

---

**Datum:** 03.05.2006  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 25. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 25 U 101/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2006:0503.25U101.03.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Hagen, 8 O 411/01

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 7. Mai 2003 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Hagen – auch soweit es die Klage gegen den Beklagten zu 1) betrifft – aufgehoben und der Rechtsstreit auch insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, an das Landgericht zurückverwiesen.

---

**G r ü n d e**

**(gem. § 540 ZPO):**

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 1) als Nachlasspfleger nach dem verstorbenen K gemeinsam mit dem Beklagten zu 2), dem ehemaligen Partner des Verstorbenen, wegen einer fehlerhaften Ausschreibung von Erd- und Entwässerungsarbeiten im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben und einer hieraus folgenden zu niedrigen Zusammenstellung der Baukosten auf Schadensersatz in Höhe von 378.498,13 € nebst 5 % Zinsen über den Basiszinssatz seit dem 26.09.2000 in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe ungeachtet eines richterlichen Hinweises ihren Schaden nicht dargelegt. Soweit sie ihren Schaden anhand der gegenüber der ursprünglichen Kostenermittlung

1

2

3

4

5

entstandenen Mehrkosten berechne, handele es sich um nicht erstattungsfähige Sowiesokosten. Soweit die Klägerin vortrage, sie hätte das Bauvorhaben nicht realisiert, wenn die Kosten zutreffend ermittelt worden wären, fehle es an der Darlegung, dass die Vermögenslage der Klägerin jetzt schlechter sei, als ohne Durchführung des Bauvorhabens. Wegen der von dem Landgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen und der Begründung im einzelnen, wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Zahlungsbegehren weiterverfolgt, den Schaden nunmehr anhand eines Vergleichs der Vermögenslage nach Durchführung des Bauvorhabens mit der Vermögenslage bei rechtzeitiger Aufgabe des Bauvorhabens vergleicht sowie die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Zurückverweisung des Verfahrens beantragt. Hierzu beanstandet sie, dass das Landgericht sie nicht darauf hingewiesen habe, dass ihr ergänzendes Vorbringen auf den schriftlichen Hinweis- und Auflagenbeschluss vom 03.07.2002 nicht genügt habe.

Der Beklagte zu 1), gegen den die Klägerin den Rechtsstreit nach zwischenzeitlicher Aussetzung des Verfahrens aufgenommen hat, verteidigt das angefochtene Urteil und begehrt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen des zweitinstanzlichen Sachvortrages wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

In dem am 12. Mai 2004 im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) verkündeten Teilurteil hat der Senat folgendes ausgeführt:

"Die zulässige Berufung führt nach § 538 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit der Beklagte zu 2) betroffen ist und zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht.

Das Verfahren im ersten Rechtszuge leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel, weil das Landgericht die Klage wegen der nicht ausreichenden Darlegung eines Schadens durch die Klägerin abgewiesen hat, ohne sie zuvor mit der gebotenen Deutlichkeit auf diesen Mangel hinzuweisen und ihr Gelegenheit zu geben, ihre Schadensberechnung umzustellen.

Dabei kann es dahinstehen, ob und wann das Gericht zu einem erneuten Hinweis oder zu einer Auflage verpflichtet ist, wenn eine Partei auf einen Hinweis nicht oder nur unzureichend reagiert (vgl. hierzu Zöller/Greger § 139 ZPO Rdnr. 14 m.w.N.). Hier war bereits der erteilte Hinweis nicht klar genug formuliert. Die Aufforderung, näher darzulegen, worin der Schaden besteht, war vor dem Hintergrund der problematischen Schadensberechnung bei einer Bausummenüberschreitung nichtssagend und nicht geeignet, der Klägerin zu verdeutlichen, dass die bisherige Schadensberechnung bereits aus Rechtsgründen nicht schlüssig war, weil es sich bei den gegenüber den ursprünglich errechneten Baukosten entstandenen Mehrkosten um sogenannte Sowiesokosten handelte. Es hätte zumindest eines ergänzenden Hinweises bedurft, dass das Gericht den Schaden nicht in der Differenz zwischen veranschlagten und tatsächlichen Mehrkosten erblickt. Im Gegenteil wird durch den Zusammenhang zu Ziffer I. des Hinweis- und Auflagenbeschlusses, der gerade beanstandet, dass eine über der Toleranzgrenze liegende Abweichung der tatsächlichen von den veranschlagten Baukosten nicht dargelegt sei, eher noch suggeriert, daß es auch bei der

Schadensberechnung auf die Differenz zwischen veranschlagten und tatsächlichen Baukosten ankomme.

