
Datum: 17.04.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 49/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0417.11U49.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 91 O 49/96

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 09.08.2000 verkündete Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 91 O 49/96 - wird zurückgewiesen. Die Kosten der Berufung fallen den Beklagten als Gesamtschuldnern zur Last. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gesamten von der Klägerin aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Sicherheitsleistung kann von beiden Parteien auch durch die schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts erbracht werden.

Tatbestand

1

##blob##nbsp;

2

Die Klägerin klagt als Inhaberin von ihr gepfändeter und ihr überwiesener Forderungen der H. Schalungsbau GmbH (im Folgenden: hsb) gegen die Beklagten als Drittschuldner.

3

Die Beklagten (die Beklagte zu 2 inzwischen in nach dem UmwG geänderte Rechtsform) wurden im Jahre 1992 als Bietergemeinschaft von der B.D. mit der Ausführung der Rohbauarbeiten für die Hochbauten in der Vergabeeinheit C+D für das Bauvorhaben "Neubauten für den D.B. an der K.-S.-Straße in B." ("S.-Bau") beauftragt. Sie schlossen sich deshalb zur A. Rohbau C+D W. ##blob##amp; T. - H. Beton- und Wasserbau GmbH (im

4

Folgenden: A.) zusammen, an der sie zu je 50 % beteiligt waren. Die technische Geschäftsführung oblag nach dem A.-Vertrag der Beklagten zu 2, die kaufmännische Geschäftsführung oblag der Beklagten zu 1. Inhalt des der A. erteilten Auftrages war es, auf der Decke des ersten Untergeschosses die Gebäude A 2 (Abgeordnetenhaus 2) und WD (Wissenschaftlicher Dienst) zu errichten. Die A. hatte die Schalungsarbeiten an die hsb und die Firma R. vergeben, wobei die Firma R. die Montageleistungen zu erbringen und die hsb das Schalungsmaterial zu beschaffen, bereitzustellen, vorzuhalten und am Ende der Bauzeit abzutransportieren hatte. Außerdem hatte die hsb die Arbeitsvorbereitung, die Koordinierung mit der Firma R. und die Einweisung des Personals sowie die Bauleitung in einem im einzelnen streitigen Umfang zu erbringen. Vereinbart war die VOB/B. Fertigstellungstermin sollte der 28.02.1994 sein.

Zur Fertigstellung kam es infolge eines Rheinhochwassers nicht, durch das ab dem 22.12.1993 die Baustelle voll lief. Einzelheiten dieses Sachverhalts ergeben sich aus dem Tatbestand des bei den Akten befindlichen Senatsurteil vom 23.08.2000 (11 U 226/99 - Leitsatz in BauR 2001, 459 f.; hier Bl. 1120 ff. d.A.), ferner aus dem den Parteien bekannten Senatsurteil vom 27.04.2001 (11 U 63/00, teilweise veröffentlicht in OLGR 2001, 268 ff. und NJW-RR 2002, 15 ff.); darauf wird Bezug genommen. Die Bundesbaudirektion ließ die Arbeiten stoppen und erteilte ein Betretungsverbot. 5

Unter dem 22.04.1994 teilte die A. der hsb die ihr gegenüber von der Bundesbaudirektion erklärte Kündigung mit und kündigte ihrerseits hilfsweise. In der Zeit vom 20.07. bis 26.10.1994 ließ die A. den überwiegenden Teil des Schalungsmaterials ausbauen, der dann von der hsb abgefahren wurde. 6

Die Klageforderung betrifft verschiedene Rechnungen über durchgeführte und nicht durchgeführte Arbeiten und Stillstandskosten. Dazu haben die Parteien erstinstanzlich im Einzelnen vorgetragen. Auf den schriftsätzlichen Vortrag nebst den überreichten Unterlagen und dessen Darstellung in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. 7

Die Klägerin hat beantragt, 8

##blob##nbsp; 9

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 3.769.625,43 DM nebst kapitalisierten Zinsen in Höhe von 734.823,00 DM sowie Zinsen in Höhe von 12% p.a. aus 2.769.625,43 DM und in Höhe von 14% p.a. aus 1.000.000,00 DM seit dem 01.01.1996 abzüglich am 31.01.1996 gezahlter 325.204,04 DM zu zahlen. 10

Die Beklagten haben beantragt, 11

##blob##nbsp; 12

die Klage abzuweisen. 13

Das Landgericht hat nach der Einvernahme von Zeugen (Bl. 235 ff. und 262 ff. d.A.) und der Einholung eines Sachverständigengutachtens (Bl. 546 ff. d.A.) über die Rechnung Nr. 91-191094 über 848.621,96 DM (K 37; betreffend nicht ausgeführte Leistungen) durch Grundurteil und über die übrigen Rechnungen (K 18, 20, 24, 25, 30, 34, 36, 45 bis 54 und 58 bis 65) durch Teilurteil entschieden; insoweit hat es der Klägerin 2.135.472,40 DM abzüglich gezahlter 325.204,04 DM zuerkannt und die weiter gehende Klage abgewiesen; die Entscheidung über den - teilweise kapitalisierten - Zinsanspruch hat es dem Schlussurteil 14

vorbehalten. Hinsichtlich der Ausführungen des Landgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Zugleich hat das Landgericht einen Beweisbeschluss erlassen, dessen Ausführung wegen des laufenden Berufungsverfahrens bisher nicht erfolgt ist (Bl. 1065 d.A.).

