
Datum: 29.11.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 19/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:1129.12U19.17.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 274/13

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 30.11.2016 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagte zu 2) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

A.

2

Die Klägerin hat gegen die ehemalige Beklagte zu 1) – B GmbH – einen Anspruch auf Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung geltend gemacht und gegen die Beklagte zu 2) einen Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Bauüberwachung und nicht ordnungsgemäßer Freigabe von Abschlagszahlungen. Nachdem mit Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 01.12.2014 über das Vermögen der B GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, hat die Klägerin die Klage gegen den Insolvenzverwalter auf Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle gerichtet.

3

- Mit Werkvertrag vom 27.09./05.10.2012 beauftragte die Klägerin die B GmbH (im Folgenden „Insolvenzschuldnerin“) auf der Grundlage des Angebots vom 13.09.2012 mit der Ausführung von Gussasphaltarbeiten am Parkdeck des Exzenterhauses in Bochum. Vereinbart wurde die Geltung der VOB/B in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung. Erstellt werden sollten eine bituminöse Abdichtung, Entwässerungsrinnen, eine Gussasphaltschicht als Schutzschicht und als oberste Schicht 30 mm farbiger Gussasphalt. Die Fläche von insgesamt 1.373,65 m² sollte auf 171,63 m² in beige, im Übrigen in grün ausgeführt werden. Die Gesamtoberfläche sollte nicht mit Splitt, sondern mit Quarzsand bearbeitet werden (auf den Vertrag, Anl. K 1, Bl. 8 ff d. A. und das Angebot, Anl. K 13, Bl. 330 ff. d. A., wird Bezug genommen). Die Insolvenzschuldnerin stellte eine Vertragserfüllungsbürgschaft der S Versicherung AG vom 01.10.2012 in Höhe von 26.205,05 € (Anl. B 2-1, Bl. 430 d. A.). Mit der Bauleitung und Bauüberwachung für das gesamte Bauvorhaben war aufgrund des Vertrags vom 06.02./08.02.2008 die Beklagte zu 2) beauftragt (Anl. K 15, Bl. 916 ff. d. A.).
- Die Insolvenzschuldnerin führte die Gussasphaltarbeiten im Zeitraum vom 04. bis 11.03.2013 durch. Zunächst wurde die beigefarbene Fläche eingebracht, sie ist unstreitig mangelfrei, im Anschluss wurden die grünen Flächen ausgeführt. Die Insolvenzschuldnerin stellte am 04.03.2013 die 7. Abschlagsrechnung (Anl. K 22, Bl. 944 ff. d. A.) und am 08.03.2013 die 8. Abschlagsrechnung (Anl. K 23, Bl. 935 ff. d. A.). Am 11.03.2013 wurde die komplette Fläche abgefeigt. Am gleichen Tag gab die Beklagte zu 2) die 7. Abschlagsrechnung in Höhe von 31.990,82 € frei und am 15.03.2013 die 8. Abschlagsrechnung in Höhe von 113.805,00 €. In Bezug auf die 9. Abschlagsrechnung vom 05.04.2013 (Anl. K 24, Bl. 924 ff. d. A.) erfolgte am 11.04.2013 eine Freigabe in Höhe von 4.257,60 €.
- Ab dem 18.04.2013 rügte die Klägerin gegenüber der Insolvenzschuldnerin mehrfach Mängel. Die Klägerin holte ein Privatgutachten des Dipl.-Ing. T vom 21.05.2013 ein, wonach die Gussasphaltfläche Mängel aufweist (Anl. B 4, Bl. 132 ff. d. A.). Nach mehreren erfolglosen Aufforderungen zur Mängelbeseitigung entzog die Klägerin der Insolvenzschuldnerin mit Schreiben vom 28.08.2013 den Auftrag.
- Von der Beklagten zu 2) hat die Klägerin Zahlung in Höhe von 221.848,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit verlangt. Der Betrag setzt sich aus angenommenen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 201.680,67 € (netto) und 20.168,07 € (10 %) für baukoordinierende und bauleitende Tätigkeiten zusammen. Des Weiteren hat sie die Feststellung der Ersatzverpflichtung des Beklagten zu 2) für darüber hinausgehende Kosten und Schäden, die durch die Mängelbeseitigung entstehen, begehrt.
- Die Klägerin hat unter Berufung auf das Privatgutachten behauptet, die Gussasphaltarbeiten seien mangelhaft ausgeführt worden. Die grüne Fläche wirke fleckig. Die Oberflächentextur weise Nester mit groben Gesteinskörnern und rauer, offener Oberfläche auf, teilweise seien Löcher mit einer Tiefe von bis zu 13 mm zu finden. Die Arbeitsnähte zwischen den Feldern seien nicht geradlinig angelegt. Die Beklagte zu 2) hätte die Ausführung der Arbeiten nicht zulassen dürfen. Aus den Bautagesberichten der Insolvenzschuldnerin ergebe sich, dass die Außentemperaturen mit 3 bzw. 4 °C zu niedrig gewesen seien, um regel- und fachgerecht Gussasphaltarbeiten auszuführen. Jedenfalls hätte die Beklagte zu 2) schon die ersten ausgeführten Bauleistungen auf das Vorhandensein von Mängeln überprüfen und beanstanden müssen. Auch habe die Beklagte zu 2) weder Rückstellproben genommen noch für eine zeitnahe Beprobung Sorge getragen.
- Darüber hinaus sei die Beklagte zu 2) ihrer Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Rechnungsprüfung nicht nachgekommen. Sie habe Abschlagsrechnungen in Höhe von insgesamt 150.053,42 € freigegeben, ohne wegen der streitbefangenen Mängel einen

