
Datum: 24.09.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 90/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0924.20U90.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 4 O 236/94

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 26.03.2003 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 4 O 236/94 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunden wird der Klägerin nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000 € abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor in Höhe der Bürgschaftssumme Sicherheit leistet.

Im übrigen wird der Klägerin nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.

2

Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit Bauvertrag vom 22./29.11.1991 (AH Bl. 1) als Generalunternehmerin mit der kompletten, schlüsselfertigen Errichtung des Wohn- und Geschäftshauses S. in B. G.-R.. Nachdem es aus streitigen Gründen Verzögerungen bei der Ausführung des Bauvorhabens gegeben hatte, kamen die Parteien überein, den Werkvertrag abzuändern. Die hierzu getroffenen Absprachen sind in der schriftlichen Vereinbarung vom 29.03.1993 (AH Bl. 15), in den Änderungsvorschlägen der Klägerin vom 06.04.1993 (AH Bl. 47) sowie im Schreiben der Beklagten vom 14.04.1993 (AH Bl. 51) festgehalten. Mit Klage und Widerklage streiten die Parteien über wechselseitige Ansprüche aus der Abwicklung des Bauvorhabens. Die Klägerin ist im Verfahren des ersten Rechtszuges unterlegen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen, mit dem das Landgericht die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt hat, die von der Beklagten beigebracht, im Tenor näher bezeichneten Vertragserfüllungsbürgschaften an die Beklagte herauszugeben.

3

Die Berufungsbegründung baut darauf auf, daß die Beklagte die ihr nach den vertraglichen Vereinbarungen obliegenden Leistungen bis zum 30.06.1993 nicht vollständig erbracht habe. Einen Schwerpunkt machen hierbei die Metallbauarbeiten aus sowie Rohbauarbeiten, die von einer Fa. B. ausgeführt wurden.

4

Zur näheren Substantiierung ihres Vortrags bezieht sich die Klägerin auf einen vom 23.07.1993 datierenden, die Bestandsaufnahme des Bautenzustandes vom Vortage betreffenden Bericht ihres Architekten (Anlage K 1, Bl. 168). Dessen Inhalt trägt sie in Einzelheiten vor und behauptet, die dort aufgeführten Leistungen seien von der Beklagten noch zu erbringen gewesen. Darüber hinaus verweist die Klägerin auf ein vom 27.08.1993 datierendes Schreiben der Beklagten (AH Bl. 25). Darin verweist die Beklagte wegen des entstandenen Terminverzuges darauf, daß sie leider auf die Erfüllung der Leistungen durch ihre Subunternehmer angewiesen sei. Mahnungen hätten nicht den erwünschten Erfolg gebracht. Die Hauptschuld des gesamten Terminverzuges liege in den Metallbauarbeiten. Beschleunigungsmaßnahmen seien nicht möglich, da in der Regel bisher die Planungsleistungen nicht abgeschlossen gewesen seien und hierdurch auch nicht das erforderliche Material zur Baustelle und damit zur Montage habe gebracht werden können. Die Beklagte verlangte die unverzügliche Freigabe für die Verglasung der Wohnung 40. Des weiteren verweist die Klägerin auf einen seitens der Beklagten unter dem 22.10.1993 aufgestellten Bauzeitenplan (AH Bl. 319 f.) der die Erbringung einzelner Leistungen, namentlich im Bereich des Metallbaus, bis in die 50. Kalenderwoche des Jahres 1993 hinein vorsieht.

5

Die Klägerin behauptet, sie habe die von ihr auszuführenden Leistungen nicht erbringen können, weil die Beklagte insbesondere mit den Metallbauarbeiten trotz mehrfacher Mahnung nicht fertig geworden sei. Sie wiederholt die Behauptung, sie selbst bzw. die übrigen Handwerker hätten ihre Leistungen bis spätestens zum 30.09.1993 erbringen können, wenn die Beklagte ihre Arbeiten bis zum 30.06.1993 beendet hätte. In diesem Falle sei das Bauwerk am 01.10.1993 bezugsfertig gewesen. Die mit der Klage geltend gemachten Verzögerungsschäden seien dann nicht entstanden. Auch hätten ihre Sonderfachleute ab dem 01.10.1993 nur wegen der noch ausstehenden Leistungen der Beklagten an dem Bauobjekt tätig sein müssen.

6

Die Ausführungen des Landgerichts zum angeblich fehlenden Sachvortrag über den Leistungsstand der Beklagten beruhten auf einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht. In einem umfangreichen und jahrelangen Bauprozess genüge das Gericht dieser Pflicht nicht, wenn es in der letzten mündlichen Verhandlung einen Hinweis erteile und von der davon betroffenen Partei eine sofortige Stellungnahme verlange. Es müsse vielmehr die Gelegenheit bestehen, auf den Hinweis in angemessener Weise zu reagieren. Dem habe das Landgericht durch Schließen der mündlichen Verhandlung und Anberaumen eines Verkündungstermins nicht entsprochen. Es habe vielmehr die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen. Das gelte umso mehr, als zunächst eine Beweisaufnahme über dem behaupteten Ausschluss von Schadensersatzansprüchen stattgefunden habe.

Gegen den Zuspruch auf die Widerklage trägt die Klägerin vor, Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Fertigstellung stünden ihr zu und würden vom Sicherungszweck der Vertragserfüllungsbürgschaft umfasst. Sie weist darauf hin, daß eine förmliche Abnahme nicht stattgefunden hat. Im Schriftsatz vom 13.04.1995 habe sie keine Abnahmeverweigerung erklärt, sondern lediglich Mängel gerügt und ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Die Gewährleistungsfrist sei nach allem noch nicht abgelaufen. Der Meinung des Landgerichts, die Klägerin sei durch ihr Zurückbehaltungsrecht hinreichend gesichert, verkenne dessen Nebeneinander mit der Sicherheitsleistung.