Gegen das ihren erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 24.08.2000 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit einem am Montag, den 25.09.2000 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 05.01.2001 eingegangenen Schriftsatz begründet. 15

Die Beklagten wiederholen und ergänzen ihr erstinstanzliches Vorbringen und greifen die Ausführungen des Landgerichts in einzelnen Punkten an. Auf die einzelnen Einwendungen wird in den nachfolgenden Entscheidungsgründen näher eingegangen. 16

Die Beklagten beantragen, 17

##blob##nbsp; 18

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insoweit insgesamt abzuweisen, als die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von mehr als 63.980,51 DM (389.184,55 DM abzüglich am 31.01.1996 gezahlter 325.204,04 DM) verurteilt worden sind, und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft zu gestatten. 19

Die Klägerin beantragt, 20

##blob##nbsp; 21

die Berufung zurückzuweisen und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft zu gestatten. 22

Sie wiederholt und ergänzt ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt die Ausführungen des Landgerichts. Ergänzend bezieht sie sich für die Begründetheit der Klage auf Feststellungen, die der Senat an anderer Stelle zur Verantwortlichkeit der Beteiligten für den durch das fragliche Hochwasser entstandenen Schaden getroffen hat; auf Einzelheiten wird in den nachfolgenden Entscheidungsgründen eingegangen. 23

Insgesamt wird hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz auf die Schriftsätze und die überreichten Unterlagen Bezug genommen. 24

Der Senat hat Beweis erhoben durch die Vernehmung von Zeugen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 27.02.2002 (Bl. 1200 ff. d.A.) Bezug genommen. 25

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 26

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 27

Das Landgericht hat der Klage zu Recht teilweise stattgegeben. Der Klägerin stehen die zuerkannten Ansprüche gegen die Beklagten zu. 28

Hinsichtlich der Rechnungen Nr. und (Anlagen K 20 und 36) ist das Urteil des Landgerichts nicht angegriffen. Hinsichtlich der Rechnungen Nr. und sowie der Kosten der Reinigung und für Gewaltschäden (Anlagen K 25 und 34 sowie Bl. 51 d.A. in Verbindung 29

mit K 53, 54, 58, 59) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat dagegen keine (Anschluss-) Berufung eingelegt.

Soweit das Urteil des Landgerichts angefochten ist, gilt Folgendes: 30

I. Ausgeführte Leistungen 31

1. Darüber, dass diese zu vergüten sind, streiten die Parteien nicht. Dies kann auch nicht zweifelhaft sein. Der Anspruch ergibt sich aus den §§ 2 Nr. 1, 2 VOB/B, 631 BGB (für eine Anwendung des § 645 BGB - dazu BGHZ 136, 303 ff. = BauR 1997, 1019 ff. - S.-Bau I - und BGHZ 137, 35 ff. = BauR 1997, 1021 ff. - S.-Bau II - besteht nach dem vorgetragenen Sachverhalt kein Bedürfnis). 32

2. Hinsichtlich der die ausgeführten Leistungen betreffenden Rechnungen gilt Folgendes: 33

a) Rechnung Nr. 59-260795 34

Die Rechnung (Anlage K 18) betrifft die tatsächlich vertragsgemäß ausgeführten Leistungen. Hinsichtlich der Ausführungen zu dieser Rechnung greifen die Beklagten das angefochtene Urteil insoweit an, als das Landgericht statt des unter dem 31.01.1994 vereinbarten Nachlasses von 200.000,00 DM (Anlage K 19) einen (wegen der fehlenden Fertigstellung der Arbeiten) anteilig gekürzten Nachlass von nur 128.076,29 DM anerkannt hat; die Beklagten meinen, dass die restlichen 71.923,71 DM noch von der Klagesumme abgezogen werden müssen. Dazu behaupten die Beklagten, der Nachlass sei wegen unvollständiger Leistungserbringung der hsb in 35

der Vergangenheit vereinbart worden. Die Klägerin macht geltend, die Vereinbarung vom 31.01.1994 (K 14) habe darauf beruht, dass die hsb von an sich zu erbringenden Bauleitungsaufgaben entbunden wurde; deshalb sei die anteilige Kürzung berechtigt. Der Senat hat zu der streitigen Frage die von der Beklagten benannten Zeugen D. und L. und den von der Klägerin benannten Zeugen S. vernommen. 36

Nachdem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Nachlass entgegen der Behauptung der Beklagten nicht ausschließlich die fehlende oder unvollständige Leistungserbringung der hsb in der Vergangenheit betraf. Sämtliche genannten, insbesondere auch die von den Beklagten benannten Zeugen haben übereinstimmend und glaubhaft bekundet, dass anlässlich der Vereinbarung vom 31.01.1994 über eine Beschränkung des Nachlasses auf die in der Vergangenheit von der hsb nicht ausgeführte Bauleitertätigkeit nach ihrer Kenntnis nicht gesprochen worden sei. Alle Zeugen sind davon ausgegangen, dass der Nachlass auch den Wegfall der Leistungspflicht der hsb hinsichtlich der Bauleitungstätigkeit habe erfassen sollen, der bei vollständiger Durchführung der Arbeiten zukünftig noch notwendig geworden wäre, weil die hsb von der Bauleitungstätigkeit, die sie in der Vergangenheit nicht ausgeführt hatte, für die Zukunft habe entbunden werden sollen. 37

