angeblichen Mängeln angekündigt worden sei. Die Klägerin habe - so die Behauptung der Beklagten - gleichwohl den Anbau bereits drei Tage vor Ablauf der Nachbesserungsfrist abreißen lassen. Weiter haben die Beklagten behauptet, die durch den Sachverständigen Herrn C festgestellten Mängel hätten mit geringem Aufwand vollständig beseitigt werden können, so dass das ursprüngliche Bausoll unproblematisch hätte erreicht werden können. So hätte die ursprünglich für den Bereich unterhalb der Bodenplatte geplante Dämmung noch zwischen Bodenplatte und Estrich eingebaut werden können. Der fehlerhaft für das geschuldete Mauerwerk verwendete Kalksandstein hätte mit einer Verbreiterung des Dämmsystems ausgeglichen werden können. Der Sachverständige C habe die Mangelbeseitigungskosten überdies zu hoch geschätzt. Die Möglichkeiten einer günstigeren Sanierung seien durch das "Gutachten" der Q4 GmbH vom 06.06.2013 (Bl. 280 f. GA) nachvollziehbar dargestellt worden. Was die Arbeiten am Bestandsgebäude betrifft, seien diese nicht kausal auf eine etwaige Werkleistung der Beklagten zu 2. zurückzuführen. Es lägen ohnehin keine Bauplanungs- oder Bauüberwachungsfehler vor, die kausal für den vermeintlichen Schaden geworden wären.

Im Übrigen sei eine etwaige klägerische Forderung wegen der hilfsweise erklärten Aufrechnung mit Gegenansprüchen wegen der klägerseits vernichteten Baumaterialien erloschen. Der Rohbau habe 680,00 EUR für die Statik gekostet, die Dachstuhlkosten anteilmäßig 6.000,00 EUR, Tiefbaukosten von 7.300,00 EUR, L2- und Grönhofpflaster von 375,00 EUR, Steine im Wert von 530,00 EUR, 1.600,00 EUR und 1.550,00 EUR sowie Rohre im Wert von 100,00 EUR seien verbaut worden; damit seien Materialien im Wert von 18.925,00 EUR durch den Abriss vernichtet worden, die ihr von der Klägerin hätten ausgehändigt werden müssen. Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 25.09.2014 nur zum Teil stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen beide Beklagte auf Erstattung der durch die mangelhafte Durchführung der streitgegenständlichen Baumaßnahme verursachten Kosten in Höhe

von 62.246,88 EUR nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB habe.

Sie mache gemäß § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB einen Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung geltend, was die Rückzahlung erbrachter Vergütungen und Honorare ebenso erfasse wie den Ersatz der Mehrkosten. Trotz der anderslautenden Erklärung in der Klageschrift erschließe sich bei der gebotenen Auslegung des Parteivortrages unter Berücksichtigung der im Einzelnen aufgeschlüsselten Positionen, dass kein Kostenvorschuss im Sinne des § 637 Abs. 3 BGB beansprucht werde. Da der Anbau bereits abgerissen worden sei, scheide ein Kostenvorschuss zur Beseitigung etwaiger Mängel des nicht mehr vorhandenen Werkes notwendig aus.

Zur Haftung der Beklagten zu 2.:

Nach dem eindeutigen Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. C liege eine in erheblichem Umfang mangelhafte Werkleistung im Sinne der §§ 633, 281 Abs. 1 S. 3 BGB vor. Der Beklagten zu 2. habe die fachgerechte, funktionstaugliche und ordnungsgemäße Erstellung des Anbaus obliegen. Die anschaulichen und eindringlichen Schilderungen des Sachverständigen würden - soweit sie die mangelhafte Errichtung des Anbaus betreffen - durch die Beklagten nicht in Abrede gestellt. Die in das Gutachten eingestellten Bilder verdeutlichten die teils laienhaft anmutende Bauausführung, die der Sachverständige als "mit Worten kaum noch zu beschreibend" charakterisiert habe (vgl. Seite 10 seines Gutachtens).

So habe der Anbau unter anderem keine Wärmedämmung des Bodenaufbaus aufgewiesen. Entgegen der Energieeinsparverordnung sei unterhalb der Bodenplatte statt Lavagestein Füllkies eingebaut worden. Die Wände des Bauvorhabens seien entgegen der Planungen nicht aus Bimsbetonstein, sondern aus Kalksandsteinen und überdies krumm und schief mit breiten Lücken in den Stoßfugen gemauert worden. Die Fundamente hätten keine Verbindung zur Bodenplatte, so dass die Bodenplatte über weite Teilbereiche "in der Luft

hing"; eine ausreichende Tragsicherheit der Bodenplatte und des Fundaments sei damit nicht gegeben. Die zu geringe Auflagerlänge eines Türsturzes habe zu einem gefährlichen Bauzustand geführt, während ein Fertigtürsturz verkehrt herum eingebaut gewesen sei. Die Wand des Schlafzimmers zum Wohnzimmer sei im Winkel von 45 Grad ausgeführt worden, während der Grundrissplan allseits rechtwinklige Wandausführungen vorgesehen habe. Die OSB-Platten der Dachkonstruktion seien mit der Oberseite nach unten angebracht worden. Die Beklagte zu 2. als Generalbauunternehmerin habe diese Mängel zu vertreten.

Die Klägerin habe der Beklagten zu 2. wiederholt mit Schreiben vom 25.10.2012 und 21.11.2012 eine angemessene Frist zur vertragsgemäßen Erfüllung ihrer Leistungspflichten gesetzt. Die Beklagte zu 2. sei ihrer Nacherfüllungspflicht nicht nachgekommen. Soweit sie behauptet, der Anbau sei "drei Tage vor Ablauf der Nacherfüllungsfrist" abgerissen worden, erfolge diese Behauptung offenkundig ins Blaue hinein. Sie lasse sich mit den vorhandenen Unterlagen und Schriftsätzen nicht in Einklang bringen. Der Abriss des Anbaus sei ausweislich der Rechnung der Firma M2 im Juni/Juli 2013 (Anlage K 54 ff) und nicht bereits im November/Dezember 2012 erfolgt. Der Sachverständige C habe den Anbau noch am 21.03.2013 besichtigt, fotografiert und begutachtet. Auch der Privatsachverständige L habe den Anbau noch am 29.06.2013, am 01.07.2013 und am 02.07.2013 (vgl. Anlage K 46, Seite 6, Bl. 122 GA) besichtigt und Lichtbilder des zum damaligen Zeitpunkt gerade im Abriss begriffenen Anbaus gefertigt. Die Behauptung eines bereits im November 2012 erfolgten Abrisses "vor Ablauf der Nachbesserungsfrist" sei damit nachweisbar falsch.

Zur Haftung des Beklagten zu 1.:

Der Beklagte zu 1. habe sich als Architekt nach §§ 280, 281 BGB gegenüber der Klägerin Schadensersatzpflichtig gemacht. Nach den Gesamtumständen hätten die Parteien jedenfalls schlüssig einen Architektenvertrag geschlossen, der den Beklagten zu 1. als Architekten zur Fertigung der für den Bauantrag erforderlichen

Planungs- und sonstigen Unterlagen verpflichtet habe.

