
Datum: 25.08.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 13/13
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0825:I23U13.13.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 7 O 245/06
Sachgebiet: Rechtspflege und Gerichtsverfahrensrecht
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil der 7. Zivilkammer (Einzelrichter) des Landgerichts Düsseldorf vom 19.12.2012 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 249.243,62 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2006 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin zu 60 % und die Beklagte zu 40 % zu tragen. Die erstinstanzlichen Kosten der Streithilfe haben die Klägerin zu 60 % und der Streithelfer zu 40 % zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten zu 44 % und der Klägerin zu 56 % auferlegt. Die Kosten der Streithilfe in der Berufungsinstanz werden der Klägerin zu 56 % auferlegt; im übrigen hat sie der Streithelfer zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die gegen sie gerichtete Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil gegen

sie vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Mit ihrer am 29.6.2006 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 10.8.2006 zugestellten Klage macht die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzungen der Beklagten bei Erfüllung der mit folgenden Ingenieurverträgen im Rahmen des Bauvorhabens „Neubau des Omnibusbetriebshofs A...“ übertragenen Leistungen geltend:

(1) Ingenieurvertrag vom 4/6.10.1989 – Grundlagenermittlung und Vorplanung - Anlage K1

Im Rahmen dieses Vertrags über die Grundlagenermittlung und die Vorplanung des kompletten Betriebshofes war die Beklagte gemäß § 3.1 verpflichtet, die „Anmeldeunterlagen für die Aufnahme in das Programm nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) unterschriftsreif zu erstellen“.

(2) Ingenieurvertrag vom 11./17.12.1990 über Objektplanung, Tragwerksplanung, technische Ausrüstung – Anlage K2

Gemäß § 2.3 dieses Vertrags waren die Arbeitsergebnisse der ersten Planungsstufe, dargestellt in den Anmeldeunterlagen nach GVFG, Grundlagen des Vertrags. Gemäß § 3 umfassten die Leistungen die restliche Vorplanung und die Entwurfsplanung des kompletten Betriebshofes bis zur unterschriftsreifen Vorlage des Zuschussantrags nach GVFG.

(3) Ingenieurvertrag vom 4./12.12.1991 über Planungsleistungen der Stufen 3 und 4 (Bauantrag und Bauvorbereitung), Anlage K3

Gemäß § 3 dieses Vertrags bestanden die Leistungen des Auftragnehmers in der Planung des Betriebshofes auf der Grundlage der zweiten Planungsstufe bis einschließlich der Leistungsphase 7, d.h. der Mitwirkung bei der Vergabe der Bauarbeiten.

(4) Mit Schreiben vom 6.5.1992 (Anlage B6) unterbreitete die Beklagte der Klägerin ein Angebot über die „Erarbeitung eines Finanzierung-Änderungsantrags“. In dem Schreiben heißt es:

„Im Zuge der Prüfung des Zuschussantrags durch die zuständige Vorprüfungsbehörde wurde von dort eine Reduzierung der ausgewiesenen zuwendungsfähigen Kosten um ca. 4 Millionen DM als notwendig festgestellt. Diese Kürzung wurde sowohl vom Bauherrn als auch vom Planer im Hinblick auf die in den Richtlinien enthaltenen Ermessensspielräume bei besonderen Belangen als nachverhandlungsbedürftig angesehen. In einem Gespräch mit der Vorprüfungsbehörde wurde daraufhin gemeinsam festgelegt, dass ein Änderungsantrag erstellt und eingereicht werden soll, der einerseits die zwischenzeitlich auf 90 Buseinheiten erhöhte Fahrzeugzahl als Bemessungsbasis enthalten soll. Andererseits soll darin auf die Empfehlung des Zuschussgebers eingegangen werden, die speziellen Belange der VER, die über den üblichen Förderungsrahmen der Richtlinien hinausgehen, bei der Feststellung der zuwendungsfähigen Kosten als gesondert zuwendungsfähig zu beantragen. Wir bieten Ihnen die Bearbeitung, Vervielfältigung und unterschriftsreife Lieferung des Änderungsantrags an.“

Mit Schreiben vom 11.5.1992 (Anlage B7) erteilte die Klägerin der Beklagten den Auftrag zur Erarbeitung eines Finanzierungs-Änderungsantrags zu einem pauschalen Honorar in Höhe von DM 12.000 zuzüglich Mehrwertsteuer.	12
(5) Ingenieurvertrag vom 5./8.1.1993 über Bauoberleitung und örtliche Bauüberwachung (Anlage K4)	13
Gemäß § 3 war von den Leistungen des Auftragnehmers umfasst die Planung des Betriebshofs auf der Grundlage der dritten und vierten Planungsstufe im Zuge der Leistungsphase 8 (Objekt-(Bau)-Überwachung bzw. Bauoberleitung) sowie der Bauüberwachung nach § 57 HOAI.	14
Die Leistungen aus dem ersten und zweiten Ingenieurvertrag rechnete die Beklagte noch im Jahr 1991 durch Schlussrechnungen ab, welche die Klägerin beglich. Hinsichtlich der Leistungen aus dem Ingenieurvertrag vom 4./12.12.1991 sowie dem Auftrag vom 6.5.1991/11.5.1992 erteilte die Beklagte unter dem 3.3.1995 „Schlussrechnung“ (Anlage B 8). Mit Schreiben vom 16.3.1995 (Anlage B9) nahm die Klägerin eine Kürzung der Schlussrechnung vom 3.3.1995 vor. Mit Schreiben vom 20.3.1995 (Anlage B 10) teilte sie mit, versehentlich das Honorar für den Finanzierungsänderungsantrag nicht berücksichtigt zu haben und bestätigte nunmehr die verlangte Schlussrechnungssumme in Höhe von 40.597,83 DM, die sie am 24.3.1995 ausglich (Anlage B 11). Hinsichtlich der Leistungen aus dem Ingenieurvertrag vom 5./8.1.1993 betreffend die Leistungsphase 8 trafen die Parteien mit Rücksicht auf die Umsatzsteuererhöhung mit Wirkung ab dem 1.4.1998 die von der Beklagten als Anlage B 12 vorgelegte Vereinbarung vom 6./10.3.1998. Hierin heißt es: „Da die Leistungen ... vollständig erfüllt sind, fallen sie unter die Regelung mit 15 % Mehrwertsteuer... Es wird festgestellt, dass bei dem oben angegebenen Vertrag die Leistungen bereits vor dem 1.4.1998 vollständig erbracht worden sind.“ Mit Schlussrechnung vom 21.3.2001 (Anlage B 13) rechnete die Beklagte ihre Leistungen aus dem Ingenieurvertrag vom 5./8.1.1993 ab. Die Schlussrechnungssumme überwies die Klägerin am 19.4.2001 an die Beklagte.	15
Die Klägerin erhielt für das Bauvorhaben Zuwendungen nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) gemäß Zuwendungsbescheid des Landschaftsverbands B... vom 2.12.1991. In der Folgezeit ergingen insgesamt 15 Änderungsbescheide, in denen unter anderem auch Erweiterungen aufgrund von Änderungsanträgen bewilligt wurden (vgl. Seite 3 der Anlage B1). Mit dem Abrechnungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg vom 18.6.2001 (Anlage K 52), der aufgrund eines von der Klägerin ohne Mitwirkung der Beklagten erstellten Verwendungsnachweises vom 29.9.2000 (hier nicht vorgelegt) erging, wurde die Zuwendung auf 18.434.600 DM festgesetzt. Der Bescheid enthielt folgende Nebenbestimmung:	16
“ Unter Hinweis auf 8.2 der Anlage zu Nr. 5.1 VVG zu § 44 LHO (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an Gemeinden (GV)-ANBest-G, Ministerialblatt NW 1982, Seite 421, bleibt eine Prüfung und ein eventuell daraus entstehender Rückforderungsanspruch vorbehalten.“	17
Mit Schreiben vom 29.04.2002 (hier nicht vorgelegt) kündigte das Staatliche Rechnungsprüfungsamt Münster (nachfolgend: RPA) die Prüfung der Verwendung der der Klägerin mit Abrechnungsbescheid vom 18.6.2001 gewährten Zuwendungen an. Mit Schreiben vom 27.11.2002 (Anlage K5) empfahl das RPA der Bezirksregierung Arnsberg die Rückforderung von gewährten Zuwendungen. Um dem Prüfungsbericht des Rechnungsprüfungsamt Münster entgegenzutreten, beauftragte die Beklagte das	18

Unternehmen C..., das unter dem 28.3.2003 eine Stellungnahme zu den Prüfungsfeststellungen des RPA vorlegte (Anlage B1). Die Beklagte unterstützte die Klägerin bei der Sachverhaltsaufklärung zur Anfertigung der Stellungnahme. Nach Verhandlungen der Klägerin, vertreten durch C..., mit der Bezirksregierung Arnsberg, in denen eine weitere Stellungnahme der C... vom 4.12.2003 (Anlage B2) vorgelegt wurde, erging unter dem 31.8.2004 ein Abrechnungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg (Anlage K6), in dem der Zuwendungsbescheid vom 2.12.1991 und die dazu ergangenen Änderungsbescheide rückwirkend widerrufen wurden und die Zuwendung für die Zeit vom 2.12.1991 bis zum 31.12.2009 endgültig auf 8.386.622 € festgesetzt wurde. Grundlage dieses Abrechnungsbescheids war ein hier nicht vorgelegter Verwendungsnachweis der Klägerin vom 13.8.2004. In den Entscheidungsgründen des Bescheids sind die von der Klägerin zurückzugewährenden Beträge, aufgliedert nach dem Prüfbericht des RPA vom 27.11.2002, im Einzelnen dargestellt. Am 4.10.2004 wurde in einem Zinsbescheid die Verzinsung des Erstattungsanspruchs in Höhe von insgesamt 1.038.839 € auf 158.130,14 € festgesetzt. Die Klägerin zahlte die Zuwendungen gemäß diesen Bescheiden, die dem Ergebnis der Verhandlungen mit der Bezirksregierung Arnsberg entsprachen, einschließlich der festgesetzten Zinsen zurück. Am 20.10.2004 fand eine Besprechung der Parteien statt, in der die Klägerin die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Beklagte wegen der gemäß dem Abrechnungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg zurückzugewährenden Zuwendungen ankündigte (Protokoll der Besprechung – Anlage K8) und hierzu die „Zusammenstellung der Rückzahlungsverpflichtungen durch die VER“ übergab, in denen die nach Ansicht der Klägerin von der Beklagten zu verantwortenden Rückgewährsverpflichtungen gekennzeichnet sind (Anlage K9). Am 15.12.2004 bestätigte die Beklagte, dass sie mit der Klägerin in Verhandlungen über die mit Schreiben der Klägerin vom 9.11.2004 (Anlage K 10) geltend gemachten Forderungen stehe. In einem handschriftlichen Zusatz heißt es, hiermit sei kein Verzicht auf die Einrede der Verjährung für die Vergangenheit verbunden. Mit Schreiben vom 28. 11. 2005 (Anlage K 17) erklärte die Beklagte, sie werde bis zum 30.6.2006 die Einrede der Verjährung nicht erheben, soweit diese Ansprüche nicht am 15.12.2004 bereits verjährt gewesen seien.

Die Klägerin verlangt Ersatz für die gemäß dem Abrechnungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg zurückgewährten Zuwendungen, soweit hierfür ihrer Ansicht nach die Beklagte wegen Verstoßes gegen die Förderrichtlinien im Rahmen der Planung, Ausschreibung, Mitwirkung bei der Vergabe sowie der Bauleitung und Rechnungsprüfung verantwortlich ist. 19

Nachdem das Landgericht den Schadensersatzanspruch teilweise zugesprochen, teilweise aberkannt hat, sind aufgrund der Berufung der Beklagten und der Anschlussberufung der Klägerin folgende Positionen, aufgliedert nach den Prüfungsmitteilungen des RPA und dem Abrechnungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg, noch Gegenstand der Berufungsinstanz: 20

2.6.1	Bepflanzung von nzf-Flächen	25.681,67 €	21
2.14	Nachlass-Skonto	2.656,16 €	

2.20.2		
2.20.3	Nachlass, Überzahlung der D...	82.352,25 €
2.20.4		
2.22		
2.23	Einheitspreis der Schottertragschicht für Gehwege	9510,03 €
2.25	Ausschreibung, Wertung, Vergabe und Abrechnung des „K...“	247.955,59 €
2.27.2	Vergabe Schallschutzwand	6609,98 €
2.27.3	Vergabe Auslaufbauwerk	2459,83 €
2.28	provisorische Zufahrtsstraße	5969,84 €
2.31.1	Bauzeitverlängerung	64.941,23 €
2.33	Minderkosten bei einer geänderten Leistung	12.673,39 €
2.34	Abrechnung einer Nachtragsleistung unter einer Hauptvertragsposition	3578,03 €
2. 37	Abrechnung der Mutter- bodenabfuhr	29.143,64 €
2.38	Zinsen	67.042,64 €

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Auftragsumfang sei nicht auf Planungsleistungen gemäß den einschlägigen Leistungsbildern der HOAI beschränkt gewesen. Die Beantragung von Zuwendungen nach dem GVFG und die erfolgreiche Durchführung des Zuwendungsverfahrens sei ebenfalls als Hauptleistungspflicht der Beklagten in allen Verträgen vereinbart worden. Die Beklagte habe eine Planung, Vergabe und Bauüberwachung geschuldet, die die Vorgaben aus den Förderrichtlinien und dem Zuwendungsbescheid beachtete und umsetzte. Soweit die Beklagte im Rahmen der jetzigen gerichtlichen Auseinandersetzung umfangreicher und detaillierter vortrage, als sie dies für Zwecke der Unterstützung der Klägerin zur Abwehr der Rückforderungen der Bezirksregierung getan habe, habe Sie eine originäre Nebenpflicht verletzt. Wegen der Ursächlichkeit der angeblichen Verstöße der Beklagten bei der Ausschreibung und Mitwirkung bei der Vergabe gegen die VOB/A sowie Fehlern bei der Bauüberwachung, Bauleitung und Rechnungsprüfung für die Rückforderung von Zuwendungen verweist sie auf einen Erlass des Finanzministers des Landes NRW (Anlage K 37) zur Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), die „Grundsätze für die Ermittlung der zuwendungsfähigen Ausgaben bei der Förderung von Omnibusbetriebshöfen nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz“ (Anlage B 91) und die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an Gemeinden (ANBest-G), die – unstreitig - Bestandteil der Zuwendungsbescheide waren.