In der mündlichen Verhandlung ist die Klägerin darauf hingewiesen worden, daß ihre Behauptung, wegen der Verspätungen im Bereich der Beklagten sei es zu den mit der Klage geltend gemachten Schäden gekommen, weiterhin nicht hinreichend substantiiert sein dürfte. Ihr wurde Gelegenheit zu ergänzender Stellungnahme gegeben, namentlich was die Zuordnung der von ihr behaupteten, der Beklagten anzulastenden Verzögerungen zu den einzelnen von ihr vorgetragenen Schadenspositionen anbetrifft. Daraufhin hat die Klägerin im Schriftsatz vom 28.06.2004 ihren Sachvortrag ergänzt. Sie behauptet, die Beklagte habe den Fertigstellungszeitpunkt 30.06.1993 aufgrund des Bautenstandes bei Abschluss der abändernden Vereinbarungen von vornherein nicht einhalten können und sie insoweit arglistig getäuscht. Sie nimmt Bezug auf den von der Beklagten am 04.05.1993 aufgestellten Bauzeitenplan (AH Bl. 317 f.), der die Fertigstellung aller Leistungen bis Ende Juni 1993 vorsieht. Auf dieser Grundlage stellt sie Vergleiche mit dem Bauzeitenplan vom 22.10.1993 an. Als dann bezieht sie sich auf einen vom 02.11.1993 datierenden Bauzeitenplan ihres Architekten (Anlage K 6, Bl. 935). Sie bezeichnet die daraus zu ersehenden Verläufe als realistisch. Sie behauptet, wenn die Beklagte ihre restlichen Leistungen laut Bauzeitenplan vom 22.10.1993 ausgeführt hätte, wäre sie selbst binnen drei Monaten mit ihren eigenen Ausbaugewerken fertig geworden. Sie hätte also auch ihre Leistungen bis zum 30.09.1993 fertig stellen können, wenn die Beklagte ihre Arbeiten bis zum 30.06.1993 beendet hätte. Tatsächlich seien die Voraussetzungen für die Einweihung des Objekts jedoch erst im April 1994 gegeben gewesen, da die Beklagte ihre Leistungen auch bis zur 50. Kalenderwoche 1993 auf der Grundlage des neuen Bauzeitenplanes vom 22.10.1993 nicht erbracht habe. Im übrigen seien die Arbeiten an dem Objekt sogar im April 1994 noch nicht beendet gewesen.

Alsdann verweist sie auf Wassereinbrüche, die als Folge der verzögerten Bauausführung durch die Beklagte aufgetreten seien. Aufgegliedert nach den beiden Bauteilen des Objektes und einzelnen Einheiten trägt sie vor, welche der behaupteten Verspätungen für die verzögerte Fertigstellung ausschlaggebend gewesen seien. Unter Hinweis auf Wassereinbrüche und fehlende Fenster sowie auf nicht ausgeführte Außenputzarbeiten und dem fehlenden Einbau von Aufzügen legt sie dar, daß in solchen Fällen die Ausbaugewerke nicht erstellt werden könnten. Sie nimmt Bezug auf ein Schreiben vom 27.07.1993 (Anlage K 9, Bl. 938), in dem sie auf die Beschädigung verschiedener Trockenbauwände durch

eindringendes Regenwasser hingewiesen habe. Bis in den Dezember 1993 hinein sei in verschiedene Einheiten Regenwasser eingedrungen, da die Arbeiten der Beklagten noch nicht beendet gewesen seien; noch im März 1994 sei Wasser durch die Glasfassade in den Läden Nr. 7 und 36 eingetreten. Auch die Arbeitsgerüste der Beklagten hätten die Fortführung der Arbeiten der Klägerin behindert. Das sei im Schreiben vom 13.04.1994 (Anlage K 12, Bl. 349) gerügt worden. Die Beklagte habe noch am 11.03.1994 die Aufzugsanlage und Verglasung im Untergeschoss des Bauteils A nicht fertiggestellt gehabt.

Die Behinderungen hätten sich im Innenausbau bei den einzelnen Gewerken wie Trockenbau, Estrich, Natursteinarbeiten, Bodenbelag– und Fliesenarbeiten sowie Malerarbeiten, die von der Klägerin ausgeführt werden mussten, ausgewirkt. Die Trockenbauarbeiten hätten wegen der Wassereinbrüche nicht bis zum 30.09.1993 durchgeführt werden können. Sie habe die Estricharbeiten nicht fristgerecht bis zum 30.09.1993 abschließen können, weil noch bis März 1994 Regenwasser in das Bauvorhaben eingedrungen sei. Aufwendige und komplizierte Naturstein-Arbeiten seien durch Gerüste an der Passage und ein Gerüst in der Passage massiv behindert worden, da die Beklagte noch im Oktober 1993 Putzarbeiten ausgeführt habe; ebenso seien Naturstein-Arbeiten in den Treppenhäusern durch die ständigen Wassereinfälle in beide Bauteile bis Ende 1993 behindert worden. Die Passage habe erst bis April 1994 fertig gestellt werden können. Arbeiten an Bodenbelag und Fliesen habe sie erst nach den Trockenbau– und Estricharbeiten mit erheblicher Verzögerung bis Januar 1994 ausführen können. In denjenigen Einheiten, die durch massive Wassereinbrüche besonders betroffen waren, hätten die Arbeiten sogar erst ab Januar bzw. Februar 1994 ausgeführt werden können. Die Malerarbeiten in den einzelnen Einheiten seien durch die Feuchtigkeit im Objekt als Folge der ständigen Wassereinbrüche behindert gewesen; diese Arbeiten hätten vor allem in den Wohnungen wegen der Feuchtigkeit sogar noch bis Ende 1994 ausgeführt werden müssen. Die Malerarbeiten an den Säulen der Passage seien durch die Gerüste der Beklagten bis Dezember 1993 behindert worden und hätten erst nach diesem Zeitpunkt fertig gestellt werden können. Der Ausbau aller Wohnungen, die im Bauteil A gelegen sind, sei bis Dezember 1993 durch massiv eindringendes Regenwasser als Folge der fehlenden Glastürme und Fenster sowie der fehlenden Ausführung des Daches erheblich behindert worden; deshalb hätten die Ausbaugewerke in den Wohnungen erst im Laufe des Jahres 1994 von der Klägerin fertig gestellt werden können. Eine unzureichende Bauleitung oder ihre finanzielle Situation sei nicht die Ursache für die Bauverzögerung gewesen. Alleine die Beklagte habe die Ursachen hierfür gesetzt. Sie selbst sei erst später in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Die Eröffnung einzelner Läden oder Büros in einem noch nicht fertig gestellten Einkaufszentrum ohne funktionierenden Aufzug sowie ohne Nutzungsmöglichkeiten der Tiefgarage und Kellerräume sei nicht möglich gewesen. Die Übergabe der von ihr im einzelnen aufgeführten Mietobjekte sei erst zum 30.04.1994 erfolgt. Weitere aufgeführte Wohnungen hätten bis zum 31.05.1994 mangels Fertigstellung nicht vermietet werden können. Auch seien die feuerhemmenden Türen erst im Dezember 1993 eingebaut worden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 26.03.2003 – 4 O 236/94 – aufzuheben und