Die vom Landgericht vorgenommene anteilige Kürzung des Nachlasses ist danach berechtigt. Infolge der letztlich endgültigen Einstellung der Arbeiten waren von den Beklagten anstelle der hsb weniger Bauleitungsaufgaben wahrzunehmen, als bei vollständiger Durchführung des Objekts erforderlich gewesen wäre. Gegen die Berechnung der Kürzung, wie sie das Landgericht vorgenommen hat, erheben die Beklagten mit der Berufung keine Einwände. 38

b) Rechnung Nr. 111-261193

Diese Rechnung (Anlage K 24) betrifft eine Forderung in Höhe von 1.598,16 DM für hergestellte Kisten und gelieferte Stahlträger. Der Zeuge L. hat erstinstanzlich (Bl. 240 f. d.A.) bekundet, dass diese Gegenstände von den Betonpolieren in Anwesenheit von Vertretern der Beklagten bzw. von deren Oberpolier angefordert worden seien. Die Beklagten stellen in der Berufungsbegründung (S. 7 = Bl. 1105 d.A.) in Abrede, dass sich daraus ein Auftrag der Beklagten ergebe. Die Klägerin behauptet einen ihr erteilten Auftrag. 40

Der Senat hat zu dieser Frage die Zeugen L. und S. vernommen. Der Zeuge L. hat glaubhaft bekundet, die Rechnung betreffe von der hsb auf der Baustelle gelagertes Material, welches die Beklagten für eigene Zwecke benötigt und verwendet hätten. Es habe sich zum einen um Spanplatten gehandelt, aus denen die A. nach Ankündigung ihres Poliers Kisten gefertigt habe, zum anderen um Stahlträger, die dem Oberpolier der A., Herrn W., auf dessen Anfrage überlassen worden seien, da die A. eine Bühne (Ausleger) habe fertigen müssen. Die der A. überlassenen Teile seien jeweils ausgemessen und auf dieser Grundlage sei die Rechnung geschrieben worden. Der Zeuge S. hat diesen Sachverhalt, der ihm zum Teil aufgrund der vom Zeugen L. erteilten Informationen bekannt war, glaubhaft bestätigt. 41

Danach hat das Landgericht den Rechnungsbetrag zu Recht zuerkannt. Die Lieferung der in Rechnung gestellten Teile war nicht Gegenstand der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen. Es handelte sich auch nicht um einen Fall des § 2 Nr. 6 VOB/B (Vergütung für zusätzliche Leistungen). Die getätigten Lieferungen hatten mit der an sich von der hsb zu erbringenden Leistung nichts zu tun, diese stellte der A. lediglich auf Anforderung ihr gehörendes Material zur eigenen Verwendung zur Verfügung. Bei derartigen Fallgestaltungen handelt es sich um nachträglich verlangte selbständige Leistungen, die ohnehin vergütungspflichtig sind (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., § 2 Rn. 261 mit weiteren Nachweisen). Dabei kann dahinstehen, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Entweder ist der vom Verkäufer - hier durch die Rechnung der hsb - bestimmte bzw. übliche Kaufpreis (§§ 315, 316 BGB; vgl. Palandt/Putzo, 61. Aufl., § 433 Rn. 28) oder die übliche Vergütung (§ 632 BGB) geschuldet. Zur Höhe greift die Berufung den zugesprochenen Rechnungsbetrag nicht an. 42

Zur Klarstellung sei noch Folgendes ausgeführt: Der Senat versteht die Aussage des Zeugen L. auch unter Berücksichtigung des Satzes, die Stahlträger hätten aufgrund des Baustopps nicht ausgebaut werden und auch nicht an die hsb zurück gehen können, dahin, dass eine endgültige Überlassung an die A. von dieser gefordert und von der hsb auch gewollt war. Geht man mit dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung von einer beabsichtigten nur zeitweisen Überlassung (Leihe) aus, so ist der Zahlungsanspruch gleichwohl begründet. Die Beklagten haben dann die ihnen obliegende Rückgabepflicht (§ 604 BGB) aus von ihnen zu vertretenden Gründen (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen unter II.) nicht erfüllt und können dies auch nicht mehr, so dass sie gemäß § 280 Abs. 1 BGB haften. 43

c) Rechnung Nr. 15-140294 44

Diese Rechnung (Anlage K 30) betrifft einen Betrag von 10.636,05 DM, den das Landgericht für ein Unterzugschalungssystem zuerkannt hat (Urteil S. 7 = Bl. 1056 d.A.). Die A. habe dieses System nach der glaubhaften Aussage des Zeugen S. (Bl. 238 d.A. zu Ziffer 4) angefordert, sie sei auf Mehrkosten hingewiesen worden (vgl. auch Schreiben vom 30.11.1993 = K 31); die Aussage des Zeugen D. (Bl. 265 f. d.A.) überzeuge dagegen nicht. Die Beklagten tragen in der Berufungsbegründung (S. 7 = Bl. 1105 ff. d.A.) vor, die Klägerin 45

habe nicht gemäß Ziffer 2.5 der Bedingungen W###blob###amp;T 806-3/88 (Anlage K 4) vor Ausführungsbeginn eine Preisänderung vereinbart oder sich eine solche unmittelbar nach Kenntnisnahme von den veränderten Umständen schriftlich vorbehalten; die hsb habe erst ca. 5 Monate nach Ausführung einen höheren Preis verlangt. Die Klägerin trägt dazu in der Berufungserwiderung (S. 31 ff. = Bl. 1175 ff.) vor und verweist insbesondere auf ein Schreiben vom 08.09.1993 (Bl. 1181 d.A.).

