
Datum: 18.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 5/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0318.19U5.10.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 13 O 51/05

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 09.12.2009 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 13 O 51/05 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 517.713,91 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2004 aus 85.386,91 € und weiteren Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 432.327,00 € zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die den Betrag von 432.327,00 € übersteigenden Kosten für die Abnahme der gesamten Gipskarton-Lochplattenverkleidung, die Überarbeitung der gesamten Heiz-/Kühldeckenaufhängung sowie die Anbringung einer neuen, auf die vorhandenen Heiz-/Kühldeckenelemente abgestimmten und dauerhaft rissfreien Thermo-Deckenverkleidung in dem Objekt I.straße 42-46 in XXXXX S. zu ersetzen, und zwar einschließlich der aus der Unmöglichkeit der Nutzung der von den Arbeiten betroffenen Räume während der Baumaßnahme resultierenden Kosten.

Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz und der Nebenintervention der Streithelferinnen zu 1. und 2. erster Instanz zu 2/5, die Beklagten die des Rechtsstreits erster Instanz und der Nebenintervention der Streithelferinnen zu 3. und 4. erster Instanz zu 3/5. Im Übrigen tragen die Streithelferinnen zu 1. und 2. die Kosten ihrer Nebenintervention erster Instanz jeweils zu 3/5 und die Streithelferinnen zu 3. und 4. die ihrer Nebenintervention erster Instanz jeweils zu 2/5 selbst.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung und der Nebenintervention der Streithelferinnen zu 1. und 2. zweiter Instanz zu 4/5, die Beklagten die der Berufung und der Nebenintervention der Streithelferinnen zu 3. und 4. zweiter Instanz zu 1/5. Im Übrigen tragen die Streithelferinnen zu 1. und 2. die Kosten ihrer Nebenintervention zweiter Instanz jeweils zu 1/5 und die Streithelferinnen zu 3. und 4. die ihrer Nebenintervention zweiter Instanz jeweils zu 4/5 selbst.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin ließ beginnend ab 2002 in ihrer Hauptstelle in S., Hauptstr. 42-46, Umbau- und Erweiterungsarbeiten durchführen. Die Beklagte war mit VOB-Werkvertrag vom 25.01.2002 mit den Sanitär-, Heizungsinstallations- und Lüftungsgewerken beauftragt. Dabei wurde von der Beklagten u.a. das Heiz-Kühldeckensystem „C.“, deren Herstellerin die Streitverkündete zu 1. ist, eingebaut. Für die Planung und Bauleitung zeichneten die Streitverkündeten zu 4. verantwortlich; die Streitverkündete zu 2. war als Fachingenieur für die technische Gebäudeausrüstung zuständig. Bei der Streitverkündeten zu 3. handelt es sich um die mit den anfallenden Trockenbauarbeiten befasste Firma, zu deren Aufgaben u.a. die Verkleidung der Heiz-Kühldecke mit Gipskarton-Thermoplaten gehörte, mit Ausnahme des als sog. „K.“ vorgesehenen Bereiches im Erdgeschoss des Neubaus, dessen Heiz-Kühldeckenflächen sichtbar bleiben und daher nicht verkleidet werden sollten.

Nachdem die zum Teil bereits gespachtelte und gestrichene Heiz-Kühldecke ab dem 04.11.2002 auf eine Temperatur von ca. 35 ° C aufgeheizt worden war, zeigten sich am 06.11.2002 an diversen Stellen der Gipskartondecke erhebliche Risse, die sich nach Abstellen der Heizung wieder schlossen. Die betroffenen Flächen ließ die Klägerin beginnend ab dem 16.12.2002 überarbeiten. Gleichwohl kam es erneut zu Rissbildungen.

1

2

3

4

5

Zur Ursachenklärung beantragte die Klägerin unter dem 15.11.2002 vor dem Landgericht Bonn die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen die Streitverkündete zu 3.. Der in diesem Verfahren beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. B. Q. stellte in seinem schriftlichen Gutachten vom 22.07.2003 fest, dass es an nahezu sämtlichen Deckenflächen zu Rissen sowie Verwerfungen bzw. Wölbungen in den Gipskartonunterschalen gekommen war. Ursächlich hierfür war nach Auffassung des Sachverständigen ein Systemfehler, da die Aluminiumkonstruktion des Heiz-Kühldeckensystems einen weitaus höheren Wärmedehnungskoeffizienten aufweise als die Gipskarton-Thermoplaten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beiakte LG Bonn, 13 OH 41/02, Bezug genommen.

Gemäß Abnahmeniederschrift vom 20.08.2003, die – nur - von der Beklagten unterzeichnet wurde, wurde die Abnahme zum 18.08.2003 erklärt. Gemäß Ziffer 27 des Protokolls erfolgte die Abnahme „vorbehaltlich der Ergebnisse des anhängigen Beweissicherungsverfahrens für Unterdecken in Verbindung mit Heiz-/Kühldecken....“ . 6

Mit einem vom 09.09.2003 datierenden Schreiben forderte die Klägerin die Beklagte unter Bezugnahme auf die im OH-Verfahren erstatteten Sachverständigengutachten auf, die festgestellten Mängel dauerhaft zu beseitigen, wobei zwischen den Parteien streitig ist, wann die Beklagte dieses Schreiben erhalten hat. Mit Schreiben vom 04.11.2004 bezifferte die Klägerin den ihr nach ihrer Auffassung zustehenden Schadensersatz. Am 10.01.2007 stellte die Klägerin fest, dass sich die abgehängte Decke einschließlich Heiz-Kühldecke im Bereich des 1. OG auf einer Länge von 3 m um 6 cm abgesenkt hatte. Mit Schreiben vom 16.03.2007 forderte sie die Beklagte auf, die fehlerhafte Befestigung der Heiz-Kühldecke bis spätestens 30.03.2007 zu beseitigen und kündigte an, andernfalls die Mängel im Wege der Ersatzvornahme beseitigen zu lassen. 7

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte sei für die festgestellten Risse und Verwerfungen bzw. Wölbungen verantwortlich, da sie den vom Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten Konstruktionsmangel des Heiz-Kühldeckensystems hätte erkennen und hierauf hinweisen müssen. Abgesehen davon müsse sich die Beklagte das Verschulden der Streitverkündeten zu 1. gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Sie habe sich bei der Montage des Heiz-Kühldeckensystems der Streitverkündeten zu 1. als Subunternehmerin bedient; zumindest aber habe hier eine tatsächliche Zusammenarbeit in erheblichem Umfang stattgefunden. Hinzukomme, dass die Beklagte der Klägerin das hier eingebaute Heiz-Kühldeckensystem „C.“ ausdrücklich empfohlen und hierfür sogar einen Preisvorteil eingeräumt habe. Darüber hinaus habe die Beklagte auch für die nicht ordnungsgemäß erfolgte Montage der Deckenaufhängung einzustehen; aufgrund der unzureichenden Befestigung der Deckenkühlelemente an den Kettenaufhängungen sei zu befürchten, dass sich in Zukunft weitere Elemente lösen werden. Dies mache – unabhängig von dem systembedingten Fehler der Heiz-Kühldecke - die Überarbeitung der gesamten Deckenfläche erforderlich. 8