1.

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 383.468,85 € nebst 12 % Zinsen seit dem 06.07.1994 zu zahlen,

11

12

13

14

15

16

2.

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 813.616,64 € nebst 12 % Zinsen seit dem 23.09.1998 zu zahlen,

3.

18

festzustellen, daß der Klägerin über die im Rechtsstreit 4 O 236/94, LG Köln, und die vorstehenden Zahlungsanträge hinaus weitere Ansprüche auf Ersatz von Schäden, insbesondere Verzugsschäden, Vertragsstrafe, Kosten auf Vorschuss von Nachbesserungen sowie Kosten auf Erstattung von Mangelfolgeschäden entstanden sind,

hilfsweise zu Ziffern 1. und 2.:

20

4.

21

die Beklagte zu verurteilen, die vorgenannten, unter Ziffern 1. und 2. genannten Beträge an die Kreissparkasse K. zu zahlen

und

23

5. die Widerklage abzuweisen.

24

Die Beklagte beantragt,

25

die Berufung zurückzuweisen.

26

Sie meint, zur Darlegung des von der Klägerin geltend gemachten Verzugsschadens gehöre der Vortrag, bis zu welchem Zeitpunkt welche Leistungen zu erbringen gewesen seien, daß bestimmte Leistungen nicht erbracht wurden und daß infolgedessen der Klägerin ein Schaden entstanden sei. Die Klägerin habe auch in der Berufungsbegründung den geltend gemachten Anspruch nicht mit substantiiertem Sachvortrag untermauert. Welche Leistungen im einzelnen nicht abgeschlossen gewesen sein sollen, konkretisiere die Klägerin erstmals in der Berufungsbegründung unter Bezugnahme auf den Bautenstandsbericht vom 23.07.1993. Die Beklagte bestreitet, daß die von der Klägerin als verspätet bezeichneten Arbeiten von ihr geschuldet waren. Es fehle an einer substantiierten Darlegung dazu, aufgrund welcher angeblich fehlender (Metallbau-) Arbeiten welche Teile des Gebäudes nicht fertig gestellt gewesen seien und gegebenenfalls ab wann nicht hätten vermietet werden können. Auf all dies komme es jedoch letztlich nicht an, weil die Parteien am 15. Februar 1994 (AH Bl. 28) eine Vereinbarung getroffen hätten, nach welcher die Folgen eines etwaigen Verzuges jedenfalls bis einschließlich Mitte Februar 1994 bereits abgegolten sei. Die inhaltliche Richtigkeit des Bautenstandsberichtes vom 23.07.1993 bestreitet sie. Mit Rücksicht auf das Gutachten des Sachverständigen K. vom 10.11.1994 (AH Bl. 284) habe die Klägerin konkret darlegen müssen, wann welche der angeblich noch fälligen Arbeiten erledigt worden seien und welche Konsequenzen dies für die Bezugsfertigkeit bzw. Vermietbarkeit der diversen Einheiten gehabt habe. Die Klägerin hätte nach dem Dafürhalten der Beklagten in Bezug auf jede einzelne Einheit darlegen müssen, welchen zeitlichen Aufwand die nachfolgenden Innenausbauwerke in Anspruch genommen hätten und daß bei rechtzeitiger Fertigstellung der Metallbauarbeiten diese Innenausbauarbeiten so rechtzeitig fertig gewesen wären, daß die Einheiten am 1. Oktober 1993 bezugsfertig gewesen wären und zu diesem Zeitpunkt auch hätten vermietet werden können. In Bezug auf die Arbeiten der Firma B. führt die Beklagte aus, allein der Umstand, daß Rohbauarbeiten nach dem 30.06.1993 ausgeführt wurden, sei kein Indiz und erst recht kein Nachweis dafür, daß alle diejenigen Wohn- und

Geschäftseinheiten allein deshalb nicht fertiggestellt und vermietet wurden. Sie könne aus eigener Kenntnis nichts dazu sagen, was genau die Firma B. wann gemacht habe. Sie verweist in dem Zusammenhang darauf, daß die Haustechnik in Teilbereichen in die Verantwortung der Klägerin überführt worden war. Die inhaltliche Richtigkeit einzelner Mahnschreiben der Klägerin bestreitet die Beklagte mit Nichtwissen. Die in einem Schreiben vom 05.01.1994 angemahnten Restarbeiten seien erledigt worden.