Im Einzelnen hat die Klägerin zu den angeblichen Mängeln der von der Beklagten erbrachten Leistungen, aufgrund der sie Zuwendungen habe zurückgewähren müssen, vorgetragen: 23

Prüfungsmitteilung 2.6.1 24

Die geplante Bepflanzung der Parkplätze für Bedienstete sei nicht zuwendungsfähig gewesen, deshalb habe sie 25.681,67 € erstatten müssen. Die Beklagte habe die Maßgaben aus dem Bewilligungsbescheid bei der Planung der Pflanzung nicht berücksichtigt. Sie habe Pflanzungen in ihre Planung aufgenommen, welche die bewilligten Quantitäten und Qualitäten deutlich überschritten hätten. Die Pflichtverletzung habe darin gelegen, dass sie eine besonders aufwendige Bepflanzung im Bereich der nicht zuwendungsfähigen Mitarbeiterparkplätze angeordnet habe. 25

Prüfungsmitteilung 2.14 26

Durch Fehler bei der Prüfung der Rechnung für Malerarbeiten (Nichtabzug von Skonti und Nachlässen) habe sie 2.656,16 € zurückgewähren müssen. 27

Prüfungsmitteilungen 2.20.2, 2.20.3, 2.20.4 und 2.22 28

Ein weiterer Schaden in Höhe von 82.352,65 € sei ihr wegen der Überzahlungen für Leistungen der D... entstanden, weil die Beklagte bei der Rechnungsprüfung die Abzüge von Nachlässen unterlassen bzw. eine Mengenermittlung falsch vorgenommen habe. 29
Insbesondere hätten die für den Hauptvertrag vereinbarten Nachlässe gemäß Nr. 27 der zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB), die unstreitig sämtlichen Bauverträgen mit den am Bau beteiligten Unternehmern zu Grunde lagen, auch für die Nachtrags- und Zusatzleistungen im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B, § 1 Nr. 4 VOB/B gegolten.

Im Einzelnen: 30

Prüfungsmitteilung 2.20.2: 31

Bei der Abrechnung von Nachträgen betreffend geänderte Leistungen und Zusatzleistungen der D... seien 28.476 DM (entsprechend dem im Hauptvertrag im „K...“ vereinbarten Nachlass von 10 %) zu Unrecht nicht in Abzug gebracht worden. 32

Prüfungsmitteilung 2.20.3 33

Auch bei dem K... „Straßenbau Zufahrt“ sei der vereinbarte Nachlass von 12 % (112.680 DM) nicht in Abzug gebracht worden. 34

Prüfungsmitteilung 2.20.4 35

Die zusätzlichen Arbeiten an der 110 kV-Leitung seien der D... separat in Auftrag gegeben worden gemäß dem Angebot der D... vom 17.8.1994 (Anlage K 31). Mit dem als Anlage K 32 überreichten Schreiben vom 23.8.1994 habe die Beklagte der Klägerin empfohlen, den Zusatzauftrag zu erteilen. Hierfür sei ein Nachlass von 15 % auf die Preise aus dem AVU-Katalog vereinbart worden, die bei der Abrechnung nicht berücksichtigt worden seien. Infolge der fehlerhaften Rechnungsprüfung habe sie eine Überzahlung in Höhe von 13.906 DM geleistet. 36

Prüfungsmitteilung 2.22 37

In der Schlussrechnung der D... vom 21. 8. 1998 sei ein Nachtrag gemäß Nachtragsangebot vom 16.5.1994 (Grabenaushub) mit 166,80 m² zu dem Einheitspreis von 108 DM abgerechnet worden. Die zu dieser Nachtragspositionen gehörigen Aufmaße hätten jedoch belegt, dass sich der Vordersatz von 166,80 auf die Einheit Kubikmeter bezogen habe und die Grabenlänge tatsächlich 111,20 m betragen habe. Bei der Rechnungsprüfung hätten deshalb 6.005 DM in Abzug gebracht werden müssen.

Hinsichtlich dieser Positionen sowie der Prüfungsmitteilung 2.34 hat die Klägerin im Jahr 2006 ein Urteil des LG Hagen erwirkt, durch das die D... zu einer Rückzahlung in Höhe von insgesamt 91.637,25 € nebst Zinsen verurteilt worden ist (Anlage K 30). Im Rahmen eines Ratenzahlungsvergleichs, dem die Klägerin mit Rücksicht darauf zugestimmt hatte, dass die D... angekündigt hatte, bei einer Sicherungsvollstreckung des gesamten Betrags Insolvenz anzumelden, zahlte das Unternehmen 10.500 € an die Klägerin. Ein Jahr später ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der D... eröffnet worden; zuvor eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Klägerin durch Kontenpfändungen blieben ohne Erfolg. Das Insolvenzverfahren ist am 28.2.2011 nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit eingestellt worden.

Prüfungsmitteilung 2.23

Infolge von Fehlern bei der Bauüberwachung habe sie 9510,03 € zurückgewährt. Es sei nicht erforderlich gewesen, im Bereich der schwach belasteten Gehwege ebenso wie bei den Fahrflächen die Schottertragschicht in 70 cm Stärke auszuführen.

Prüfungsmitteilung 2.25

Die Beklagte habe bei der Ausschreibung und der Mitwirkung bei der Vergabe gegen die Bestimmungen der VOB/A zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung und der dazugehörigen Massenermittlungen sowie zur Aufklärung des Angebotsinhalts verstoßen. Der Vergabevorschlag habe auf einer unzureichenden Prüfung und Wertung der Angebote beruht. Insbesondere die risikoanfällige Position 3.1.140, eine Eventualposition, bei der ein negativer Einheitspreis für Aufnahme und Abtransport Mutterboden (Eigentum AN) angeboten worden sei, und die nicht zur Ausführung gelangt sei, sei vergabeentscheidend gewesen. Durch Mengenmehrungen und Nachträge habe die Abrechnungssumme um mehr als 60 % über der Auftragssumme gelegen. Unterschiede zwischen ausgeschriebenen und abgerechneten Leistungen in dieser Größenordnung ließen sich nicht auf die jeglichem Baugeschehen immanenten Unwägbarkeiten zurückführen. Der Grund hierfür liege vielmehr darin, dass die Leistungen im Leistungsverzeichnis von der Beklagten nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben und die Mengen nicht zutreffend ermittelt worden seien. Diese Pflichtverletzungen im Vergabeverfahren hätten zu einer Rückgewähr von Zuwendungen in Höhe von 247.955,59 € geführt.

Prüfungsmitteilung 2.27.2 und 2.27.3

Während der Ausführung seien die Aufträge zur Herstellung einer Schallschutzwand und eines Auslaufbauwerks zum Regenrückhaltebecken unter Verstoß gegen die VOB/A freihändig vergeben worden. Die Herstellung der Schallschutzwand und des Auslaufbauwerks seien nicht dringlich gewesen, und es habe kein unmittelbarer Zusammenhang bestanden. § 3 Nr. 5 d) und c) VOB/A seien nicht einschlägig. Dies habe zu einer Rückforderung in Höhe von 6609,98 € und 2459,83 € geführt.

Prüfungsmitteilung 2.28

Bei der Herstellung einer provisorischen Zufahrt sei der Abrechnungspreis falsch ermittelt worden, weil der Einheitspreis der Position „Herstellung einer 25 cm dicken Schottertragschicht“ mit der Dimension Quadratmeter auf der Basis des Einheitspreises der Hauptvertragsposition 3.2.40 (Herstellung einer 48 cm dicken Schottertragschicht“) mit der Dimension Kubikmeter ermittelt worden sei; hieraus resultiere eine Rückzahlungsforderung in Höhe von 5969,84 €.

Prüfungsmitteilung 2.31.1 48

Wegen verspäteter Bereitstellung von Ausführungsplänen durch die Beklagte sei es zu einer Bauzeitverlängerung gekommen, für welche die Arge Mehrkosten in Höhe von 64.941,23 € in Rechnung gestellt habe. Die Vielzahl von Behinderungsanzeigen habe nicht nachvollzogen werden können, weil die Beklagte keine Bautagebücher und Bautagesberichte erstellt habe. Dies habe zu einer Rückforderung der Zuwendung in Höhe des Mehrkostenbetrags geführt.

Prüfungsmitteilung 2.33 50

Wegen einer Leistungsänderung betreffend die Aufhebung und Beseitigung durchnässten Bodens habe das Bauunternehmen Transport- und Deponiekosten erspart, weshalb ein geänderter Preis gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B unter Berücksichtigung der Minderkosten hätte vereinbart werden müssen. Bei dem K... sei gemäß LV-Position 3.1.170 durchnässter Boden auszuheben und in das Eigentum des Auftragnehmers zu überführen gewesen. Unter dieser Positionen seien 3098,447 m³ mit einem Einheitspreis von 33 DM/Kubikmeter abgerechnet worden. Der Boden sei jedoch nicht, wie vertraglich vorgesehen, vom Auftragnehmer beseitigt, sondern zur Trocknung auf der Baustelle gelagert und anschließend wieder eingebaut worden. Dies stelle eine Leistungsänderung dar. Der Auftragnehmer habe die in der Position 3.1.170 enthaltenen Transport- und Deponiekosten erspart. Es hätte also gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B ein geänderter Preis unter Berücksichtigung der Minderkosten vereinbart werden müssen. Die Beklagte habe eine Anpassung des Einheitspreises bei der Rechnungsprüfung überhaupt nicht in Betracht gezogen. Das Rechnungsprüfungsamt habe die entstandenen Minderkosten geschätzt und hieraus eine Absetzung von den zuschussfähigen Kosten in Höhe von 12.673,39 € ermittelt. Die genannte Menge hätte auch unter der Position 3.1.150 (gelagerten Boden aufnehmen und einbauen) mit 22 DM/Kubikmeter abgerechnet werden können.

Prüfungsmitteilung 2.34 52

Wegen eines weiteren Bauüberwachungs- bzw. Rechnungsprüfungsfehlers (wesentlich geringerer Leistungsaufwand für die Mutterbodenumlagerung) habe sie Zuwendungen in Höhe von 3578,03 € erstatten müssen. Im Rahmen des Loses „Straßenbau Betriebshof“ sei gemäß LV-Position 3.1.150 die Leistung „in Mieten lagernden Boden der Klassen 3-6 aufnehmen, transportieren und lagenweise einbauen und verdichten“ ausgeschrieben worden. Unter dieser Position seien auch 3799,32 Kubikmeter der nicht im LV enthaltenen Leistung „in Mieten lagernden Mutterboden verfahren und neu lagern“ abgerechnet worden. Aufgrund der Verschiedenartigkeit der Leistungen und des wesentlich geringeren Leistungsaufwands für die Mutterbodenumlagerung sei die Abrechnung unter der Position 3.1.150 nicht gerechtfertigt.

Prüfungsmitteilung 2.37 54

Weitere Mängel in der Ausschreibung und Bauüberwachung lägen darin, dass die beiden vergebenen Lose „Straßenbau Betriebshof“ und „Straßenbau Zufahrt“ sich hinsichtlich der

Abfuhr von in Mieten gelagertem Mutterboden überschritten hätten, jedoch zu unterschiedlich hohen Einheitspreisen (Spekulationspreisen) angeboten worden seien. Bei der Abrechnung sei es zu einer unwirtschaftlichen Verschiebung zwischen den beiden Losen gekommen. Hierdurch sei ein Rückforderungsbetrag in Höhe von 29.143,64 € entstanden.

Die Klägerin hat beantragt, 56

die Beklagte zu verurteilen, an sie 613.508,33 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.11.2004 zu zahlen. 57

Die Beklagte und der Streithelfer haben beantragt, 58

die Klage abzuweisen. 59

Die Beklagte hat in der Klageerwidernug im Wesentlichen auf die von ihr als Anlage B1 vorgelegte Stellungnahme der C... vom 28.3.2003 verwiesen, die die Klägerin mit der Bewertung der Prüfungsfeststellungen des Rechnungsprüfungsamt beauftragt hatte. 60

Sie hat darüber hinaus die Einrede der Verjährung erhoben und hierzu geltend gemacht, die Zahlung der jeweiligen Schlussrechnungen betreffend die Leistungen aus den einzelnen Ingenieurverträgen sei als Abnahme der bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen zu verstehen. Soweit es um Pflichtverletzungen im Rahmen der Bauüberwachung und Rechnungsprüfung gehe, sei die Leistungsphase 8 des § 15 HOAI betroffen, die ihr mit Ingenieurvertrag vom 5. 1/8. 1. 1993 übertragen worden seien. Unter dem 10.3.1998 habe die Klägerin schriftlich bestätigt, dass die Leistungen aus dem Vertrag vom 5./8.1.1993 vollständig erbracht worden sein. Damit habe sie die Leistungen im Rahmen der Bauüberwachung und Rechnungsprüfung abgenommen. 61

Sie, die Beklagte, sei zu einer rechtlichen Prüfung des Zuwendungsbescheids nicht verpflichtet gewesen. Sie sei ausschließlich mit der Vorbereitung und Zusammenstellung der Antragsunterlagen in technischer Hinsicht befasst gewesen. Aus den vertraglichen Bestimmungen sei nicht zu entnehmen, dass ihr eine Planung in der Weise vorgegeben worden sei, dass sämtliche Bauleistungen nach dem GVFG förderungsfähig sein sollten. 62

Die Klägerin ist der Verjährungseinrede entgegengetreten: Die Leistungen seien nicht abgenommen worden. Gegen eine Abnahme spreche, dass die Begleitung des Zuwendungsverfahrens von Anfang an durch die Beklagte geschuldet gewesen sei. Auch diese Leistung sei von der „Erfolgsbezogenheit des werkvertraglichen Charakters umfasst“ gewesen. Der Erfolg des Zuwendungsbescheids könne jedoch erst beurteilt werden, wenn der jeweilige Abrechnungsbescheid von dem Rechnungsprüfungsamt geprüft worden sei. Deshalb sei beiden Parteien bewusst gewesen, dass die Leistungen der Beklagten erst dann als vertragsgemäß gebilligt angesehen werden könnten, wenn dies auch seitens des Rechnungsprüfungsamts bestätigt werde. Die in Rede stehenden Pflichtverletzungen der Beklagten beträfen nicht die bloße Beantragung der Zuwendungen, sondern vielmehr die Umsetzung der Baumaßnahmen. Die Verjährung sei gehemmt gewesen durch die Teilnahme der Beklagten an der Klärung der Prüfungsfeststellungen des Rechnungsprüfungsamt ab Ende 2002/Anfang 2003. Im übrigen gelte eine Sekundärhaftung der Beklagten, weil sie die Klägerin nicht über eigene Fehler aufgeklärt habe und die Verjährung der gegen sie selbst bestehenden Ansprüche hierdurch herbeigeführt habe. 63

Weiter hat die Beklagte geltend gemacht, die Voraussetzungen für einen Widerruf des Zuwendungsbescheids gemäß § 49 VwVfG hätten nicht vorgelegen. Vergaberechtsverstöße 64

seien im Hinblick auf die Zwecke des Zuwendungsbescheids nur insoweit sanktionierbar, als daraus ein unwirtschaftlicher Umgang mit Zuwendungen resultiere. Dies lasse sich hier aber weder in Bezug auf die angeblichen Spekulationspreise, den angeblichen Verstoß gegen die Wertungsgrundsätze des § 25 VOB/A noch die freihändige Vergabe von Leistungen feststellen. Schadensersatzansprüche aufgrund fehlerhafter Rechnungsprüfung stünden der Klägerin nicht zu, da sie ihre Rückgriffsansprüche wegen etwaiger Überzahlungen von Bauhandwerkern habe verjähren lassen, obwohl sie, die Beklagte, die Klägerin mehrfach auf die drohende Verjährung schriftlich hingewiesen habe (vgl. Anlage B4, Anlage B5, GA Bl. 94).