Es kann nicht festgestellt werden, dass das Landgericht seiner Hinweispflicht durch entsprechende, in der mündlichen Verhandlung vom 03.07.2002 erteilte, mündliche Hinweise genügt hat. Genau dies ist nämlich zwischen den Parteien streitig. Nach § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO, der gemäß § 26 Nr. 2 EGZPO auch auf die zum 01.01.2002 bereits laufenden Verfahren anzuwenden ist, kann die Erteilung von Hinweisen und Auflagen nur durch den Akteninhalt bewiesen werden. 14

Das Landgericht hat einen eindeutigen Hinweis nicht protokolliert. Es findet sich nur die allgemeine Feststellung, dass die Sach- und Rechtslage erörtert wurde. Dies ist jedoch unzureichend, weil der Hinweis nicht die notwendige knappe konkretisierende Inhaltsangabe umfasst (vgl. hierzu Zöller/Greger § 139 ZPO Rdnr. 13). Näheren Aufschluss hierzu ergeben auch nicht die protokollierten Parteierklärungen, denn sie lassen nicht darauf schließen, dass die Schadensproblematik im Sinne der von dem Landgericht in seinem späteren Urteil zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung erörtert wurde. Die Erklärungen des Klägersvertreters beziehen sich nämlich ersichtlich auf die Abweichungen der tatsächlichen von den veranschlagten Baukosten. 15

In den Entscheidungsgründen des Urteils wird ein Hinweis ebenfalls nicht inhaltlich dokumentiert. 16

Auf Grund des Verfahrensmangels ist eine ergänzende Sachverhaltsaufklärung durch weitere Auflagen an die Parteien sowie eine umfangreiche bzw. aufwendige Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich. 17

Dabei ist nicht in erster Linie entscheidend, dass die von der Klägerin nunmehr schlüssig vorgetragenen Schadenspositionen von dem Beklagten zu 2) weitgehend bestritten werden. Vielmehr ist völlig offen, worin genau eine dem Beklagten zu 2) anzulastende mangelhafte Werkleistung oder eine Pflichtverletzung und deren Kausalität für den von der Klägerin geltend gemachten Schaden zu sehen ist. Der diesbezügliche Sachverhalt ist nicht ansatzweise geklärt. 18

Soweit die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch auf eine Überschreitung der Baukosten stützt, fehlt es an jeglichem Vortrag dazu, wann und auf welche Weise die Parteien entweder eine bestimmte Kostenobergrenze vereinbarten oder übereinstimmend von einer gemeinsamen Kostenvorstellung ausgingen oder die Klägerin dem Beklagten zu 2) eine bestimmte Kostenobergrenze vorgab. Dass dieser Gesichtspunkt in erster Instanz problematisiert und die Klägerin auf den hierzu fehlenden Vortrag hingewiesen wurde, ist nicht ersichtlich. Überdies ist nicht geklärt, welche Kostenermittlungen der verstorbene Partner der Beklagten zu 2) wann erstellt hatte. Geschuldet waren in der Leistungsphase 2 des § 15 Abs. 2 HOAI eine Kostenschätzung, in der Leistungsphase 3 eine Kostenberechnung und in der Leistungsphase 7 ein Kostenanschlag. Es dürfte lediglich ausscheiden, daß Fehler schon während der Leistungsphase 3 begangen wurden, weil das für die Frage, welche Erd- und Entwässerungsarbeiten im Hinblick auf die Bodenbeschaffenheit erforderlich waren, grundlegende Bodengutachten des Grundbauinstituts in E erst am 22.07.1998 erstellt und der während der Leistungsphase 4 vorzubereitende Bauantrag bereits wenige Tage später am 31.07.1998 eingereicht wurde. 19

Soweit die Klägerin eine mangelhafte Werkleistung des Beklagten zu 2) aus einer fehlerhaften Ausschreibung der Erd- und Entwässerungsarbeiten, d. h. einem von der 20

Bausummenüberschreitung im engeren Sinne zu unterscheidenden Planungs-fehler, herleitet, ist die hierfür entscheidende Frage, welcher Planungsstand zum damaligen Zeitpunkt zugrunde zu legen war, ebenfalls nicht geklärt.