Die Behauptung der Klägerin, bei rechtzeitiger Leistungserbringung hätte sie selbst das Objekt bis zum 30.09.1993 fertig stellen können, sei unsubstantiiert. Es sei erforderlich gewesen zu behaupten, daß zum 1. Oktober 1993 auch tatsächlich Mieter bereit gestanden hätten. Dies sei alles andere als wahrscheinlich. Die pauschale Behauptung, spätestens ab dem 01.10.1993 hätten die Wohnungen fertig gestellt sein können, sei nicht ausreichend. Die Bauleitung sei eine schlichte Katastrophe gewesen; die finanziell sehr angespannte Situation der Klägerin habe ihr übriges getan. Diese beiden Ursachen seien für die nach dem 30.06.1993 weiter aufgetretenen Verzögerungen bestimmend gewesen. Angesichts ihres Vorbringens im Verfahren des ersten Rechtszuges habe es gerichtlicher Hinweise zum Zusammenhang zwischen dem Nichterreichen eines bestimmten Bautenstandes und den angeblichen Mietausfällen nicht bedurft. 28

Hinsichtlich der Widerklage verteidigt die Beklagte ebenfalls das angefochtene Urteil. 29

II. 30

Die an sich statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und mit Gründen versehene Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat im Ergebnis und mit den tragenden Erwägungen seines Urteils richtig entschieden. 31

1. Zur Klage 32

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Ansprüche auf Ersatz von Verzögerungsschäden, die den Schwerpunkt der Klage bilden, ist die Behauptung der Klägerin, sie hätte die Bezugsfertigkeit der betreffenden Objekte zum Ablauf des 30.09.1993 herstellen können, wenn die Beklagte die von ihr übernommenen Leistungen bis zum Ablauf des 30.06.1993 erbracht hätte. Die hierauf gestützte Klage ist jedenfalls deshalb unbegründet, weil die Klägerin nicht substantiiert darlegt, daß die behaupteten Verzögerungen bei der Fertigstellung der von der Beklagten herzustellenden Gewerke und die damit einhergehenden finanziellen Verluste ganz oder teilweise vermieden worden wären, wenn die Beklagte ihr Werk fristgerecht fertiggestellt hätte. Es fehlt an einer ausreichenden Substantiierung der Behauptung, die Klägerin bzw. die übrigen Handwerker hätten ihre Leistungen bis spätestens zum 30.09.1993 fertigstellen können, wenn die Beklagte ihre Arbeiten bis zum 30.06.1993 beendet hätte, mit dem Ergebnis, daß das Objekt in diesem Falle am 01.10.1993 jedenfalls hinsichtlich der Einheiten, für die der Verzögerungsschaden geltend gemacht wird, in vollem Umfang bezugsfertig gewesen wäre und die Übergabe der betreffenden Einheiten zu spätestens diesen Zeitpunkt hätte erfolgen können. Darüber hinaus hat die Klägerin keine Tatsachen substantiiert vorgetragen, auf deren Grundlage zumindest eine teilweise Zurechnung der behaupteten Verzögerungsschäden zu Verspätungen im Bereich der Beklagten vorgenommen werden könnte. 33

a) Bei der Beurteilung dieser Frage geht der Senat von folgenden Voraussetzungen aus: 34

aa) In materiell-rechtlicher Hinsicht ist § 252 Satz 2 BGB einschlägig. In prozessualer Hinsicht kommen der Klägerin darüber hinaus die Darlegungs- und Beweiserleichterungen des § 287 35

ZPO zugute. Ein Gewinnentgang ist demnach bereits dann zu bejahen, wenn es nach den gewöhnlichen Umständen des Falles wahrscheinlicher ist, daß der Gewinn ohne das haftungsbegründende Ereignis erzielt worden als daß er ausgeblieben wäre. Eine dahingehende Prognose kann aber nur dann angestellt werden, wenn der Geschädigte konkrete Anknüpfungstatsachen darlegt und zur Überzeugung des Gerichts nachweist. Dabei dürfen an die Darlegung solche Anknüpfungstatsachen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Sofern die vorgetragenen Tatsachen den geltend gemachten Verdienstausschlag nicht im vollen Umfang begründen können, ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang im Wege der Schätzung jedenfalls ein Mindestschaden festgestellt werden kann. Nur wenn mangels greifbarer Anhaltspunkte im Vortrag des Klägers für eine Schadensschätzung keinerlei Grundlage vorhanden ist und deshalb deren Ergebnis völlig in der Luft hängen würde, kann und muss das Gericht von ihr absehen (vgl. BGH, Urteil vom 23.04.2002 – X ZR 29/00 -, juris; BGH, WM 2001, S. 2450 [2451]; NJW-RR 2004, S. 1023; NJW 1986, S. 1684 [1685]). Im Rahmen der sich hieraus ergebenden Anforderungen ist der Verzögerungsschaden konkret zu berechnen (vgl. BGH, NJW 1986, S. 1684 [1685]). Störungen, die den Bauverlauf behindern, sind in der Regel im Rahmen einer bauablaufbezogenen Darstellung konkret zu beschreiben (vgl. BGH, NJW 2002, S. 2716 [2717]); hieraus ergibt sich, daß der Anspruchsteller, der die verzögerungsbedingte Behinderung der von ihm selbst zu erbringenden weiteren Leistungen behauptet, im Rahmen vertretbarer Anforderungen ebenfalls zu einer konkreten, bauablaufbezogenen Schilderung seiner Planung, der tatsächlich durchgeführten Arbeiten und der Auswirkungen von Verzögerungen auf deren Verlauf verpflichtet ist. Mit der bloßen Errechnung von Zeiträumen, um die sich der Bau verzögert haben soll, ist es hierbei nicht getan (vgl. OLG Braunschweig, BauR 2001, S. 1739).