Einbehalt vorzunehmen.

- Die Beklagte zu 2) hat sich darauf berufen, dass es sich allenfalls um optische Mängel handele, ohne Einfluss auf die Nutzbarkeit und die Haltbarkeit, für die die Klägerin nur einen Minderwert verlangen könne. Im Übrigen seien nur maximal 50 % der in grün ausgeführten Fläche betroffen. Die bemängelten Oberflächen könnten punktuell mittels indirekter Wärmequellen (Replaster) nachgearbeitet werden. Ein Bauüberwachungsfehler könne ihr nicht vorgeworfen werden. Während der Ausführung der streitbefangenen Arbeiten sei der Bauleiter I arbeitstäglich jeweils zwischen mindestens drei und fünf Zeitstunden zur Überprüfung der Arbeiten vor Ort gewesen. Die von der Klägerin geltend gemachten Mängel seien erstmals am 18.04.2013 sichtbar geworden. 10
- Das Landgericht hat zwei Gutachten des Sachverständigen Q eingeholt (auf das Gutachten vom 25.08.2014 und das Ergänzungsgutachten vom 22.04.2016, Bl. 646 ff. d. A., wird Bezug genommen). Des Weiteren hat es den Sachverständigen mündlich angehört (auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.11.2016, Bl. 713 ff. d. A., wird verwiesen). 11
- Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht festgestellt, dass der Klägerin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der B GmbH zur Insolvenztabelle eine Forderung in Höhe von 243.389,64 € zusteht. Die Klage gegen die Beklagte zu 2) hat das Landgericht abgewiesen. 12
- Einen Mangel der Werkleistung der Insolvenzschuldnerin hat das Landgericht bejaht und zur Begründung ausgeführt, der Sachverständige habe in seinen Gutachten überzeugend dargelegt, dass die grüne Gussasphaltdecke auf ca. 50 % der Gesamtfläche nicht die typische sandpapierrauhe Struktur eines mit Sand abgeriebenen Gussasphalts zeige und sich sehr viele raue Bereiche von anderen Flächen mit geschlossener (sandpapierrauer) Oberfläche abheben. Auch befänden sich in den Flächen mit großer Rautiefe teils freiliegende, d.h. nicht im Mörtelbett eingebundene Splittkörner von 8 mm Korngröße, wobei die durchschnittliche Rautiefe der 24 Messpunkte bei etwa 5 mm liege und der größte gemessene Wert 7,5 mm betrage. Der Sachverständige habe ferner an drei Stellen Risse, d.h. aufgegangene Nähte, festgestellt. 13
- Die Klage gegen die Beklagte zu 2) hat das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, dass eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 2) nicht festzustellen sei. Diese habe dargelegt, dass ihre Bauleiter täglich an der Baustelle gewesen seien. Diesen Vortrag habe die Klägerin erst im Termin am 30.11.2016 bestritten. Das Bestreiten sei verspätet, weil die Berücksichtigung zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde. Soweit der Sachverständige ausgeführt habe, dass nur ein Bauleiter mit Erfahrung bezüglich Gussasphalt mögliche Mängel - insbesondere die Ruppigkeit der Oberfläche - vor dem Absanden hätte erkennen können, könne dahinstehen, ob von der Beklagten zu 2) derartige Kenntnisse zu erwarten gewesen seien. Denn der Sachverständige habe erklärt, dass die erste Charge zu überprüfen sei und auch von erfahrenen Bauleitern nicht erwartet werden könne, dass ständig Asphaltierungsarbeiten überprüft werden, wenn die zunächst eingebauten Flächen mängelfrei seien. Da der zunächst eingebrachte beige Gussasphalt mängelfrei sei und zudem bei 50 % der Teilfläche des eingebrachten grünen Gussasphalts keine Mängel aufgetreten seien, sehe die Kammer keinen Anlass, der Beklagten zu 2) eine mangelhafte Bauüberwachung anzulasten. Der Beklagten zu 2) könne auch nicht vorgeworfen werden, dass sie Abschlagsrechnungen der Insolvenzschuldnerin zur Zahlung freigegeben habe. Während der beaufsichtigten Arbeiten habe kein Anlass für die Beklagte zu 2) bestanden, die Mangelhaftigkeit der Arbeiten zu erkennen. Die Mängel hätten nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen erst später festgestellt werden können. 14