Den ihr nach ihrer Auffassung zustehenden Schadensersatz wegen der im November 2002 erstmals festgestellten Rissbildungen und den daraufhin durchgeführten Maßnahmen hat die Klägerin, nachdem sie die Klage insoweit teilweise zurückgenommen bzw. modifiziert hat, in erster Instanz zuletzt wie folgt beziffert: 9

- Rechnung Fa. X. Bodenbeläge vom 10.04.2003 10

(Verlegung Abdeckfolie) 1.913,26 € 11

- Rechnung Fa. Y. GmbH & Co.KG vom 25.03.2003 12

(Neuanstrich Decken)		13
39.584,58 €		
- Rechnung Fa. P. GmbH vom 11.04.2003		14
(Trockenbauarbeiten)	43.117,78 €	15
- Rechnung Fa. H. Projectmanagement vom 14.10.2003	22.539,79 €	16
- Rechnung Architekten F.PartnerArchitekten vom		17
24.06.2004		18
9.584,98 €		
- zusätzliche Ortstermine F.PartnerArchitekten	391,43 €	19
- Kosten OH-Verfahren LG Bonn	9.625,52 €	20
- zusätzliche Monatsmiete für Ausweichquartier	11.559,28 €	21
- Anwaltskosten OH-Verfahren	3.615,84 €	22
d.h. insgesamt 141.932,46 €. Die Klägerin hat geltend gemacht, die von den Firmen X. Bodenbeläge, Y. GmbH & Co.KG und P. GmbH erbrachten Arbeiten seien in vollem Umfang auf die Nachbearbeitung der mangelhaften Deckenflächen entfallen. Die Mangelbeseitigungsarbeiten seien von der Streitverkündeten zu 4. überwacht worden, die hierfür zusätzlich habe vergütet werden müssen, da Planung und Überwachung der technischen Gebäudeausrüstung, zu der auch die streitgegenständliche Heiz-Kühldeckenkonstruktion gehöre, wegen der eigens erfolgten Beauftragung der Streitverkündeten zu 2. als Fachingenieurin nicht zum Aufgabenbereich der Architekten gehört hätten. Die Sanierung der Deckenkonstruktion habe zu einer Bauzeitverzögerung von zwei Monaten geführt, da notwendige Folgearbeiten anstelle des ursprünglich vorgesehenen Termins am 18.12.2002 erst Mitte Februar 2003 hätten fertiggestellt werden können. Infolgedessen habe sich auch die Tätigkeit der Fa. H. Projectmanagement entsprechend verlängert, wofür dieser gemäß § 6.2 des zwischen ihr und der Klägerin abgeschlossenen Projektsteuerungsvertrages vom 17./18.01.2001 ein Honorarausgleich zustehe. Außerdem habe die Klägerin den zunächst bis 31.01.2003 abgeschlossenen Vertrag über die Anmietung eines Ersatzquartiers für die Dauer der Umbau- und Erweiterungsarbeiten um einen Monat verlängern müssen. Die Klägerin habe auch Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens; dieses sei erforderlich gewesen, um den Verursacher der Mängel feststellen zu lassen, zumal die Beklagte ihre Verantwortung stets abgestritten habe und mit der Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen die Streitverkündete zu 3. einverstanden gewesen sei.		23
Hilfsweise hat sich die Klägerin darauf berufen, dass mit künftigen Schäden gerechnet werden müsse, da das vorhandene Schadensbild zweimal jährlich eine Überprüfung erforderlich mache und die dabei festgestellten Risse, die jeweils zu Beginn und zum Ende der Heizperiode zwangsläufig auch in Zukunft auftreten würden, sukzessive zu beheben seien. Den auf Dauer verbleibenden optischen Mangel hat die Klägerin mit 19.488,00 € beziffert.		24
Wegen der fehlerhaften Montage der Deckenaufhängung macht die Klägerin geltend, dass der Umfang der hierfür erforderlichen Mangelbeseitigungsarbeiten noch nicht feststehe; sie		25

hat daher die Feststellung dahingehend beansprucht, dass die Beklagte verpflichtet sei, die Kosten für die insoweit erforderliche Überarbeitung zu tragen.

Nach teilweiser Klagerücknahme und diversen Antragsumstellungen hat die Klägerin in erster Instanz beantragt, wobei sich die Streitverkündeten zu 3. und 4. diesen Anträgen angeschlossen haben, 26

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 141.932,46 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozent über dem Basiszinssatz der Deutschen Bundesbank seit dem 01.12.2004 zu zahlen, 27

hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, dass die vorhandenen so wie die neu entstehenden Rissbildungen und Verwerfungen an der Gipskartondecke in dem Objekt I.str. 42-46 in XXXXX S. fachgerecht beseitigt werden müssen, 28

hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 19.488 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozent über dem Basiszinssatz der Deutschen Bundesbank seit dem 01.12.2004 zu zahlen, 29

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die Kosten zu erstatten, die für die Abnahme der gesamten Gipskarton- Lochplattenverkleidung, die Überarbeitung der gesamten Heiz-Kühldeckenaufhängung sowie die Wiederanbringung der Deckenverkleidung erforderlich werden. 30

Die Beklagte hat beantragt, 31

die Klage abzuweisen. 32

Die Streitverkündeten zu 1. und 2. haben sich diesem Antrag, soweit es um den Klageantrag zu 1. geht, angeschlossen; im Übrigen haben sie keinen Antrag gestellt. 33

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die von ihr erbrachte Werkleistung sei mängelfrei. Das eingebaute Heiz-Kühldeckensystem entspreche dem Stand der Technik und sei für die geltend gemachten Mängel nicht ursächlich; ein Systemfehler liege nicht vor. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre dies nicht der Beklagten anzulasten, da es sich hier – was zwischen den Parteien unstreitig ist - genau um das von der Streitverkündeten zu 2. ursprünglich im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Produkt handle und daher allenfalls ein Planungsfehler vorliege, den sich im Verhältnis zur Beklagten allein die Klägerin zurechnen lassen müsse. Schadensursächlich sei aber ohnehin, dass sich die Streitverkündete zu 3. nicht an die Montageanweisung der Herstellerin des Heiz-Kühldeckensystems gehalten und die Gipskartonplatten fehlerhaft montiert habe. Insbesondere fehle es an einer ausreichenden Anzahl von Dehnungsfugen. Abgesehen davon sei die Beklagte vor Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten auch nicht dazu aufgefordert worden, die Mängel zu beseitigen; das von der Klägerin als Anlage A 10 vorgelegte Schreiben vom 09.09.2003 habe die Beklagte erst am 10.11.2004 erhalten. Soweit von den Sachverständigen vereinzelt nicht gespannte Ketten vorgefunden worden seien, habe dies mit den vorhandenen Rissen nichts zu tun. Die mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachte Schadenshöhe hat die Beklagte bestritten. 34