Die Substantiierungslast der Klägerin bestimmt sich nicht zuletzt nach den Besonderheiten des Falles. Die Klägerin war nach der Vertragsänderung in ihrem Verhältnis zur Beklagten nicht nur Bauherr; vielmehr fand sie sich in der Rolle einer Mitunternehmerin wieder, die erhebliche Teile der Gesamtleistung selbst auszuführen hatte bzw. durch Nachunternehmer ausführen lassen musste. Sie war darüber hinaus durch eine fachkundige Bauleitung auf der Baustelle vertreten. Damit hatte sie nicht nur Einblick in das Geschehen, sondern nahm selbst planenden und gestaltenden Einfluss auf die von ihrer Seite zu veranlassenden Leistungen. Deren Schwerpunkt lag im Innenausbau. Darüber hinaus übernahm die Klägerin ausdrücklich die Planung der Haustechnik und die verbliebenen Arbeiten in den Bereichen Elektro sowie Heizung, Lüftung und Sanitär. Diesbezüglich trat die Klägerin in die Verträge mit zwei Subunternehmern der Beklagten ein, nämlich einer Firma M. und einer Firma E.. Aufgrund dieser Umstände ist von erhöhten Anforderungen an die Darlegung der zeitlichen Planung und an die detaillierte Beschreibung der im Verantwortungsbereich der Klägerin nunmehr zu leistenden Gewerke auszugehen. Das rechtfertigt sich nicht zuletzt daraus, daß die Reduzierung des von der Beklagten übernommenen Auftragsvolumens einen deutlichen Umfang hatte und demzufolge die nunmehr in den Verantwortungsbereich der Klägerin übergehenden Arbeiten nicht lediglich Neben- oder Restleistungen darstellten, sondern bestimmende Anteile des gesamten Bauwerkes.

36

bb) Den sich aus all dem ergebenden Anforderungen genügt der Sachvortrag der Klägerin zur hypothetischen Fertigstellung der von ihr im Anschluss an die Arbeiten der Beklagten zu verwirklichendem Gewerke nicht.

37

Die Klägerin bringt keine nachvollziehbaren Darlegungen bei zur Ausführung der von ihr übernommenen Gewerke Elektro sowie Heizung, Lüftung und Sanitär. Der Umfang der klägerseits übernommenen Arbeiten im Bereich Elektro war mit einem in dem

38

Abänderungsvertrag angegebenen finanziellen Volumen von 164.000 DM erheblich. Darüber hinaus hat die Beklagte in nicht geringem Umfang gerade zu den Elektroarbeiten vorgetragen, woraufhin die Klägerin besonderen Anlass gehabt hätte, den Stand dieses Gewerkes über den Verlauf der Zeit ab dem 30.06.1993 detailliert zu schildern. So hat die Beklagte zur Arztpraxis des Erwerbers Dr. A. auf S. 5 des Schriftsatzes vom 22.05.1995 vorgetragen, die dort befindlichen medizinischen Geräte hätten mit Baustrom betrieben werden müssen. Bereits auf S. 15 der Klageerwiderung wurde aus einem vom 27.05.1994 datierenden Schreiben eines Erwerbers zitiert, der u.a. auf im Treppenhaus provisorisch verlegte Elektrokabel hinwies. In ähnlichem Sinne lautet der auf S. 16 f. der Klageerwiderung vorgetragene Inhalt eines weiteren Schreibens vom 24.05.1994. Es geht im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Frage, ob und inwieweit diese Vorwürfe berechtigt waren; es geht lediglich darum, daß sich hieraus erhöhte Anforderungen an die Darlegung der hypothetischen Fertigstellung dieses Gewerkes anknüpfen.

Nimmt man Heizung, Lüftung und Sanitär hinzu, so hatte die Klägerin im Bereich Haustechnik 39
Anteile übernommen, deren Bedeutung für die Fertigstellung des Objekts und für dessen Bezugsfertigkeit schlechthin tragend war. Ohne funktionsfähige Haustechnik ist ein Gebäude aller Erfahrung nach nicht benutzbar. Die Klägerin hätte mithin in Einzelheiten vortragen müssen, aufgrund welcher – ihr obliegender – Planung sie genau welche Gewerke im Verlauf der Bautätigkeit hat ausführen lassen, um auf dieser Grundlage konkret darzulegen, in welcher Hinsicht genau sie durch genau zu beschreibenden Verzögerungen im Bereich der Beklagten an einer früheren Erledigung gehindert worden ist. Demgegenüber enthält jedoch auch der nachgelassene Schriftsatz vom 28.06.2004 hierzu keine ausreichenden Angaben.

cc) Entsprechende Darlegungslücken finden sich auch bei den Gewerken, welche die 40
Klägerin in dem nachgelassenen Schriftsatz aufführt.

Was den Trockenbau angeht, fehlt Vortrag zur geplanten und zur tatsächlichen Dauer der 41
betreffenden Arbeiten, dem die Vorgänge um die behaupteten Wassereinbrüche konkret zugeordnet werden könnten.