Mit der Berufung rügt die Klägerin, das Landgericht habe übersehen, dass für sie eine tatsächliche Vermutung streite, dass die Mangelhaftigkeit der grünen Gussasphaltdecke (auch) durch eine mangelhafte Bauüberwachung verursacht worden sei. Danach obliege es der Berufungsbeklagten den Vorwurf zu entkräften und im Einzelnen darzulegen, welche bauaufsichtlichen Maßnahmen sie wann ergriffen habe, um die Mangelfreiheit des grünen Gussasphalts sicherzustellen. Den Anscheinsbeweis könne sie nicht dadurch erschüttern, dass sie sich darauf zurückziehe, ihre Bauüberwachungspflichten im Zeitraum vom 04. bis 11.03.2013 dadurch erfüllt zu haben, dass der Bauleiter I täglich drei bis fünf Stunden auf der Baustelle anwesend gewesen sei. Der Sachverständige Q habe im Rahmen seiner Anhörung erklärt, dass ein erfahrener Bauleiter zum einen die Temperatur des Asphalts als auch die Temperaturzeit am „Kocher“ überprüft hätte und zum anderen die Einbringung des Gussasphalts bei Beginn der Asphaltierungsarbeiten. Diese Tätigkeiten habe die Berufungsbeklagte weder konkret dargelegt noch nachgewiesen. Wenn der Bauleiter I mangels notwendiger Erfahrung nicht habe erkennen können, dass die Mitarbeiter der Insolvenzschuldnerin den Gussasphalt fehlerhaft einbauen, falle ihr ein Auswahlverschulden zur Last. Soweit das Landgericht zu Gunsten der Berufungsbeklagten unterstelle, die Kontrolle der beigen Gussasphaltfläche sei ausreichend gewesen, komme dies nach den Ausführungen des Sachverständigen nur dann in Betracht, wenn die Rezepte der Werkstoffe identisch seien und die beige Fläche vor Beginn der Arbeiten an den grünen Flächen prüffähig fertiggestellt gewesen sei. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen bestreite sie mit Nichtwissen. Aus einer fachgerechten Herstellung der beigen Flächen, bei denen es sich um Randstreifen handele, könne im Übrigen keine Schlussfolgerung für die grünen Flächen – Fahrbahnen und Stellplätze - gezogen werden. In Bezug auf die erste fertiggestellte grüne Gussasphaltfläche werde bestritten, dass die Beklagte zu 2) die Ausführung ordnungsgemäß überwacht habe und hierbei kein Fehler festgestellt worden sei. Die Überprüfung einer Teilfläche von 12 m ² sei im Hinblick auf die Gesamtfläche zu vernachlässigen.	15
Wenn die Berufungsbeklagte die grünen Gussasphaltflächen nach Absanden und Reinigung am 11.03.2013 pflichtgemäß auf offensichtliche Werkmängel überprüft hätte, hätten ihr die umfangreichen optischen Mangelercheinungen auffallen müssen.	16
Die Klägerin beantragt,	17
die Beklagte zu 2) unter Abänderung des am 30.11.2016 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, Az.: I-13 O 274/13, als Gesamtschuldnerin neben der früheren Beklagten zu 1) bzw. dem Beklagten zu 1) zu verurteilen, an sie 221.848,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen,	18
hilfsweise, das am 30.11.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum, Az. I-13 O 274/13, aufzuheben, soweit die Klage gegen die Beklagte zu 2) abgewiesen wurde, und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bochum zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 a.E. ZPO).	19
Die Beklagte zu 2) beantragt,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Sie verteidigt das angefochtene Urteil.	22
Sie meint, im Verhältnis der Klägerin und ihr - der Beklagten zu 2) - sei die Mangelhaftigkeit der grünen Gussasphaltfläche nicht festgestellt. Dass die Außentemperaturen zu niedrig	23