Der Planungsauftrag, den der Beklagte zu 1. persönlich übernommen habe, läge nicht lediglich im unverbindlichen Gefälligkeitsbereich. Nach den Gesamtumständen sei vielmehr eine vertragliche Bindung mit rechtsgeschäftlichem Charakter zwischen dem Beklagten zu 1. und der Klägerin zustande gekommen. Dabei sei auf die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit für die Klägerin sowie die Interessenlage der Parteien abzustellen. Es sei für die Klägerin um die nicht unerhebliche Investition von 60.000,00 Euro für den Anbau selbst sowie um die zeitnahe Durchführung des Anbaus unter Vermeidung etwaiger Schäden für das Hauptgebäude gegangen. Eine vertragliche Bindung liege überdies bereits deshalb nahe, da sich die Klägerin erkennbar auf die Erklärungen des Beklagten zu 1. - der als ihr Schwager nochmals besonderes Vertrauen in Anspruch genommen habe - verlassen habe und für sie erhebliche Werte auf dem Spiel gestanden hätten. Erst der Beklagte zu 1. hätte den Kontakt zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2. hergestellt. Er sei für sie auch in dieser Beziehung unerlässlich für das Gelingen des Bauvorhabens gewesen. Der Beklagte zu 1. habe sich seine Tätigkeit überdies mit einem Betrag von 2.530,00 EUR bezahlen lassen; dass das Geld über die Firma Q2 S.A. in M geflossen sei, ändere nichts daran, dass es sich im Verhältnis zu der Klägerin um das Entgelt für seine persönliche planerische Tätigkeit gehandelt habe. Der konkrete Weg der Bezahlung und die spätere Verbuchung seien sein eigener Vorschlag gewesen und er sei zum damaligen Zeitpunkt Verwaltungsrat der luxemburgischen Firma gewesen.

Im Übrigen sei es seine Unterschrift, die die Anlage K 4 als Rechnung der Firma Q2 trage (Bl. 64 GA). Da nach diesen Grundsätzen ein Rechtsbindungswille der Parteien anzunehmen sei, hafte der Beklagte zu 1. für die seinerseits durchgeführten Planungen nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen des BGB. Zwar trage die Klägerin keine Bauplanungsfehler des Beklagten zu 1. vor, noch seien solche aus den zu

den Akten gereichten Unterlagen oder sonstigen Umständen unmittelbar ersichtlich. Auch wenn dem Beklagten zu 1. als Architekten zunächst jedoch nur die Planung, nicht aber die Objektüberwachung übertragen worden sei, habe er sich während der Bauausführungsphase gegenüber der Klägerin schadensersatzpflichtig gemacht. Eine derartige Schadensersatzpflicht des Architekten greife insbesondere in den Fällen, in denen sich der bauplanende Architekt etwa "viel um die Durchführung des Bauwerkes kümmert" oder er "dem Bauherrn während der Bauausführung auf Befragen Rat schläge erteilt" oder er in anderer Weise "aus Gefälligkeit" durch Hinweise bei Baustellenbesuchen oder Anweisungen gegenüber Handwerkern in das Baugeschehen eingreift. Inso weit nämlich führe der Architekt eine faktische Objektüberwachung durch. Das habe zur Folge, dass ihn als faktischen Bauleiter auch Beratungs- und Hinweispflichten träfen, insbesondere, wenn er gravierende Fehler auf der Baustelle erkenne; anderenfalls hafte er unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer sich aus dem Hauptvertrag (Planungsvertrag) ergebenden Nebenpflicht. Gemessen an diesen Grundsätzen habe der Beklagte zu 1. seine Beratungspflichten verletzt, mit der Folge eines daraus resultierenden Schadensersatzanspruchs der Klägerin nach §§ 280, 281 BGB.

Der Beklagte zu 1. hafte mit der Beklagten zu 2. im Außenverhältnis als Gesamtschuldner im Sinne von § 421 BGB. Die sachverständigen-seits festgehaltenen groben und erheblichen Baumängel seien auf zahlreiche unmittelbare Ausführungsfehler der Beklagten zu 2. und die Aufsichtspflichtverletzung des Beklagten zu 1. zurückzuführen.

Zum Schaden:

Bei dem hier geltend gemachten Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung bedürfe es eines Vergleichs der Vermögenslage, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung eingetreten wäre und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Der Schaden sei dabei durch einen rechnerischen Vergleich zwischen dem im Zeitpunkt der Schadensberech-

nung vorhandenen Vermögen des Geschädigten und dem Vermögen, das er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages gehabt hätte, zu berechnen, wobei die allgemeinen Grundsätze der Schadenszurechnung und der Vorteilsausgleichung anzuwenden seien. Der der Klägerin zustehende Schadensbetrag belaufe sich auf insgesamt 77.246,88 EUR. Abzüglich bereits vorgerichtlich gezahlter 15.000,00 EUR verbleibe ein fälliger Schadensersatzanspruch i.H.v. 62.246,88 EUR. Dabei hat das Landgericht der Klägerin folgende der vorstehend aufgelisteten Schadenspositionen zuerkannt: Ziff. 1, 3-5, 8-17,19 und 24. Ein Vorteilsausgleich sei nicht vorzunehmen, da die Nicht- bzw. Schlechterfüllung des Vertrages der Klägerin keine adäquat kausalen Vorteile gebracht hätte. Das allein noch zur Wiederverwertung taugliche Holz der Dachkonstruktion habe die Klägerin den Beklagten bereits zur Abholung angeboten. Da weder eine Abholung erfolgt sei noch die Beklagten sich insoweit auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen würden, scheide eine Zug-um-Zug-Verurteilung aus.

Wegen des weiteren Inhalts des erstinstanzlichen Urteils wird auf Bl. 455 ff. der Gerichtsakten Bezug genommen. Mit Schriftsatz vom 03.11.2014 haben beide Beklagte Berufung eingelegt. Nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 06.01.2015 ist die Berufung mit am 06.01.2015 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom gleichen Tag begründet worden. Der Berufungsantrag hat sich zunächst nur auf die Verurteilung des Beklagten zu 1. bezogen. Der Beklagte zu 1. wendet sich gegen die Annahme des Landgerichts er hafte als faktischer Bauleiter. Das Landgericht habe unter Übergehung des gesamten Sachvortrages der Beklagten sowie unter Missachtung der Beweisurteile ohne jede weitere Sachaufklärung apodiktisch festgestellt, dass er eine solche Rolle eingenommen habe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe er lediglich die Bauplanung übernommen, allerdings lediglich als angestellter Architekt und nicht als unmittelbarer Vertragspartner. Eine Objektüberwachung habe er hingegen nicht übernommen. Das Landgericht habe die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rechtscheinhaftung

weder geprüft noch tatsächlich festgestellt. Er sei keineswegs häufig, sondern nur einmal bei einer Baubesichtigung mit einem Sachverständigen und einem Rechtsanwalt auf der Baustelle gewesen. Dass auch kein haftungsbe gründendes Gefälligkeitsverhältnis im Zusammen hang mit der Bauüberwachung angenom men werden könne, ergebe sich aus der im Ar restverfahren zum Aktenzeichen 18 O 1/14 durchgeführten Beweisaufnahme, insbeson dere der dortigen Aussage des Zeugen Q. Hier von sei die Klägerin offensichtlich zunächst selbst ausgegangen, weil sie das selbständige Beweisverfahren lediglich gegen die Beklagte zu 2. geführt habe. Von einer irgendwie gearte ten Tätigkeit des Beklagten zu 1. sei im dortigen Antrag keine Rede gewesen. Gegen eine sei nerseits geschuldete Bauüberwachung spreche auch, dass unstrittig Herr I2 der Bauleiter für die Beklagte zu 2. gewesen sei. Wenn es einen originären Bauleiter gebe, sei für das Institut der Rechtsscheinhaftung als "faktischer Baulei ter" kein Raum mehr. Das Landgericht habe den mehrfachen Beweistritt zur Behaup tung, dass der Zeuge I2 rechtlich und faktisch Bauleiter gewesen sei, der die Bauüberwa chung auch durchgeführt habe, fehlerhaft übergangen. Außerdem sei erstinstanzlich un ter Beweistritt vorgetragen worden, dass er - der Beklagte zu 1. - ausdrücklich die Baulei tung abgelehnt habe, da er aufgrund seiner Er fahrungen aus einem früheren Prozess nicht bereit gewesen sei, die Bauleitung und Bau überwachung zu übernehmen.