Zu den einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Pflichtverletzungen haben die Beklagte und der Streithelfer wie folgt vorgetragen:

65

Prüfungsmitteilung 2.6.1

66

Es habe keine planerische Alternative gegeben. Die Bepflanzung des Betriebshofs einschließlich der Parkplätze sei durch die Pflanzgebote des Bebauungsplans einschließlich des landschaftspflegerischen Begleitplans sowie der Baugenehmigung vorgegeben gewesen. Die Klägerin sei öffentlich-rechtlich verpflichtet gewesen, die Bepflanzung, so wie sie ausgeführt worden sei, herzustellen. Die Klägerin habe nicht dargelegt, an welchen anderen Standorten auf dem Betriebshofgelände zuwendungsfähige Bepflanzungen zur Erfüllung der vorgenannten Auflagen hätten erfolgen können. Die Kosten der Bepflanzung der Parkplätze stellten zudem keine „Ausgaben zur Herstellung solcher Anlagen“ im Sinne der Vorgaben „für die Ermittlung der zuwendungsfähigen Ausgaben bei der Förderung von Omnibusbetriebshöfen nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz“ (Anlage B 91) dar.

67

Prüfungsmitteilungen 2.14, 2.20.2, 2.20.3, 2.20.4 und 2.22

68

Komme es im Fall einer fehlerhaften Rechnungsprüfung zur Überzahlung eines Auftragnehmers, könne der Bauherr den Architekten bzw. Ingenieur nur dann auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn der Rückforderungsanspruch gegen den Auftragnehmer nicht mehr realisierbar sei. Die Klägerin habe Bereicherungsansprüche gegen die Unternehmer pflichtwidrig verjähren lassen. Zu der Prüfungsmitteilung 2.14 hat der Streithelfer vorgetragen, das Malerunternehmen E... sei mündlich am 17.8.1994 – wie unstreitig – beauftragt worden. Dabei sei klargestellt und verbindlich vereinbart worden, dass in die angebotenen Einheitspreise, die nachher auch bei der Schlussrechnung eingesetzt worden seien, ein Nachlass von 6 % und Skonto von 3 % bereits eingerechnet gewesen seien (dieser Einwand wird in der Berufungsinstanz nicht weiterverfolgt). Zu den Prüfungsmitteilungen 2.20.2 und 2.20.3 hat der Streithelfer (GA Bl. 730 unter Verweis auf die Anlagen 12 ff.) vorgetragen, die Fortschreibung von Nachlässen beziehe sich nur auf Nachträge, deren Preise auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung zu bilden seien (§ 2 Nr. 6 VOB/B). Diese Voraussetzung liege hier nicht vor. Bei den vermeintlichen Nachträgen handele es sich um Zusatzaufträge ohne unmittelbare Abhängigkeit zur bisher vereinbarten Leistung, die Preise seien unabhängig von den Preisen des Hauptvertrags gebildet worden; dies gelte insbesondere für den Nachtrag „Versorgungsleitung“ vom 20.7.1994 und den Nachtrag vom 20.10.1994 (zusätzlich gewünschte Schutzplanke im Bereich der Böschung). Auch die Markierungsarbeiten im Bereich der Zufahrt seien nachträglich ohne unmittelbaren Zusammenhang zu den Leistungen des Hauptvertrags gefordert worden, ebenso die Beschilderungen und das Auswechseln von Verkehrsschildern sowie das Herstellen einer Baugrube für Anschlussarbeiten an einer Feuerlöschleitung. Die Arbeiten zur Herstellung eines Drainagegrabens seien Zusatzleistungen wegen nachträglicher Anforderungen des

69

Erdbaulaboratoriums F... in Zusammenhang mit der Sammlung und Ableitung anfallenden Tageswassers gewesen. Das gleiche gelte für die Zusatzleistungen für eine nachträglich geforderte Ampelanlage. Die D... habe im Vorprozess vor dem Landgericht Hagen ähnlich und noch weitergehend dahin argumentiert, dass der Nachlass nur auf die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Massen gewährt werde, also eine abweichende Vereinbarung zu § 27 Zusätzliche Vertragsbedingungen getroffen worden sei. Zu der Prüfungsmitteilung 2.20.4 hat der Streithelfer vorgetragen, hierbei gehe es – unstreitig - um einen separaten Zusatzauftrag, hinsichtlich dessen die Klägerin einen individualvertraglich vereinbarten Nachlass von 15 % behauptete. Der Streithelfer hat hierzu die Anlage 6 vorgelegt, die ein Angebot der D... vom 28.3.1995 für den Nachtrag "Zufahrtstraße, Kabel freigelegt laut AVU" betrifft, in welchem es heißt: „Die Arbeiten für die Freilegung der Kabel (werden wir) laut Preise AVU-Katalog ausführen.“ Er hat geltend gemacht, das von der Klägerin als Anlage K 31 vorgelegte Angebot vom 17.8.1994 habe sich allein auf die Herstellung eines Rohrgrabens im Zusammenhang mit dem Straßenbau Betriebshof bezogen. Dieser Nachlass sei auch zutreffend berücksichtigt worden. Ein solcher Nachlass auf die Preise des AVU-Katalogs sei hingegen für die Kabelarbeiten im Zusammenhang mit dem Straßenbau Zufahrt nicht vereinbart worden. Die von der Klägerin behauptete Vereinbarung im Rahmen einer Besprechung am 3.8.1995 werde bestritten.

Prüfungsmitteilung 2.23

70

Hierzu hat der Streithelfer vorgetragen, Straße nebst Gehweg seien im Zusammenhang mit einer Trassenverschiebung zum Zweck einer von der Klägerin gewünschten Erhaltung von Baumbestand in einen abschüssigen Geländebereich verschoben worden. In Richtung des Gehwegs sei das Gelände abgefallen, zudem sei der angetroffene Boden nicht standfest und nicht tragfähig gewesen. Bei der Anschüttung der Schottertragschicht für die Straße habe sich automatisch ein Schotter-„Kegel“ auf der für den Aufbau des Gehwegs vorgesehenen Fläche gebildet, so dass die Gehwegflächen mit einer gleichstarken Schottertragschicht hätten ausgebaut werden müssen. In Ansehung der Hanglage habe das im Leistungsverzeichnis vorgesehene Kies-Sand-Gemisch nicht zum Einsatz kommen können. Aus dem Schreiben des Erdbaulaboratoriums F... (Anlage 21) gehe hervor, dass der Einbau der Tragschichten, also auch unter den Gehwegen, durchgängig von dem im Auftrag der Klägerin handelnden Erdbaulaboratorium F... begleitet worden sei. Die Klägerin habe mit Blick auf die schwierigen Bodenverhältnisse das Erdbaulaboratorium F... ausdrücklich auch mit der Bauaufsicht beauftragt (Anlage 22).

71

Prüfungsmitteilung 2.25

72

Die Beklagte hat die ihr vorgeworfenen Fehler bei der Ausschreibung und der Mitwirkung bei der Vergabe bestritten. Zudem hat sie sich darauf berufen, G... habe als von der Klägerin beauftragter „Vergabeexperte“ an der Vergabe mitgewirkt.

73

Prüfungsmitteilung 2.27.2 und 2.27.3

74

Die freihändige Vergabe der Schallschutzwand sei erforderlich gewesen, nachdem die Berufsgenossenschaft während der Ausbauphase unerwartet Schallschutzwände im Bereich der Werkstatt verlangt habe. Um den Fortgang der Ausbaugewerke und damit den Fertigstellungstermin nicht zu gefährden, seien nur die beiden bereits tätigen Rohbauunternehmer zur Abgabe von Angeboten aufgefordert worden. Die Preise seien zudem angemessen gewesen. Das gleiche gelte für die Vergabe des Auslaufbauwerks.

75

Prüfungsmitteilung 2.28

76

Hierzu hat der Streithelfer vorgetragen, die von der Klägerin vorgenommene Umrechnung Kubikmeter in Quadratmeter sei unzutreffend. Die „Gegenrechnung“ hat der Streithelfer später nicht mehr aufrechterhalten, sondern behauptet, es gehe „hier nicht nur um die bloße Umrechnung eines Einheitspreises von Kubikmetern in Quadratmeter“, sondern auch um eine andere Leistung, nämlich die Herstellung einer provisorischen Zufahrt mit einer 25 cm dicken Schottertragschicht, im Gegensatz zur Hauptvertragsposition 3.240 (Herstellung einer 48 cm dicken Schottertragschicht). Dann sei auch der geänderte Arbeitsaufwand für diese andere Leistung zu berücksichtigen. Deshalb sei die Position mit 23,69 DM pro Quadratmeter „zutreffend und angemessen“ berechnet. 77

Prüfungsmitteilung 2.31.1 78

Entgegen der Ansicht der Klägerin sei den Anlagen K 40 bis K 44 nicht zu entnehmen, dass eine verspätete Lieferung von Ausführungsplänen und die daraus resultierende Bauzeitverlängerung zu einem Schaden in Höhe von 127.014 DM geführt hätten. In einem Gespräch mit der örtlichen Bauleitung am 3.6.1993 habe Einigkeit darüber bestanden, dass die angezeigten Behinderungen sowie die daraus hergeleiteten Mehrkosten „gegenstandslos“ seien. Die Beklagte verweist insoweit auf ihr Schreiben an die ARGE vom 3.6.1993 (Anlage B 19). Mit dieser Absprache sei die vorhergehende Korrespondenz der ARGE (Anlage K 40-44) „erledigt“ gewesen. Die Bauzeitenverlängerungen hätten im Wesentlichen auf einer erheblichen Ausweitung des Auftragsumfangs, nicht vorherzusehender Erschwernisse in Bezug auf den Baugrund sowie auf witterungsbedingten Gründen beruht. Die Anlagen der Klägerin K 78 bis K 88 enthielten lediglich 2 Behinderungsanzeigen der ARGE, und zwar vom 19.5.1993 und vom 21.4.1994. Hieraus gehe nicht hervor, dass sie, die Beklagte, durch verspätete Planlieferungen den Bauablaufplan der ARGE „konterkariert“ habe. 79

Prüfungsmitteilung 2.33 80

Der Aufwand, der mit dem durchnässten bzw. aufgrund der Witterungsverhältnisse flüssigen Boden auf der Baustelle betrieben worden sei, rechtfertige ohne weiteres die Beibehaltung des Einheitspreises von 33 DM pro Kubikmeter, da die entfallene Leistung des Abtransports durch die Behandlung der Schlamm Massen auf der Baustelle ersetzt worden sei. 81

Prüfungsmitteilung 2.34 82

Wegen des durch Starkregen verflüssigten Bodens habe sich die Notwendigkeit eines witterungsbedingten Austausches von Bodenmassen ergeben. Auf dem Baugrundstück habe großflächig Regenwasser gestanden, das wegen des lehmigen Bodens nicht ablaufen können. Der Einheitspreis von 22 DM pro Kubikmeter in Anlehnung an die LV-Position 3.1.150 sei angemessen und auf den Grundlagen der Preisermittlung der Leistungen des Hauptvertrags zutreffend abgerechnet worden. Die Zusatzleistung, nämlich die notwendige Bearbeitung des Bodens mit dem Bagger gleiche das entfallene Verdichten aus. 83

Prüfungsmitteilung 2.37 84

Es habe keine „Massenverschiebung“ zwischen dem Los „Straßenbau Betriebshof“ und dem Los „Straßenbau Zufahrt“ stattgefunden. Die Mehrmassen des Mutterbodens bei dem K... „Straßenbau Zufahrt“ seien aufgrund der Trassen-/Achsenverschiebung der Zufahrtsstraße angefallen. Dass die Mutterbodenmengen nicht gem. LV-Position 3.1.140 verkauft, sondern zum Abdecken von Böschungen verwendet bzw. im südlichen Bereich als Schlamm die Böschung herunter gekippt worden seien, sei für sie, die Beklagte, nicht vorhersehbar gewesen, sondern den ungewöhnlich starken und lang anhaltenden Regenfällen geschuldet. 85

Die Bodenmassen hätten nicht gemäß Position 3.1.140 von der Auftragnehmerin verwertet werden können, weil es aufgrund der starken Regenfälle zu einer Verschlammung und Verflüssigung des Bodens gekommen sei. Im Bereich der Baustraße habe sich Schotter mit dem verflüssigten Oberboden vermischt. Zudem habe sich der Boden als zinkbelastet erwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 86

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung von Sachverständigengutachten in Höhe von 411.179,39 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Ansprüche seien nicht verjährt, da es an einer Abnahme der von der Beklagten erbrachten Leistungen fehle. Der Anspruch auf Ersatz von 25.681,67 € für die Bepflanzung von nicht zuwendungsfähigen Flächen, insbesondere Pkw-Stellplätzen, sei begründet. Die Beklagte hatte auch für die Nichtberücksichtigung eines Nachlasses von 6 % sowie Skonto von 3 % im Rahmen der Prüfung der Malerrechnung in Höhe von 2656,16 €. Die Beklagte habe die fehlerhafte Umrechnung von Quadratmetern in Kubikmeter nicht bemerkt. Deshalb stehe ihr entsprechend der Prüfungsmitteilung 2.28 ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 5969,84 € zu. Ein weiterer Schadensersatzanspruch in Höhe von 9510,03 € wegen Erhöhung der Schotterschichtdecke auf 70 cm im Bereich der Gehwege sei ebenfalls begründet. Der Sachverständige habe hierzu ausgeführt, die Frage, ob eine 15 cm-Tragschicht ausgereicht hätte, sei von den Bodenverhältnissen abhängig und ohne weitere Unterlagen nicht aufklärbar. Beweisbelastet sei die Beklagte für die von ihr behauptete Notwendigkeit zur abweichenden Bauausführung. Auch ob die erhöhte Tragschicht unter Zugrundelegung des Vortrags der Beklagten zur veränderten Trassenführung notwendig gewesen sei, könne anhand der zur Verfügung stehenden Pläne und Zeichnungen nicht verifiziert werden. Der nach dem Termin zur Anhörung des Sachverständigen noch gehaltene Sachvortrag der Beklagten und des Streithelfers sei verspätet, da „weder ersichtlich noch vorgetragen“ sei, weshalb der Querschnitt nicht schon früher habe vorgelegt werden können. Ein Wiedereintritt in die Beweisaufnahme hätte den ansonsten entscheidungsreifen Rechtsstreit verzögert. Die Beklagte sei nicht erstmals im Termin vom 31.10.2012 mit der Notwendigkeit der Vorlage weiterer Unterlagen konfrontiert worden. Bereits die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen hätten die ausdrückliche Feststellung enthalten, dass ohne die Vorlage weiterer Unterlagen und Dokumentationen eine abschließende Bewertung nicht möglich sei. Zudem habe der Sachverständige im Rahmen seiner mündlichen Anhörung festgestellt, dass selbst unter Zugrundelegung des Vortrags der Beklagten und des Streithelfers neue Planungen erforderlich gewesen wären und ein Nachtragsangebot hätte eingeholt werden müssen. Beides sei offensichtlich unterblieben, so dass es ohnehin zu einer Rückforderung durch das Rechnungsprüfungsamt gekommen wäre. Der Klägerin stünden weitere 247.955,59 € wegen „nicht mehr aufklärbarer Mengenerhöhungen, Massenverschiebungen, Positionsänderungen und Nachträgen“ zu (Prüfungsmitteilung 2.25). Zwar habe die Beweisaufnahme die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe wegen fehlerhafter Leistungsbeschreibung und Angebotsauswertung gegen Vorschriften der VOB/A verstoßen, im Wesentlichen nicht bestätigt. Hierauf komme es aber im Ergebnis nicht an. Bei den Beanstandungen habe es sich um ein Problem der Mengenermittlung vor Ausschreibung sowie der Mengenerfassung und Dokumentation während der Bauausführung gehandelt. Dies gelte für die Mengenabweichungen insgesamt. Insoweit habe die Beklagte Dokumentationspflichten (Führung von Bautagebüchern) verletzt. Die Unaufklärbarkeit der beanstandeten Positionen gehe daher zulasten der Beklagten. Sie hatte der Klägerin für „kostenträchtige Abweichungen vom Leistungsverzeichnis“, sofern dafür kein „rechtfertigender Grund“ bestanden habe. Auch die besonders starken Regenfälle 87