gewesen seien, ein falsches Mischungsverhältnis vorgelegen habe oder am Kocher eine falsche Temperatur eingestellt gewesen sei und dies kausal für den Schaden gewesen sei, werde bestritten. Eine Überwachungspflicht habe sie nicht verletzt. Vorliegend sei die beigefarbene Fläche 197,46 m² groß und unstreitig mangelfrei eingebaut worden. Den weiteren Einbau des Gussasphalts habe der Bauleiter I nicht zu überwachen gehabt. Die beigen und grünen Gussasphaltflächen unterschieden sich nur in der Farbe, die Kornzusammensetzung und die Rezeptur seien identisch. Dass der beigefarbene Bereich vor Beginn der restlichen Arbeiten abgekehrt worden sei, sei eine Selbstverständlichkeit und entspreche dem tatsächlichen Verlauf der Arbeiten. Dennoch habe sie auch den Beginn und die Ausführung der Arbeiten an der grünen Asphaltfläche beaufsichtigt. Die Mitarbeiter X, D und U seien am 04.03.2013 bei Ausführungen der ersten grünen Fläche ab 7.30 Uhr bis abends vor Ort gewesen. Der Bauleiter I habe die Arbeiten einen Tag später überprüft. Diese Fläche sei unstreitig mangelfrei.

Letztlich könne nur der Betrag als Schadensersatz beansprucht werden, der als Mindestschaden feststehe. Da der hier betroffene Teil des Parkdecks von ca. 580 m² abgeschliffen werden könne, entstünden Kosten von maximal 55.000,00 € (netto). In der Kostenaufstellung des Sachverständigen seien darüber hinaus Sowiesokosten in Höhe von 12.437,25 € enthalten, da die Fugenverfüllungen bisher nicht ausgeführt worden seien. Zudem sei davon auszugehen, dass die Klägerin die Bürgschaft der S Versicherung vom 01.10.2012 in Höhe von 26.205,05 € in Anspruch genommen habe; dieser Betrag sei in Abzug zu bringen. 24

In Bezug auf die ihr vorgeworfene Pflichtverletzung im Rahmen der Freigabe von Abschlagsrechnungen verweist die Beklagte zu 2) auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und ergänzt, dass bei Annahme ihrer Haftung die Klägerin sich den gezogenen Skonto in Abzug bringen lassen müsse. 25

B. 26

Die zulässig Berufung ist unbegründet. 27

I. 28

Der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Schadensersatzanspruch in Höhe von 221.848,74 € steht der Klägerin gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280 BGB nicht zu. 29

1. 30

Der zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) geschlossene Vertrag ist als Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB einzuordnen. Ausweislich Ziffer 1.2 des zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrags vom 06.02./08.02.2008 wurde die Beklagte zu 2) mit den Leistungen der Leistungsphasen 6 bis 9 des § 15 Abs. 2 HOAI a.F. beauftragt. Die geschuldeten Leistungen – Vorbereitung der Vergabe, Mitwirkung bei der Vergabe, Objektüberwachung (Bauoberleitung) sowie Objektbetreuung und Dokumentation – sind darauf gerichtet, die Erstellung eines mangelfreien und funktionstauglichen Bauvorhabens zu bewirken, und damit im Schwerpunkt erfolgsorientiert. 31