Er habe ausschließlich die Planungsleistungen durchführen wollen. Es sei auch nachdrücklich bestritten, dass eine Baubesichtigung am 18.09.2012 stattgefunden habe. Aber selbst im Falle seiner Teilnahme an einer solchen Baube sichtigung könne nicht ansatzweise auf einen faktischen Bauleiter geschlossen werden. Tat sächlich habe er nach Einreichung des Bauan trages überhaupt keine Tätigkeit mehr entfal tet. Da er faktisch nicht vor Ort gewesen sei, habe er auch keine Anweisungen an die jewei ligen Handwerker erteilt. Es werde auch be stritten, dass er der Klägerin empfohlen haben soll, die Akonto-Rechnungen an die Beklagte zu 2. zu bezahlen. Gleiches gelte für die Behaup tung der Klägerin, er habe Baumängel mit dem

Hinweis auf schlichte Schönheitsfehler be schwichtigt. Im Übrigen sei nicht vorgetragen oder vom Landgericht tatsächlich durch Sach aufklärung festgestellt, an welcher Stelle er als Architekt die Unerheblichkeit von Baumängeln herausgestellt haben soll. Auch aus dem Inhalt der E-Mail der Beklagten zu 2. vom 24.10.2012 lasse sich eine Haftung des Beklagten zu 1. nicht herleiten.

Ferner wendet der Beklagte zu 1. ein, dass die Zweifel an den Feststellungen des Sachverstän digen C aufrechterhalten blieben. Der gesamte Vortrag der Klägerin auch zur Höhe der Forde rungen bleibe/werde bestritten. Das Landge richt habe ohne entsprechende Beweisauf nahme unzutreffend festgestellt, dass die Bau materialien infolge des Abrisses - mit Aus nahme des Holzes der Dachkonstruktion - nicht zurückgewährt werden könnten. Die Klägerin sei als Rückgewährschuldnerin vielmehr dazu verpflichtet, Wertersatz leisten. Es werde da von ausgegangen, dass die Baumaterialien zu verwerten gewesen und auch verwertet wor den seien. Es sei auch nicht ersichtlich, weshalb nur das Holz der Dachkonstruktion zurückge währt werden müsse, nicht jedoch die übrigen Baumaterialien, insbesondere die komplette Dachkonstruktion. Die Klägerin sei auch nicht von einem Wertersatz befreit, da sie selbst den Handwerkern den Zutritt zur Baustelle ver wehrt und ein Zutrittsverbot zur Baustelle erteilt habe. Nach wie vor fehle eine Vergleichsberechnung über die Kosten einer Sanierung und streitiger Mehrkosten ohne Abriss. Weder der Sachverständige C habe in seinem Gutach ten eine Vergleichsberechnung angestellt, noch sei dies durch das Landgericht erfolgt. Im Rahmen einer Vergleichsberechnung wäre der Sachverständige C zu dem Ergebnis gekom men, dass die Mängelbeseitigungsarbeiten günstiger gewesen wären, als der komplette Abriss. Auch seien die vom Sachverständigen C angesetzten Mängelbeseitigungsaufwendun gen weder zu überprüfen noch verlässlich, zu dem zu hoch. Jedenfalls habe das Landgericht die Feststellung des Sachverständigen nicht be rücksichtigt, dass das Dach weitestgehend hätte wieder verwendet und neu montiert wer den können. Ferner seien das verwendete Pflaster sowie die Rohre und Steine verwertbar

und würden einen erheblichen Wert darstellen. Es werde daher hilfsweise die Aufrechnung mit dem Wert der Dachkonstruktion und den verwendeten Materialien i.H.v. 18.000,00 EUR gegenüber der Klageforderung erklärt. Insofern machten der Beklagte zu 1. und die Beklagte zu 2. hilfsweise auch ein Zurückbehaltungsrecht an den Baumaterialien mit einem Wert von 18.000,00 EUR geltend, so dass allenfalls eine Zug-um-Zug-Verurteilung in Betracht kommen könne. Aus alledem ergebe sich, dass die Klage zumindest gegen ihn - den Beklagten zu 1. - insgesamt unbegründet sei. Das angefochtene Urteil bedürfe also der teilweisen Abänderung. Die Klage sei insgesamt gegen ihn abzuweisen.

Nach Hinweis des Senats auf die möglicherweise fehlende Berufungsbegründung der Beklagten zu 2. hat die Beklagtenseite sodann vorgetragen, dass der Antrag durch ein Büroversehen nur für den Beklagten zu 1. gestellt worden sei. Im Rahmen der Berufungsbegründung sei auf den zur ungerechtfertigten Höhe des geltend gemachten Anspruchs auch für die Beklagte zu 2. vorgetragen worden. Für beide Beklagte sei auch dargelegt worden, warum der Anspruch der Höhe nach und auch gegen die Beklagte zu 2. nicht bestehe. Auch für die Beklagte zu 2. gelte die hilfsweise erklärte Aufrechnung i.H.v. 18.000,00 EUR sowie die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes, weshalb lediglich eine Zug-um-Zug-Verurteilung der Beklagten zu 2. in Betracht komme. Dementsprechend ergebe sich, dass die Klage gegen den Beklagten zu 1. insgesamt und gegen die Beklagte zu 2. zumindest zum Teil unbegründet sei.

Es werde nochmals ausdrücklich die Passivlegitimation des Beklagten zu 1. bestritten. Der Beklagte zu 1. sei ausweislich der Klageschrift als Architekt G3 Q (Planungsbüro), T 9, C2, verklagt worden. Unter dieser Anschrift existiere tatsächlich ein Planungsbüro Q. Dieses Planungsbüro werde aber von seiner Tochter S2 Q geführt. Schließlich weist der Beklagte zu 1. nochmals auf sein Anstellungsverhältnis bei der Firma Q2 in M hin, dass der Klägerin und ihrem Ehemann auch bekannt gewesen sei. Er sei im

Rahmen der Bauplanung nicht als Inhaber eines Planungsbüros von Frau S2 Q aufgetreten. Hinsichtlich des Bauvertrags habe er der Klägerin lediglich empfohlen, die Bauausführung in die Hände eines Generalunternehmers zu geben. Zu keinem Zeitpunkt sei von ihm geäußert oder die Vereinbarung mit der Klägerin getroffen worden, dass er gesondert bzw. zusätzlich zum Generalunternehmer die Bauleitung übernehmen werde. Hierfür sei auch keine Bezahlung mit der Klägerin vereinbart worden. Verantwortlicher Bauleiter der Beklagten zu 2. sei schließlich der Zeuge I2 gewesen. Es habe auch kein Tag festgemacht werden können, an dem er - der Beklagte zu 1. - auf der Baustelle gewesen und auf die Bauausführung mitgewirkt habe. An einem Ortstermin auf der Baustelle habe er lediglich teilgenommen, um ggf. Fehler der Bauplanung zu prüfen.

Die Beklagten beantragen, die Klage unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag. Entgegen der Behauptung des Beklagten zu 1. sei er bei mehreren Besichtigungen auf der Baustelle zugegen gewesen, so bei der Besichtigung des fertiggestellten Ringankers am 19.09.2012 und bei weiteren Besichtigungen am 05.10.2012 und 23.10.2012. Der Beklagte zu 1. habe auf ihre Beanstandungen hinsichtlich der Bauausführung niemals an Herrn I2 als Bauleiter verwiesen, sondern selbst beschwichtigend auf sie eingewirkt, womit der Beklagte zu 1. ohne jeden Zweifel fortlaufend praktisch durch Rat und Tat in das Baugeschehen eingegriffen habe. Auch die Höhe des Schadens sei durch das Landgericht jedenfalls als Mindestschaden zutreffend festgestellt worden. Die Einwendungen des Beklagten zu 1. gegen die Feststellung des Sachverständigen C seien nicht nachvollziehbar. Lediglich das Holz der Dachkonstruktion und zwei Dachrinnen mit Rohrleitung, die an dem Anbau noch nicht verbaut gewesen seien, könnten als wiederverwertbar zurückgegeben werden, jedoch allenfalls gegen Kostenerstattung. Im Übrigen sei die gesamte Bausubstanz aufgrund des not-

wendig gewordenen Abrisses zwangsläufig zerstört worden. Die Feststellungen des Sachverständigen C zu einem Substanzwert i.H.v. 18.000,00 EUR hätten den im damaligen Zeitpunkt noch vorhandenen Anbau betroffen. Nach dem Abriss bestehe dieser Wert nicht mehr, so dass auch insoweit die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung sowie das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht mehr durchgreifen könnten. Außerdem sei die erstmalige Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes bzw. die Aufrechnungserklärung verspätet.