während der Baumaßnahmen könnten die Beklagte nicht entlasten. Nach den Ermittlungen des Sachverständigen seien die „tatsächlich extremen Regenfälle“ bereits in der Planungs- und Ausschreibungsphase aufgetreten. Hierauf hätte die Beklagte sich einstellen können. Es sei nicht dargelegt, welche Vorkehrungen sie zur Abwendung von Nässeeinwirkung getroffen habe. Die unterlassene Dokumentation habe sich als Schaden in der Rückforderung der Zuwendungen in Höhe von 484.959 DM realisiert, die seitens der Klägerin mangels Dokumentation nicht habe abgewandt werden können. Auch ein Anspruch in Höhe von 6609,98 € sowie weiteren 2459,83 € seien wegen der freihändigen Vergabe der Schallschutzwand und der Vergabe des Auslaufbauwerks (Prüfungsmitteilung 2.2.7.2 und 2.27.3) begründet. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass bei einer getrennten Ausschreibung zusätzliche Kosten für eine separate Baustelleneinrichtung angefallen wären. Dem insoweit unterbreiteten Beweisangebot sei nicht nachzugehen gewesen, da nicht ersichtlich sei, weshalb nicht die vorhandene Baustelleneinrichtung hätte genutzt werden können. Auch habe die Beklagte die Dringlichkeit der freihändigen Vergabe nicht hinreichend dargelegt. Der Klägerin stünden auch die Ansprüche in Höhe von 64.941,23 € wegen Bauzeitverlängerung (Prüfungsmitteilung 2.31.1) zu. Die Bauzeitverlängerung selbst werde von der Beklagten nicht bestritten. Es sei kein Sachverständigengutachten mehr zu der Frage einzuholen, ob die Mehrkosten vorrangig durch ungewöhnlich intensive Niederschläge verursacht worden seien. Da es schon im Zeitpunkt der Planungen und der Ausschreibung extreme Regenfälle gegeben habe, hätte es der Beklagten oblegen, dies bereits bei der zeitlichen Planung und Koordinierung zu berücksichtigen. Zudem habe die Beklagte die Bautagebücher nicht vorgelegt.

Die Klägerin könne auch einen Betrag in Höhe von 12.673,39 € wegen „nicht nachvollziehbaren Wechsels der Abrechnungspositionen und Leistungsänderungen im Zusammenhang mit der Position 3.1.170 verlangen (Prüfungsmitteilung 2.33). Auch hier habe der Sachverständige einen Verstoß gegen § 2 Nr.5 VOB/B festgestellt, da der Wiedereinbau getrockneter anstelle der Beseitigung nasser Bodenmassen zu Neuverhandlungen hätte führen müssen. Mangels ordnungsgemäßer Nachtragsverhandlung mit Dokumentation sei auch nicht mehr aufklärbar, ob in diesem Zusammenhang Leistungen nach den Positionen 3.1.170 und 3.1.150 doppelt abgerechnet worden seien. Der Klägerin stehe ein weiterer Betrag in Höhe von 3.578,03 € wegen der Rückforderung von Zuwendungen gemäß Prüfungsmitteilung 2.34 zu. Auch insoweit fehle es an Dokumentationen und Mengenermittlungen der Beklagten. Der Schadenersatzanspruch in Höhe von 29.143,64 € betreffend Prüfungsmitteilung 2.37 sei begründet. Die Beklagte hafte auch hier unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Massenermittlung und Dokumentation für den durch die Rückzahlung der Zuwendungen entstandenen Schaden. Die Klägerin könne jedoch keinen Schadensersatz wegen der Überzahlungen an die D... verlangen. Ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte scheide insoweit wegen Verstoßes der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht aus. Die Klägerin habe weder vorgetragen noch belegt, dass eine Vollstreckung zeitnah nach Erwirkung des Titels erfolglos geblieben wäre. Soweit die Klägerin gegen die Beklagte den auf die behaupteten Schlechtleistungen entfallenden Zinsanteil als Schaden geltend gemacht habe, fehle es an einem substantiierten Vortrag, in welcher Höhe dieser Schaden geltend gemacht werde und wie er sich berechne.

88

Mit ihrer zulässigen, insbesondere form-und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung wiederholen und vertiefen die Beklagte und der Streithelfer ihren erstinstanzlichen Vortrag zur Verjährung der Klageforderung sowie zu den einzelnen Pflichtverletzungen und rügen, dass das Landgericht verfahrensfehlerhaft die erstinstanzlich angebotenen Beweise, insbesondere hinsichtlich der Massenänderungen infolge der Trassenverschiebung nicht erhoben hätten.

89

Die Beklagte beantragt,	90
unter Abänderung des am 19.12.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf die Klage insgesamt abzuweisen.	91
Der Streithelfer beantragt,	92
unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage auch insoweit abzuweisen, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 385.417,94 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.	93
Die Klägerin legt Anschlussberufung ein und beantragt,	94
1.	95
unter teilweiser Abänderung des am 19.12.2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf die Beklagte zu verurteilen, an sie über den bereits zugesprochenen Betrag in Höhe von 411.179,39 € hinaus weitere 149.394,89 €, insgesamt also 560.574,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.8.2006 zu zahlen,	96
2.	97
die Berufung der Beklagten und des Streithelfers zurückzuweisen.	98
Die Beklagte und der Streithelfer beantragen,	99
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	100
Mit der Anschlussberufung wendet die Klägerin sich gegen die Abweisung der Klage, soweit der durch die Überzahlung der D... begründete Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht abgewiesen worden ist. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Haftung der Beklagten wegen der Überzahlung der Werkunternehmer nicht subsidiär. Da der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten nicht von der Realisierbarkeit des Anspruchs gegen den Bauunternehmer abhängt, könne es dem Bauherrn nicht angelastet werden, wenn der Anspruch gegen den Bauunternehmer letztlich tatsächlich nicht realisiert werden könne. Darüber hinaus macht sie geltend, dass ihr ein Anspruch auf Ersatz des auf den Zinsbescheid entfallenden Schadensanteils zustehe. Aus den Ausführungen in der Klageschrift und den in Bezug genommenen Anlagen K7 und K9 ergebe sich der auf den Zinsschaden entfallende Anteil der Klageforderung. Die Berechnungsgrundlagen habe sie durch Bezugnahme auf den Zinsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg ausreichend dargelegt. In Spalte 3 der Anlage K9 sei der geschuldete Zinsbetrag ausdrücklich angegeben gewesen. Aus dem Umstand, dass die konkrete Summe sich nicht alleine aus der Klageschrift, sondern erst aus den konkret in Bezug genommenen Anlagen ergebe, folge nicht die Unzulässigkeit der Klage. Der Berufung der Beklagten tritt die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags entgegen. Insbesondere vertritt sie die Ansicht, die Beklagte habe als vertragliche Hauptpflicht eine Planung, Vergabe und Bauüberwachung geschuldet, die die Vorgaben aus den Förderrichtlinie und dem Zuwendungsbescheid beachtete und umsetzte. Eine konkludente Abnahme sei nicht durch die Zahlung der Schlussrechnungen erfolgt, da dann der von der Klägerin zum Ausdruck gebrachte Wille auch die Anerkennung der Leistungen im Hinblick auf den Förderantrag nach dem GVFG hätte umfassen müssen. Das Zuwendungsverfahren sei aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen gewesen, da der Abrechnungsbescheid – wie unstreitig – erst am 18.06.2001 ergangen sei. Die Interessenlage des Auftraggebers gehe dahin, vor einer Prüfung durch das RPA keine	101

Erklärung abzugeben, die dem Ergebnis dieser Prüfung vorgehe. Mit Blick auf die anfängliche Rückforderungsempfehlung des RPA sei das Ergebnis der Verhandlungen mit der Bezirksregierung – die erhebliche Reduzierung der Rückforderungen – das Optimum dessen, was überhaupt erreichbar gewesen sei.

Hinsichtlich der Anschlussberufung wiederholen und vertiefen die Beklagte und der Streithelfer ihr erstinstanzliches Vorbringen betreffend die Subsidiarität der Haftung der Beklagten im Verhältnis zu der Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen gegenüber der D..., dem Bestreiten der Geltung der vertraglichen Nachlässe auch für nicht unter § 2 Nr. 6 VOB/B fallende Zusatzleistungen und die Berufung auf ein „dauerhaftes“ Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 255, 273 BGB, weil der an sie, die Beklagte abzutretende Rückzahlungsanspruch der Klägerin gegen die D... nach deren Erlöschen „ersatzlos weggefallen“ sei. Hinsichtlich des von der Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz bezifferten Zinsschadens fehle es an einer wirksamen Klageerhebung. 102

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die in dieser Instanz zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 103

II. 104

Es gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, Art 229 § 5 EGBGB. Ferner wird Bezug genommen auf die HOAI 1991 sowie die VOB/A und VOB/B 1992. 105

Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Anspruch gemäß § 635 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, da Pflichtverletzungen der Beklagten bei Erfüllung der Ingenieurverträge teilweise ursächlich für die Rückforderung von Zuwendungen geworden sind, die der Klägerin für ihre Baumaßnahme - Neubau eines Omnibusbetriebshofs in A... – vom Land Nordrhein Westfalen aufgrund des Zuwendungsbescheids des Landschaftsverbands B... vom 2.12.1991, der dazu ergangenen Änderungsbescheide und des Abrechnungsbescheids der Bezirksregierung Arnsberg vom 18.6.2001 gewährt wurden. 106

1. 107

Berufung der Beklagten 108

Die zulässige Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg. 109

1.1 110

Soweit die Zuwendungen infolge von Pflichtverletzungen der Beklagten bei Erfüllung des Ingenieurvertrags vom 4./12.12.1991 über Planungsleistungen der Stufen 3 und 4 (Bauantrag und Bauvorbereitung), insbesondere die angeblichen Verstöße gegen die VOB/A bei Ausschreibung und Mitwirkung bei der Vergabe des Loses „Straßenbau Betriebshof“ (Prüfungsmitteilung 2.25 und Prüfungsmitteilung 2.61) zurückzugewähren waren, sind etwaige Schadensersatzansprüche der Klägerin verjährt. 111

Die Verjährung der wegen Mangelhaftigkeit der bis zum Abschluss der Leistungsphase 7 (also einschließlich Ausschreibung und Mitwirkung bei der Vergabe) erbrachten Leistungen richtet sich nach § 638 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung. Die hier maßgebliche fünfjährige Verjährungsfrist begann mit der in der Zahlung der Schlussrechnung vom 3.3.1995 liegenden Abnahme Ende März 1995, spätestens aber nach Ablauf einer weiteren Prüfungsfrist von 6 Monaten Ende September 1995 und lief Ende März oder Ende 112

September 2000 ab.

Eine Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, d.h. durch schlüssiges Verhalten des Auftraggebers, erklärt werden. Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Auftragnehmer gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt. Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Auftragnehmer gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 26/12 –, Rn. 15, juris, m.w.Nachw.). 113

a) 114

Die konkludente Abnahme der Leistungen der Beklagten bis Leistungsphase 7 erfolgte nicht erst mit Zahlung der Schlussrechnung vom 21.3.2001 betreffend den letzten zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 5.1./8.1.1993 über die Leistungsphase 8 (5. Leistungsstufe) nach deren Abschluss. Den von der Beklagten erbrachten Leistungen lag kein einheitlicher Vertrag zugrunde. Die Klägerin hat die Beklagte für die einzelnen Leistungsstufen in selbstständigen Verträgen beauftragt. Dass die Verträge betreffend die späteren Leistungsphasen auf die Ergebnisse der früheren Leistungsphasen Bezug nehmen, führt nicht zu einer Einheitlichkeit des Vertrags. Denn die Klägerin und die Beklagte waren nach Abschluss der einzelnen Leistungsstufen jeweils vollständig frei darin, ob sie einen Folgevertrag für die nächsten Leistungsstufen abschlossen. Weder war eine Verpflichtung der Klägerin zur Weiterbeauftragung vereinbart, noch wurde ihr die Option eingeräumt, einseitig zu entscheiden, ob sie den Vertrag mit der Beklagten fortsetzen wollte und bis zu welcher Stufe. Die Klägerin war nicht an die Beklagte gebunden, sondern hätte nach Vorplanung, Planung und Mitwirkung bei der Vergabe für die Leistungsphase 8 (Bauüberwachung) einen anderen Bauingenieur/Architekten als Bauleiter beauftragen können. Dementsprechend hat die Beklagte, nachdem sie die Leistungen der in den einzelnen Verträgen vereinbarten Leistungsstufen (im Wesentlichen) fertiggestellt hatte, auch jeweils eine „Schlussrechnung“ erstellt, welche die Klägerin jeweils zeitnah vorbehaltlos gezahlt hat, u.z. bis einschließlich Leistungsphase 7 (3. und 4. Leistungsstufe) die Schlussrechnung vom 3.3.1995 (Anlage B 8) betreffend die Leistungen aus dem Ingenieurvertrag vom 4./12.12.1991 und den Auftrag vom 6.5./11.5.1992 am 24.3.1995. Damit hat sie die den Gegenstand der Schlussrechnungen bildenden Leistungen der Beklagten als im Wesentlichen vertragsgerecht gebilligt und damit abgenommen. Dies gilt für die Leistungen des 3., im Dezember 1991 geschlossenen Vertrags jedenfalls innerhalb von 6 Monaten nach Zahlung der Schlussrechnung, da Ende März 1995 die wesentlichen Teile des Betriebshofs und des Betriebsdienstgebäudes in Betrieb genommen worden waren und damit (auch) die Ausführungsplanung abgeschlossen war, so dass die Beklagte jedenfalls nach Zahlung ihrer Schlussrechnung und Ablauf einer weiteren Prüfungsfrist von 6 Monaten (vgl. BGH, Urteil vom 26.9.2013, VII ZR 220/12- juris) ohne Rüge von Mängeln zu Recht von einer Abnahme der aufgrund des 3. Vertrags über die 3. Und 4. Leistungsstufe geschuldeten Leistungen ausgehen durfte. 115

b) 116

Für die Annahme, dass die Parteien die Abnahme einvernehmlich bis zum (zunächst) endgültigen Abrechnungsbescheid, welche die Bezirksregierung aufgrund des Verwendungsnachweises der Klägerin unter dem 18.6.2001 erließ, oder gar bis zum Abschluss der Prüfung durch das staatliche Rechnungsprüfungsamt hinausgeschoben haben, besteht kein Anhaltspunkt. Die Beklagte hatte im Zeitpunkt der Erteilung der 117