2. 32

Zu Recht hat das Landgericht eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 2) verneint. 33

a) 34

Eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 2) scheidet allerdings nicht schon deshalb aus, weil eine Mangelhaftigkeit der streitbefangenen Gussasphaltdecke in Bezug auf die Beklagte zu 2) nicht festgestellt sei.	35
Das Landgericht hat eine Mangelhaftigkeit der Gussasphaltdecke bejaht und ausgeführt, dass die grüne Gussasphaltdecke auf ca. 50 % der Gesamtfläche nicht die typische sandpapierrauhe Struktur eines mit Sand abgeriebenen Gussasphalts zeige und sich sehr viele raue Bereiche von anderen Flächen mit geschlossener (sandpapierrauer) Oberfläche abheben. Auch befänden sich in den Flächen mit großer Rautiefe teils freiliegende, d.h. nicht im Mörtelbett eingebundene Splittkörner von 8 mm Korngröße, wobei die durchschnittliche Rautiefe der 24 Messpunkte bei etwa 5 mm liege und der größte gemessene Wert 7,5 mm betrage. Der Sachverständige habe ferner an drei Stellen Risse, d.h. aufgegangene Nähte, festgestellt. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass das Landgericht diese Feststellung nur in Bezug auf den Beklagten zu 1) getroffen hat.	36
b)	37
Indes ist eine Verletzung der Überwachungspflicht durch die Beklagte zu 2) nicht festzustellen.	38
aa)	39
Ohne Erfolg rügt die Klägerin, das Landgericht habe die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Zu ihren Gunsten streite eine tatsächliche Vermutung, dass die Mangelhaftigkeit der grünen Gussasphaltfläche (auch) durch eine mangelhafte Bauüberwachung verursacht worden sei.	40
Grundsätzlich trifft den Auftraggeber (Bauherrn) die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich eines Fehlers des Architekten im Rahmen der Objektüberwachung. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann in bestimmten Fällen auf den Beweis des ersten Anscheins zurückgegriffen werden, mit der Folge, dass ein Baumangel schon den ersten Anschein eines Bauüberwachungsfehlers verursacht, was eine Beweislastumkehr zur Folge hat. Voraussetzung für die Annahme eines Beweises des ersten Anscheins ist, dass im Hinblick auf Art, Schwere und Erkennbarkeit der Mängel ein typischer Geschehensablauf angenommen werden kann, der dafür spricht, dass die Bauüberwachung mangelhaft gewesen ist (siehe BGH, Urteil v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, recherchiert über Juris; BGH, Urteil v. 16.05.2002 – VII ZR 81/00, recherchiert über Juris; BGH, Urteil v. 26.04.1973 – VII ZR 85/71, recherchiert über JURION; Werner/Frechen in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rn. 2025). Einen solchen typischen Geschehensablauf vermag der Senat bei den hier streitbefangenen Mängeln nicht zu erkennen. Bei der Einbringung von Gussasphalt handelt es sich weder um eine schwierige noch um eine besonderes gefahrträchtige Arbeit, die einer umfangreichen Bauaufsicht durch den Architekten bedürfte. Allein aus der mangelhaften Ausführung der Gussasphaltarbeit kann daher nicht auf eine mangelhafte Bauüberwachung geschlossen werden.	41
bb)	42
Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht eine Pflichtverletzung verneint.	43
Das Landgericht hat sich auf die Ausführungen des Sachverständigen gestützt, wonach die erste Charge Gussasphalt zu überprüfen sei und auch von erfahrenen Bauleitern nicht erwartet werden könne, dass ständig Asphaltierungsarbeiten überprüft werden, wenn die	44

zunächst eingebauten Flächen mängelfrei seien. Eine weitergehende Überwachungspflicht ist auch nach Ansicht des Senats nicht anzunehmen. Denn je weniger gefahrenträchtig das Ergebnis der Arbeiten für den Bestand des Bauwerks oder die Gesundheit der Nutzer ist, umso weniger intensiv sind die einzelnen Gewerke durch den Architekten zu überwachen. Bei Anlegung dieses Maßstabs hat der Architekt bei der Einbringung von Gussasphalt eine Qualitätskontrolle durchzuführen. Wenn die erste hergestellte Gussasphaltfläche geprüft wurde und sich dabei keine Mängel zeigten, muss die Herstellung der weiteren Flächen nicht mehr beobachtet werden. Denn zeigt der Unternehmer bei der Einbringung der ersten Gussasphaltfläche, dass er die Ausführung dieser Arbeit beherrscht, gibt es keinen Anlass für eine kontinuierliche Kontrolle der Arbeiten auf den weiteren Flächen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 2) in Bezug auf das gesamte Bauvorhaben „Exzenterhaus“ mit der Bauüberwachung beauftragt war. Angesichts des Umstands, dass bei diesem komplexen Bauvorhaben weitaus gefahrenträchtigere Arbeiten auszuführen waren, die intensiver Bauüberwachung bedurften, war es für die Beklagte zu 2) nicht angezeigt, die Einbringung von Gussasphalt kontinuierlich zu überwachen.