Der Beklagte zu 1. sei ohne jeden Zweifel passivlegitimiert. Frau S2 Q sei Architekturstudentin in L3. Mit dem vorliegenden Vertragsverhältnis habe sie nichts zu tun. Dass Frau S2 Q jetzt unter der Anschrift T 9, C2 (B5) ein Planungsbüro führe, sei der Klägerin unbekannt. Nach Auskunft der Creditreform gebe es ein "G3 Q Architekturbüro, T 9, C2". Der Beklagte zu 1. betreibe wahrheitswidrig ein Verwirrspiel. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands im Berufungsverfahren wird auf die Berufungsbegründung der Beklagten vom 06.01.2015 (Bl. 533 ff. GA) nebst weiteren Schriftsätzen vom 09.02.2015 (Bl. 588 ff. GA), 17.03.2015 (Bl. 615 ff. GA), 12.05.2015 (Bl. 650 ff. GA) und 25.06.2015, sowie auf die Berufungserwiderung der Klägerin vom 09.02.2015 (Bl. 577 GA) nebst weiterem Schriftsatz vom 25.02.2015 (Bl. 591 ff. GA) Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO).

Die Beklagten sind auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür mit Beschluss des Senats vom 26.03.2015 hingewiesen worden.

A.

Der Senat hat in dem vorgenannten Beschluss Folgendes ausgeführt:

"1. Die Berufung der Beklagten zu 2. ist zulässig. Sie ist insbesondere gemäß § 520 Abs. 2 ZPO fristgerecht innerhalb der bis zum 06.01.2015 verlängerten Frist mit Schriftsatz vom gleichen Tag begründet worden. Die erst nachträgliche Erweiterung der Berufungsanträge mit Schriftsatz vom 09.02.2015 ist unschädlich. Eine Berufungsbegründung muss gemäß § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ZPO die Erklärung enthalten, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge). Im Antrag hat der Berufungskläger sich über den Umfang der Anfechtung und das Ziel des Änderungsbegehrens zu erklären. Erst damit, noch nicht mit der (antragslos unbeschränkt eingelegten) Berufung, werden Inhalt und Grenzen der erneuten Prüfung und Entscheidung festgelegt. Deshalb kann eine Berufung auch nicht teilweise verworfen werden, wenn nach antragslos eingelegter Berufung nur ein beschränkter Antrag gestellt wird (vgl. MüKoZPO/Rimmelspacher, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 520 Rn. 26).

Die Berufungsanträge können auf einen quantitativ abgrenzbaren Teil des Prozessgegenstands, über den das erstinstanzliche Gericht entschieden hat, beschränkt werden. Dies schließt auch den Antrag nur eines Streitgenossen als Berufungsführer ein, was bei zunächst unbeschränkt eingelegter Berufung sämtlicher Streitgenossen durch denselben Prozessbevollmächtigten ohne weitergehende Umstände noch nicht zugleich als Berufungsrücknahme oder Rechtsmittelverzicht durch den/die übrigen Streitgenossen auszulegen ist. Wird der Berufungsantrag nach zunächst unbeschränkter Berufungseinlegung hiernach ausdrücklich auf einen Beklagten als Berufungsführer beschränkt, kann eine nachträgliche Erweiterung der Berufungsanträge - auch als Wiedererweiterung nach zwischenzeitlicher Beschränkung -

bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen, sofern die erweiterten Anträge durch die rechtzeitig vorgebrachten Anfechtungsgründe nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO gedeckt sind (vgl. BGH, NJW 2001, 146; NJW-RR 2012, 662; Musielak/Ball, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 520 Rn. 25). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Erweiterung einen anderen Teil des bereits betroffenen Streitgegenstands oder einen weiteren Streitgegenstand betrifft, da auch die nur beschränkte Berufung den Eintritt der Rechtskraft insgesamt gehemmt hat (vgl. MüKoZPO/Rimmelspacher, a. a. O., Rn. 36). Die Stellung beschränkter Rechtsmittelanträge enthält im Zweifel auch keinen Verzicht auf die Anfechtung des Urteils im Übrigen; der Rechtsmittelkläger muss sich nicht etwa die künftige Erweiterung seiner Rechtsmittelanträge vorbehalten (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 572). Deshalb kann sich die nachträgliche Antragserweiterung in den Grenzen der fristgerecht mitgeteilten Berufungsgründe grundsätzlich auch auf einen weiteren Streitgegenstand beziehen, der zwar ebenfalls (fristgerecht) Berufung eingelegt, innerhalb der Frist des § 520 Abs. 2 ZPO aber zunächst keine eigenen Berufungsanträge im Sinne von § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ZPO gestellt hatte. Voraussetzung ist hierbei allerdings, dass die (fristgerechte) Berufungsbegründung (auch) im Namen dieses Streitgenossen gegeben worden war.

So ist es hier. Der erweiterte Berufungsantrag im Verhältnis zur Beklagten zu 2. ist von den mit Schriftsatz vom 06.01.2015 mitgeteilten Berufungsgründen ihres Prozessbevollmächtigten gedeckt. Die dort angeführten Umstände, aus denen sich eine Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben sollen, beziehen sich, soweit die Höhe des geltend gemachten Klageanspruchs betroffen ist, gleichermaßen auf beide Beklagte. Im Schriftsatz vom 09.02.2015 hat die Beklagte zu 2. dementsprechend auch keine weiteren Umstände aufgezeigt, die in ihrem Streitverhältnis zu einer Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung führen sollen. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 2. infolge des zunächst auf den Beklagten zu 1. beschränkten Berufungsantrages ihres Prozessbevollmächtigten mit Schriftsatz vom 06.01.2015

auf das Rechtsmittel verzichten wollte, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil, insbesondere die Ausführungen zur Anspruchshöhe im Schriftsatz vom 06.01.2015 lassen bei verständiger Würdigung den Schluss zu, dass sich diese auch auf das Streitverhältnis der Beklagten zu 2. beziehen sollen und sprechen damit gegen einen konkludenten Rechtsmittelverzicht. Ob die mitgeteilten Berufungsgründe letztlich eine Abänderung des landgerichtlichen Urteils rechtfertigen, ist eine andere - allein in der Begründetheitsprüfung des Rechtsmittels - zu beurteilende Frage.

2. Die Berufung beider Beklagten ist allerdings in der Sache offensichtlich unbegründet. Das Landgericht hat die Beklagten zu Recht und mit zutreffender Begründung als Gesamtschuldner zur Zahlung von 62.246,88 EUR nebst Zinsen und vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.761,08 EUR verurteilt. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in den Entscheidungsgründen seines Urteils vom 25.09.2014 verwiesen werden. Das Berufungsvorbringen der Beklagten vermag entscheidungserhebliche Rechtsfehler des Landgerichts nicht aufzuzeigen. Die Beklagten wiederholen im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag, den das Landgericht allerdings in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht umfassend und zutreffend gewürdigt hat.