Im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2009 (Bl. 799 ff. GA) hat die Beklagte wegen der über einen Betrag von 306,400,00 € hinausgehenden Mangelbeseitigungskosten die 35

Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch die Einholung mündlich und schriftlich zu erstattender Gutachten der Sachverständigen T. und O. auf den Feststellungsantrag zu 2. die Beklagte für verpflichtet erachtet, der Klägerin die Kosten zu erstatten, die für die Abnahme der gesamten Gipskarton-Lochplattenverkleidung und die Überarbeitung der gesamten Heiz-Kühldeckenaufhängung erforderlich werden, soweit es sich hierbei nicht um Sowieso-Kosten handelt und nicht um solche Kosten, die ausschließlich auf die Überarbeitung lose hängender Ketten zurückzuführen sind. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. 36

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, der auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 141.932,46 € gerichtete Klageantrag zu 1. sei unbegründet. Dies gelte hinsichtlich der Rechnungen der Firma X. Bodenbeläge, der Firma Y. GmbH & Co.KG und der Firma P. GmbH schon deshalb, weil diese Nachbesserungsarbeiten vor Abnahme durchgeführt worden seien und die Klägerin daher den Ersatz von Fremdnachbesserungskosten gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B nur hätte verlangen können, wenn sie der Beklagten zuvor den Auftrag gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B entzogen hätte, was unstreitig nicht geschehen sei. Ein Anspruch auf Ersatz der aus einer Bauzeitverzögerung angeblich resultierenden Mehrkosten stehe der Kläger ebenfalls nicht zu, da sie schon nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe, dass sich die Fertigstellung des Objekts wegen der Deckensanierung tatsächlich um 2 Monate verzögert habe. Erstattung der Kosten für die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens könne die Klägerin nicht verlangen, da die Beklagte an dem OH-Verfahren nicht beteiligt gewesen sei und es sich deshalb auch nicht um notwendige Kosten der Rechtsverfolgung im Verhältnis zur Beklagten bzw. den nunmehr gegen diese gerichteten Ansprüche handele. 37

Auch sei der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag unbegründet. Nach den Ausführungen der Sachverständigen T. und O., so meint das Landgericht, liege ein Systemfehler aufgrund eines unterschiedlichen Ausdehnungsverhaltens zwischen Aluminiumplatte und Gipskartondecke vor, infolgedessen es selbst bei einer ordnungsgemäßen Montage der Deckenaufhängung zu Rissbildungen in der Gipskartondecke gekommen wäre. Für den Systemfehler habe die Beklagte indes nicht einzustehen, da exakt das ursprünglich im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Produkt „C.“ zum Einsatz gekommen sei. Der Beklagten habe auch keine Hinweispflicht gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B obliegen, da ihr der Systemfehler der ausgeschriebenen Heiz-Kühldecke weder bekannt war noch hätte bekannt sein müssen. Ein etwaiges Verschulden der Streitverkündeten zu 1. müsse sich die Beklagte nicht nach § 278 BGB zurechnen lassen, da diese nur Zulieferer und nicht in den Pflichtenkreis der Beklagten mit einbezogen sei. 38

Auch könne die Klägerin nicht die Zahlung von 19.488,00 € als Ausgleich für einen optischen Minderwert beanspruchen, da die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 13 Nr. 6 VOB/B nicht gegeben seien. 39

Der Klageantrag zu 2. sei teilweise begründet. Die Klägerin könne gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B bzw. 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B von der Beklagten Erstattung der Kosten verlangen, die dadurch entstünden, dass die der Beklagten anzulastenden Mängel an der Aufhängung der Heiz-Kühldecke beseitigt werden. Ein Mangel der Werkleistung der Beklagten ergebe sich nach den Ausführungen der Sachverständigen T. und O. daraus, dass bei einer stichprobenartigen Untersuchung vor Ort diverse Montagefehler an den Anhangketten festgestellt worden seien. Eine Verantwortung treffe die Beklagte jedoch nicht hinsichtlich der festgestellten „losen“ Ketten, da nach den Ausführungen des Sachverständigen O. nicht auszuschließen sei, dass dieser Mangel bei der Montage der Gipskartonplatten entstanden 40

sei. Die Klägerin habe nicht beantragt, der Frage weiter nachzugehen, wer die Verantwortung für die lose hängenden Ketten trage. Von der Pflicht zur Kostentragung seien ferner die Sowieso-Kosten auszunehmen, deren Umfang derzeit nicht bekannt sei.

Unbegründet sei der Feststellungsantrag ferner insoweit, als die Klägerin von der Beklagten die Erstattung der Kosten für die Wiederanbringung der Gipskartondecke fordere, da diese Arbeiten nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten fielen. 41

Die von der Beklagten im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2009 (Bl. 799 ff. GA) wegen der über einen Betrag von 306,400,00 € hinausgehenden Mangelbeseitigungskosten erhobene Einrede der Verjährung sei verspätet und rechtfertige auch nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, §§ 296a, 156 ZPO. 42

Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf den Inhalt des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. 43

Gegen diese Entscheidung richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien. 44

Mit dem Berufungsantrag zu I. 1. verfolgt die Klägerin unter Reduzierung der Klageforderung auf – nur noch - 107.926,70 € nebst Zinsen ihren erstinstanzlichen Klageantrag weiter. Der damit geltend gemachte Zahlungsanspruch umfasst die Kosten der in 2002/2003 durchgeführten Mangelbeseitigungsmaßnahmen an der Gipskartondecke, den Schaden aus einer daraus nach dem Vortrag der Klägerin resultierenden Bauzeitverzögerung sowie die Kosten des gegen die Streithelferin zu 3. gerichteten selbstständigen Beweisverfahrens 13 OH 41/02 LG Bonn. Nicht weiter verfolgt in der Berufung werden die von der Klägerin noch in erster Instanz geltend gemachten Erstattungsansprüche aus der Rechnung der Architekten F. und Partner vom 24.06.2004 über 9.584,98 €, wegen der Kosten für die zusätzlichen Ortstermine in Höhe von 391,43 € und – nach Rücknahme in der mündlichen Verhandlung vom 07.01.2011 - wegen der Mehrkosten für die Anmietung eines Ausweichquartiers in Höhe von 11.559,28 €. Ferner reduziert die Klägerin ihre Forderung auf Erstattung der Kosten aus der Rechnung der Fa. Y. GmbH & Co.KG vom 25.03.2003 (Neuanstrich Decken) um einen Betrag von 12.470,07 €. Danach ergibt sich folgende Forderungszusammenstellung für die Berufungsinstanz: 45