Betreffend den Estrich durfte die Klägerin es nicht bei der Behauptung bewenden lassen, die 42
Arbeiten habe sie nicht fristgerecht bis zum 30.09.1993 durchführen können, weil noch bis März 1994 Regenwasser in das Bauvorhaben eingedrungen sei. Das berücksichtigt nicht Art und Umfang der Estricharbeiten, denen für die Benutzbarkeit eines Gebäudes generell entscheidende Bedeutung zukommt. Es fehlt an durchaus möglichen, genauen Angaben zum planmäßigen wie zum tatsächlichen zeitlichen Verlauf dieser Arbeiten. Der Bauzeitenplan des Architekten H. vom 02.11.1993 ist nicht geeignet, diese Lücke in der Substantiierung auszufüllen. Der Plan führt mehrfach Estricharbeiten auf, er stellt diese jedoch in drei von vier Fällen in zeitlicher Abhängigkeit von der "Technik" dar, die vorher fertig zu stellen war. Da es sich hierbei um ein Gewerk handelte, das in den Verantwortungsbereich der Klägerin fiel, hätte es einer weit eingehenderen Darlegung der hypothetischen und der tatsächlichen Zeitverläufe bedurft, damit klare Anhaltspunkte für eine Zuordnung zu den behaupteten Hinderungsgründen möglich war. Das gilt umso mehr, als die Klägerin mit ihrem Sachvortrag ersichtlich den gesamten Zeitraum von Anfang Juli 1993 bis März 1994 abdecken will.

Hinsichtlich der Naturstein-Arbeiten wird unspezifisch vorgetragen, diese sei sowohl im 43
Bereich der Passage als auch in den Treppenhäusern "behindert" worden, wobei hierfür im ersteren Falle Gerüste der Beklagten bis Oktober 1993 sowie im zweiten Falle Wassereinbrüche bis Ende 1993 ausschlaggebend gewesen sein sollen. Alsdann heißt es ohne Herstellung eines nachvollziehbaren zeitlichen Zusammenhangs, die Passage habe erst bis April 1994 fertig gestellt werden können. Auch hinsichtlich dieses Gewerkes waren

nähere Angaben zu den geplanten zeitlichen Verläufen, einer hypothetisch ungestörten und einer tatsächlichen Dauer in deren Zusammenhang mit den streitigen Verzögerungen durchaus möglich.

Der Vortrag zu Bodenbelag und Fliesen schließt an die bereits als unsubstantiiert erkannten Ausführungen zu Trockenbau und Estricharbeiten an, so daß es, abgesehen von einer für sich wiederum fehlenden Substantiierung der hypothetischen und tatsächlichen zeitlichen Verläufe, an der gebotenen konkreten Darlegung fehlt. 44

Der Vortrag zu den Malerarbeiten ist nicht minder unsubstantiiert. Bei den geschilderten Arbeiten an den Säulen der Passage fehlt ein konkreter Bezug zur Berechnung des Verzögerungsschadens. 45

Der Bauzeitenplan vom 02.11.1993 ist nicht geeignet, zu einer konkreten Zuordnung der einzelnen, noch offenen Gewerke zu den behaupteten Verzögerungen beizutragen. Er ist lediglich nach Teilen des Bauwerks gegliedert, nicht aber nach den einzelnen Handwerkerleistungen. Nähere Erkenntnisse zum streitigen Ursachenzusammenhang zwischen den der Beklagten vorgeworfenen Verzögerungen und der Fertigstellung der einzelnen Einheiten lassen sich aus dem Plan nicht gewinnen. Demgegenüber liefert der Plan einen zusätzlichen Gesichtspunkt für erhöhte Anforderungen an die Darlegungen der Klägerin. Deren Behauptung zufolge beruhte der Bauzeitenplan vom 02.11.1993 auf der Annahme, daß die Beklagte ihre Arbeiten gemäß dem Bauzeitenplan vom 23.10.1993 pünktlich erledigen würde. Vergleicht man die beiden Pläne miteinander, so zeigt sich, daß die Parteien hiernach die von ihnen noch zu leistenden Gewerke in erheblichem Umfang parallel erbringen mussten, um die zeitlichen Vorgaben einzuhalten. Der damit von der Klägerin und deren Bauleitung zu treibende Koordinierungsaufwand brachte es zwingend mit sich, den Bauzeitenplänen eine klare, übersichtliche Planung der parallelen Arbeiten beizugeben und diese alsdann im Rechtsstreit zur Substantiierung des streitigen Kausalzusammenhangs vorzutragen. Auch daran fehlt es gänzlich. 46

dd) Alles in allem hat die Klägerin den sich aus allgemeinen Erwägungen und aus den Besonderheiten des Falles ergebenden Anforderungen an die Darlegung der behaupteten Verzögerungen im Bereich der Beklagten zuzuordnender Verspätungen bei der Fertigstellung der einzelnen Einheiten nicht Genüge getan. Angesichts der verbliebenen Lücken ist auch vor dem Hintergrund der behaupteten, erheblichen Verzögerungen die Wahrscheinlichkeit eines gerade hierdurch herbeigeführten, seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Klägerin findenden Verzögerungsschadens nicht hinreichend erkennbar. Es fehlt in entscheidenden Punkten an greifbaren Tatsachen, auf die eine dahingehende Beurteilung der Sachlage aufbauen könnte. Selbst Anhaltspunkte für einen Mindestschaden lassen sich in Anbetracht der im Unbestimmten bleibenden zeitlichen Verläufe der von der Klägerin zu erbringenden Leistungen nicht ausmachen. Wollte man dies anders sehen, müsste man sich wegen des erheblichen Umfangs der behaupteten Verspätungen bei der Beklagten auf eine letztlich diffuse Vorstellung von irgendwie gearteten, mit nachteiligen Auswirkungen auf die Einnahmen der Klägerin verbundenen Verzögerungen begnügen, was jedoch dem Gebot, sich zumindest auf greifbare Tatsachen zu stützen, nicht Rechnung trüge. 47

All dies gilt selbst dann, wenn man in die Erwägungen einbezieht, daß bei einem Zusammenwirken von Verzögerungsursachen, die Auftragnehmer und Auftraggeber gesetzt haben, der hierdurch entstandene Verzögerungsschaden entsprechend dem jeweiligen Verschuldens- und Verursachungsbeitrag gemäß § 254 BGB zu teilen ist, wobei die Verursachungsbeiträge ihrerseits wiederum nach § 287 ZPO zu schätzen sind (vgl. BGH, 48