Schlussrechnungen die Leistungen aus den jeweils abgerechneten Verträgen vollständig erbracht, auch soweit es ihre vertraglich geschuldete Beteiligung am Zuwendungsverfahren betraf. Soweit sie mit der unterschriftsreifen Erstellung der Zuwendungsanträge (zuletzt im Rahmen des „Finanzierungsänderungsantrags“) beauftragt war, waren ihre Leistungen jedenfalls zunächst „erfolgreich“, da die Zuwendungsanträge, an denen sie mitgewirkt hat (Erstantrag vom 12.08.1991 und Änderungsantrag vom 7.08.1992) positiv beschieden wurden (vgl. S. 3 der Stellungnahme der C... vom 28.03.2003, Anlage B 1). Ob und wann das Rechnungsprüfungsamt nach endgültigem Abschluss und Abrechnung des Bauvorhabens in eine (erneute) Prüfung der Zuwendungsfähigkeit eintreten würde, war offen. Nach dem insoweit unstreitig gebliebenen erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten wurde nach der damaligen Verwaltungspraxis die Zuwendungsfähigkeit durch das staatliche Rechnungsprüfungsamt bei vergleichbaren Bauvorhaben häufig gar nicht mehr geprüft. Die Einleitung eines solchen Prüfungsverfahrens stand im Ermessen des Rechnungsprüfungsamts. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass die Parteien eine endgültige Abnahme der von der Beklagten erbrachten Leistungen bis zu einer nur eventuellen Prüfung der von dem Zuwendungsgeber bereits bejahten Zuwendungsfähigkeit hinausschieben wollten. Aufgrund des von den Parteien vorgelegten Vertragswerks kann dies auch nicht mit der Begründung angenommen werden, die Beklagte habe für die „dauernde Zuwendungsfähigkeit“ der im Rahmen der Baumaßnahme aufgewendeten Mittel im Sinne eines werkvertraglichen Erfolgs ihrer Ingenieur- und Architektenleistungen schlechthin einzustehen. Die Vereinbarung eines derartigen Erfolgs kann nicht in der Verpflichtung der Beklagten zur „unterschriftsreifen“ Erstellung der Förderanträge und der Änderungsanträge gesehen werden. Zwar hatte sich die Beklagte in diesem Zusammenhang mit den Förderrichtlinien und den haushaltsrechtlichen Vorgaben zu befassen und diese auch nach der ersten Bewilligung der Zuwendungen bei der weiteren Planung, Mitwirkung bei der Vergabe und Bauüberwachung sowie der Rechnungsprüfung zu berücksichtigen. Eine Einstandspflicht dafür, dass schlechthin alle von ihr geplanten und überwachten Baumaßnahmen zuwendungsfähig waren, mit anderen Worten die Übernahme einer „Garantie“, dass die maßgeblich auch von dem Ermessen der beteiligten Behörden geprägten Entscheidungen im Zuwendungs- und Prüfungsverfahren zu einer endgültigen Gewährung aller beantragten Zuwendungen für die Baumaßnahme führen würden, hat die Beklagte aber nach dem Inhalt der abgeschlossenen Verträge nicht übernommen. Dies lässt sich aus ihrer Mitwirkung bei der Erstellung der Förderanträge nicht herleiten. Dagegen spricht auch, dass sie an der Erstellung des Verwendungsnachweises, der Grundlage für die – vorbehaltlich einer Prüfung – zunächst endgültige Festsetzung der Zuwendungen nach der abgeschlossenen Baumaßnahme mit dem ersten Abrechnungsbescheid der Bezirksregierung Arnsberg vom 18.6.2001 war, unstreitig nicht beteiligt war. Wie sich aus den als Anlage K 5 von der Klägerin vorgelegten Prüfungsfeststellungen des RPA ergibt, hatte die Klägerin in diesen Verwendungsnachweis zudem auch Kosten eingestellt, die bereits im Bewilligungsverfahren von der Förderung ausgeschlossen waren, weil sie zum Erwerb und der Bebauung nicht zuwendungsfähiger Flächen verwendet worden waren, so etwa die Grunderwerbsausgaben für PKW-Parkplätze und Baukosten, die auf nicht zuwendungsfähige Flächen oder nicht zuwendungsfähige Gebäudeteile entfielen. Dass die Klägerin, obwohl sie bereits (spätestens) aufgrund des ersten Zuwendungsbescheids vom 2.12.1991 wusste, dass bestimmte Flächen des geplanten Betriebshofs - insbesondere die PKW-Stellplätze und Teile des Betriebsdienstgebäudes - nicht förderungsfähig waren, an ihrem Bauvorhaben festhielt und dieses durch die Beklagte (weiter-)planen und ausführen ließ, zeigt, dass die vollständige Zuwendungsfähigkeit aller im Rahmen der Planung der Beklagten verursachten Ausgaben nach der Vorstellung der Parteien nicht zu dem von der Beklagten geschuldeten Leistungserfolg gehörte. Anderenfalls wäre auch nicht zu erklären, dass die Beklagte nicht bis zum (vorläufigen) Abschluss des Zuwendungsverfahrens durch Erstellung des

Verwendungsnachweises zur Vorlage bei der Zuwendungsgeberin hieran beteiligt war. Daher ist in der vorbehaltlosen Bezahlung der Schlussrechnungen nach Erbringung der Leistungen, die aufgrund der in den Einzelverträgen vereinbarten Leistungsstufen geschuldet waren, spätestens nach Ablauf eines weiteren Prüfungszeitraums von 6 Monaten eine konkludente Billigung dieser Leistungen als im Wesentlichen vertragsgerecht zu sehen.

c) 118

Die Abnahme der in den Leistungsphasen 1 bis 7 erbrachten Leistungen der Beklagten war auch nicht deshalb bis zum Abschluss der Leistungsphase 8 „hinausgeschoben“, weil die Beklagte aufgrund des im Dezember 1991 geschlossenen 3. Ingenieurvertrags möglicherweise ein Fortschreiben der Ausführungsplanung während der Objektausführung schuldete. Selbst wenn die Beklagte aufgrund einer etwaigen Verpflichtung zur Fortschreibung der Ausführungspläne nach Aufnahme der Bauarbeiten und Beginn der Leistungsphase 8 weitere Ausführungspläne erstellt haben sollte, waren diese Leistungen bei Zahlung der Schlussrechnung bereits vollständig erbracht, da die Gebäude und Freiflächen des Betriebshofs unstreitig im März 1995 weitgehend fertiggestellt und zumindest überwiegend in Betrieb genommen worden waren. Selbst wenn noch einzelne Restarbeiten fehlten, wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 30.10.2014 behauptet – bei den von durch Vorlage der Anlagen K 113, K 116, und K 117 in Bezug genommenen Leistungen handelt es sich allerdings offenbar lediglich um während der Bauausführung zusätzlich in Auftrag gegebene Leistungen, deren Planung keine Fortschreibung der ursprünglich aufgrund des Vertrags vom 12.12./4.12.1991 in Leistungsphase 5 zu erbringenden Ausführungsplanung war –, steht dies einer konkludenten Abnahme nicht entgegen. Zwar kann eine konkludente Abnahme im Regelfall nur angenommen werden, wenn alle vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht sind. Die Vollendung des Werks ist jedoch nicht ausnahmslos Voraussetzung für eine konkludente Abnahme, da es stets maßgeblich darauf ankommt, ob nach den gesamten Umständen das Verhalten des Auftraggebers vom Auftragnehmer dahin verstanden werden kann, er billige die erbrachte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht. Das kann auch dann der Fall sein, wenn die Leistung Mängel hat oder noch nicht vollständig fertig gestellt ist (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 – VII ZR 26/12 –, Rn. 18, juris). Hier sind die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen, dass nach Inbetriebnahme des Betriebshofs Ende November 1994 und Inbetriebnahme des Betriebsdienstgebäudes Ende März 1995 alle Leistungen der Beklagten betreffend die Leistungsphasen 1 bis 7 vollständig abgeschlossen waren. Dafür spricht auch, dass die Klägerin bereits Anfang Mai 1995 eine Einweihungsfeier mit einem Tag der offenen Tür veranstaltete. Die vorbehaltlose Zahlung der Schlussrechnung über die im Dezember 1991 in Auftrag gegebene Leistungen war unter diesen Umständen als konkludente Abnahme der in dieser Leistungsstufe erbrachten Leistungen zu sehen, auch wenn einzelne während der Leistungsphase 8 nachträglich in Auftrag gegebene Bauarbeiten noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen sein sollten.

d) 120

Dass die Parteien sich im Rahmen des Abschlusses des letzten Vertrags vom 5./8.1.1993 darüber geeinigt hätten, die Ausführungsplanung nicht „en bloc“ vor Baubeginn zu erstellen, sondern „sukzessive und parallel“ zum Baufortschritt, wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 30.04.2014 unter Bezugnahme auf eine Kommentierung angedeutet hat, hat sie nach dem Bestreiten der Beklagten nicht konkret behauptet. Auch wenn die Ausführungsplanung noch nach Abschluss des letzten Vertrags im Januar 1993 fortgeführt wurde, bedeutet dies nicht, dass die Parteien bei Abschluss dieses Vertrags übereingekommen sind, dass die

(weitere) Ausführungsplanung nunmehr im Rahmen der Erfüllung des letzten Vertrags erbracht werden sollte und deshalb die Leistungen aus dem Vertrag vom 4./12.12.1991 (bis Leistungsphase 7) erst nach Abschluss der Leistungsphase 8 vollständig abgeschlossen sein sollten. Dafür, dass die Parteien bei Abschluss des letzten Vertrags die nach dem vorausgehenden Vertrag geschuldeten Leistungen gewissermaßen in die letzte Leistungsstufe „übertragen“ wollten, findet sich kein Anhaltspunkt in der Vertragsurkunde und ist auch sonst nichts ersichtlich. Hätte die Klägerin dies so verstanden, wäre nicht verständlich, warum sie die ausdrücklich als „Schlussrechnung“ bezeichnete Rechnung der Beklagten nach Erbringung der Leistungen aus dem Vertrag vom 4./12.12.1991 einschließlich der Ausführungsplanung Ende März 1995 beglichen und damit zum Ausdruck gebracht hat, sie billige die Leistungen aus diesem Vertragsverhältnis als im wesentlichen vertragsgemäß.

e)

122

Es gilt die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. und nicht die dreißigjährige Regelverjährungsfrist für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Die hinsichtlich der Leistungsphasen 1 bis 7 geltend gemachten Schadensersatzansprüche (Prüfungsmitteilung 2.25 und 2.6.1) beziehen sich auf Hauptleistungspflichten der Beklagten (Planung der Bepflanzung auf nicht zuwendungsfähigen Parkflächen und Fehler bei der Ausschreibung – unzureichende Massenermittlung – und Mitwirkung bei der Vergabe – Nichterkennen von Spekulationsangeboten, unzutreffende Bewertung von Eventualpositionen – wie ja auch die Zuwendungsfähigkeit der geplanten, ausgeschriebenen und vergebenen Leistungen nach dem eigenen Vortrag der Klägerin im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung Hauptleistungspflicht der Beklagten sein sollte -, so dass nicht die Regelverjährung von 30 Jahren für Ansprüche aus pVV gilt, sondern die kurze Verjährungsfrist von 5 Jahren gemäß § 638 BGB a.F. Arglist, bei der auch die dreißigjährige Verjährungsfrist gelten würde, wird nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich.

123

Damit sind die im Zusammenhang mit Planungs- und Vergabebefehlern geltend gemachten Ansprüche der Klägerin verjährt. Denn die im Rahmen der Prüfungsmitteilung 2.25 der Klägerin (und von dieser der Beklagten) vorgeworfene Pflichtverletzung betraf nicht, wie das Landgericht meint, „nicht aufklärbare Massenmehrungen, Massenverschiebungen, Positionsänderungen“ und – insoweit - auch nicht Dokumentationsfehler im Rahmen der Bauüberwachung, sondern ausschließlich Leistungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Ausschreibung (unzureichende Massenermittlung, deshalb keine vollständige Leistungsbeschreibung) und Vergabe (Nichterkennen von Spekulationsangeboten und unzutreffende Wertung der Angebote im Rahmen der empfohlenen Vergabeentscheidung). Dokumentationsmängel im Rahmen der Bauüberwachung waren ausweislich der Prüfungsmitteilung 2.25 und 2.6.1 nicht Grundlage für die Rückforderung der Zuwendungen; diese beruhte vielmehr auf einer angeblich nicht VOB/A-konformen Ausschreibung und Vergabe (2.25) bzw. der Planung der Bepflanzung auf nicht zuwendungsfähigen Flächen des Betriebshofs, nämlich den Mitarbeiterparkplätzen (2.6.1). Ausweislich der Stellungnahme des Rechnungsprüfungsamts (Prüfungsmitteilung 2.25, Seite 32 ff. der Anlage K 5) waren ausschließlich Verstöße gegen die VOB/A im Rahmen der Ausschreibung und Mitwirkung bei der Vergabe Grund für die Rückforderung der Zuwendung in Höhe von 484.959 DM (Verstoß gegen die Bestimmungen zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung und der dazugehörigen Massenermittlungen, Risiko der Beauftragung von Spekulationsangeboten, fehlende Aufklärung des Angebotsinhalts gemäß § 24 VOB/A, Wertung der Eventual- Positionen 3.1.140 und 3.1.150) . Die Mengenveränderungen zwischen Ausschreibung und Abrechnung werden nur als Indiz für eine fehlerhafte Ausschreibung angeführt. Es geht bei dieser Position daher nicht um

124

Rechnungsprüfungsfehler oder eine unterlassene Dokumentation im Rahmen der Bauüberwachung.

Auch soweit die Beklagte die Bepflanzung der Mitarbeiterparkplätze bis Leistungsphase 7 geplant hat, sind etwaige Ansprüche der Klägerin verjährt. Die Klägerin hat auch insoweit nicht dargetan, dass während der Bauüberwachung (Leistungsphase 8) Pflichten verletzt wurde, die für die Rückforderung der gewährten Zuwendungen ursächlich geworden sind. Dies wird insbesondere nicht durch das als Anlage K 115 vorgelegten Schreiben des Landschaftsarchitekten Normann vom 6.11.1996 belegt. Die Klägerin hat nicht konkret dargetan, dass sich der mit diesem Schreiben übersandte „Pflanzplan für den Bereich des unterirdischen Regenrückhaltebeckens“ um eine ursprünglich aufgrund des im Dezember 1991 geschlossenen geschuldete (Ausführungs-)Planung handelte. Dass das „Regenrückhaltebecken“ zu den von der Beklagten zu planenden Gewerken gehörte, ergibt sich aus den vorgelegten Vertragsunterlagen nicht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Dass die Bepflanzung im Bereich des „Regenrückhaltebeckens“ überhaupt zu der ursprünglich von der Beklagten zu planenden Bepflanzung des Betriebshofgeländes und dessen Zufahrt gehörte, hat die Klägerin ebenfalls nicht konkret vorgetragen. Dagegen spricht, dass sich unstreitig erst aufgrund einer Umplanung während der Bauausführung die Notwendigkeit herausstellte, ein „Auslaufbauwerk zum Regenrückhaltebecken“ zu erstellen (vgl. Seite 46 der Stellungnahme der C... vom 28.3.2003, Anlage B 1). Ein Pflanzplan für diesen Bereich dürfte daher erst nach der Fertigstellung dieses Bauwerks, das nicht von der ursprünglichen Planung der Beklagten aufgrund des Vertrags vom 4./12.12.1991 umfasst war, möglich gewesen sein.