Hier hat die Insolvenzschuldnerin durch die ersten ausgeführten Arbeiten gezeigt, dass sie die Gussasphaltflächen mängelfrei herstellen kann und das Vertrauen begründet, dass die Einbringung weiterer Flächen nicht überwacht werden müssen. 45

Zunächst sind die beigefarbenen Flächen eingebracht worden, die unstreitig mängelfrei sind. Insoweit hat die Beklagte zu 2) vorgetragen, dass der Bauleiter I die Erbringung der Gussasphaltarbeiten – auch in dem beigefarben auszuführenden Bereich – über mehrere Stunden pro Tag überwacht habe. Der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten zu 2) hat im Termin vom 30.11.2016 zudem erklärt, anfangs persönlich bei der Einbringung des Gussasphalts vor Ort gewesen zu sein, auch bei Anlegung der ersten grünen Fläche. Ob das erstmalige Bestreiten dieses Vortrag durch die Klägerin im Termin – wie das Landgericht meint – verspätet ist, kann dahin stehen. Denn jedenfalls obliegt der Klägerin die Darlegungs- und Beweislast, dass eine Bauüberwachung nicht stattgefunden hat. Beweis hat sie nicht angetreten. War die beigefarbene Fläche, die eine Größe von 171,63 m² hat, mängelfrei, begründete dies zumindest ein erstes Vertrauen in die handwerklichen Fähigkeiten der Insolvenzschuldnerin. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob – wie die Klägerin meint - die beigefarbene Fläche und die grüne Fläche nicht vergleichbar sind, weil erstere nur eine Randeinfassung darstellt und die grünen Fläche eine von Fahrzeugen genutzte Verkehrsfläche. Auch bedarf keiner Aufklärung, ob die Zusammensetzung des einzubauenden Asphaltgemisches bei der beige und der grünen Fläche nicht vergleichbar ist. Denn jedenfalls hat die Insolvenzschuldnerin gezeigt, dass sie einen Gussasphalt mängelfrei herstellen kann und ein entsprechendes Vertrauen begründet. 46

Hinzu tritt, dass im Anschluss die erste grüne Asphaltfläche ausgeführt wurde. Auch in Bezug auf diese Fläche hat die Beklagte zu 2) vorgetragen, dass der Bauleiter I die Erbringung der Gussasphaltarbeiten über mehrere Stunden pro Tag überwacht habe. Wie bereits ausgeführt, hat der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten zu 2) im Termin vom 30.11.2016 zudem erklärt, auch bei Anlegung der ersten grünen Fläche vor Ort gewesen zu sein. Die Beklagte zu 2) hat schon in 1. Instanz ergänzend vorgetragen, dass nach dem Aufbringen der ersten grünen Fläche vor dem Haupteingang eine Besichtigung durchgeführt worden sei, Mängel nicht festgestellt worden seien. Ihren Vortrag hat die Beklagte zu 2) in 2. Instanz dahingehend konkretisiert, dass die Mitarbeiter X, D und U bei Einbringung der ersten grünen Asphaltfläche ab 7.30 Uhr bis abends vor Ort gewesen seien. Dafür, dass die Bauüberwachung unterblieben ist, hat die Klägerin keinen Beweis angetreten. 47

Da nicht nur die beige Fläche, sondern auch die erste grüne Fläche unstreitig mangelfrei ausgeführt wurde, war die Beklagte zu 2) nicht veranlasst, die weiteren Arbeiten permanent zu überprüfen. Ausreichend waren nach Ansicht des Senats wenige Stichproben, über deren Vornahme die Beklagte zu 2) nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hatte. Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass – wie der Sachverständige Q in seiner mündlichen Anhörung am 30.11.2016 (Bl. 713 R d. A.) anschaulich geschildert hat - der eingebrachte Gussasphalt kurzzeitig in etwa 1 m Abstand mit Sand abgestreut wird und ein Bauleiter daher nur ca. 1 bis 2 m Fläche im Blick haben kann, bevor diese abgestreut wird. Bei dieser Sachlage kann nicht festgestellt werden, dass für die Beklagte zu 2) bei Stichproben während der Einbringung des Gussasphalts gerade auch eine mangelhafte Fläche erkennbar war.