NJW 1993, S. 2674 [2676]). Denn wie der Sachvortrag der Klägerin für eine Zurechnung des Verzögerungsschadens zum Verhalten der Beklagten nicht ausreichte, so fehlen auch im Lichte des § 254 BGB für eine Abgrenzung der Verursachungsbeiträge die hinreichend konkreten Tatsachen.

ee) Ein Anlass, der Klägerin erneut Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, besteht nicht. 49
Bereits aufgrund der Einwendungen der Beklagten im Verfahren des ersten Rechtszuges war die Klägerin gehalten, den Ursachenzusammenhang zwischen den behaupteten Verspätungen und den streitigen Verzögerungen bei der Fertigstellung im einzelnen substantiiert darzulegen. Darüber hinaus hat das Landgericht in den Entscheidungsgründen des angegriffenen Urteils jedenfalls deutlich darauf hingewiesen, daß die behaupteten Verzögerungen auch auf der ausgebliebenen Fertigstellung der Gewerke Elektro oder Sanitär beruht haben könnten. Dies bot zusätzlichen Anlass, in der Berufungsbegründung detailliert hierauf einzugehen. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung das Thema erneut und schwerpunktmäßig angeschnitten, nachdem die Beklagte in der Berufungserwiderung ebenfalls auf diesen Punkt bereits eingegangen war. Der hierauf aufbauende Vergleichsvorschlag sah die vollständige Aufgabe der von der Klägerin verfolgten Ansprüche und ein Nachgeben der Beklagten nur bei den nach der Einschätzung des Senats ohnehin schwer einbringlichen Kosten vor. Gemessen an all dem musste die Klägerin aus sich heraus die vorstehend dargestellten Anforderungen an ihren Sachvortrag erfüllen. Angesichts der verbliebenen Lücken war es nicht angezeigt, die Klägerseite zu Einzelheiten persönlich anzuhören, da auch hierfür zumindest verwertbare Ansätze im schriftsätzlichem Vortrag der Partei vorhanden sein müssen. Schließlich ist nicht zu ersehen, daß ein Sachverständigengutachten den Umfang einer der Beklagten zuzurechnenden Verzögerung näher aufgeklärt hätte, weil hierfür die erforderlichen Anschlussstatsachen fehlen.

Ist damit aber insgesamt nicht gesichert, daß die Klägerin bei fristgerechter Vollendung des der Beklagten übertragenen Werkes zu einem irgendwie greifbaren Zeitpunkt die zu veräußernden bzw. zu vermietenden Einheiten früher hätte zur Benutzung übergeben können, kann zu ihren Gunsten selbst die Wahrscheinlichkeit eines Mindestschadens nicht abgeschätzt werden. 50

b) Was den streitigen Aufwand von 308.000 DM zusätzlicher Kosten für Sonderfachleute anbetrifft, ist die Behauptung, diese Kosten seien nur wegen der ausstehenden Leistungen der Beklagten noch angefallen, ebenfalls nicht hinreichend substantiiert. Denn das fortdauernde Nebeneinander von Leistungen beider Parteien lässt die ernsthafte Möglichkeit offen, daß die Tätigkeit der Sonderfachleute zumindest in dem behaupteten Umfang den streitigen Verzögerungen im Bereich der Beklagten nicht zugeordnet werden kann. Der Zeuge H. hat mit der Aufstellung des Bauzeitenplans vom 02.03.1993 ohne weiteres erkennen lassen, daß er auch die Gewerke der Klägerin weiterhin zu betreuen hatte. Fehlt es aber bereits insoweit an der substantiierten Darlegung eines konkreten Kausalzusammenhangs zwischen den streitigen Verzögerungen bei der Beklagten und einer verzögerten Fertigstellung der klägerseits zu leistenden Arbeiten, so ist auch der Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Beklagten und der anhaltenden Tätigkeit der Sonderfachleute nicht hinreichend nachvollziehbar. Ebenso wenig ermöglicht es der Sachvortrag der Klägerin, dem Verhalten der Beklagten zumindest Teilbeträge des behaupteten Mehraufwandes zuzuordnen. 51

Gleiches gilt für die mit 21.000 DM angesetzten Kosten des Baubüros und die mit 45.540 DM veranschlagten Mehrkosten der Verwaltung. Die mit 14.667 DM angesetzte Avalprovision und die auf 48.023 DM veranschlagten Kontokorrentzinsen entfallen als weiterer Folgeschaden 52

nach allem erst recht.

c) Mit der Forderung der Klägerin nach Zahlung von 430.000 DM auf der Grundlage der Sondervereinbarung vom 15.03.1994 (fälschlich datiert auf den 15.02.1994) braucht der Senat sich nicht zu befassen. Ausweislich der Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils hat das Landgericht diese Forderung als begründet angesehen und folgerichtig nach § 322 Abs. 2 ZPO ihr Erlöschen und gleichzeitig den Untergang des unstreitigen Werklohnanspruchs der Beklagten in diesem Umfang ausgesprochen. 53

d) Die danach noch offen bleibende, unstreitige Rest-Werklohnforderung der Beklagten stünde demnach auch den Berechnungen der Klägerin zufolge für eine Verrechnung mit evtl. noch offenen Zahlungsforderungen zur Verfügung. Dies mag bei der Frage nach der Schätzung eines Mindestschadens hinsichtlich der einzelnen von der Klägerin dargelegten Schadenspositionen mit berücksichtigt werden. 54

e) Die Behauptung der Klägerin, sie sei bei Abschluss der Änderungsvereinbarung von der Beklagten über die tatsächliche Möglichkeit einer fristgerechten Verwirklichung des Projekts arglistig getäuscht worden, wird nicht hinreichend substantiiert mit Tatsachen untermauert. Im übrigen wären die dargestellten, gegen den Standpunkt der Klägerin entschiedenen Kausalitätsfragen die gleichen. 55

f) Der Feststellungsantrag ist mangels substantiierter Darlegung des Verzögerungsschadens ebenfalls abzuweisen. Im übrigen hätte es in Folge des Zeitablaufs jedenfalls zum Stand der letzten mündlichen Verhandlung einer eingehenderen Darlegung der Wahrscheinlichkeit künftiger Schäden bedurft. 56

g) Auf die Behauptung der Beklagten, die Parteien hätten in der Vereinbarung vom 15.2.1994 eine abschließende Regelung über offene Ansprüche getroffen, kommt es nicht an. 57