- Rechnung Fa. X. Bodenbeläge vom 10.04.2003 46

(Verlegung Abdeckfolie) 47
1.913,26 €

- Rechnung Fa. Y. GmbH & Co.KG vom 25.03.2003 48

(Neuanstrich Decken) 27.114,51 € 49

- Rechnung Fa. P. GmbH vom 11.04.2003 50

(Trockenbauarbeiten) 43.117,78 € 51

- Rechnung Fa. H. Projectmanagement vom 14.10.2003 22.539,79 € 52

- Kosten OH-Verfahren LG Bonn 9.625,52 € 53

- Anwaltskosten OH-Verfahren 3.615,84 € 54

55

Summe: 107.926,70 €

Die Klägerin stützt ihre Ansprüche hinsichtlich des Berufungsantrages zu Ziffer I. 1. auf Ersatz für die Kosten der durchgeführten Sanierungsmaßnahmen auf § 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, hilfsweise auf § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B. 56

Die Klägerin ist der Auffassung, dass Landgericht habe zu Unrecht einen Erstattungsanspruch hinsichtlich der für die vor der Abnahme erfolgten Mangelbeseitigungsarbeiten an der Gipskartondecke aufgewandten Kosten gemäß den Rechnungen der Firma X. Bodenbeläge, der Firma Y. GmbH & Co.KG und der Firma P. GmbH mit der Begründung verneint, die Klägerin habe der Beklagten entgegen §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B nicht den Auftrag entzogen. Insoweit habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Fristsetzung mit Entziehungsandrohung und Kündigung des Bauvertrages dann entbehrlich sei, wenn der Auftragnehmer die vertragsgemäße Fertigstellung seines Werks ernsthaft und endgültig verweigert habe. In diesem Zusammenhang verweist sie auf ihren erstinstanzlichen Schriftsatz vom 13.07.2005 und behauptet, die Beklagte habe im Besprechungstermin am 12.11.2002 jegliche Verantwortung für die aufgetretenen Schäden nachdrücklich zurückgewiesen und eine Mangelbeseitigung abgelehnt. Außerdem beträfen die Arbeiten aus den o.g. Rechnungen – unstreitig - ausschließlich die Gipskartondecke und nicht das Heiz-Kühlsystem als die eigentliche Leistung der Beklagten, so dass es nicht um „Fremdnachbesserungskosten“ i.S.d. § 4 Nr. 7 VOB/B gegangen sei. 57

Die Beklagte, so meint die Klägerin, sei auch für die am 06.11.2002 festgestellten und durch die ab 16.12.2002 beginnenden Arbeiten – zunächst - beseitigten Rissbildungen und Verwerfungen an der Gipskartondecke verantwortlich. Die vom Landgericht auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen O. in der mündlichen Verhandlung vom 11.11.2009 angenommenen fehlerhaft zugespachtelten Randfugen seien im November 2002 noch nicht vorhanden gewesen. 58

Für die danach verbleibenden beiden von den Sachverständigen festgestellten Schadensursachen für die Rissbildungen, nämlich die systembedingt thermischen Spannungen und die fehlerhafte Montage der Heiz-Kühlsysteme, sei die Beklagte verantwortlich. 59

Hinsichtlich der systembedingten thermischen Spannungen komme entgegen der Ansicht des Landgerichts insoweit eine Haftungsbefreiung der Beklagten gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B nicht deshalb in Betracht, weil sie das im Leistungsverzeichnis vorgesehene Heiz-Kühlsystem „C.“ schlussendlich eingebaut habe. Denn nach den Vergabeverhandlungen vom 04.09.2001 sollte das Fabrikat „G.“ zur Ausführung gelangen, wovon dann jedoch Abstand genommen worden sei, weil die Beklagte zu dem Entschluss gekommen war, das ursprünglich geplante System „J.“ gegen einen Preisnachlass einsetzen zu wollen und um entsprechende Freigabe gebeten habe. Erst darauf hin sei abweichend vom Verhandlungsergebnis vom 04.09.2001 das System „J.“ beauftragt worden. Bei dieser Sachlage sei die Beklagte maßgeblich an der Leistungsbestimmung beteiligt, so dass eine bindende Vorgabe der Klägerin i.S.d. § 13 Nr. 3 VOB/B nicht anzunehmen sei. 60

Eine Haftungsentlassung der Beklagten nach § 13 Abs. 3 VOB/B scheitere auch daran, dass ihr eine Hinweispflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B oblegen habe, der sie –unstreitig - nicht nachgekommen sei. Wenn auch die Beklagte die bauphysikalischen Auswirkungen nicht habe überprüfen müssen, so sei ihr jedoch das Wissen der Streithelferin zu 1. als der Herstellerin des Fabrikats gemäß § 278 BGB anzurechnen. Die Streithelferin zu 1. sei 61

nämlich nicht nur Zulieferer des Heiz-Kühlsystems gewesen, sondern sie sei – wie verschiedene Besprechungsnotizen zeigten - nicht nur in Besprechungen einbezogen und hinsichtlich der Verarbeitung des Heiz-Kühlsystems beratend tätig geworden, sondern habe auch in der konkreten Ausgestaltung des Deckensystems planerisch und ausführend mitgewirkt.

Auch habe die Beklagte das ohnehin systembedingt rissanfällige System auch noch unsachgemäß aufgeheizt, wodurch es zu Rissbildungen und Verwerfungen der Gipskartondecke gekommen sei.

62

Schließlich komme eine Haftung der Beklagten für die Kosten im Zusammenhang mit der Beseitigung der Rissbildungen in der Gipskartondecke deshalb in Betracht, weil schadensursächlich – auch - die der Beklagten anzulastenden Mängel der Aufhängung der Heiz-Kühldecke seien. Das Landgericht habe dies – wenn auch im Zusammenhang mit dem Klageantrag zu 2. - zu Recht auf der Grundlage der Ausführungen der Sachverständigen T. und O. erkannt, jedoch eine Haftung der Beklagten für die festgestellten „losen“ Ketten zu Unrecht verneint, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass dieser Mangel bei der Montage der Gipskartondecke entstanden sei. Das Landgericht habe hierbei die Beweislast verkannt. Da die im November 2002 aufgetretenen Rissbildungen, die auf die Mängel der Aufhängung des Heiz-Kühlsystems zurückzuführen seien, unstreitig vor der Abnahme festgestellt worden seien, müsse die Beklagte das Nichtvorhandensein des Mangel darlegen und beweisen.