a. Die gesamtschuldnerische Haftung des Beklagten zu 1. neben der Beklagten zu 2. folgt aus §§ 280 Abs. 1, 281 BGB. Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass der Beklagte zu 1. aufgrund einer Pflichtverletzung aus dem mit Rechtsbindungswillen geschlossenen Gefälligkeitsverhältnis zur Überwachung der gravierend mangelhaften Bauleistungen der Beklagten zu 2. haftet. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann insoweit auf die uneingeschränkt zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Das Berufungsvorbringen des Beklagten zu 1. vermag die Richtigkeit der vom Landgericht vertretenen Auffassung nicht in Frage zu stellen. Insofern kann auch dahinstehen, ob der Beklagte zu 1. es ausdrücklich abgelehnt hatte, eine (förmliche) Objektüberwachung

vertraglich zu übernehmen. Denn hierauf kommt es letztlich ebenso wenig an, wie auf die Frage, ob der Beklagte zu 1. sich tatsächlich um den weiteren Bauablauf gekümmert, Ratschläge erteilt und/oder Anweisungen gegenüber Handwerkern erteilt hat. Der Beklagte zu 1. hat für sich besonderes Vertrauen in Anspruch genommen, nicht nur als Schwager der Klägerin, sondern gewissermaßen auch als "Leumund" der Beklagten zu 2. Nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts hat sich die Klägerin für die ihr bis dahin völlig unbekannte Beklagte zu 2. als Generalunternehmerin nur deshalb entschieden, weil diese Firma vom Beklagten zu 1. aufgrund einer angeblich langjährigen Geschäftsbeziehung als besonders fachkundig und zuverlässig empfohlen worden ist. Hierauf hat sich die Klägerin - für den Beklagten zu 1. auch erkennbar - verlassen und verlassen können. Entgegen der Behauptung des Beklagten zu 1. hat auch die im Arrestverfahren durchgeführte Beweisaufnahme ergeben, dass der Beklagte zu 1. zugesagt hat, sich um die weitere Abwicklung und Überwachung des Bauvorhabens zu kümmern. Der Aussage des Zeugen Q (Bl. 58 ff. BA - LG Bonn 18 O 1/14) kann sehr wohl entnommen werden, dass die Klägerin sich nach den Erklärungen des Beklagten zu 1. selbst um die weiteren Einzelheiten nicht habe kümmern sollen.

Für den Zeugen Q ist der Beklagte zu 1. mit dem vormaligen Vertreter der Beklagten zu 2., Herrn S3, wie eine Einheit aufgetreten, zumal der Beklagte zu 1. das maßgebliche Angebot der Beklagten zu 2. mit unterzeichnet hat. Der Zeuge Q hat weiter ausgesagt, dass ihm von seinem Bruder (dem Beklagten zu 1.) auch untersagt worden sei, mit den Bauarbeitern zu sprechen, er habe gesagt, wir (die Klägerin und der Zeuge Q) müssten uns um nichts kümmern, er würde das der B6 weitergeben. Er würde auch die einzelnen Bauabschnitte abnehmen. Auf Befragen des Gerichts hat der Zeuge ausdrücklich erklärt, dass sein Bruder der Ansprechpartner gewesen sei. Wie die (gemeint sind die Beklagten) das dann intern geklärt hätten, wisse er nicht. Diese Aussage lässt sich auch mit der E-Mail der Beklagten zu 2. vom 24.10.2012 (Bl. 339 f. GA) in Übereinstimmung bringen, in welcher Herr S3 sich erschüttert

zeigte, dass die Zusammenarbeit des Beklagten zu 1. mit der Klägerin beendet worden sei, da der Beklagte zu 1. für die Firma B6 "ein gedachter Moderator gewesen sei, um die Moderation zwischen dem Rohbauer, Dachleuten sowie die anderen Gewerke zu moderieren". Vor allem diese E-Mail offenbart die eigentliche Rolle des Beklagten zu 1., der nicht nur im Interesse der Klägerin, sondern auch im Interesse der Beklagten zu 2. maßgeblich den Bauablauf und die Kommunikation mit den beteiligten Subunternehmern übernehmen sollte, da die Beklagte zu 2. selbst "keinerlei Zugänge zu diesen Leuten" hatte.

Der Beklagte zu 1. ist mithin bei verständiger Würdigung nicht nur als bloßer neutraler Moderator zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2. sowie den beteiligten Handwerkern aufgetreten, sondern vielmehr als Koordinator, der besonderes Vertrauen insbesondere der Klägerin genossen hat. Der Beklagte zu 1. hatte auch ein wirtschaftliches Eigeninteresse, welches nicht zuletzt aus der Tatsache vorgeht, dass er schon seinerzeit nicht nur reiner Geschäftspartner der Beklagten zu 2., sondern mit dieser auch organisatorisch und wirtschaftlich enger verbunden gewesen sein muss. Andernfalls ließe sich nicht erklären, weshalb er im Oktober 2013 zum Vorstand der Beklagten "aufgestiegen" ist. Niemand wird Vorstand einer - zumal kleinen - Aktiengesellschaft, der nicht bereits vorher über einen längeren Zeitraum hinweg organisatorisch und strategisch in den Geschäftsbetrieb der Firma eingebunden war. Bei natürlicher und lebensnaher Betrachtungsweise ist die Übernahme einer faktischen Bauleitung mit Rechtsbindungswillen durch den Beklagten zu 1. mit den vom Landgericht angeführten Umständen in einem für die Überzeugungsbildung ausreichendem Maße auch aufgrund des wirtschaftlichen Eigeninteresses des Beklagten zu 1. zu bejahen. Nicht zuletzt die E-Mail des Herrn S3 vom 24.10.2012 legt auch nahe, dass es sich bei der Beklagten zu 2. wirtschaftlich gesehen wohl eher um eine "Strohfirma" gehandelt haben muss, da sie offensichtlich bis zum Zerwürfnis der Klägerin mit dem Beklagten zu 1. in den eigentlichen Bauablauf nicht eingebunden war.

Dass sich der Beklagte zu 1. nach seiner Behauptung letztlich nicht um den Baufortgang gekümmert hat und auch nur einmal auf der Baustelle gewesen sein will, spräche nicht dafür, dass er eine solche Verpflichtung nicht übernommen hat, sondern allein dafür, dass er diese schlicht verletzt hat. Dass die Beklagte zu 2. über einen eigenen Bauleiter verfügte, ändert daran nichts, da es sich gerade nicht um einen von der Klägerin beauftragten und bezahlten Bauleiter gehandelt hat. Der Bauleiter I2, dessen konkreter Beitrag freilich im Dunkeln bleibt, stand allein in vertraglicher Beziehung zu Beklagten zu 2. Nur ihr gegenüber hatte er auch etwaige Pflichten zu erfüllen. Die Existenz eines Bauleiters der Beklagten zu 2. spricht mithin nicht gegen die Übernahme der faktischen Objektüberwachung des Beklagten zu 1. im Interesse der Klägerin. Das Landgericht hat damit im Ergebnis auch keinen Beweisantritt des Beklagten zu 1. übergangen, der für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites erheblich gewesen wäre.

Soweit der Beklagte zu 1. in der Berufung nunmehr seine Tochter als Planerin vorschieben will, ist dies zum einen novenrechtlich nicht zuzulassen und zum andern auch in der Sache ersichtlich unzutreffend und wissentlich falsch. Der Beklagte zu 1. überschreitet mit diesem neuen Vortrag die Grenzen der Wahrheitspflicht. Dass nach den erstinstanzlichen Feststellungen allein der Beklagte zu 1. und nicht dessen Tochter vertraglich und tatsächlich als planender Architekt aufgetreten ist, kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. An dieser Stelle erübrigt sich auch jedes weitere Eingehen auf den unqualifizierten Vortrag des Beklagten zu 1., der bei Lichte betrachtet auch nicht ernst gemeint sein kann, nachdem der Beklagte zu 1. mit Schriftsatz vom 17.03.2015 weiter vorgetragen hat, dass zwischen den Parteien unstreitig und abschließend geklärt ist, dass der Beklagte zu 1. im Rahmen der Bauplanung tätig wurde (Bl. 609 GA). Das Landgericht hat auch zutreffend erkannt, dass der Beklagten zu 1. persönlich Vertragspartner der Klägerin hinsichtlich der zu erbringenden Bauplanung war und nicht die Firma Q2, deren Angestellter er angeblich gewesen sein will.