2. Zur Widerklage 58

a) Der Senat schließt sich in diesem Punkt den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung an. Mit Rücksicht auf die Berufungsbegründung ist nur folgendes zu ergänzen: 59

Mit Recht geht das Landgericht davon aus, daß der Abnahme die ernsthafte und endgültige Ablehnung des Werkes gleichgestellt ist (vgl. BGH, NJW-RR 1998, S. 1027 [1028]; OLG Köln, BauR 2003, S. 134). Zutreffend hat das Landgericht erkannt, daß die Klägerin im Schriftsatz vom 13.04.1995 eine ernsthafte und endgültige Ablehnung des Werkes erklärt und damit den Beginn der Verjährungsfrist in Gang gesetzt hat. Entgegen ihrem Vorbringen hat die Klägerin sich in dem zitierten Schriftsatz nicht lediglich auf Zurückbehaltungsrechte berufen, sondern das Werk der Beklagten, wie es zum Zeitpunkt des Schriftsatzes hergestellt worden war, eindeutig abgelehnt. 60

Der Hinweis der Klägerin auf S. 12 der Berufungsbegründung, das Landgericht verkenne, daß Sicherheitsleistung und Leistungsverweigerungsrechte nebeneinander bestehen könnten, trifft die hier maßgebliche Ausgangssituation nicht. Denn in Anbetracht der eingetretenen Verjährung kann die Klägerin evtl. bestehende Gewährleistungsansprüche nur noch im Wege der Zurückbehaltung geltend machen. Daneben bedarf es einer Sicherheitsleistung nicht. 61

b) Zusätzlich lässt sich der Anspruch der Beklagten auf Rückgabe der Erfüllungsbürgschaften auf dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, § 242 BGB, stützen. Die Beklagte ist 62

hiernach so zu stellen, als habe die vereinbarte förmliche Abnahme zu einem jedenfalls länger als fünf Jahre zurückliegenden Zeitpunkt stattgefunden; das Berufen der Klägerin auf ihre unterbliebene Durchführung ist treuwidrig.

Mit Recht weist die Klägerin darauf hin, daß aufgrund Ziffer 19 des Werkvertrages gemäß § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. die fünfjährige Verjährungsfrist gilt. Die förmliche Abnahme nach Ziffer 18 des Werkvertrages hat nicht stattgefunden, so daß gemäß Ziffer 11.11 des Vertrages die Bürgschaften noch nicht zurückzugeben wären. Der Ausschluss dieses Einwandes nach § 242 BGB rechtfertigt sich indes aus folgendem:

Grundsätzlich ist ein solcher Ausschluss denkbar (vgl. BGH, NJW 1990, S. 43; Ingenstau/Korbion, 15. Aufl., § 12 Nr. 4 VOB/B, Rdn. 2; Staudinger-Peters (2003) § 640, Rdn. 19; Hochstein, die "vergessene" förmliche Abnahmevereinbarung und ihre Rechtsfolgen im Bauprozess, BauR 1975, 221 ff. [232]). Laut Auskunft der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat sind seit dem Ende der eigentlichen Bauphase neue Mängelrügen an die Beklagte nicht herangetragen worden; die Klägerin hat in dem Zusammenhang lediglich auf die von ihr selbst vorgenommene Mängelbeseitigung hingewiesen. Das Objekt war nach dem Vorbringen der Klägerin im April 1994 zur Einweihung reif; seine Einheiten sind in der Folgezeit in Gebrauch genommen worden. Angesichts dessen hätte eine förmliche Abnahme vom Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aus gesehen mehr als fünf Jahre zurückgerechnet bereits keine beweissichernde Funktion mehr gehabt. Ihre Bedeutung läge heute nur noch im Charakter eines reinen Druckmittels für die Verteidigung gegen die Widerklage. Ein ansatzweise denkbarer Mangel, den das Landgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung nicht abgehandelt hätte, ist für den bezeichneten Zeitraum schlechthin nicht erkennbar. Haben damit aber die Parteien die Frage der Abnahme während des für die Verjährung relevanten Zeitraums auf sich beruhen lassen, setzt die Klägerin sich zu ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch und handelt nach allem treuwidrig, wenn sie heute noch aus der unterbliebenen Abnahme für sich selbst günstige Rechtsfolgen herleiten will.

Damit ist aus einem weiteren Gesichtspunkt zu Gunsten der Beklagten die zwischenzeitlich eingetretene Verjährung von Gewährleistungsansprüchen zu berücksichtigen, so daß der Zuspruch auf die Widerklage auch hierauf gestützt werden kann.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

III.

Die Revision war nicht gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Der Senat hat die Sache auf der Grundlage gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung entschieden und hierbei die spezifischen Besonderheiten des Falles zur Geltung gebracht. Demnach hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung; auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs daher nicht erforderlich.

Der Streitwert wird wie folgt festgesetzt:

Klageantrag zu 1.: 383.468,85 €

Zahlungsantrag zu 2.: 813.616,64 €

Gesamtbetrag: 1.197.085,49 €

Feststellungsantrag: gerundet 100.000,00 €	73
Widerklage: gerundet <u>100.000,00 €</u>	74
Gesamtwert: bis 1.400.000,00 €	75