Der Senat hat zu dieser Frage die Zeugen D., S. und L. vernommen. Danach ist der geltend gemachte Anspruch (in der zuerkannten Höhe) begründet. 46

Der Zeuge D. hat bekundet, er habe sich mit dem Bauleiter der hsb, Herrn P., über die Änderung des Schalungssystems geeinigt und dabei klar gestellt, dass der A. durch die Umstellung keine zusätzlichen Kosten entstehen dürften oder würden. Der Zeuge S. hat dem gegenüber glaubhaft ausgesagt, er habe die Verhandlungen über die Änderung des Unterschulungssystems mit dem Zeugen D. geführt. Es sei zwar richtig, dass der Zeuge D. erklärt habe, auf die A. dürften durch die - von der A. zwecks Beschleunigung der Arbeiten geforderte - Änderung keine Kosten zukommen; allerdings habe er, der Zeuge S., dem widersprochen und darauf hingewiesen, dass durch die Systemänderung neue, höhere Kosten entstünden. Letzteres hat der Zeuge L. glaubhaft bestätigt. 47

Bei dieser Sachlage ist es zwar zu keiner Einigung der hsb und der A. über von letzterer wegen der Systemänderung zu tragende Kosten gekommen. Es ist aber festzustellen, dass die hsb vor der Ausführung der geänderten Leistung eine höhere Vergütung im Sinne des § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ausreichend deutlich angekündigt (dazu Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 2 VOB/B Rn. 270) und sich eine solche auch im Sinne der Ziffer 2.5 der Bedingungen W###blob###amp;T 806-3/88 (Anlage K 4) vor Ausführungsbeginn deutlich vorbehalten hat. Nach dem Inhalt des Gesprächs, das die Zeugen S. und L. geschildert haben, war dem Zeugen D., der die Systemänderung gefordert hatte und der als Oberbauleiter der A. auch zur Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen in diesem Zusammenhang für diese zuständig war, klar, dass die hsb die Systemänderung nicht durchführen werde, ohne der A. die dadurch entstehenden höheren Kosten in Rechnung zu stellen. 48

Allerdings hat die hsb ihren Vorbehalt nicht in der in der genannten Vertragsklausel vorausgesetzten Schriftform erklärt. Dies beeinträchtigt indes den vom Landgericht zuerkannten Anspruch nicht. Hängt eine zusätzliche Vergütung für im Bauvertrag nicht oder abweichend von der später tatsächlich gewählten Ausführungsart vereinbarte Leistungen von einem Ankündigungserfordernis ab, so tritt ein Verlust des Vergütungsanspruchs nur ein, wenn der mit der Ankündigung bezweckte Schutz des Auftraggebers im konkreten Fall hätte verwirklicht werden können (vgl. BGH, BauR 1996, 542 f., zu § 2 Nr. 6 VOB/B). Der zusätzliche Vergütungsanspruch kann mithin weder von der Ankündigung selbst noch von der dafür vertraglich vorgesehenen Form abhängen, wenn diese für den bezweckten Schutz entbehrlich waren. So liegt es im Streitfall. Nach den Aussagen der vernommenen Zeugen bestand die A. auf einer Änderung des Schalungssystems, um die Arbeit der Eisenflechter zu erleichtern und zu beschleunigen. Sie lehnte zwar eine Übernahme der Kosten ab; der hsb blieb aber im Interesse einer zügigen möglichst vertragsgerechten Fortsetzung der ohnehin rückständigen Arbeiten an dem Großprojekt kaum eine andere Wahl, als sich der Forderung der A. zu beugen und einen Streit über die Kostenfrage später auszutragen. Nach der Überzeugung des Senats hätte sich am Ablauf der Dinge nicht das Geringste geändert, wenn die hsb sich die Geltendmachung einer durch die Systemumstellung bedingten höheren Vergütung bereits vor der Umstellung im Juli 1993 schriftlich vorbehalten hätte; auch eine Mitteilung des Inhalts der Schreiben vom 08.09.1993 und 30.11.1993 bereits vor der 49

Systemumstellung hätte zu keinem wesentlich abweichenden Geschehensablauf geführt: die Arbeiten mussten zügig durchgeführt und die unterschiedlichen Vorstellungen der Parteien über die Kostenbelastung einer späteren, eventuell gerichtlichen Klärung überlassen werden.

Einwendungen gegen die Höhe des vom Landgericht aufgrund sachverständiger Beratung zuerkannten Betrages erheben die Beklagten mit der Berufung nicht. 50

d) Rechnung Nr. 46-040594 51

Diese Rechnung (Anlage K 65) betrifft Skontodifferenzen in Höhe von 12.235,27 DM. Das Landgericht hat den gegen die Berechnung gerichteten Vortrag der Beklagten für unsubstantiiert gehalten (Urteil S. 14 = Bl. 1063 d.A.). Die dagegen gerichteten Berufungsangriffe (Berufungsbegründung S. 20 = Bl. 1118 d.A.) überzeugen nicht. Die Beklagten müssen substantiiert vortragen, dass sie den Fehlbetrag aufgrund berechtigter Skontoabzüge nicht zu zahlen hatten. Ob die Beanstandungen der Klägerin aus sich heraus verständlich sind, ist daher unerheblich. Die Klägerin darf sich darauf beschränken, ihren vertraglichen Anspruch geltend zu machen. Der Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe sich erst mit Schreiben vom 04.05.1994 beschwert, hilft nicht weiter. 52