125

Im Übrigen lässt sich im Planungsstadium (bis Leistungsphase 7) eine Pflichtverletzung der Beklagten betreffend die Planung der Bepflanzung von nicht zuwendungsfähigen Flächen nicht feststellen. Der Klägerin war spätestens seit Erlass des ersten Zuwendungsbescheids im Jahr 1991 bekannt, dass Mitarbeiterparkplätze nicht zu den zuwendungsfähigen Flächen gehören. Sie hat dennoch uneingeschränkt an dem Bauvorhaben einschließlich der Schaffung von Mitarbeiterparkplätzen festgehalten und hätte daher, wie aus den Prüfungsmitteilungen des Rechnungsprüfungsamts hervorgeht, nicht nur die Kosten der Bepflanzung, sondern auch die auf die entsprechenden Flächen entfallenden Grunderwerbskosten sowie die sonstigen Bau- und Ausstattungskosten in ihrem Verwendungsnachweis von vornherein nicht in Ansatz bringen dürfen (vgl. Prüfungsmitteilungen 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.6.2, 2.11 und 2.24). Wie sich aus der Prüfungsmitteilung 2.2 ergibt, hat die Klägerin ausweislich ihres Bauantrags vom 25.4.2000, die Parkflächen nachträglich sogar erweitert. Das Festhalten der Klägerin an ihrem Vorhaben, ungeachtet der ihr bekannten fehlenden Zuwendungsfähigkeit auf dem Betriebshofgelände in nicht unerheblichem Umfang Mitarbeiterparkplätze zu errichten, und die damit zusammenhängenden Kosten selbst zu tragen, stellt deshalb eine bewusste Entscheidung des Bauherrn dar, an welche die Beklagte als Planerin gebunden war. Die Klägerin hat auch nicht hinreichend konkret dargelegt, dass die Beklagte über die nach Bebauungsplan, landschaftspflegerischem Begleitplan und Baugenehmigung erforderliche Bepflanzung hinaus eine nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Klägerin hinausgehende Bepflanzung auf den nicht zuwendungsfähigen Flächen geplant hat. Hierzu hätte ein substantiierter Vortrag dazu gehört, auf welchen anderen Flächen des Betriebshofgeländes die unstreitig notwendige Bepflanzung hätte verwirklicht werden können.

126

f)

127

128

Die Verjährung wegen etwaiger Pflichtverletzungen im Rahmen der bis zur Leistungsphase 7 erbrachten Leistungen der Beklagten ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Sekundärhaftung eines Architekten auf den Eintritt der Verjährung nicht berufen könnte. Nach den Grundsätzen der Sekundärhaftung obliegt dem umfassend beauftragten Architekten im Rahmen seiner Betreuungsaufgabe nicht nur die Wahrnehmung der Auftraggeberrechte gegenüber den Bauunternehmen, sondern auch und zunächst die objektive Klärung der Mängelursachen, selbst wenn zu diesen eigene Planungs- und Aufsichtsfehler gehören. Eine Vertragsverletzung durch pflichtwidrige Unterlassung jeglicher Untersuchung und Beratung, mit der der Architekt möglicherweise die Verjährung der gegen ihn selbst bestehenden Ansprüche herbeiführt, begründet einen weiteren Schadensersatzanspruch dahin, dass die Verjährung der gegen ihn gerichteten Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche als nicht eingetreten gilt (vgl. z.B. BGH Urteil vom 23.07.2009 – VII ZR 134/08 – juris).

Die Klägerin hat aber nicht vorgetragen, und es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die Beklagte vor Eintritt der Verjährung (spätestens Ende September 2000) die hier fraglichen Pflichtverletzungen im Rahmen der Ausschreibung und Mitwirkung bei der Vergabe der ursprünglich geplanten Gewerke erkannt hat oder bei pflichtgemäßer Untersuchung hätte erkennen müssen und es pflichtwidrig unterlassen hat, die Klägerin hierüber aufzuklären. Der Verwendungsnachweis, der von der Klägerin ohne Mitwirkung der Beklagten unter dem 20.11.2000 erstellt wurde, und der möglicherweise der Beklagten hätte Anlass geben können, ihre bis zur Leistungsphase 7 erbrachten Planungsleistungen nach Maßgabe der Förderrichtlinien auf die Einhaltung der Vorschriften der VOB/A zu überprüfen, gehörte nicht zu den der Beklagten übertragenen Aufgaben im Rahmen des Zuwendungsverfahrens. Als die Klägerin die Beklagte zur Vorbereitung der Stellungnahme zu den Prüfungsmitteilungen des Rechnungsprüfungsamts heranzog, war die Verjährung bereits eingetreten. 129

1.2 130

Nicht verjährt sind hingegen Ansprüche wegen Pflichtverletzungen im Rahmen der Leistungsphase 8 (Bauleitung und Rechnungsprüfung) sowie Pflichtverletzungen bei der Vergabe von Zusatzaufträgen während der Ausführungsphase. 131

Die Vereinbarung vom 6./10.3.1998 (Anlage B 12) stellt keine konkludente Abnahme der während der Leistungsphase 8 erbrachten Leistungen dar. Sie betrifft lediglich die Art und Weise der Abrechnung der Leistungen, nämlich die Frage, ob diese nach dem bis zum 1.4.1998 geltenden Mehrwertsteuersatz von 15 % abgerechnet werden sollten. Darin kann keine Billigung der von der Beklagten im Rahmen der Leistungsphase 8 erbrachten Leistungen als im Wesentlichen vertragsgemäß gesehen werden, auch wenn zu diesem Zeitpunkt keine wesentlichen Leistungen mehr ausgestanden haben sollten (was allerdings zu bezweifeln ist, da im März 1998 noch nicht einmal die von der Beklagten im Rahmen der Leistungsphase 8 zu prüfenden Schlussrechnungen der bauausführenden Unternehmen vollständig vorlagen, so ist die Schlussrechnung der D... betreffend das Los Straßenbau Betriebshof auf den 21.8.1998 datiert, und die eigene Schlussrechnung der Beklagten betreffend die Leistungsphase 8 stammt vom 21.3.2001) . Bereits dem Wortlaut der Vereinbarung, in der lediglich von einer vollständigen Leistungserbringung die Rede ist, ist keine Billigung als im Wesentlichen vertragsgerecht zu entnehmen. Zudem wäre nicht verständlich, warum die Beklagte die Leistungen der Leistungsphase 8 erst mit Schlussrechnung vom 21.3.2001 abgerechnet hat, wenn sie von einer Abnahme ihrer Leistungen bereits aufgrund der im März 1998 getroffenen Vereinbarungen ausgegangen wäre. Erst in der vorbehaltlosen Begleichung dieser Rechnung durch die Klägerin am 132

19.4.2001 liegt die konkludente Abnahme, so dass am 15.12.2004, als die Beklagte der Klägerin bestätigte, in Verhandlungen über die Schadensersatzforderungen zu stehen (mit der Folge einer Hemmung der Verjährungsfrist), noch keine Verjährung eingetreten war. Mit Schreiben vom 28.11.2005 hat die Beklagte erklärt, sie werde bis zum 30.6.2006 die Einrede der Verjährung nicht erheben, soweit diese Ansprüche nicht am 15.12.2004 bereits verjährt gewesen seien. Durch die Klageerhebung im Jahr 2006 ist die Verjährung hinsichtlich der Pflichtverletzungen im Rahmen der Leistungsphase 8 daher rechtzeitig gehemmt worden.

a) Prüfungsmitteilung 2.27.2 und 2.27.3 – Vergabe Schallschutzwand und Auslaufbauwerk 133

Die insoweit geltend gemachten Schadensersatzansprüche sind nicht verjährt. Zwar rügt die Klägerin insoweit auch einen Vergabefehler. Unstreitig steht aber keine Pflichtverletzung bei der Erstellung der ursprünglichen Leistungsbeschreibung und der Vergabeentscheidung betreffend die Hauptaufträge in Frage. Vielmehr handelt es sich um Zusatzaufträge, deren Notwendigkeit sich erst während der Bauausführung herausstellte und welche die Beklagte freihändig an die bereits auf der Baustelle tätigen Unternehmer vergab. Daher ist die Leistungsphase 8 betroffen. 134

Die Beklagte war verpflichtet, bei der Beauftragung von Zusatzleistungen, die nicht Bestandteil der Hauptverträge waren, vergaberechtliche Bestimmungen zu beachten, da sie wusste, dass das Bauvorhaben nach dem GVFG gefördert wurde und Verstöße gegen die Vergabevorschriften der VOB/A die Zuwendungsfähigkeit der aufgrund der freihändig vergebenen Zusatzaufträge gezahlten Vergütung in Frage stellen konnte. Bereits das entsprechende Risiko eines Ausschlusses von der Förderung hatte die Beklagte zu berücksichtigen, da die Frage, ob ein „schwerer Verstoß“ gegen die VOB/A, der nach dem entsprechenden Ministererlass in der Regel zu einer Rückforderung der Zuwendungen führte, vorlag, von einer nicht zuverlässig vorausszusehenden wertenden Beurteilung der Zuwendungsgeberin bzw. des Rechnungsprüfungsamts abhing und zudem ein Ermessensspielraum der zuständigen Behörden bestand. 135

Die Beklagte musste daher berücksichtigen, dass, wenn sie wie hier der Bauherrin abweichend von der VOB/A eine freihändige Vergabe von zusätzlichen Leistungen (nicht Nachtragsleistungen im Sinne des § 2 Nr. 6 VOB/B) empfahl, besondere Anforderungen an die Rechtfertigung dieser Ausnahmeregelung bestanden, um das Risiko eines Ausschlusses der freihändig vergebenen Gewerke von der Förderung auszuschließen. 136

Gemäß § 3 Nr. 4 VOB/A (1992) ist die freihändige Vergabe zulässig, wenn die Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung unzweckmäßig ist, besonders 137

(c) weil sich eine kleine Leistung von einer vergebenen größeren Leistung nicht ohne Nachteil trennen lässt, 138

(d) weil die Leistung besonders dringlich ist. 139

Dass diese Voraussetzungen hier vorlagen, hat die Beklagte nicht in einem Bautagebuch oder einem Vergabevermerk für die Zuwendungsgeberin bzw. das Rechnungsprüfungsamt nachvollziehbar dokumentiert. Gemäß § 30 VOB/A 1992 ist über die Vergabe ein Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält. Der Beklagte hätte deshalb im Zusammenhang mit der gegenüber der Klägerin ausgesprochenen Empfehlung, die beiden Gewerke an ein bereits auf der Baustelle tätiges Unternehmen zu vergeben, dafür Sorge tragen müssen, dass die Klägerin gegenüber der Zuwendungsgeberin nachweisen kann, 140

warum „sich eine kleine Leistung von einer vergebenen größeren Leistung nicht ohne Nachteil trennen lässt“ oder die Ausführung besonders dringlich ist und es deshalb gerechtfertigt ist, für die zusätzliche Leistung, die nicht zum Leistungsumfang des Hauptvertrages gehörte, auf eine – zumindest beschränkte - Ausschreibung zu verzichten und dem bereits beauftragten Unternehmer einen Zusatzauftrag zu erteilen. Dass die Erteilung eines Zusatzauftrags für die Schallschutzwand (nicht einer Nachtragsleistung im Sinne der §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B) im Wege der freihändigen Vergabe mit dem H... oder dem Landschaftsverband B... abgestimmt war, hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Sie hat lediglich auf die Stellungnahme der C... vom 28.3.2003 verwiesen, wonach die Schallschutzmaßnahmen über „Nachträge“ abgewickelt werden könnten. Nach ihrem erstinstanzlichen Vortrag war sie selbst aber nicht an den entsprechenden Gesprächen beteiligt. Wenn sie daher eine freihändige Vergabe von nicht unter § 2 Nr. 6 VOB/B fallenden Zusatzleistungen vorschlug, hätte sie eine Einhaltung der Voraussetzungen des § 3 VOB/A sicherstellen und dies dokumentieren müssen.

Unabhängig davon, ob die Errichtung der Schallschutzwand, deren Notwendigkeit sich 141
unstreitig während der Ausbauphase aufgrund einer Auflage der Berufsgenossenschaft ergab, wegen eines einzuhaltenden Umzugstermins besonders dringlich war und die Beauftragung eines anderen Unternehmens zudem unwirtschaftlich gewesen wäre, weil dann auch Kosten für die Baustelleneinrichtung angefallen wären, haftet die Beklagte für den durch Rückforderung der Zuwendung entstandenen Schaden, weil sie entgegen ihrer Verpflichtung weder in einem Vergabevermerk noch in dem von ihr zu führenden Bautagebuch beweiskräftig dokumentiert hat, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gemäß § 3 VOB/A erfüllt waren. Sie musste damit rechnen, dass die Zuwendungsgeberin bei Prüfung des Verwendungsnachweises oder das Rechnungsprüfungsamt bei einer eventuellen späteren Überprüfung der Zuwendungsfähigkeit im Hinblick auf die ihr wegen ihrer Einbindung in das Förderungsverfahren im Rahmen der Antragstellung und jedenfalls des 1. Änderungsantrags bekannten Förderungsvoraussetzungen auch die Einhaltung der VOB/A überprüfen würden und ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften zu einem Ausschluss der Förderung führen konnte. Dementsprechend hätte sie dafür Sorge tragen müssen, dass der Klägerin nachträglich die Darlegung und der Nachweis der Voraussetzungen des § 3 VOB/A aufgrund einer aussagekräftigen Dokumentation ohne Weiteres möglich war.

Das gleiche gilt für die freihändige Vergabe des Auslaufbauwerks an den 142
Rohbauunternehmer. Im Hinblick auf die Rüge des Rechnungsprüfungsamts, dass die vereinbarten Einheitspreise um 90 % über denen vergleichbarer Hauptvertragsleistungen lagen, wäre hier im Rahmen der Dokumentation auch in besonderer Weise zu begründen gewesen, dass der vereinbarte Preis angemessen war und die freihändige Vergabe nicht bereits aufgrund von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen ausgeschlossen war.