Bezüglich der Beanstandung der Klägerin, dass bei der Ausschreibung der Entwässerungsarbeiten keine Entwässerung über ein Regenrückhaltebecken vorgesehen wurde, streitet für ihr Vorbringen, dass dies in dem Bodengutachten vom 22.07.1998 explizit so vorgesehen war. Der Beklagte zu 2) trägt indessen substantiiert vor, sein Partner hätte sich in Bezug auf die Planung der Entwässerung auf den von dem schriftlichen Gutachten abweichenden Vorschlag des Bodengutachters anlässlich eines Termins am 03.09.1998 verlassen, was ihn entlasten dürfte. Der Bodengutachter wurde als Fachmann für die Beurteilung dieser Fragen eingeschaltet. Dass der Vorschlag einer Entwässerung über Rigolen in einen Teich offenkundig nicht umsetzbar war, ist nicht ersichtlich. Den von dem Beklagten zu 2) vorgelegten Notizen vom 13.08.1998 und 03.09.1998 ist zu entnehmen, daß das Gefälle der Regenwasserleitungen zum Regenrückhaltebecken sowie die Unmöglichkeit des Einsatzes von Fertigteilen bei der Erstellung des Regenrückhaltebeckens als problematisch angesehen wurde. Damit stützte sich der Bodengutachter nach dem Vorbringen des Beklagten zu 2) augenscheinlich auf eine nicht von der Hand zu weisende Argumentation.

21

Da die Klägerin die Besprechungen und insbesondere den Vorschlag des Bodengutachters bestreitet, dürfte zu diesem Punkt eine Beweiserhebung notwendig sein, weil die von dem Beklagten zu 2) vorgelegten Vermerke lediglich einen gewissen Anhalt dafür geben, dass die Besprechungen mit dem vorgetragenen Inhalt stattgefunden haben. Darlegungs- und beweispflichtig dürfte – auch wenn es um die Frage der Mangelhaftigkeit der Planungsleistung geht – der Beklagte zu 2) sein, denn er beruft sich auf eine nachträgliche Abweichung von der zunächst schriftlich vorgeschlagenen Vorgehensweise. Er hat Beweis angetreten durch Vernehmung der Zeugen C, Dr. I2 und X.

22

In bezug auf die Erdarbeiten dürfte dem Beklagten zu 2) zumindest anzulasten sein, dass in der Ausschreibung eine der nach dem Bodengutachten vom 22.07.1998 in Betracht kommenden Ausführungsmöglichkeiten, nämlich die Tieferführung der Fundamente in Magerbeton anstelle eines Bodenaustausches, vorgesehen wurde, obwohl es insoweit noch keine gesicherten Grundlagen gab.

23

In das Gutachten vom 22.07.1998 war nämlich ausdrücklich der Vorbehalt aufgenommen worden, dass detaillierte Angaben zu den notwendigen Arbeiten erst nach einer Setzungsberechnung getroffen werden könnten, die im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht vorlag.

24

Insoweit dürfte aber in jedem Fall die Kausalität klärungsbedürftig sein. Diese hängt nämlich davon ab, ob der Umfang des Bodenaustausches vorhersehbar oder nicht vorhersehbar war und sich erst nach Vorlage der von dem Beklagten zu 2) erstinstanzlich angesprochenen weiteren Bodengutachten oder sogar erst nach Beginn der Erdarbeiten herausstellte, was zu den von dem Beklagten zu 2) substantiiert behaupteten vor Ort ausgesprochenen Forderungen des Bodengutachters nach weiterem Bodenaustausch geführt haben soll.

25

Hier ist bereits nicht geklärt, wann welche weiteren Bodengutachten mit welchem Inhalt erstellt worden waren.

26

Der Beklagte zu 2) hat erstinstanzlich weiterhin substantiiert vorgetragen, daß der Bodengutachter bei einem Ortstermin am 12.11.1998 auf Grund des nunmehr gewonnenen

27

örtlichen Eindrucks einen großflächigen Bodenaustausch angeordnet habe. Da die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen aber bereits im Oktober 1998 verbindliche Reservierungen bezüglich der zu errichtenden Eigentumswohnungen vorgenommen und dementsprechend die Kaufpreise bereits kalkuliert hatte, wäre ein Hinweis der Beklagten auf die sich erhöhenden Baukosten zu diesem Zeitpunkt ohnehin zu spät gewesen.