II. Nicht ausgeführte Leistungen 53

Darauf bezieht sich die Rechnung Nr. 91-191094 (Anlage K 37), die dem Grundurteil zugrunde liegt. Das Landgericht bejaht den Anspruch dem Grunde nach aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B. Das Landgericht will insoweit zur Höhe der in den Anlagen K 37 ff. ausgewiesenen Positionen Beweis erheben. Im Ergebnis erweist sich das angefochtene Urteil insoweit als richtig. 54

1. Die Beklagten meinen, auf die Folgen des allgemeinen Kündigungsrechts des Bestellers könne nicht abgestellt werden, weil sie nach § 6 Nr. 7 VOB/B, also wegen einer länger als drei Monate dauernden Unterbrechung der Bauausführung habe kündigen können. Dieser Einwand ist nach der jetzigen Beurteilungsgrundlage nicht berechtigt. 55

Das Kündigungsrecht aus § 6 Nr. 7 VOB/B ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber den Baustillstand zu vertreten hat (Senat, OLGR 2000, 1, 4 = NJW-RR 2000, 389 ff. - S.-Bau). Zu vertreten hat der Auftraggeber schuldhaftes Fehlverhalten anderer Baubeteiligter, das er sich gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss. Ein solches zuzurechnendes Fehlverhalten liegt hier vor. 56

a) Nicht tragfähig ist allerdings die Begründung des Landgerichts, die Beklagten (A.) müssten sich ein Verschulden der A.n A und/oder B zurechnen lassen. Diese Beurteilung beruht auf der Auffassung, der Vorunternehmer sei Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers. Dies wird zwar teilweise vertreten (z.B. OLG Düsseldorf, BauR 1999, 1309 ff. = NJW-RR 1999, 1543 ff.). Der Bundesgerichtshof vertritt aber in ständiger Rechtsprechung die entgegen gesetzte Auffassung (zuletzt in der nach dem Urteil des OLG Düsseldorf ergangenen Entscheidung BGHZ 143, 32, 37 = NJW 2000, 1336 ff. = BauR 2000, 722 ff. = NZBau 2000, 187 ff.; die Entscheidung des OLG Düsseldorf lehnen hinsichtlich der Anwendung des § 278 BGB ab: Kniffka, BauR 1999, 1312 ff.; Kaiser, BauR 2000, 177 ff.; Siegburg, BauR 2000, 182 ff.), die auch der Senat für zutreffend hält. Dafür, dass die Beklagten sich hier gegenüber der hsb verpflichtet haben, für die Vorleistung der A.n A und B einstehen zu wollen (dazu BGHZ 143, 32, 37 f.), ist nichts vorgetragen. 57

b) Die Beklagte muss sich aber das Planungsverschulden der B.D. (Bauherrin) bzw. ihrer planenden Architekten zurechnen lassen. Der Senat hat durch Urteil vom 27.04.2001 - 11 U 63/00 - in dem Rechtsstreit zwischen der B.D. u.a. gegen die Beklagte zu 1) als Gesellschafterin der A.n A, B und F entschieden, dass die Bundesrepublik wegen eines Planungsverschuldens der eingeschalteten Architekten an der Entstehung der Hochwasserschäden vom Dezember 1993 ein Mitverschulden trifft. Der Senat hat dort u.a. ausgeführt:

##blob##nbsp;

59

Die Berufung der Beklagten zu 1) und 2) hat einen Teilerfolg, weil die Klägerin einen 50%-igen Schadensanteil selbst tragen muss. Die Haftung der Beklagten beschränkt sich auf die Hälfte des durch das Fehlen der Konsole entstandenen Schadens (§ 254 Abs. 1 BGB). Die Mitverantwortlichkeit der Klägerin ergibt sich dabei nach Überzeugung des Senats auf Grund des unstreitigen Geschehensablaufs und des Ergebnisses der erstinstanzlichen Beweisaufnahme. Die Klägerin muss sich - mit den Beklagten - nämlich die Tatsache vorhalten lassen, dass die Konsole im Bereich der Achse 42/L-Q ein Jahr nach Abschluss der (wesentlichen) Arbeiten der A. A und trotz der weiteren Bautätigkeit der Beklagten zu 1) und 2) in den A.n B und F nicht betoniert war, obwohl dieser Achsenbereich - wie die jedenfalls ab Frühjahr 1993 vorhandene Konsolenbewehrung zeigt - noch nicht völlig in Vergessenheit geraten sein konnte. Dieser Umstand ist ebenso wenig verständlich wie die Behauptung der Klägerin, dies sei ihr nicht bekannt gewesen bzw. dem sei von der Bauaufsicht keine Bedeutung beigemessen worden. Und schließlich ist noch nicht einmal im Zusammenhang mit den beim Herannahen des Hochwassers angeordneten Maßnahmen an die vordringliche Sicherung dieser Schwachstelle im Bereich der Achse 42 J/L-Q gedacht worden. Es spricht daher Vieles dafür, dass die Fehlstelle auf Auftragnehmer- wie auf Auftraggeberseite zwar bekannt war, dass aus Nachlässigkeit aber nicht bedacht wurde, welches Gefahrenpotential sich hieraus für den Hochwasserschutz ergab, so dass die Fertigstellung weder von der Klägerin veranlasst noch von den in Form der A. F weiter auf der Baustelle tätigen Beklagten zu 1) und 2) erledigt oder angeregt wurde.