63

Die Kosten aus der Rechnung der Firma X. Bodenbeläge vom 10.04.2003 (Verlegen Abdeckfolie) in Höhe von 1.913,26 €, aus der Rechnung der Firma Y. GmbH & Co.KG vom 26.03.2005 (Malerarbeiten) in Höhe von 27.114,51 € und der Rechnung der Firma P. GmbH vom 11.04.2003 (Trockenbauarbeiten) in Höhe von 43.117,78 € schulde die Beklagte aus § 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, hilfsweise aus § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B. Die Mangelbeseitigungsarbeiten seien nach den Ausführungen des Sachverständigen T. in der jeweiligen Höhe auch erforderlich.

64

Hinsichtlich des geltend gemachten Ersatzes der durch eine Bauzeitverzögerung entstandenen Mehrkosten meint die Klägerin, das Landgericht habe zu Unrecht ihren erstinstanzlichen Vortrag, dass sich die Fertigstellung des Objekts wegen der Deckensanierung tatsächlich um 2 Monate verzögert habe, für nicht hinreichend substantiiert erachtet und die Nichtvorlage eines vollständigen Bauzeitenplans beanstandet. In diesem Zusammenhang verweist die Klägerin auf die bereits in erster Instanz vorgelegten beiden Terminpläne vom 02.10.2002 und 12.11.2002 sowie ihren Vortrag im Schriftsatz vom 13.07.2005. Dort und erneut in der Berufung behauptet die Klägerin, dass allein die Fertigstellung der Deckensanierungsarbeiten Voraussetzung für die in den Terminplänen als „Kritische Vorgänge“ erfassten Folgearbeiten (Bodenbelag und Möbelierung) gewesen sei. Das Landgericht hätte daher dem angebotenen Zeugenbeweis nachgehen müssen. Jedenfalls hätte das Landgericht, so meint die Klägerin, darauf hinweisen müssen, dass die Vorlage eines vollständigen Bauzeitenplans und weiterer Vortrag erforderlich seien. Dem habe das Landgericht durch den Hinweisbeschluss vom 14.12.2006 unter Ziffer 1 b) nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit genügt. Bei entsprechendem Hinweis hätte sie seinerzeit den jetzt in der Berufung eingereichten letzten Bauzeitenplan mit Stand vom 06.09.2002 vorgelegt, aus dem sich die Abhängigkeit zwischen den Sanierungsarbeiten und den Bodenbelagarbeiten ergebe.

65

Hinsichtlich der Schadensposition „Mehrkosten der Fa. H. Projektmanagement“ habe das Landgericht verkannt, dass die Tätigkeit eines Projektsteuerers nicht schon mit Abschluss der

66

bloßen Bautätigkeit ende, sondern auch Tätigkeiten beinhalte, die typischerweise nach Abschluss der eigentlichen Bautätigkeit anfallen. Dies belege auch § 3 Ziffer 3.5 des Projektsteuerungsvertrages sowie die in der Berufung zu den Akten gereichte Anlage 2 zum Projektsteuerungsvertrag. Aus dem sich hieraus ergebenden Leistungsumfang des Projektsteuerungsvertrages folge, dass der Projektsteuerer seine Leistungen nicht bis zum 15.03.2003 beenden konnte, sondern die in § 6.2. des Vertrages vorgesehene „unterbrechungsfreie Leistungsdauer“ sogar um mehr als 6 Monate überschritten worden sei. Für die 2 Monate könne die Klägerin Ersatz von 22.539,79 € beanspruchen (281.747,39 € : 29 Monate x 2 Monate + 16 % MwSt.).

Auch seien der Klägerin die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B zu erstatten. Das Landgericht habe, so meint die Klägerin, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verkannt, wonach auch Ersatz der Kosten eines Vorprozesses gegen einen Dritten verlangt werden können. 67

Mit ihrem Hauptantrag in der Berufung unter I. 2. a) und b) macht die Klägerin erstmals die Kosten für den Einbau eines neuen Heiz-Kühlsystems der Fa. A.-G. geltend, welche nicht mit einer neuen Gipskartondecke versehen wird, sowie mit der Berufungserweiterung gemäß Schriftsatz vom 11.08.2010 Kosten für Maßnahmen, die erforderlich seien, um die Umstellung des Heiz-Kühlsystems auf das der Fa. A.-G. gemäß dem Angebot vom 15.03.2010 fachgerecht realisieren zu können. Die vorgenannte Berufungserweiterung stützt die Klägerin auch auf im Schriftsatz vom 11.08.2010 behauptete Mängel. 68

Die Klägerin trägt vor, sie habe sich nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens um eine Sanierungslösung bemüht und sei der Frage nachgegangen, ob die vorhandenen Heiz-Kühlsysteme nach der Deckendemontage wieder verwendet werden können. Unter Berufung auf eine gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. U. vom 08.03.2010 behauptet sie erstmals in der Berufung, die Heiz-Kühlelemente würden bei der notwendigen großflächigen Entfernung der Gipskartondecke derart beschädigt werden, dass die Elemente nicht mehr wieder verwendet werden könnten. Die zur Befestigung der Gipskartonplatten in die Heiz-Kühlelemente gedrehten Schrauben könnten nicht entfernt werden, ohne die Heiz-Kühlelemente bis zur Unbrauchbarkeit zu beschädigen. Der von den Sachverständigen T. und O. festgestellte Systemfehler mache es zudem erforderlich, entweder eine geeignete Deckenverkleidung anzubringen oder alternativ – im Sinne des Hauptantrages - eine unverkleidete Ausführung der Strahlheizflächen zu realisieren, was bei dem System der Fa. A.-G. mit gelochten, pulverbeschichteten Metallquadratkassetten gewährleistet sei. Hierzu behauptet die Klägerin zunächst in der Berufungsbegründung, die Umsetzung dieser Maßnahme verursache nach dem Angebot der Fa. A.-G. vom 15.03.2010 notwendige Kosten in Höhe von 941.607,01 € netto. Unter Berücksichtigung der Kosten für Bauleitung und Objektüberwachung, die die Klägerin in Anlehnung an die „Tischvorlage“ des Sachverständigen T. vom 05.11.2009 mit 30.300,00 € beziffert, und der MwSt. ergebe sich der in der Berufungsbegründung geforderte Betrag von 1.156.569,34 €. Diesen Betrag macht die Klägerin in erster Linie als Vorschuss gemäß § 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 S. 1 VOB/B hilfsweise als Schadensersatzanspruch gemäß § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B bzw. § 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 S. 2 VOB/B geltend, da ihrer Ansicht nach keine Abnahme erfolgt sei. Für den Fall, dass eine Abnahme vorliegt, stützt die Klägerin ihren Anspruch als Vorschussanspruch auf § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, hilfsweise macht sie einen Schadensersatzanspruch gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B geltend. 69

Mit der Klageerweiterung gemäß Schriftsatz vom 11.08.2010 erhöht die Klägerin ihren Hauptberufungsantrag zu I. 2. a) um weitere 236.079,34 €. Hierzu behauptet sie, es handele 70

sich hierbei um Kosten für Maßnahmen, die erforderlich seien, um die Umstellung des Heiz-Kühlsystems auf das der Fa. A.-G. gemäß dem Angebot vom 15.03.2010 fachgerecht realisieren zu können. Das im System der Fa. A.-G. integrierte „Luftauslasssystem R.“ mache Maßnahmen im Bereich des von der Beklagten erstellten Luftkanalnetzes und der MSR-Technik (Mess-, Steuer- und Regelungstechnik) mit einem Kostenaufwand von weiteren 236.079,34 € brutto erforderlich (Gesamtforderung gemäß Berufungsantrag zu I. 2. a) daher 1.392.648,68 €).