Der Beklagte zu 1. haftet damit wegen Verletzung der ihm obliegenden Hinweispflichten, da er die gravierenden Ausführungsmängel der Beklagten zu 2. erkannt hat bzw. bei pflichtgemäßer Bauüberwachung hätte erkennen müssen. Insoweit ist den Ausführungen des Sachverständigen C beizupflichten, dass der Zustand des KS-Mauerwerkes mit Worten kaum noch zu beschreiben sei. Die Fotodokumentation im Gutachten offenbart eine derart mangelhafte Rohbauleistung, wie sie dem regelmäßig mit Bausachen befassten Senat bisher noch nicht untergekommen ist. Aufgrund der zahlreichen gravierenden Mängel ist auch die Einschätzung des Sachverständigen C ohne Weiteres nachvollziehbar, dass ein Abriss nicht nur aus wirtschaftlichen Erwägungen, sondern vor allem auch deshalb erforderlich war, weil selbst bei Vornahme möglicher Mängelbeseitigungsmaßnahmen ein technisch einwandfreier und risikoloser Zustand nicht herbeigeführt werden konnte. Hiergegen wird von den Beklagten auch nichts Greifbares erinnert.

b. Die Haftung der Beklagten zu 2. ist dem Grunde nach unstreitig. Die Beklagte zu 2. zeigt in der Berufung auch keine Umstände auf, die eine Verantwortlichkeit für die festgestellten Mängel ihrer Werkleistungen und der hieraus abgeleiteten Gewährleistungsansprüche der Klägerin in Frage stellen könnten.

c. Auch zur Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes greift das Berufungsvorbringen nicht durch. Ein Rechtsfehler des Landgerichts zum Nachteil der Beklagten ist auch in diesem Punkt nicht festzustellen. Etwaige Zweifel an den Feststellungen des Sachverständigen C sind nicht gegeben. Die Beklagten führen dies zwar an, zeigen aber nicht nachvollziehbar auf, worauf diese Zweifel konkret beruhen sollen. Eine hinreichende Vergleichsberechnung zur Beurteilung der Frage, ob ein Abriss oder eine Mängelbeseitigung vorzuziehen ist, hat der Sachverständige entgegen der Behauptung der Beklagten durchgeführt. Unabhängig davon kommt es hierauf aber auch nicht an, weil eine umfängliche Mängelbeseitigung an der vorhandenen Bausubstanz nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen tech-

nisch ohnehin nicht möglich war. Zum Abriss gab es gewährleistungsrechtlich keine Alternative. Dass diese Annahme des Sachverständigen unzutreffend ist, haben die Beklagten sowohl erstinstanzlich als auch in der Berufung nicht substantiiert in Frage gestellt. Der von den Beklagten angebotenen Beweiserhebung insbesondere durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bedurfte es nicht, weil dies einer unzulässigen Ausforschung gleichkäme. Dass werthaltiges Baumaterial nach dem Abriss hätte zurückgegeben werden können und müssen oder gar tatsächlich und ernsthaft von den Beklagten zurückgefordert wäre, hat das Landgericht zutreffend verneint. Der Beklagten zu 2. stehen damit keine aufrechenbaren Wertersatzansprüche zu und auch das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht geht bei dieser Sachlage ins Leere."

B.

Der Senat hält hieran auch in der für die vorliegende Entscheidung zuständigen Besetzung fest. Die ergänzende Stellungnahme der Beklagten mit Schriftsatz vom 12.05.2015 veranlasst den Senat nicht, von seiner Auffassung abzurücken. Lediglich zur Klarstellung sei hierzu Folgendes ausgeführt:

Die weiteren Ausführungen der Beklagten sprechen nicht gegen die persönliche Haftung des Beklagten zu 1. für den der Klägerin infolge der mangelhaften Erstellung des Anbaus an dem Objekt am Mühlengraben 5 in I entstandenen Schaden. Denn der Beklagte zu 1. hat als Architekt, der die Bauplanung durchgeführt hatte, auch mit Rechtsbindungswillen die faktische Überwachung der Bauausführung übernommen und dabei seine Beratungs- und Hinweispflicht schuldhaft verletzt. Hiervon ist das Landgericht in seiner erstinstanzlichen Entscheidung zutreffend ausgegangen. Bei aus Gefälligkeit übernommenen Bau- oder Architektenleistungen gelten hinsichtlich der Frage nach dem Willen zur rechtlichen Bindung die allgemeinen Grundsätze der Auslegung von Erklärungen und des Verhaltens (vergleiche Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 11. Teil, Rn. 113, zitiert nach beck-online). Entscheidend ist dabei,

ob die andere Partei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste (vergleiche Kniffka, a.a.O.). Eine vertragliche Bindung liegt dann nahe, wenn der Leistungsempfänger sich erkennbar auf eine Zusage verlässt und für ihn erhebliche wirtschaftliche Werte auf dem Spiel stehen (vergleiche OLG Celle, Urteil vom 19.06.2001, 16 U 260/00; OLG Köln, Urteil vom 28.09.2005, 11 U 16/05; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.09.2010, 15 U 63/08; jeweils zitiert nach beck-online). Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn ein Architekt außerhalb eines Werkvertrages unentgeltlich Leistungen, die für den Bauherrn von einiger Bedeutung sind, übernimmt (vergleiche Kniffka, a.a.O., mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH). Auch wer aus bloßer Gefälligkeit bauplanende oder überwachende Architektentätigkeit ausübt, haftet deshalb nach denselben Maßstäben wie ein Architekt aus einem Architektenvertrag (vergleiche OLG Celle, a.a.O.; OLG Köln, a.a.O.).

Der Beklagte zu 1. hat als Architekt die Bauplanung ausgeführt. Seine damalige Anstellung bei der Fa. Q2 M S.A. ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, selbst wenn sie der Klägerin bekannt war. Denn dass der Beklagte zu 1. die Architektenleistungen nicht persönlich, sondern für die Fa. Q2 übernehmen wollte und dies gegenüber der Klägerin deutlich zu erkennen gegeben hat (§ 164 Abs. 2 BGB), ist von ihm nicht ansatzweise dargelegt worden und auch aus den weiteren Umständen nicht ersichtlich. Sämtliche Bauantragsunterlagen und Pläne (Anl. K2 und K3) führen als Architekten und Entwurfsverfasser ausdrücklich das "Planungsbüro Q ..." auf. Ein Hinweis auf die Fa. Q2 ist nicht erkennbar. Daher durfte die Klägerin mangels anderer Angaben davon ausgehen, dass der Beklagte zu 1. persönlich die Bauplanung übernommen hatte, und nicht seine Tochter S2 Q, deren damalige Position im "Planungsbüro Q" von dem Beklagten zu 1. im Dunkeln gelassen wird. Dass später die Architektenleistungen von der Fa. Q2 abgerechnet worden sind und die Klägerin an diese das Honorar des Beklagten zu 1. gezahlt hat, konnte nachträglich nichts daran ändern, dass Vertragspartner der

Beklagte zu 1. persönlich geworden ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Auslegung ist nämlich derjenige der Abgabe bzw. des Zugangs der Erklärung; spätere Änderungen der für die Auslegung maßgeblichen Umstände sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (vergleiche Palandt-Ellenberger, BGB, 74. Auflage, § 133 Rn. 6b). Wegen der eindeutigen Situation zu dem maßgeblichen Zeitpunkt lassen hier die späteren Umstände der Zahlung des Honorars an die Fa. Q2 auf Geheiß des Beklagten zu 1. auch keine Rückschlüsse auf den Willen der Klägerin und ihr tatsächliches Verständnis im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung zu.