Die fehlende Nachweisbarkeit der Voraussetzungen des § 3 VOB/A mangels einer 143
entsprechenden Dokumentation hat zu einer Rückforderung der Zuwendungen in **Höhe von 6.609,98 € (Prüfungsmitteilung 2.27.2) und 2.459,83 € (Prüfungsmitteilung 2.27.3)** geführt; diesen adäquat kausalen Schaden hat die Beklagte der Klägerin aufgrund ihrer Empfehlung, die beiden Gewerke freihändig an auf der Baustelle tätige Unternehmer zu vergeben, ohne pflichtgemäß die Nachweisbarkeit der Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe nach den Vorschriften der VOB/A durch eine entsprechende Dokumentation sicherzustellen, zu ersetzen.

b) Bauzeitverlängerung (Prüfungsmitteilung 2.31) 144

Im Rahmen der Leistungsphase 8 oblag der Beklagten das Überwachen der Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit der Baugenehmigung, den Ausführungsplänen und den Leistungsbeschreibungen mit den anerkannten Regeln der Baukunst bzw. Technik und den einschlägigen Vorschriften sowie das Koordinieren der an dem Baugeschehen fachlich Beteiligten. Sie war verpflichtet, die Arbeiten gezielt zu überwachen und zu koordinieren, um zu erreichen, dass das Bauwerk frei von Mängeln und wie geplant durchgeführt wird. In dieser Leistungsphase hatte sie auch einen Terminplan aufzustellen, fortzuschreiben und zu überwachen sowie den Bauablauf durch Führen eines Bautagebuchs zu dokumentieren. 145

Die Beklagte hat nicht konkret dargelegt und bewiesen, dass die Klägerin den Betrag von 127.013,63 DM, den sie ausweislich der Prüfungsmitteilung des Rechnungsprüfungsamts wegen Bauzeitverlängerung und damit wohl auf Grundlage des § 6 Nr. 6 VOB/B oder § 642 BGB als Schadensersatz an die I... gezahlt hat und der aufgrund der Feststellungen des Rechnungsprüfungsamts von der Förderung ausgeschlossen wurde, nicht auf Behinderungen wegen mangelhafter Koordinierung der verschiedenen Gewerke oder verspätet bereitgestellten bzw. unzureichenden Ausführungsplänen, sondern auf anderen Ursachen beruhte. Die Darlegungs- und Beweislast liegt schon deshalb bei der Beklagten, weil sie ausweislich der Stellungnahme der C... (Anl. B 1, Seite 50), an der sie mitgewirkt hat und die sie sich zu Eigen gemacht hat, als „Oberbauleitung des Auftraggebers unter Beiziehung der hinterlegten Urkalkulation den Aufwand nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) ermittelt und verhandelt“ hat. Die Beklagte hätte insoweit im Einzelnen während der Bauausführung oder zumindest im Rahmen der Nachtragsverhandlung im Einzelnen dokumentieren müssen, welche „Tatsachen“ einen Anspruch der I... wegen Bauzeitverlängerung begründen und in welchen Verantwortungsbereich diese fallen. Dabei handelt es sich entgegen der Darstellung der C... nicht um einen Anspruch nach „§ 2 VOB/B“. Ein solcher kann gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B als Ausgleich der Gemeinkosten wegen der Mindermengen begründet sein. Davon zu unterscheiden ist – wie es auch das Rechnungsprüfungsamt getan hat - der Anspruch der I... wegen Bauzeitverlängerung/ Behinderung, den sie gegenüber der Klägerin - über die Beklagte - (vergleiche Anlage 1 der Anlage K 85) unter Bezugnahme auf den „Schriftwechsel Behinderung/Bauzeitverlängerung“ mit Schreiben vom 23.8.1994 geltend gemacht hat. Inwieweit ein solcher Anspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B begründet sein kann, ohne dass dies von ihr als Bauleiterin zu verantworten ist, hätte die Beklagte, die den Anspruch nach Grund und Höhe ausgehandelt hat, im Einzelnen darlegen müssen. Die Beklagte hätte anhand des in dem Schreiben in Bezug genommenen Schriftwechsels erläutern müssen, worauf die Behinderungsanzeigen im Einzelnen gestützt waren und welche Ereignisse Ursache welcher Bauzeitverlängerung waren und aus welchem Grund der Arge deshalb der von ihr, der Beklagten, ausgehandelte Anspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B/ § 642 BGB zustand. 146

Die Witterungsbedingungen, auf welche die Beklagte rekurriert, können selbst dann, wenn es sich um außergewöhnliche Witterungsbedingungen handelt, mit denen nicht zu rechnen war, keinen Anspruch nach § 642 BGB begründen. Annahmeverzug scheidet aus, wenn der Schuldner infolge anderer Umstände als der fehlenden Mitwirkung des Bestellers nicht in der Lage ist, die Leistung zu erbringen. Das ist auch dann der Fall, wenn außergewöhnliche Witterungsverhältnisse die Fortsetzung der Arbeiten auf der Baustelle vorübergehend unmöglich machen (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 26.06.2013 – 11 U 36/12, juris, m.w.Nachw.). Unvorhergesehene Witterungsverhältnisse können, wie § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B zeigt, zwar zu einer Verlängerung der Bauzeit führen; ein Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 besteht jedoch nicht. Ebenso wenig besteht eine Obliegenheit des Auftraggebers, dem Auftragnehmer ein für die Bauausführung auskömmliches Wetter zur Verfügung zu stellen (OLG Brandenburg, a.a.O.). Dies kann aber im Ergebnis dahinstehen. Denn die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die I... ihre Forderung 147

überhaupt auf Behinderungen wegen außergewöhnlicher Witterungsverhältnisse gestützt hat. Auch die C.. hat in ihrer Stellungnahme vom 28.03.2003 (Anlage B 1), bei der sie von der Beklagten unterstützt wurde, nicht behauptet, sondern lediglich unbestimmt geltend gemacht, „witterungsbedingte Erschwernisse, Wartezeiten, Umbau- und Rüstzeiten“ (Seite 50 der Anlage B 1) seien zu berücksichtigen, die eine Bauzeitverlängerung um einen Monat rechtfertigten. „Für die Restarbeiten am Hochbau“ sei „nach den Rohbauinstallationen für Tanktechnik, Heizung, Sanitär und Elektro sowie der Ausbaugewerke aufgrund der verzögerten Fertigstellung ein Abschluss der Bauarbeiten erst 6,5 Monate nach dem ursprünglich terminierten Ende möglich“ gewesen. Wie es zu der „verzögerten Fertigstellung“ dieser Installationsarbeiten gekommen ist und ob die Beklagte hierbei nicht Koordinierungspflichten (§ 4 VOB/B) verletzt hat, ergibt sich aus der Stellungnahme der C... nicht, und hat die Beklagte auch im vorliegenden Rechtsstreit nicht konkret vorgetragen. Wie sich die auf Seite 49 der Anlage B 1 genannten „zusätzlichen Leistungen“ und die durch „Baugrund bedingten Verzögerungen“ konkret auf das Gewerk der Arge ausgewirkt haben, ist ebenfalls nicht konkret dargetan.

Die unterlassene Dokumentation der Ausführungsverzögerungen und die jeweilige Ursache hierfür sowie sonstiger Gründe für die an die Arge gezahlte Entschädigung hat die Abwehr des von der Beklagten verhandelten Anspruchs der Arge und in der Folge des Rückforderungsanspruchs der Zuwendungsgeberin vereitelt oder wesentlich erschwert. Der Architekt hat im Rahmen der Bauaufsicht ein Bautagebuch zu führen. Das Bautagebuch hat den Zweck, das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten. Diese Dokumentation kann insbesondere bei Störungen des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten von großer Bedeutung sein (vgl. BGH, Urt. v. 28. 7. 2011 ? VII ZR 65/10-juris). Anlass dafür, jegliche Verzögerung betreffend das Gewerk der Arge sorgfältig zu dokumentieren, bestand spätestens nach der ersten Behinderungsanzeige. Wenn andere Ursachen als eine unzureichende Koordinierung oder die verzögerte Lieferung von Ausführungsplänen oder deren Mangelhaftigkeit zu einer Verzögerung der Bausausführung geführt haben, hätte die Beklagte dies im Bautagebuch dokumentieren müssen, um einem auf die Behinderung gestützten Anspruch nach § 6 Abs. 6 oder § 642 BGB entgegenzutreten zu können. Ebenso hätte die verspätete Fertigstellung von Vorgewerken dokumentiert werden müssen, um dem Auftraggeber zu ermöglichen, den Vorunternehmer in Regress zu nehmen, wenn die Arge hieraus einen Anspruch nach § 642 BGB/§ 6 VOB/B herleiten konnte.

Der Schadensersatzanspruch betreffend **Prüfungsmitteilung 2.31.1 in Höhe von 64.941,23 €** ist deshalb begründet.

c) Prüfungsmitteilung 2.23 150

Die Klägerin rügt auch insoweit einen Bauüberwachungsfehler, weil die – wohl unstreitig von dem Bauunternehmen ausgeführte - Erstellung der 70 cm Schottertragschicht im Bereich der Gehwege (statt der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen 15 cm) nicht erforderlich gewesen sei. Tatsächlich hätte dem Bauunternehmen bei einer eigenmächtigen Änderung dieser Leistung ohne technische Notwendigkeit gemäß § 2 Nr. 8 VOB/B kein Vergütungsanspruch zugestanden. Die Beklagte und ihr Streithelfer haben behauptet, dass Straße nebst Gehweg in einen abschüssigen Geländebereich verschoben wurden, weil Bäume hätten erhalten werden sollen. In Richtung des Gehwegs sei das Gelände abgefallen, zudem sei der angetroffene Boden nicht standfest und nicht tragfähig gewesen. Bei der Anschüttung der Schottertragschicht für die Straße habe sich automatisch ein Schotter-„Kegel“ auf der für den Aufbau des Gehwegs vorgesehenen Fläche gebildet, so dass die Gehwegflächen mit einer

gleichstarken Schottertragschicht hätten ausgebaut werden müssen. In Ansehung der Hanglage habe das im Leistungsverzeichnis vorgesehene Kies-Sand-Gemisch nicht zum Einsatz kommen können.

Dem entsprechenden Beweisantritt des Streithelfers unter Vorlage ergänzender Unterlagen nach der erstinstanzlichen Anhörung des Sachverständigen ist auch in der Berufungsinstanz nicht mehr nachzugehen. Denn die Beklagte, die im Rahmen der Bauüberwachung auch sicherzustellen hatte, dass die Ausführung entsprechend dem Leistungsverzeichnis erfolgte, hätte bereits während der Überwachung dokumentieren müssen, ob und inwieweit aufgrund einer etwaigen Planänderung geänderte, d.h. von der Leistungsbeschreibung abweichende Leistungen erforderlich wurden. Dies ist hier weder im Rahmen der ursprünglichen Baudokumentation noch im Rahmen der Mitwirkung an der Stellungnahme der C... zu den Prüfungsmitteilungen des Rechnungsprüfungsamts geschehen, so dass die Notwendigkeit einer Leistungsänderung durch eine nachträgliche Planänderung der Zuwendungsgeberin nicht nachgewiesen und ihr Rückforderungsanspruch in Höhe von **9.510,03 €** nicht abgewehrt werden konnte. 152

d) Prüfungsmitteilungen 2.33 und 2.34 153

Das gleiche gilt für die Leistungsänderungen betreffend die Behandlung des Oberbodens wegen dessen Beschaffenheit. Zwar hat die Klägerin die Leistungsänderungen insoweit nicht bestritten. Unstreitig ist aber, dass geänderte Leistungen nach kostenträchtigen Eventualpositionen des Leistungsverzeichnisses abgerechnet wurden, die in der im Leistungsverzeichnis beschriebenen (sehr aufwendigen) Form nicht zur Ausführung gelangt sind. Als Eventualposition im Leistungsverzeichnis beschrieben war in dem K... unter 3.1.170 folgende Leistung: „1500 m³ durchnässte Bodenbereiche Dicke bis 30 cm durch Ausbau und Einbau von tragfähigem Material = Kies-Sand-Gemisch stabilisieren und verdichten (Bodenaustausch), vorhandenen Schlamm entfernen. Entnommene Materialien gehen in das Eigentum des Auftragnehmers über und sind zu beseitigen.“ Die Leistung hat die ausführende Unternehmerin zu einem Einheitspreis in Höhe von 33 DM/m³ angeboten. Als weitere Eventualposition war im Leistungsverzeichnis die Position 3.1.150 vorgesehen: „1500 m³ auf dem Baugelände in Mieten lagernden Boden Bodenklasse 3-6 aufnehmen, transportieren und lagenweise in Außenbereichen (spätere Grünflächen) einbauen und verdichten“ Diese Position wurde zu einem Einheitspreis von 22 DM/m³ angeboten. Abgerechnet wurden in der Schlussrechnung der D... unter der Position 3.1.170 zu einem Einheitspreis von 33 DM/m³ schließlich „3.098,446 m³ durchnässten Boden ausbauen und mit Kies-Sand- Gemisch wieder einbauen“ sowie unter der Eventualposition 3.1.150 zu einem Einheitspreis in Höhe von 22 DM „16.962,470 m³ Boden der Klassen 3-6 aufgenommen, transportiert und wieder eingebaut“. Tatsächlich sind ausweislich der Stellungnahme der C... die unter 3.1.170 abgerechneten Mengen weder durch Einbau eines Kies-/Sandgemischs verdichtet worden, noch wurden die angefallenen Schlammwassermengen von der Auftragnehmerin beseitigt, sondern sie wurden in „geringen Mengen“ auf die Schüttbereiche der südlichen Ablagerung aufgetragen und nach „trockenen Wetterphasen“ „überschüttet“. Dass gleichwohl ein Aufwand angefallen ist, der der in der Eventualposition 3.170 ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist und daher eine Abrechnung nach dieser Position zu einem vergleichsweise hohen Einheitspreis rechtfertigte, war aufgrund der von der Beklagten erhaltenen Dokumentation nicht feststellbar. Die angeblich sehr aufwendige Trennung des Schlammwassers von transportfähigem Boden allein rechtfertigt die Abrechnung unter dieser Eventualposition jedenfalls nicht, da eine Trennung des vorhandenen Schlammes von dem wiederverwendbaren Material dort ohnehin vorgesehen war. Der in der Position 3.1.170 darüber hinaus vorgesehene Bodenaustausch sowie der 154

Abtransport und Beseitigung des Schlammes sind aber unterblieben. Die Berechtigung der Abrechnung der (geänderten) Leistung nach einer besonders kostenträchtigen Eventualposition hat die Beklagte nicht in einer für das Rechnungsprüfungsamt und die Zuwendungsgeberin nachvollziehbaren Weise erläutert. Insbesondere ergibt sich aus den Stellungnahme der C... nicht, worin der Unterschied zwischen der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Aushebung und dem Abtransport „durchnässten“ Bodens und der Aushebung und dem Abtransport eines Bodens, dessen Konsistenz „eher als flüssig denn als fest zu bezeichnen ist“ besteht, der laut Stellungnahme der C... nur mit „ungemein hohem Aufwand“ transportfähig gemacht, sodann in geringen Mengen auf die Schüttbereiche aufgetragen und dort nach Austrocknung überschüttet werden konnte. Die – mutmaßlich für den Unternehmer kostensparende - Abweichung der Ausführung vom Leistungsverzeichnis bei gleichzeitiger Abrechnung aufgrund des nicht geänderten Einheitspreises einer Eventualposition, die nach der Stellungnahme der C.. im „Einvernehmen zwischen der Bauleitung (also der Beklagten) und dem Auftragnehmer“ erfolgte, hätte die Beklagte während der Bauausführung, spätestens aber bei der Rechnungsprüfung im Bautagebuch dokumentieren und zugleich die Vereinbarung mit dem Auftragnehmer begründen müssen, um einem Ausschluss von der Förderung wegen unwirtschaftlicher Verwendung der bewilligten Zuwendungsmittel begegnen zu können. Zudem ergibt sich aus der Stellungnahme des Rechnungsprüfungsamts (Seite 44 der Anlage K 5), dass dort ein Aufmaß vom 1.08.1995 vorgelegen hat, aus dem sich ergibt, dass die „oben genannte Menge“ d.h. die unter 3.1.170 abgerechnete Menge von 3.098,447 m³ „auch“ unter der Position 3.1.150 abgerechnet worden ist. Auch dem damit begründeten Verdacht einer Doppelberechnung und damit unwirtschaftlichen Verwendung der Fördermittel vermochte die Klägerin mangels ausreichender Dokumentation der Gründe für die in den beiden Eventualpositionen 3.1.150 und 3.1.170 angefallenen ganz erheblichen Mehrmengen nichts entgegenzusetzen. Der im Hinblick auf die Prüfungsmitteilung 2.33 geltend gemachte Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von **12.673,39 €** ist daher begründet.