Den Betrag von 236.079,34 € macht die Klägerin als Vorschussanspruch gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, hilfsweise als Schadensersatzanspruch gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B geltend. Sie behauptet hierzu erstmals in der Berufung, anlässlich einer Ortsbegehung am 31.07.2008 sei festgestellt worden, dass im Hinblick auf einen fehlenden Abgleich des Luftkanalnetzes die geplanten Sollluftmengen nicht erreicht würden, Regelorgane fehlten oder nicht zugänglich seien, mit den von der Beklagten installierten Raumbediengeräten die Planvorgabe, wonach jede Regelzone im Bereich von 4° +/- regelbar sein sollte, nicht erreicht werden könne und erhebliche Mängel an den von der Beklagten erstellten Revisionsunterlagen vorlägen. Diese Mängel habe die Beklagte trotz wiederholter Fristsetzung –erstmals mit Schreiben vom 12.08.2008 - nicht beseitigt.

Die Klägerin verweist darauf, dass diese Mängel bei Realisierung des Heiz-Kühlsystems der Fa. A.-G. unter Einschluss der Maßnahmen im Bereich des Luftkanalnetzes und der MSR-Technik beseitigt würden und meint ferner, dass auch unabhängig von der Begründetheit des Hauptantrages zu I. 2. diese Mängel einen Schadensersatzanspruch in Höhe der 236.079,34 € rechtfertigten.

Mit ihrem Hilfsantrag zu Ziffer I. 2. macht die Klägerin im Wege des großen Schadensersatzanspruchs die Rückzahlung der an die Beklagte für das Heiz-Kühlsystem gezahlten Vergütung, die Kosten der erstmaligen Erstellung der Gipskartondecken, die Demontage der Gesamtdeckenkonstruktion sowie mit der Berufungserweiterung im Schriftsatz vom 11.08.2010 die Kosten für die Beseitigung der dort behaupteten Mängel geltend. Den Hilfsantrag stützt die Klägerin in erster Linie auf § 4 Nr. 7 S. 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 S. 2 VOB/B, hilfsweise – für den Fall der Abnahme - auf § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 VOB/B.

Hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs auf Rückzahlung des an die Beklagte gezahlten Entgelts für das Heiz-Kühlsystem behauptet sie, dass die installierten Heiz-Kühlelemente im Zuge der erforderlichen Überarbeitung der Aufhängung und der hierzu erforderlichen Demontage der Gipskartondecke unbrauchbar beschädigt würden. Auf die Installation des Heiz-Kühlsystems entfalle eine Vergütung von 511.536,01 € brutto. Die für die Erstellung der Gipskartondecke angefallenen – nutzlosen - Kosten beziffert die Klägerin anhand der Schlussrechnung der Streithelferin zu 3. auf 194.702,57 € und diejenigen Kosten für die Demontage des – unbrauchbaren - Deckensystems (Gipskartonplatten und Heiz-Kühlelemente) auf der Grundlage des Angebots der Fa. A.-G. auf 279.458,78 €. Über den sich daraus ergebenden Betrag von 985.697,36 €, so meint die Klägerin, sei die Beklagte zum Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Mängel - wie zum Hauptantrag beschrieben - in Höhe eines Betrages von 236.079,34 € nebst den Kosten für die Überarbeitung der Revisionsunterlagen in Höhe von behaupteten 8.000,00 € brutto, insgesamt 244.079,34 € verpflichtet. Mit dem Hilfsantrag zu I. 2. a) beansprucht die Klägerin die Zahlung von 1.229.794,70 €.

Mit ihrem weiteren Hilfsantrag zu Ziffer I. 2. a) macht die Klägerin die Kosten für die Überarbeitung der Aufhängung der Heiz-Kühlelemente, der Anbringung einer neuen Deckenverkleidung sowie mit der Berufungserweiterung im Schriftsatz vom 11.08.2010 die

Kosten für die Beseitigung der dort behaupteten Mängel geltend. Die Kosten für die Überarbeitung der Aufhängung der Heiz-Kühlelemente und der Anbringung einer neuen Deckenverkleidung berechnet die Klägerin anhand der „Tischvorlage“ des Sachverständigen T. vom 05.11.2009 auf 432.327,00 €. Zuzüglich der behauptete Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 244.079,34 € ergibt sich die im Erweiterungsschriftsatz vom 11.08.2010 in der Berufung geltend gemachte Forderung von 676.406,34 €.

Mit ihrem äußerst hilfsweise gestellten Antrag verfolgt die Klägerin ihren ursprünglichen Klageantrag weiter, modifiziert diesen jedoch hinsichtlich der Anforderungen an die neu anzubringende Deckenverkleidung und ergänzt diesen nach Maßgabe der Berufungserweiterung im Schriftsatz vom 11.08.2010 um die Feststellung, dass die Beklagte zur Beseitigung der im vorgenannten Schriftsatz behaupteten Mängel verpflichtet ist.

76

Mit der Berufung wendet sich die Klägerin gegen die teilweise Abweisung ihres in erster Instanz gestellten Klageantrages zu 2. durch das Landgericht insoweit, als das Landgericht im Rahmen des Feststellungsantrages die Verpflichtung der Beklagten zur Kostentragung hinsichtlich der „losen“ Ketten, der Sowieso-Kosten und der Kosten für die Wiederanbringung der Deckenverkleidung verneint hat.