cc) 49

Dem Antrag der Klägerin, ein weiteres Sachverständigengutachten eines Sachverständigen, der mit der heutigen Praxis des Gussasphalteinbaus vertraut ist, einzuholen, war nicht nachzukommen. 50

Nach § 412 Abs. 1 ZPO kann das Gericht im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eine neue Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet. Ein Gutachten ist insbesondere dann ungenügend, wenn es unvollständig, widersprüchlich oder nicht überzeugend ist, wenn es von unzutreffenden Tatsachen ausgeht oder sich diese durch einen neuen (zu berücksichtigenden) Vortrag geändert haben, wenn der Sachverständige nicht die erforderliche Sachkunde hat oder es neue wissenschaftliche Erkenntnisse gibt (vgl. Huber in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 412, Rn. 1; Zimmermann in: MünchKomm ZPO, 5. Aufl. 2016, § 412, Rn. 2). 51

Der Senat vermag das Vorliegen keiner dieser Voraussetzungen festzustellen. Der Antrag der Klägerin knüpft zum einen daran an, dass der Sachverständige Q 86 Jahre alt ist und sich bereits seit einiger Zeit im Ruhestand befindet. Zum anderen ist er Folge der eigenen Aussage des Sachverständigen, dass er nur wenige Baustellen selbst betreut habe. Aus diesen Umständen kann indes nicht geschlossen werden, dass der Sachverständige nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt. Er ist Sachverständiger für Asphalt und Bitumenwerkstoffe im Hoch-, Industrie- und Straßenbau und damit ersichtlich für die Beantwortung der ihm gestellten Beweisfragen hinreichend qualifiziert. Dass der Sachverständige im Alter von 86 Jahren noch tätig ist, lässt auf eine jahrzehntelange Berufserfahrung schließen. Dass die Ausführungen des Sachverständigen nicht dem aktuellen Stand der Praxis und Wissenschaft entsprochen hätten, hat auch die Klägerin nicht behauptet. Weder die schriftlichen noch die mündlichen Ausführungen des Sachverständigen enthalten einen Hinweis darauf, dass der Sachverständige nicht über die Erkenntnisse verfügt, die für eine Beantwortung der Beweisfragen nach dem aktuellen Stand der Praxis und Wissenschaft erforderlich sind. Dass der Sachverständige nur wenige Baustellen selbst betreut hat, lässt keinen Zweifel an seiner Sachkunde aufkommen. Denn der Senat hält es für eine qualifizierte Beantwortung der Beweisfragen nicht für erforderlich, dass der Sachverständige umfangreiche eigene Erfahrungen bei der Überwachung der Einbringung von Gussasphalt gesammelt hat. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich hierbei um keine besonders gefahrenträchtige und schwierige Tätigkeit, die einer intensiven Bauüberwachung bedürfte. Bei dieser Sachlage ist von einem Sachverständigen auch keine besondere Erfahrung zu fordern, die er nur durch umfangreiche praktische Erfahrungen im Bereich der Bauüberwachung erworben haben kann. 52