Ebenfalls unklar geblieben ist, warum die Position „in Mieten lagernden Mutterboden verfahren und neu lagern“, die im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen war, unter der (höheren) Aufwand erfordernden Eventualposition 3.1.150 „in Mieten lagernden Boden der Klassen 3 – 6 aufnehmen, transportieren und lagenweise einbauen und verdichten“ abgerechnet wurde. Insoweit ist die C... einer Kürzung der Zuwendung um die von der Zuwendungsgeberin in Ansatz gebrachten **3.578,03 €** wegen des geringeren Aufwands nicht entgegengetreten und war hierzu mangels entsprechender Dokumentation der Beklagten auch nicht in der Lage, so dass die Beklagte hierfür einzustehen hat. 155

e) Prüfungsmitteilung 2.37 156

Schließlich ist aufgrund der mangelnden Dokumentation der Beklagten unklar geblieben, warum die zu einem Negativpreis (-35 DM) angebotene Eventualposition 3.1.140 im K.. (1500 m³ in Mieten auf dem Grundstück lagernden Oberboden (Mutterboden) aufnehmen und in Eigentum des Auftragnehmers abtransportieren) nicht zur Ausführung gelangt ist, während in dem K... Straßenbau Zufahrt erheblich mehr Mutterboden abgefahren wurde als in der LV-Position 3.2.90 (600 m³ auf dem Gelände in Mieten lagernden Oberboden (Mutterboden) aufnehmen und in Eigentum des AN abtransportieren), die die Auftragnehmerin zu einem Einheitspreis von 25 DM angeboten hatte. Insoweit hat die C... (Seite 58 der Anlage B 1) erklärt, es „lasse sich zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr eindeutig recherchieren“, warum die Position 3.1.140 nicht angefallen und in dem K... Straßenbau Zufahrt eine größere Menge angefallen sei. Im Hinblick auf die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung dieser Position, für welche die Unternehmerin – im Gegensatz zu dem K... „Straßenbau Zufahrt“ - einen 157

Negativpreis angeboten hatte, hätte die Beklagte aber bereits bei der Überwachung der Bauausführung im Einzelnen dokumentieren müssen, wie der in Mieten auf dem Betriebshofgelände lagernde Mutterboden verwendet wurde, welche Mengen dabei dem Betriebshofgelände und der Zufahrt zuzuordnen waren und wie der Boden im Einzelnen verwendet wurde. Die von der C... und der Beklagten geäußerte Mutmaßung, dass der Mutterboden im K... wegen der Durchnässung und der Zinkbelastung nicht verkäuflich gewesen sei, ist nicht erheblich. Dem Auftragnehmer war im Leistungsverzeichnis die „Verkäuflichkeit“ des Bodens nicht zugesagt worden. Auch die weitere „Hypothese“ der C... in ihrer zweiten Stellungnahme vom 9.6.2004 (Anlage B 3), wegen der starken Regenfälle habe der Mutterboden nicht wie vorgesehen verwendet werden können, sondern sei nach Abkippen des durchnässten Bodens auf Böschungen (Position 3.1.150) und dessen Austrocknung möglicherweise auf den Ausgleichs- und Böschungsflächen eingebaut worden, erklärt nicht die „Mengenverschiebung“ zwischen dem K... und Straßenbau Zufahrt, zumal das Betriebshofgelände „im engeren Sinne“, auf dem die Vorunternehmerin, die G... die Mieten hergestellt hatte (vgl. Seite 57 der Anlage B 1), im Vergleich zur Zufahrt eine erheblich größere, zuvor ackerbaulich genutzte Fläche (vgl. Seite 57 der Anlage B 1) aufwies, so dass hier, wie auch das Leistungsverzeichnis zeigt, mit wesentlich größeren Mengen an Mutterboden zu rechnen war als im K... „Straßenbau Zufahrt“. Wie die C..., unterstützt durch die Beklagte, selbst vorgetragen hat, waren im Bereich des Betriebshofs mindestens 2.800 m³ Mutterboden in Mieten gelagert (vgl. Seite 10 der Stellungnahme der C... vom 9.6.2004, Anlage B 3). Was hiermit im Einzelnen geschehen ist, hat die Beklagte nicht dokumentiert, ebensowenig die wegen der „Trassenverschiebung“ im K... „Zufahrt“ angeblich angefallenen Mehrmengen (2181,95 m² statt 600 m³). Da die Arbeiten für beide K... überwiegend parallel verliefen (vgl. Seite 57 der Anlage B 1), hätte die Beklagte im Rahmen der Bauüberwachung im Einzelnen feststellen und für die spätere Rechnungsprüfung schriftlich niederlegen müssen, wieviel Mutterboden im Bereich der Zufahrt und wieviel auf dem Betriebshofgelände in Mieten gelagert und von der D... jeweils abtransportiert wurden, um eine unwirtschaftliche Mengenverschiebung der in Mieten gelagerten und vom Auftragnehmer abzutransportierenden Mutterbodenmassen zwischen beiden Losen zu vermeiden. Insoweit steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in Höhe von **29.143,64 €** zu.

f) Rechnungsprüfungsfehler (Prüfungsmittelungen 2.14 und 2.28) 158

Die Beklagte und die Streithelferin haben in der Berufungsinstanz nichts Erhebliches mehr gegen die Nichtberücksichtigung der Nachlässe/Skonti auf die Malerrechnungen E... eingewandt. Aus der Anlage K 22 ergibt sich, dass die Nachlässe erst in die Angebots summen eingerechnet waren, nicht aber in die Einheitspreise zu den einzelnen LV-Positionen, die aber den Rechnungen K 26, K 27 zugrundelagen. Von den dort ermittelten Summen hätten daher bei den Rechnungsprüfungen durch die Beklagte Nachlass und Skonto abgezogen werden müssen. Daher ist der Anspruch in Höhe von **2.656,16 €** begründet. 159

Hinsichtlich des (bereits von der C.. S. 47 der Anlage B 1 eingeräumten) „Umrechnungsfehlers“ m²/m³ hat die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr erheblich vorgetragen. Der Streithelfer, der erstinstanzlich den Fehler zunächst bestritten hatte, aber dann an seiner Gegenrechnung nicht mehr festgehalten hat, greift die Zuerkennung dieser Position in Höhe von **5969,84 €** in der Berufungsinstanz nicht an. 160

Die Klägerin war nicht gehalten, vor der Inanspruchnahme der Beklagten wegen der Überzahlungen zunächst die Bauunternehmer wegen der infolge von Rechnungsprüfungsfehlern der Beklagten überzahlten Beträge in Anspruch zu nehmen und 161

das Prozess- und Insolvenzrisiko zu tragen.

Auf Grund des Architektenvertrags hat die Beklagte gem. § 55 II Nr. 8 HOAI u.a. die Bauoberleitung übernommen, zu der die Kostenkontrolle durch Überprüfen der Leistungsabrechnung der bauausführenden Unternehmen im Vergleich zu den Vertragspreisen und der fortgeschriebenen Kostenberechnung gehört. In diesem Rahmen hatte sie Rechnungen daraufhin zu kontrollieren, ob die eingesetzten Preise mit den vereinbarten übereinstimmen, die eingesetzten Mengen mit den ausgeführten in Einklang stehen und ob Sonderkonditionen und Rabatte berücksichtigt sind. 162

Dem daraus folgenden Schadensersatzanspruch der Klägerin steht nicht entgegen, dass die Klägerin gegenüber den ausführenden Unternehmen E... und D... vor Eintritt der Verjährung bzw. Insolvenz möglicherweise Forderungen auf Rückzahlung überzahlten Werklohns hätte durchsetzen können. Der Vermögensschaden der Klägerin ist unmittelbar durch die Überzahlung eingetreten. Der für eine Überzahlung verantwortliche Architekt hat einen solchen Schaden grundsätzlich auszugleichen. Aus § 255 BGB folgt, dass der Geschädigte vom Schädiger in der Regel auch dann vollen Wertersatz verlangen kann, wenn ihm zugleich ein Dritter Herausgabe oder Rückgewähr schuldet. Soweit in Literatur und Rechtsprechung teilweise – eventuell einschränkend gemeint - ausgeführt wird, ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten bestehe dann, wenn ein Rückzahlungsanspruch gegen den überzahlten Unternehmer nicht realisiert werden könne, kann unter dem Aspekt der Rückforderbarkeit vom Unternehmer ein Anspruch gegen den Rechnungsprüfer allenfalls dann verneint werden, wenn die Abrechnung des Bauvorhabens zwischen Unternehmer und Auftraggeber problemlos erfolgen kann, wenn der Unternehmer also ohne weiteres bereit und in der Lage ist, zeitnah den überzahlten Betrag zurückzuzahlen. Dass dies hier hinsichtlich der E... der Fall war, hat die Beklagte aber nicht konkret behauptet. Der Streithelfer, der die Rechnungsprüfung für die Beklagte vorgenommen hat, hat erstinstanzlich sogar behauptet, der Rückzahlungsanspruch bestehe nicht, weil die vereinbarten Nachlässe bereits in die Einheitspreise eingerechnet worden seien. Im Fall der D... ergibt sich ihre fehlende Bereitschaft zur sofortigen Rückzahlung bereits aus ihrer Verteidigung in dem Prozess vor dem Landgericht Hagen. Es ist dem durch einen Rechnungsprüfungsfehler des Architekten geschädigten Bauherrn aber nicht zuzumuten, ihn zunächst auf einen Prozess gegen den Bauunternehmer zu verweisen, bevor er den Architekten in Anspruch nehmen kann, und ihm damit das Prozessrisiko und das Risiko einer zwischenzeitlichen Insolvenz des Unternehmers aufzuerlegen. 163

Der Beklagten steht auch kein „dauerhaftes“ Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 273, 255 BGB im Hinblick darauf zu, dass die D... inzwischen erloschen und der Rückforderungsanspruch gegen die E... wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar ist. Die Klägerin hat der Beklagten unstreitig wiederholt die Abtretung der Rückzahlungsforderungen Zug um Zug gegen Erstattung der überzahlten Beträge angeboten; dies hat die Beklagte aber u.a. mit der Begründung der angeblichen Subsidiarität ihrer Haftung abgelehnt. 164

2. Anschlussberufung der Klägerin 165

Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin hat überwiegend auch in der Sache Erfolg. 166

2.1 167

Überzahlung der D... (Prüfungsmitteilungen 2.20.2, 2.20.3, 2.20.4, 2.22) 168

169

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen hat, indem sie nach Erwirkung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Hagen gegen die D... nicht sofort die Zwangsvollstreckung (Sicherungsvollstreckung) betrieben hat, sondern mit ihr einen Ratenzahlungsvergleich geschlossen hat. Die ein Mitverschulden des Geschädigten begründenden Umstände hat der Schädiger zu beweisen. Die Beklagte hätte daher substantiiert darlegen und beweisen müssen, dass eine Vollstreckung der gesamten Urteilssumme etwa ein Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

Der Schadensersatzanspruch ist auch nicht deshalb zu versagen, weil es sich bei den von der D... in Rechnung gestellten Nachträgen zum Teil nicht um „echte“ Nachträge im Sinne der §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B gehandelt hat, sondern um selbständige „Zusatzaufträge“, deren Preise nicht im Sinne des § 27 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung zu bilden sind. Zwar mag die Klausel, indem sie den Wortlaut des § 2 Nr. 6 VOB/B. in Verb. mit § 1 Nr. 4 VOB/B wiedergibt, dahin auszulegen sein, dass sie nicht für Zusatzaufträge anwendbar ist, die nicht „zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden“ und die der Auftragnehmer nicht „auf Verlangen des Auftraggebers“ ausführt, sondern die unabhängig von der (haupt-)vertraglichen Leistung dem Auftragnehmer mit seiner Zustimmung übertragen werden und für die im Zusatzvertrag ein Preis frei vereinbart wird. Dies hätte die Beklagte aber bereits im Rahmen ihrer Beteiligung an den Stellungnahmen der C... zu den Prüfungsmitteilungen des Rechnungsprüfungsamts mitteilen müssen, um einen Widerruf der Zuwendung wegen unwirtschaftlicher Verwendung der Fördermittel zu verhindern. Wie sich aus den unter ihrer Mitwirkung erstellten Ausführungen der C... ergibt, hat sie aber eine Überzahlung der D... wegen der Nichtberücksichtigung von Nachlässen entsprechend den hier streitgegenständlichen Prüfungsmitteilungen 2.20.2, 2.20.3, 2.20.4 und 2.22 gerade nicht in Abrede gestellt. Den Abzug von 15 % gem. PM 2.20.4 – Nachlass auf AVU-Leistungen – hat sie sogar ausdrücklich eingeräumt. Das entsprechende Angebot des Bauunternehmens vom 28.03.2005 (Anlage S 6) weist zwar keinen entsprechenden Nachlass aus; ein solcher ist aber ausweislich der Stellungnahme der C... (Anlage B 1, Seite 30), auf die die Beklagte sich selbst bezogen hat und deren inhaltliche Richtigkeit sie nicht in Zweifel zieht, „gemäß Aktenvermerk des Ingenieurs über die Besprechung vom 3.8.1995 vereinbart worden“.

Schließlich ist der Schadensersatzanspruch auch nicht um den Betrag in Höhe von 10.500 € zu kürzen, den die Beklagte aufgrund der Ratenzahlungen der D... von dieser erlangt hat. Wie sich aus den von der Klägerin erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen ergibt, ist dieser Betrag – zutreffend – in vollem Umfang auf die Kosten und Zinsen verrechnet worden und hat die titulierte Hauptforderung nicht verringert. Der mit der Anschlussberufung weiterverfolgte Schadensersatzanspruch in Höhe von **82.352,25 €** steht der Klägerin daher in voller Höhe zu.

2.2 172

Hinsichtlich des anteiligen Zinsschadens hat das Landgericht den Anspruch mangels substantiiert darlegender Begründung aberkannt. Aus der in der Klageschrift und im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung in Bezug genommenen Anlage K 9 (Seite 4, vorletzte Zeile) in Verb. mit Anlage K 7 konnte man aber entnehmen, wie die Klägerin den anteiligen Zinsbetrag errechnete. Jedenfalls hätte das Landgericht auf die angeblich fehlende Nachvollziehbarkeit der Berechnung hinweisen müssen. Daher war es der Klägerin nicht verwehrt, die Substantiierung nachzuholen, wie sie es in der Anschlussberufungsbegründung getan hat. Der Anteil der von der Beklagten zu ersetzenden Rückzahlungsverpflichtungen beträgt knapp

21 % der insgesamt gegen die Klägerin festgesetzten, zu verzinsenden Rückzahlungsforderungen (216.316,35 € / 1.038,839 €). Einen entsprechender Anteil des mit Bescheid der Bezirksregierung Arnsberg vom 4.10.2004 auf 158.130,14 € festgesetzten Zinsbetrags, also **32.927,67 €** hat die Beklagte der Klägerin als Teil des aus den vorstehend dargestellten Pflichtverletzungen entstanden Schadens zu ersetzen.

3. 174

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 101 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 175

Ein begründeter Anlass für die Zulassung der Revision ist nicht gegeben. 176

Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt 560.574,28 € (Berufung der Beklagten: 411.179,39 €, Anschlussberufung der Klägerin: 149.394,89 €). 177