##blob##nbsp;

61

Diese Erwägungen haben die Sachverständigen in ihre Feststellungen zutreffend einbezogen (1. Ergänzungsgutachten vom 31.03.1998, S. 20) ...

##blob##nbsp;

63

Nach dem erstinstanzlichen Beweisergebnis mag der Klägerin, was offen bleiben kann, eine unmittelbare "Kenntnis" der maßgeblichen Bediensteten der BBD nicht nachzuweisen sein; dies befreit sie jedoch nicht von dem Vorwurf der Mitverantwortlichkeit:

##blob##nbsp;

65

Zum einen muss die Klägerin sich, insoweit entgegen der Ansicht des Landgerichts, die Kenntnis der ABE zurechnen lassen; zum anderen beruht der Schadenseintritt, was nach Ansicht des Senats das Entscheidende ist, auf Kooperations-, Koordinierungs- und Kommunikationsmängeln, für die Klägerin ebenfalls einzustehen hat. In diesem Zusammenhang spielt die bereits behandelte Frage, ob hier es zu einer vertraglichen Änderung des Leistungsbildes der A. A gekommen ist, keine Rolle; denn selbst wenn es eine solche Vereinbarung in der behaupteten, aber unzulänglich dokumentierten Form gegeben hätte, wäre der Klägerin im Weiteren ein Kooperations-, Koordinierungs- und

##blob##nbsp;	67
Der Auftraggeber schuldet dem Auftragnehmer darüber hinaus im Rahmen der Koordinationspflicht, dass brauchbare und zuverlässige Pläne zur Verfügung gestellt sowie die Entscheidungen getroffen werden, die für einen reibungslosen Bauablauf unentbehrlich sind ... Das gilt für sämtliche, im weitesten Sinne aufzufassende planerische Unterlagen, die der Auftragnehmer braucht, um die ihm in Auftrag gegebene Leistung gemäß dem "Bestellerwillen" ordnungsgemäß ausführen zu können ... Betrifft die Planung besonders schadensträchtige Details, so müssen diese dem ausführenden Unternehmer in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutlicht werden ... Insoweit muss es sich der Auftraggeber im Verhältnis zum Auftragnehmer nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB zurechnen lassen, wenn der mit der Planung betraute Architekt und/oder Projektsteuerer die vertraglichen Mitwirkungspflichten des Auftraggebers nicht oder nur unzureichend wahrnimmt. Denn die sogenannte Ablaufplanung und -steuerung gehört zu den originären Auftraggeberaufgaben. ...	68
##blob##nbsp;	69
Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die vorstehend aufgezeigte Notwendigkeit einer vorausschauenden Planung für dieses von Prof. S. geplante Großprojekt bestanden hat, insbesondere im Hinblick auf die wegen der Rheinnähe latent vorhandene Hochwassergefahr und die dadurch drohenden Schäden. Die sich daraus ergebenden, dem eigenen und dem Schutz der bauausführenden A.n dienenden Pflichten ist die Klägerin selbst nur unzureichend nachgekommen.	70
##blob##nbsp;	71
Die auch in der Berufungsbegründung der Beklagten zu 1), 2) und 9) ... angesprochenen Bauverzögerungen waren in Anbetracht der ausführungsp parallelen Planung nicht ungewöhnlich; die Verschiebung der einzelnen Losgrenzen (vgl. das 1. Ergänzungsgutachten vom 31.03. 1998, S. 88), über die es nach den Bekundungen des Zeugen B. offensichtlich keine offiziellen "Aufzeichnungen" gab (Sitzungsprotokoll vom 10.06.1999, S. 10 = Bl. 1268 d.A.), waren damit vorprogrammiert. Gerade aus diesen, von vornherein absehbaren Umständen folgt aber, dass alle Baubeteiligten wegen der besonders gewichtigen und schadensträchtigen Umstände des Großprojekts nicht nur eindringlich zu unterrichten waren, sondern Koordination und Kommunikation in diesem Bereich durch klare planerische Vorgaben und Vorgaben zum eigentlichen Bauablauf selbst so weit wie möglich sicherzustellen waren. Das ist nicht in ausreichendem Maß geschehen. ...	72
##blob##nbsp;	73
Abgesehen von den den Auftragnehmern zu vermittelnden Kenntnissen über die Wichtigkeit der Konsole hätte die Klägerin deshalb durch ausreichende Maßnahmen sicher stellen müssen, dass das Fehlen einzelner für den Hochwasserschutz gewichtiger Bauteile nicht für längere Zeit unentdeckt bleiben konnte. Dies oblag ihr bzw. den beauftragten Architekten (ABE) nicht (nur) im Rahmen der Bauleitung, sondern, wie dA.legt, gerade auch im Rahmen der Planung und Koordination der dabei notwendig werdenden Bauabläufe. Der Klägerin selbst, die mit mehreren Bediensteten ständig auf der Baustelle anwesend war und durch ihre Vertreter an den zahlreichen Abnahmebegehungen teilnahm, war deshalb zuzumuten, den besonders gewichtigen und schadensträchtigen Bauteilen die	74

erforderliche Aufmerksamkeit zu widmen. Wäre dies durch die BBD, ABE oder den Projektsteuerer geschehen, hätte es nach den zutreffenden Feststellungen der Sachverständigen kaum geschehen können, dass das Fehlen der Konsole über nahezu ein Jahr und auch noch bei Herannahen des Hochwassers unentdeckt blieb (1. Ergänzungsgutachten vom 31.03.1998, S. 20).