2. 53

Die Klägerin steht gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280 BGB auch kein Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung bei der Rechnungsprüfung zu.	54
a)	55
Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrag war die Beklagte zu 2) mit der Bauüberwachung (Leistungsphase 8 des § 15 Abs. 2 HOAI a.F.) beauftragt. Zu diesem Leistungsbild gehört auch die Rechnungsprüfung. Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt muss feststellen, ob die Leistungen rechnerisch, vertragsgemäß und fachtechnisch einwandfrei erbracht sind. Die Rechnungsprüfungspflicht erstreckt sich auch auf Abschlagszahlungen. Fehler bei der Rechnungsprüfung können eine Schadensersatzverpflichtung begründen (vgl. BGH, Urteil v. 04.04.2002 – VII ZR 295/00, NZBau 2002, 456; BGH, Urteil v. 14.05.1998 – VII ZR 320/96, recherchiert über Juris; Löcher/Koeble/Frick, HOAI, 8. Aufl. 2002, § 15, Rn. 192, 219; Koeble in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 12. Teil, Rn. 740).	56
b)	57
Das Landgericht hat eine Pflichtverletzung mit der Begründung verneint, dass während der beaufsichtigten Arbeiten kein Anlass für die Beklagte zu 2) bestanden habe, die Mangelhaftigkeit der Arbeiten zu erkennen. Die Mängel hätten nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen erst später festgestellt werden können. Der Sachverständige Q hat in seiner mündlichen Anhörung angegeben, nach dem Abkehren des Sandes verbleibe noch Restsand in den Poren. Der in den Poren verbliebene Sand werde erst im Lauf der Zeit abgetragen. Durch den verbliebenen Sand erscheine die Oberfläche zunächst glatter als sie tatsächlich sei. Nach dem Absanden oder Absplitten erscheine die Oberfläche gleichmäßig. Die Mängel könne man erst später feststellen (Bl. 714 d. A.). Diese Ausführungen sind dahin zu verstehen, dass nach dem Abfegen der Fläche am 11.03.2013 noch keine Mängel erkennbar waren.	58
An die vom Gericht des 1. Rechtszugs festgestellten Tatsachen ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Mit dem Einwand, der Beklagten zu 2) hätten nach Absanden und Reinigung der grünen Gussasphaltflächen die umfangreichen optischen Mängel auffallen müssen, bringt die Klägerin keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel vor. Sie wiederholt lediglich ihren erstinstanzlichen Vortrag, den das Landgericht bereits berücksichtigt hat. Mit den Ausführungen des Sachverständigen setzt sie sich indes nicht auseinander.	59
c)	60
Erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin die Ansicht vertreten, der Architekt könne sich nicht darauf zurückziehen, dass noch Sand auf der Oberfläche der Gussasphaltfläche verblieben sei und Mängel daher noch nicht erkennbar gewesen seien. Er müsse dann die Überprüfungsfähigkeit des Werkes herbeiführen. Auch räume die VOB/B hinreichende Fristen für die Überprüfung des Werkes ein.	61
Eine diesbezügliche Pflichtverletzung vermag der Senat nicht festzustellen.	62
Richtig ist, dass nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B (2012), deren Geltung zwischen der Klägerin und der Insolvenzschuldnerin vereinbart wurde, Ansprüche auf Abschlagszahlung binnen 21 Tagen nach Zugang einer prüfbaren Aufstellung der erbrachten Leistungen fällig werden.	63

Damit wird dem Bauherrn bzw. hier dem Architekten ein angemessener Prüfungszeitraum eingeräumt. Danach ist es nicht erforderlich – wie hier geschehen –, Abschlagszahlungen binnen einer Woche freizugeben. Die Beklagte zu 2) war aber auch nicht verpflichtet, die Frist vollständig auszunutzen. Die Beklagte zu 2) war allerdings verpflichtet, vor Freigabe von Abschlagszahlungen das Werk stichprobenartig zu überprüfen. Allerdings vermag der Senat nicht festzustellen, dass die Beklagte zu 2) bei einer stichprobenartigen Überprüfung der Flächen die Mangelhaftigkeit der grünen Fläche hätte feststellen können. Denn an welchen Stellen die Beklagte zu 2) Stichproben macht, hat sie selbst nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Stellen müssen, da es sich um Stichproben handelt, nur geeignet sein, einen Schluss auf die Mangelfreiheit des Werkes zuzulassen. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte zu 2) die Stichproben genau an den Stellen gemacht hätte, an denen auch bei weiterer Entfernung verbliebenen Sandes Mängel sichtbar waren. Denn der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 25.08.2014 ausgeführt, dass sich zu gut 50 % eine raue Oberfläche zeige, eine oberflächlich geschlossene, d.h. sandpapierrauhe Oberfläche sei zu höchstens 50 % vorhanden (Seite 5 f. des Gutachtens). An dem Tag der Ortsbesichtigung habe es vorher geregnet, so dass die rauerer Stellen besser sichtbar gewesen seien. Die glattere Oberfläche trockne anders ab als die raue, in der sich die Feuchtigkeit länger halte. Dass und in welchem Umfang die Beklagte zu 2) bei Stichproben – eventuell auch noch bei trockenem oder Regenwetter – auf Flächen gestoßen wäre, die Mängel zeigen, kann daher nicht festgestellt werden. Auch nach der ausreichenden Beaufsichtigung der Herstellung der Gussasphaltschicht mussten Stichproben am fertigen Werk keinen solchen Umfang annehmen, dass dabei mit Sicherheit auf eine mangelhafte Stelle gestoßen werden musste.

II. 64

Auch mit dem Hilfsantrag, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, hat die Klägerin keinen Erfolg. 65

Die begehrte Aufhebung und Zurückverweisung kommt gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nur dann in Betracht, wenn das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Diese Voraussetzungen liegen nach dem Gesagten nicht vor. 66

C. 67

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO. 68

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 69