77

Die Klägerin meint, das Landgericht habe eine Haftung der Beklagten für die festgestellten „losen“ Ketten zu Unrecht mit der Begründung verneint, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass dieser Mangel bei der Montage der Gipskartondecke entstanden sei. Das Landgericht habe hierbei die Beweislast verkannt. Da die im November 2002 aufgetretenen Rissbildungen, die auf die Mängel der Aufhängung des Heiz-Kühlsystems zurückzuführen seien, unstreitig vor der Abnahme festgestellt worden seien, müsse die Beklagte das Nichtvorhandensein des Mangels darlegen und beweisen. Tatsächlich fehle es auch an einer Abnahme der Werkleistung der Beklagten zum 18.08.2003. Die Abnahmeniederschrift vom 20.08.2003 sei zum einen nur von der Beklagten unterschrieben worden, was nach Ziffer 7 der Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht ausreiche, zum anderen sei die Abnahme nach Ziffer 27 des Protokolls „vorbehaltlich der Ergebnisse des anhängigen Beweissicherungsverfahrens für Unterdecken in Verbindung mit Heiz-/Kühldecken“ erfolgt. Dass die „losen“ Ketten nicht auf die Nachfolgearbeiten der Gipskartonmontage zurückgeführt werden könnten, zeige auch die – erstmals im Berufungsverfahren vorgelegte - gutachtliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. U. vom 08.03.2010.

78

Für eine Einschränkung des Feststellungstenors hinsichtlich der Sowieso-Kosten habe keine Veranlassung bestanden, da es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass bei den vom Feststellungstenor umfassten Arbeiten Sowieso-Kosten anfallen könnten.

79

Schließlich habe das Landgericht zu Unrecht im Feststellungstenor die Pflicht der Beklagten zur Tragung der Kosten für die Wiederanbringung der Decke verneint. Das Landgericht habe zwar zu Recht einen Systemfehler bejaht, sei aber rechtsirrig davon ausgegangen, dass die Beklagte für den Systemfehler nicht einzustehen habe. Die Anbringung einer neuen Deckenverkleidung, so meint die Klägerin, sei im Übrigen Teil des Wiederherstellungsaufwands, den die Beklagte als Mangelbeseitigungskosten zu tragen habe, da es sich um notwendige Folgemaßnahmen für die in jedem Fall in den Verantwortungsbereich der Beklagten fallende Überarbeitung der Aufhängung des Heiz-Kühlsystems handele.

80

Die Klägerin meint schließlich, die in der Berufung vorgenommene Klageänderung sei zulässig, § 533 ZPO. Die Klageänderung sei sachdienlich; neu sei lediglich der Vortrag, dass die Heiz-Kühlelemente nach der Deckendemontage unbrauchbar seien. Dies sei der Klägerin

81

aber erst im Zusammenhang mit den Sanierungsüberlegungen gekannt geworden. Dies könne ihr ebenso wenig als Nachlässigkeit angelastet werden, wie der Vortrag in der Berufungserweiterung zu den festgestellten weiteren Mängeln.

Nachdem die Klägerin zunächst mit ihrem Hauptantrag zu Ziffer I. 1. beantragt hat, die Beklagte zur Zahlung von 119.485,98 € nebst Zinsen zu verurteilen, hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 07.01.2011 diesen Antrag um 11.559,28 € (Mehrkosten für ein Ausweichquartier) zurückgenommen. 82

Die Klägerin beantragt nunmehr, 83

I. das am 09.12.2009 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn – 13 O 51/05 – abzuändern und 84

1. 85

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 119.485,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit dem 1. Dezember 2004 zu zahlen, 86

2. 87

a) 88

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere **1.392.648,68 €** zzgl. Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB aus 1.156.569,34 € ab Zustellung der Berufungsbegründung vom 26. März 2010 sowie aus weiteren **236.079,34 € ab Zustellung des vorliegenden Schriftsatzes** zu zahlen, 89

b) 90

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin auch die den Betrag von **1.392.648,68 €** übersteigenden Kosten der Demontage der in dem Objekt I.straße 42 – 46 in XXXXX S. vorhandenen Heiz-/Kühldecken einschl. der vorhandenen Gipskarton-Deckenverkleidung und der anschließenden Montage neuer Heiz-/Kühldecken aus Metallquadratkassetten **einschl. der erforderlichen Anpassungen des Luftkanalnetzes und eines Abgleichs des Luftkanalnetzes und der Anpassung der Raumtemperaturregelung auf das 4-Leiter-System der neuen Heiz-/Kühldecken unter Einbeziehung der Lüftung** sowie die aus der Unmöglichkeit der Nutzung der von den Arbeiten betroffenen Räume während der Baumaßnahme resultierenden Kosten zu ersetzen, 91

hilfsweise zu 2.: 92

a) 93

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere **1.229.794,70 €** zzgl. Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB aus 985.697,36 € ab Zustellung der Berufungsbegründung vom 26. März 2010 sowie aus weiteren **244.079,34 € ab Zustellung des vorliegenden Schriftsatzes** zu zahlen, 94

b) 95

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin auch die einen Betrag von 523.538,12 € übersteigenden Kosten der Demontage der in dem Objekt I.straße 42 – 46 in XXXXX S. vorhandenen Heiz-/Kühldecken einschl. der vorhandenen Gipskarton-Deckenverkleidung, der zu einem ordnungsgemäßen Abgleich des Luftkanalnetzes, zur Herstellung einer zureichenden Raumtemperaturregelung sowie zur Herstellung ordnungsgemäßer Revisionspläne erforderlichen Maßnahmen sowie die aus der Unmöglichkeit der Nutzung der von den Arbeiten betroffenen Räume während dieser Maßnahmen resultierenden Kosten zu ersetzen,	96
<u>weiter hilfsweise:</u>	97
a)	98
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 676.406,34 € nebst Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB aus 432.327,00 € ab Zustellung der Berufungsbegründung vom 26. März 2010 sowie weiteren 244.079,34 € ab Zustellung des vorliegenden Schriftsatzes zu zahlen,	99
b)	100
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die den Betrag von 676.406,34 € übersteigenden Kosten für die Abnahme der gesamten Gipskarton-Lochplattenverkleidung, die Überarbeitung der gesamten Heiz-/Kühldeckenaufhängung sowie die Anbringung einer neuen, auf die vorhandenen Heiz-/Kühldeckenelemente abgestimmten und dauerhaft rissfreien Thermo-Deckenverkleidung in dem Objekt I.straße 42 – 46 in XXXXX S., und der dort zu einem ordnungsgemäßen Abgleich des Luftkanalnetzes, zur Herstellung einer zureichenden Raumtemperaturregelung,	101
sowie zur Herstellung ordnungsgemäßer Revisionspläne erforderlichen Maßnahmen zu ersetzen, und zwar einschl. der aus der Unmöglichkeit der Nutzung der von den Arbeiten betroffenen Räume während der Baumaßnahme resultierenden Kosten,	102
<u>äußerst hilfsweise:</u>	103
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die Kosten zu erstatten, die für die Abnahme der gesamten Gipskarton-Lochplattenverkleidung, die Überarbeitung der gesamten Heiz-/Kühldeckenaufhängung sowie das Anbringen einer neuen, auf die vorhandenen Heiz-/Kühldeckenelemente abgestimmten und dauerhaft rissfreien Thermo-Deckenverkleidung in dem Objekt I.straße 42 – 46 in XXXXX S. sowie zu einem ordnungsgemäßen Abgleich des Luftkanalnetzes, zur Herstellung einer zureichenden Raumtemperaturregelung sowie zur Herstellung ordnungsgemäßer Revisionspläne erforderlich werden.	104
II. hilfsweise die Sache unter Aufhebung des am 09.12.2009 verkündeten Urteils des Landgerichts Bonn – 13 O 51/05 – und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.	105
Die Beklagte beantragt,	106
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen sowie unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bonn vom 09.12.2009 – 13 O 21/05 - die Klage abzuweisen,	107
hilfsweise, den Rechtsstreit nach § 538 ZPO an das Landgericht Bonn zurückzuverweisen.	108