Wenn man nicht davon ausgeht, dass die Klägerin das Vorbringen des Beklagten zu 2) nicht 28  
einfach bestreiten kann, sondern eine substantiierte Gegendarstellung geben muss, wäre auch insoweit eine Beweisaufnahme erforderlich. Der Beklagte zu 2), der hierfür, da es in der Sache wohl um den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens geht, darlegungs- und beweispflichtig wäre, hat Beweis angetreten durch Benennung der Zeugen Dr. I2, X1, X2, X3 und C.

Überdies hängt die Kausalität einer fehlerhaften Ausschreibung für den von der Klägerin 29  
geltend gemachten Schaden davon ab, ob die Klägerin bei früherer Kenntnis von den tatsächlich erforderlichen Baukosten das Bauvorhaben aufgegeben hätte, was zwischen den Parteien ebenfalls streitig ist. Die Beweisantritte der Klägerin zu diesem Punkt sind unerledigt.

Der Beweisführung ist die Klägerin nicht auf Grund der von ihr zitierten Vermutung 30  
beratungsgerechten Verhaltens enthoben, denn dieser Grundsatz ist nach Auffassung des BGH (vgl. Baurecht 1997, 494 (497)) auf die hier vorliegende Fallgestaltung nicht übertragbar, weil die Rechtsprechung zu der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens auf ein nach der Lebenserfahrung typisches Verhalten zurückgreift, an dem es hier fehlt. Wie sich ein Bauherr, der von seinem Architekten pflichtgemäß über die Höhe der zu erwartenden Baukosten aufgeklärt wird, verhält, entzieht sich jeder typisierenden Betrachtung, weil seine Entscheidung so weitgehend von seine persönlichen Wünschen und Vorstellung einerseits sowie seinen finanziellen Möglichkeiten andererseits abhängt, dass kein Erfahrungsurteil möglich ist. Die persönlichen Wünsche und Möglichkeiten mögen bei einem gewerblichen Bauherrn eine geringere Rolle spielen. Auch in diesem Fall ist die Entscheidung über die Verwirklichung des Bauvorhabens aber von individuellen Faktoren wie Markt- und Liquiditätslage sowie den Finanzierungsmöglichkeiten abhängig, was zur Folge hat, daß eine typisierende Betrachtung auch hier ausscheidet.

Sofern geklärt ist, worin eine mangelhafte Leistung des Beklagten zu 2) zu erblicken ist, wäre 31  
auch über den Schaden der Klägerin Beweis zu erheben. Da die Klägerin den Schaden durch einen Vergleich der Vermögenslage nach Durchführung des Bauvorhabens mit derjenigen Vermögenslage ermittelt, wie sie sich bei Aufgabe des Bauvorhabens dargestellt hätte, hängen die bei der Ermittlung der hypothetischen Vermögenslage in Ansatz zu bringenden Aufwendungen der Klägerin entscheidend davon ab, wann der Beklagte zu 2) überhaupt in der Lage gewesen wäre, die Klägerin über die Höhe der notwendigen Baukosten zu informieren und wann die Klägerin dann die Entscheidung treffen konnte, das Bauvorhaben nicht durchzuführen. Dies ist aber gerade aus den oben genannten Gründen nicht geklärt.

Darüber hinaus muss die Klägerin bei der Ermittlung der tatsächlichen Vermögenslage sich 32  
den Wert der nicht verkauften Wohnung und die aus der Vermietung erzielten Vorteile anrechnen lassen. Da der Wert der Wohnungen streitig ist, wäre insoweit die Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig."

Diese Ausführungen gelten auch im Verhältnis zu dem Beklagten zu 1). Soweit die Klägerin 33  
mit Schriftsatz vom 06.01.2006 zu den von dem Senat in dem Teilurteil aufgeworfenen Fragen ergänzend Stellung genommen hat, ändert dies an der Beurteilung nichts, denn die

Ausführungen betreffen nur einen der aufzuklärenden Punkte und es fehlt darüber hinaus eine darauf bezogene Rückäußerung des Beklagten zu 1).

Eine Entscheidung über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit ist entbehrlich.

34

Der Senat hat die Revision nicht nach § 543 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zugelassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hat, noch die Fortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erfordert.

35