Der Beklagte zu 1. hat über die Bauplanung hinaus überwachende Leistungen im Rahmen der Bauausführung übernommen. Bereits im Vorfeld der Bauausführung war der Beklagte zu 1. maßgeblich für die Klägerin tätig. Wie das Landgericht in seinem erstinstanzlichen Urteil als unstreitig festgestellt hat, war er es, der ihr die Beklagte zu 2. als Generalunternehmerin empfohlen und auch an der Besprechung des Angebots zur schlüsselfertigen Erstellung des Anbaus teilgenommen hat. Es ist also nicht so gewesen, wie es der Beklagte zu 1. nunmehr mit Schriftsatz vom 12.05.2015 darstellt, dass er der Klägerin lediglich empfohlen hätte, "die Bauausführung in die Hände eines Generalunternehmers zu geben". Die maßgebliche Rolle des Beklagten zu 1. bei der Auswahl und Beauftragung der Beklagten zu 2. wird auch daran erkennbar, dass er sodann das Angebot unterhalb der Zeile "Auftrag erteilt ..." mitunterzeichnet hat (Anl. K1, Bl. 45 GA). Dabei kann offen bleiben, ob und inwieweit der Beklagte zu 1. selbst seinerzeit von der Auftragsvergabe an die Beklagte zu 2., deren Vorstand er seit Oktober 2013 ist, profitiert hat. Der Beklagte zu 1. lässt seine damals im Sommer 2012 bestehende Verbindung zu der Beklagten zu 2. ebenfalls im Dunkeln. Dass er als Architekt und Schwager jedenfalls auf Seiten der Klägerin ein besonderes Vertrauen genoss, musste dem Beklagten zu 1. durchaus bewusst sein. Keineswegs wird in diesem Zusammenhang in unzulässiger Weise die faktische Übernahme von Architektenleistungen "nach vorne verlagert", wie der Beklagte zu 1. mit Schriftsatz vom 12.05.2015 meint. Denn zum einen gehört

auch die Ausschreibung der Gewerke zu den üblichen Architektenleistungen (vergleiche Anl. 10 zu § 34 Abs. 4 und § 35 Abs. 7 HOAI, LPH 7 Mitwirkung bei der Vergabe). Zum anderen sind bei der Auslegung - hier im Hinblick auf den Rechtsbindungswillen des Beklagten zu 1. - u.a. die Begleitumstände zu berücksichtigen (vergleiche Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 133 Rn. 15 ff.).

Auch im Rahmen der Bauüberwachung hat der Beklagte zu 1. eine maßgebliche Rolle eingenommen. Er hat nicht nur an den Terminen zur Baubesichtigung am 18.09., 05.10. sowie 23.10.2012 teilgenommen. Der Beklagte zu 1. war es auch, der bereits bei den ersten beiden Ortsterminen beanstandete Mängel hinsichtlich der Bauausführung als bloße Schönheitsfehler abgetan hat. Dies folgt aus dem von dem Landgericht in seinem erstinstanzlichen Urteil als unstreitig festgestellten Sachverhalt, dem der Beklagte zu 1. dort nicht entgegengetreten ist. Soweit er nunmehr mit Schriftsatz vom 12.05.2015 vorträgt, es habe "keinen Tag festgemacht werden können", an dem er auf der Baustelle gewesen wäre und "in irgendeiner Weise an der Bauausführung mitgewirkt habe", entspricht dies nicht den im vorliegenden Berufungsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen. Es ist mithin auch nicht so gewesen, dass der Beklagte zu 1. an den Ortsterminen auf der Baustelle lediglich teilgenommen hat, um gegebenenfalls Fehler der Bauplanung zu prüfen, wie er nunmehr vorgibt.

Ob und inwieweit der Beklagte zu 1. Einfluss auf die Auswahl und Anleitung der für die Beklagte zu 2. mit der Bauausführung beauftragten Handwerker hatte, kann dahinstehen, denn auf die Klägerin hat er jedenfalls im Hinblick auf die beanstandeten Mängel beschwichtigend eingewirkt. Dass darüber hinaus bis Anfang Oktober 2012 durch die Beklagte zu 2. als Generalunternehmerin der Zeuge I2 als Bauleiter eingesetzt war, ändert nichts an der faktischen Übernahme einer maßgeblichen Rolle bei der Bauüberwachung durch den Beklagten zu 1.

Er hatte der Klägerin diese auch verbindlich zugesagt. Dies ist der Aussage des Zeugen K Q,

Ehemann der Klägerin und Bruder des Beklagten zu 1., vom 30.01.2014 vor dem Landgericht Bonn zu dem Verfahren 18 O 1/14 (Bl. 58 ff. der Beiakte) deutlich zu entnehmen. Der Zeuge hat mehrfach bekundet, der Beklagte zu 1. habe ausdrücklich zugesagt, dass er "den Bau begleiten" und auch "die einzelnen Bauabschnitte abnehmen" wollte; sein Bruder habe sich "um alles kümmern" wollen. Ob der Beklagte zu 1. angesichts seiner Arbeit für die Mische Firma Q2 dazu tatsächlich in der Lage war, kann offen bleiben. Denn die Klägerin hat auf die Zusage des Beklagten zu 1. vertraut, was ebenfalls aus der vorgenannten Aussage ihres Ehemanns folgt. Gegen die Verwertung dieser Zeugenaussage aus dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Bonn zu 18 O 1/14 in dem vorliegenden Verfahren bestehen keine Bedenken, da sie von beiden Parteien - wenn auch mit unterschiedlicher Interpretation - in den vorliegenden Rechtsstreit eingeführt worden ist (vergleiche u.a. Schriftsatz der Beklagten vom 20.03.2014, Bl. 384 ff. GA). Welch tragende Rolle dem Beklagten zu 1. bei der Bauüberwachung zukam, wird auch anhand der E-Mail des Vertriebsleiters der Beklagten zu 2., vom 24.10.2012 (Bl. 339 ff. GA) deutlich, wonach der Beklagte zu 1. die Position eines "Moderators" ausüben sollte. Mit hin hat nicht nur die Klägerin die Zusage des Beklagten zu 1., die Bauausführung maßgeblich zu begleiten, als verbindlich verstanden, sondern auch der verantwortliche Mitarbeiter der Beklagten zu 2.

Dass der Beklagte zu 1. seine übernommene Aufgabe im Rahmen der Bauüberwachung höchst unzureichend wahrgenommen hat, ist gerade Gegenstand des Vorwurfs gegen ihn.

Der Einwand des Beklagten zu 1., es sei mit der Klägerin gar nicht seine Bezahlung als Bauleiter vereinbart gewesen, spricht nicht gegen den Rechtsbindungswillen hinsichtlich der faktischen Übernahme von Architektenleistungen, da dem Umstand, dass der Tätige keine Vergütung verlangt, in der Regel kein entscheidendes Gewicht zukommt (vergleiche OLG Stuttgart, Urteil vom 06.09.2012, 2 U 3/12, zitiert nach beck-online). Der weitere Vortrag des Beklagten zu 1. mit Schriftsatz vom 25.06.2015 liegt offenbar neben der Sache.

In Anbetracht der überragenden wirtschaftlichen Bedeutung der von dem Beklagten zu 1. übernommenen Leistung im Rahmen der Bauüberwachung, die sich nicht nur auf die hohe Auftragssumme von 60.000 EUR für den Anbau beschränkt, sondern sich auch auf den Wert der bereits vorhandenen Immobilie der Klägerin erstreckt, wie die streitgegenständlichen Schadenspositionen zeigen, erscheint hier die Haftung des Beklagten zu 1. nach denselben Maßstäben wie ein Architekt aus einem Architektenvertrag haften würde, gerechtfertigt, selbst wenn er die überwachende Architektentätigkeit aus bloßer Gefälligkeit übernommen hat.

Der Beklagte zu 1. haftet daher wegen Verletzung der ihm obliegenden Beratungs- und Hinweispflicht. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1. trotz seiner - wie von ihm letztlich selbst eingeräumt - zu seltenen Baustellenbesuche die Baumängel erkannt hat. Denn die von dem Sachverständigen C in seinem Gutachten vom 04.04.2013 zu dem selbständigen Beweisverfahren des Landgerichts Bonn, 18 OH 52/12, festgestellten Mängel waren derart offensichtlich, dass sie auch von dem Beklagten zu 1. spätestens nach der Reklamation der Klägerin im Rahmen des Ortstermins am 18.09.2012 erkannt worden sein müssen. Die von dem Sachverständigen als Anlage zu seinem Gutachten genommene Fotodokumentation veranschaulicht, dass zahlreiche grobe Baumängel bereits für den Laien ohne weiteres erkennbar gewesen sind. Hinsichtlich der daneben bestehenden Haftung der Beklagten zu 2. und der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes wird auf die zutreffenden Gründe des erstinstanzlichen Urteils sowie auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 26.03.2015 Bezug genommen.