##blob##nbsp;

75

Es steht für den Senat auf Grund des erstinstanzlichen Beweisergebnisses fest, dass angesichts der eigenen Sachkunde der Klägerin (BBD) und der von ihr eingeschalteten planenden und mit der Projektsteuerung betrauten Architekten es ohne Weiteres möglich gewesen wäre, Störungen im Bauverlauf, die den geplanten und von allen Beteiligten erkannten "Hochwasserschutz" gefährden konnten, wirksam zu begegnen. Die Klägerin hätte hier nicht nur dafür Sorge tragen und durch ihre Bedienstete der BBD überprüfen lassen müssen, dass die Beklagten zu 3) und 6) im Rahmen der von ihnen geschuldeten Tätigkeiten - u.a. sollten sie die rechtliche Abnahme durch die BBD vorbereiten - die kritischen Bauphasen sorgfältig erfassten, sondern sie hätte auch durch die BBD, die ABE und vor allem den eingeschalteten Projektsteuerer jederzeit sicherstellen müssen, dass die im Rahmen des Baufortschritts denkbaren, hier sogar mehrfach praktizierten Änderungen der vorgegebenen Vergabelose ausreichend dokumentiert und festgehalten wurden, um nachteilige Entwicklungen für den Hochwasserschutz und damit für das Gelingen des Gesamtbauwerks auszuschließen.

76

c) Die in dem genannten Rechtsstreit getroffenen Feststellungen wirken zwar nur zwischen den Parteien jenes Rechtsstreits. Die Klägerin beruft sich jetzt aber auf diesen Sachverhalt. Der Senat hat diesen Gesichtspunkt im ersten Senatstermin mit den Parteien erörtert und sodann den Beklagten Gelegenheit gegeben, zu den in jenem Verfahren getroffenen Feststellungen Stellung zu nehmen. Dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten sind die zur Schadensursache erstatteten Gutachten, welche dem Urteil vom 27.04.2001 zugrunde liegen, zur Einsicht überlassen worden. Er hat in der letzten mündlichen Verhandlung auf Befragen erklärt, dass die vom Senat getroffenen Feststellungen, soweit sie die Verantwortlichkeit der Bauherrin betreffen, nicht zu beanstanden seien. Danach ist zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits unstreitig, dass die B.D. wegen eines Planungsverschuldens der von ihr eingeschalteten Architekten für die Entstehung der Hochwasserschäden vom Dezember 1993 (mit-) verantwortlich ist.

77

d) Das Planungsverschulden der Architekten der B. ist den Beklagten (als A. C-D) gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Auftragnehmer das zu bebauende Grundstück aufnahmebereit zur Verfügung zu stellen (BGHZ 143, 32, 41). Er schuldet dem Auftragnehmer ferner eine ordnungsgemäße Planung. Sofern der Auftraggeber als Zwischenunternehmer tätig wird, schuldet er die Planung dem Subunternehmer ebenso, wie sie ihm von seinem Auftraggeber, dem Bauherrn, geschuldet wird (BGH, BauR 1987, 86, 88). Liefern die Architekten des Bauherrn dem Zwischenunternehmer eine unzureichende Planung, so schlägt das darin liegende Verschulden nach § 278 BGB über den eigentlichen Bauherrn auf den Zwischenunternehmer durch (BGH, a.a.O.; Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 4 VOB/B, Rn. 135).

78

e) Danach kommt es nicht darauf an, ob die Beklagten ein eigenes Verschulden trifft. Ergänzend sei zu diesem Punkt aber Folgendes ausgeführt:

79

Die Klägerin meint, ein solches Verschulden sei daraus herzuleiten, dass die Beklagte zu 1) als Gesellschafterin an den A.n A und B beteiligt gewesen sei. Diese Fragestellung war

80

bereits in dem Rechtsstreit der Beklagten zu 2) gegen die B.D. - 1 O 447/96 LG B. - Gegenstand der Prüfung. Das Landgericht hatte dort mit Urteil vom 16.08.1999 (Umdruck S. 16 ff.) ein solches Verschulden verneint und dazu ausgeführt: Die A. müsse sich als GbR ein Verschulden ihres vertretungsberechtigten Gesellschafters nur zurechnen lassen, wenn der Gesellschafter den Haftungstatbestand im Rahmen seiner Tätigkeit für die Gesellschaft erfülle. Erforderlich sei ein Handeln im Rahmen des zurechnungsbegründenden Wirkungskreises (vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3.Aufl., S. 288). Die A. C+D habe aber die Arbeiten an den neuralgischen Bereichen der Schlitzwand und der weißen Wanne nicht ausgeführt. Die (hier) Beklagte zu 1) müsse sich als GmbH nur die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis ihrer Organe und sonstigen verfassungsmäßigen Vertreter zurechnen lassen (K.Schmidt, a.a.O., S. 295). Die durchgeführte Beweisaufnahme habe eine solche Kenntnis nicht ergeben. Der Zeuge N. sei nicht Organ oder verfassungsmäßiger Vertreter der H. gewesen und auch nicht deren faktischer Bauleiter oder Ansprechpartner im Rahmen der A. C+D (dem folgt eine umfangreiche Beweiswürdigung). Der Senat hat das Urteil des Landgerichts zwar als unzulässiges Teilurteil aufgehoben (Senatsurteil vom 23.08.2000 - 11 U 226/99 = BauR 2001, 459 f. - Leitsatz), die Feststellungen und Ausführungen zur Verschuldensfrage aber ausdrücklich gebilligt (Umdruck S. 11 = Bl. 1130 d.A.). Daran wird festgehalten. Ein eigenes Verschulden der Beklagten liegt demnach nicht vor.