Die auf Zinsen und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichteten Nebenforderungen sind der Klägerin zu Recht aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB bzw. 280, 249 BGB zugesprochen worden.

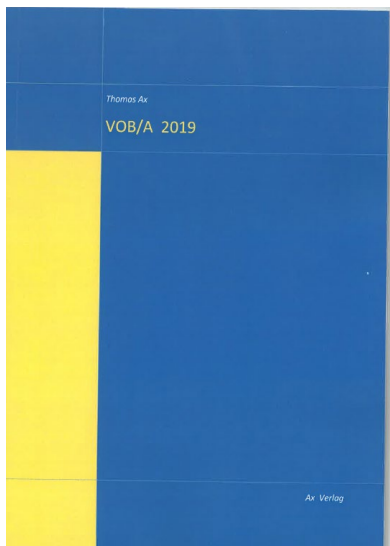
III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 4 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Streitwert für das Berufungsverfahren:
80.246,88 EUR

(62.246,88 EUR + 18.000 EUR Hilfsaufrechnung).

Publikationen zum Vergaberecht



Ab sofort lieferbar ! VOB/A 2019 alle Texte – Neuerscheinung im Ax Verlag

Sehr geehrte Damen und Herren,

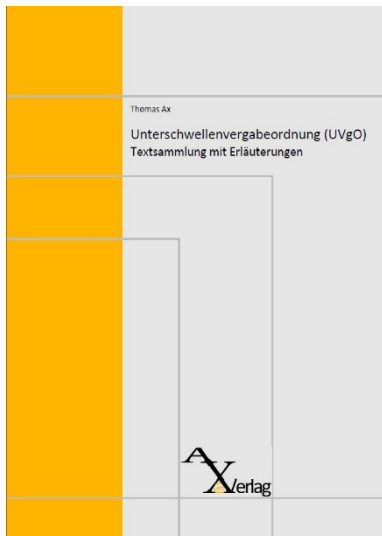
die neue VOB/A 2019 jetzt übersichtlich für Sie zusammengestellt.

Das verständliche Handbuch können Sie unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Buch-1.pdf oder per E-Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Umfang: 114 Seiten

Preis: 9,90 €

Ab sofort lieferbar ! UVgO – Neuerscheinung im Ax Verlag



Sehr geehrte Damen und Herren,

die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) jetzt übersichtlich für Sie zusammengestellt und erläutert von Thomas Ax.

Lesen Sie doch gleich mal rein – unter <http://www.ax-verlag.de/uvgo-neuerscheinung-im-ax-verlag/> gelangen Sie zur Leseprobe.

Das verständliche Handbuch können Sie unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Buch-1.pdf oder per E-

Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Umfang: 164 Seiten

Preis: € 19,90

Leasing-Leitfaden – JETZT im Ax Verlag!



Druckfrisch und aktuell!

ÖPP-Projekte sind in aller Munde – ihre Bedeutung bei Vergaben nimmt stetig zu! Informieren Sie sich jetzt über den Bereich Leasing durch öffentliche Auftraggeber. Die wesentlichen Gesetzestexte sowie Verwaltungsvorschriften und weitere Erklärungen rund um das Thema Leasing durch die öffentliche Hand haben wir für Sie zusammengestellt. Ob Wirtschaftlichkeit, kreditähnliche Rechtsgeschäfte oder Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, ob im Bund, in den Bundesländern oder den Kommunen – Verschaffen Sie sich Durchblick mit unserer übersichtlich und ansprechend gestalteten Textsammlung.

Umfang: 272 Seiten

Preis: € 24,90

Lesen Sie doch gleich mal rein unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Inhalt_Leasing-Leitfaden.pdf gelangen Sie zur Leseprobe.

Jetzt unter http://www.ax-verlag.de/wp-content/uploads/Bestellformular_Leasing-Leitfaden.pdf oder per E-Mail mail@ax-verlag.de bestellen.

Stellenanzeigen

Ax Rechtsanwälte eröffnet Ihnen Perspektiven: Rechtsanwalt (m/w/d) Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Vergaberecht VergMan® für öffentliche Auftraggeber

Wir suchen in

Mannheim, Berlin, Hamburg, Münster, Erfurt, Trier, München

Rechtsanwälte (m/w/d) Tätigkeitsschwerpunkt öffentliches Vergaberecht VergMan® für öffentliche Auftraggeber

Das erwartet Sie

- **Vergaberecht:** Durchführung oder Begleitung von anspruchsvollen Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber, Verfahrensvertretung vor Vergabekammern sowie deutschen und europäischen Gerichten

Sie bringen mit

- Berufseinsteiger (w/m/d) oder erste praktische Erfahrung als Anwalt
- Juristische Qualifikation mit zwei erfolgreich abgeschlossenen Staatsexamina, idealerweise abgeschlossenes oder laufendes Promotionsvorhaben
- Gute Englischkenntnisse wünschenswert, weitere Fremdsprachenkenntnisse sind ein Plus
- Dokumentiertes Interesse an öffentlich-rechtlichen (insbesondere vergaberechtlichen) Fragestellungen
- Verständnis für wirtschaftliche Interessenlagen
- Sehr gute Kommunikationsfähigkeit, hohe Team- und Serviceorientierung, ausgeprägtes Organisationsvermögen auch in Zeiten hoher Arbeitsbelastung

Unser Versprechen

- Nicht nur mitarbeiten, sondern mitgestalten und sich weiterentwickeln – dafür bieten wir die notwendigen Gestaltungsfreiräume, Fortbildungskonzepte und einen interdisziplinären Erfahrungsaustausch.
- Wir schätzen Ihre Leistung – hier macht der Einzelne mit seinem Können den Unterschied. Und das Gehalt für diese Leistung stimmt natürlich auch.
- Eine Umgebung, die Spaß macht – sympathische und kompetente Kollegen, moderner Arbeitsplatz im Herzen Hamburgs und flexible Arbeitszeitmodelle.

Interessiert?

Ihre Bewerbung senden Sie uns vorzugsweise per E-Mail an

Ax Rechtsanwälte

Uferstraße 16

69151 Neckargemünd

Tel.: 06223-8688613

Fax.: 06223-8688614

m.schmitt@ax-rechtsanwaelte.de

Im ersten Schritt reicht uns Ihr Lebenslauf als Kurzbewerbung!

Ausblick

Heft 07/2020 der Zeitschrift TiefbauRecht wird voraussichtlich folgende Blöcke enthalten:

- Blick in die Praxis
- Aktuelle Rechtsprechung
- Nachrichten

Impressum

Herausgeber: Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre) Redaktionsteam: Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. jur. Thomas Ax, Maîtrise en Droit International Public (Paris X-Nanterre)

Redaktion:

Claudia Siegel

Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen

des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden

ISSN 1862-9458

Erscheinungsweise:

Monatlich in elektronischer Form

Bezugpreis:

€ 6,- inkl. MwSt. pro Ausgabe



Bestellformular

JA, ich bestelle das kostenlose Schnupper-Abo der TiefbauRecht.

- zwei elektronische Monatsausgaben der TiefbauRecht kostenlos!

Ich gehe keinerlei Verpflichtungen ein. Das Schnupper-Abo endet automatisch ohne Kündigung. Sollte ich weiterhin Interesse an einem Bezug der Zeitschrift haben, werde ich ein entsprechendes Abonnement bestellen.

Jede weitere Ausgabe der TiefbauRecht kostet dann nur € 6,- inkl. MwSt. Eine Kündigung des Abonnements ist jederzeit möglich.

Meine Daten (bitte ausfüllen)

Name:

Adresse:

Institution:

E-Mail:

Datum, Unterschrift

Bitte senden Sie Ihre Bestellung an:

AX Verlag

Uferstr. 16, 69151 Neckargemünd

Fax: 06223 / 8688614

E-Mail: mail@ax-verlag.de