2. Feststellungen zur Höhe hat das Landgericht bezüglich der nicht ausgeführten Arbeiten naturgemäß nicht getroffen. Die Forderung ist in der Anlagen K 37, 38 berechnet, das Landgericht will aufgrund der von der Klägerin vorgelegten Anlagen K 98 und K 99 Beweis erheben (Beweisbeschluss vom 09.08.2000, Bl. 1065 d.A.). Die Beklagten machen mit der Berufung nicht geltend, dass die Forderungsberechnung unter Berücksichtigung dieser Unterlagen unschlüssig sein könnte. 81

III. Stillstandskosten 82

1. Darauf beziehen sich zunächst die Rechnungen Nr. 19-150294, 29-040394, 35-080494, 47-040594, 53-060694, 59-220794, 62-040894, 89-191094, 14-200395, 15-200395 (Anlagen K 45 bis 54). 83

Auch die Rechnung 01-0500195 (Anlage K 60) und die weiteren Rechnungen betreffend Materialverlust (Anlagen K 61 bis 64) sind hier einzuordnen. Das Landgericht spricht diese Position (Seite 14 des Urteils = Bl. 1063 d.A.) ohne Angabe einer Anspruchsgrundlage zu. Die Beklagten meinen, es gebe keine Anspruchsgrundlage (Berufungsbegründung S. 18 ff. = Bl. 1116 ff.). Nach Ansicht des Senats handelt es sich aber S.weg um Stillstandskosten, da der Materialverlust auf den Hochwasserschaden und die nachfolgende Stillegung der Baustelle nebst Betretungsverbot zurückzuführen ist. 84

2. Rechtlich gilt insoweit Folgendes: 85

Stillstandskosten hat das Landgericht zu Recht zuerkannt. Die dagegen gerichteten Ausführungen in der Berufungsbegründung (S. 16 ff. = Bl. 1114 d.A.) überzeugen nicht. 86

a) Geht man von den vorstehenden Ausführungen aus, wonach ein den Beklagten zuzurechnendes Verschulden vorliegt, weil sie sich über § 278 BGB ein Planungsverschulden der Architekten der Bauherrin zurechnen lassen müssen, so ergibt sich der Anspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B. Da die die Zurechnung und den Stillstand begründenden Tatsachen feststehen, muss nicht die Klägerin das Planungsverschulden, sondern müssen die Beklagten das fehlende Planungsverschulden beweisen (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1997, 646; OLG Köln, BauR 1986, 582; Werner/Pastor, 9.Aufl., Rn. 1828 mit weiteren 87

Nachweisen in Fn. 84). Eine Behinderungsanzeige war nicht erforderlich, da alle Tatsachen offenkundig waren (vgl. BGHZ 143, 32, 35).

b) Der Anspruch ist aber auch als verschuldensunabhängiger Anspruch begründet. Der Senat ist mit dem Landgericht der Ansicht, dass sich der Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B ergibt. Auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil wird insoweit Bezug genommen. Ob bei der vorliegenden Fallkonstellation darüber hinaus § 642 BGB anzuwenden ist, kann daher dahin stehen; diese Anspruchsgrundlage kann neben § 6 Nr. 6 VOB/B anwendbar sein (BGHZ 143, 32, 38 ff.) und auch neben dem Anspruch aus § 649 BGB (BGH, a.a.O., S. 40), also auch neben dem Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bestehen; die Voraussetzungen der Vorschrift liegen vor, da der Stillstand dadurch eingetreten ist, dass die Beklagten die ihnen obliegende Mitwirkungshandlung, das Baugrundstück aufnahmebereit zur Verfügung zu stellen, nicht erbracht haben (vgl. BGH, a.a.O., S. 41). 88

c) Der Anspruch auf Ersatz der Stillstandskosten ist entgegen der unsubstantiierten Beanstandung in der Berufungsbegründung (S. 18 = Bl. 1116 d.A.) auch der Höhe nach begründet. Auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (S. 11 ff.) und die dem zugrunde liegenden Ausführungen des Sachverständigen (Bl. 590 ff. d.A.) nimmt der Senat Bezug. 89

Die Berufung ist danach zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 90

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO, wobei der Senat hinsichtlich der Sicherheitsleistung unter Berücksichtigung der §§ 108 Abs. 1 Satz 2, 709 Satz 2, 711 Satz 2 der ab 01.01.2002 geltenden Fassung der Zivilprozessordnung entschieden hat. 91

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO n.F.). Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Der Rechtsstreit wirft keine ungeklärten Rechtsfragen auf; zur Beurteilung stehen lediglich Sachfragen des Einzelfalls. 92

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 EUR (§ 26 Ziffer 8 EGZPO). 93

Der Berufungsstreitwert wird unter Abänderung des Senatsbeschlusses vom 02.04.2001 auf 2.390.563,10 DM festgesetzt (Teilurteil: 2.135.472,41 DM + Grundurteil: 848.621,96 DM = 2.984.094,37 DM abzüglich gezahlter Betrag: 325.204,04 DM und abzüglich der nicht angefochtenen Positionen in Höhe von 165.336,40 DM und 2.990,83 DM). 94