Die Streithelferinnen zu 1. und 2. haben sich in der mündlichen Verhandlung vom 07.01.2011 dem Antrag der Beklagten auf Zurückweisung der Berufung angeschlossen. 109

Mit den nachgelassenen Schriftsätzen vom 27.01.2011 und 02.02.2011 sind die Streithelferinnen zu 1. und 2. dem Rechtsstreit in voller Höhe auf Beklagtenseite beigetreten. 110

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die in 2002/2003 durchgeführten Sanierungsmaßnahmen, da die von § 4 Nr. 7 i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B geforderte Fristsetzung zur Nachbesserung mit Kündigungsandrohung und die Kündigung des Vertrages nicht entbehrlich seien. Der von der Klägerin herangezogene Ausnahmefall nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liege schon deshalb nicht vor, weil sich dort das Erfordernis der Nachbesserung vor Abnahme bereits im Stadium vor Fertigstellung der Werkleistung gestellt habe. Im Streitfall sei jedoch die Montage der Gipskartondecke im Wesentlichen abgeschlossen gewesen. Auch sei sie, wie schon im Schriftsatz vom 25.10.2005 vorgetragen, anlässlich des Ortstermins vom 12.11.2002 nicht zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden und habe eine solche auch nicht verweigert. Zudem seien weder Herr V. noch Herr N. - ein Monteur der Beklagten - bevollmächtigt gewesen, die Verweigerung von Nachbesserungsarbeiten für die Beklagte zu erklären. 111

Hinsichtlich der Ursachen für die Rissbildung in der Gipskartondecke, die Anlass für die Ausbesserungsarbeiten war, behauptet die Beklagte, dass insoweit ein Ausführungsfehler der Streithelferin zu 3. vorgelegen habe, die keine ausreichenden Dehnungsfugen angebracht und die Montageanleitung nicht beachtet habe. Die Ausführung kraftschlüssiger Verbindungen zwischen Decke und Wand sei bereits vor den Nachbesserungsarbeiten vorhanden gewesen. Sie tritt ferner der Ansicht der Klägerin entgegen, sie – die Beklagte - habe das Nichtvorhandensein eines Mangels zu beweisen. 112

Die Beklagte bestreitet, dass ein systembedingter Fehler vorliege und zu Rissbildungen geführt habe sowie ferner, dass mit dem eingebauten Heiz-Kühlsystem „C.“ eine rissfreie Herstellung der Gipskartondecke nicht möglich sei. Insoweit beanstandet sie, dass die Sachverständigen T. und O. gerade nicht untersucht hätten, ob die Herstellung einer rissfreien Decke mit dem System unmöglich sei und verweist in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen des Sachverständigen O. im Protokoll vom 11.11.2009. 113

Jedenfalls komme ihre Haftung auch deshalb nicht in Betracht, weil sie genau das eingebaut habe, was die Klägerin und ihre Fachplaner ausgeschrieben und vorgegeben hätten. Dies sei, wie sich auch aus dem Urteil des Landgerichts ergebe, in erster Instanz unstreitig gewesen. Der ergänzende Vortrag der Klägerin in der Berufung über den Verlauf der Auftragsvergabe sei daher widersprüchlich und verspätet. 114

Das Landgericht sei auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte keine Hinweispflicht zur Frage der rissfreien Anbringung der Gipskartondecke bei Verwendung des Systems „C.“ hatte. Dies folge schon daraus, dass die Beklagte seit dem Schreiben der Fachingenieure der Klägerin vom 11.07.2001 nicht mehr für die Durchführung der Gipskartondeckenarbeiten vorgesehen gewesen sei. Dass die Beklagte auch keine Kenntnis von einem Systemfehler haben musste, folge auch aus dem Kurzgutachten des Sachverständigen O. vom 06.09.2006. 115

Auch sei der Beklagten eine Kenntnis der Streithelferin zu 1. nicht gemäß § 278 BGB zurechenbar, da diese nur Zulieferer des Heiz-Kühlsystems gewesen sei. Die Streithelferin zu 1. sei weder Subunternehmerin der Beklagten gewesen noch in deren Pflichtenkreis einbezogen gewesen. Die Streithelferin zu 1. sei lediglich bei der Anbringung der 116

Gipskartonplatten durch die Streithelferin zu 3. einbezogen gewesen.

Auch habe ein Fehler beim Aufheizen der Heiz-Kühldecke nicht vorgelegen. 117

Ferner bestreitet die Beklagte, dass die von Klägerseite beanstandete Aufhängung der Heiz-Kühldecke ursächlich für die Rissbildung gewesen sei. Der Sachverständige O. habe in seiner Anhörung am 11.11.2009 bestätigt, dass die Aufhängung für die Rissbildung keine Bedeutung gehabt habe. 118

Die Beklagte bestreitet schließlich unter Hinweis auf ihren erstinstanzlichen Vortrag im Schriftsatz vom 29.04.2005 auch die Höhe der geltend gemachten Kosten. Sie bestreitet, dass die Sanierung der Gipskartondecke zu einer Bauzeitverzögerung von 2 Monaten geführt habe. Die Vorlage des Bauzeitenplans vom 09.09.2002 erstmals in der Berufung sei verspätet. Der Hinweis des Landgerichts im Beschluss vom 14.12.2006 darauf, dass der Vortrag zum Verzögerungsschaden nicht substantiiert genug sei, sei hinreichend deutlich. Im Übrigen ergebe sich weder aus den in erster Instanz vorgelegten Plänen vom 02.10.2002 und 12.11.2002 noch aus dem Bauzeitenplan mit Stand 09.09.2002, dass die darin erfassten Termine bis zur Feststellung der Risse eingehalten worden seien. 119

Hinsichtlich der geltend gemachten Mehrkosten für die Tätigkeit der Fa. H. Projektmanagement habe die Klägerin nicht nachvollziehbar dargelegt, welche Mehrleistung die Firma erbracht habe. Überdies sei der ergänzende Vortrag der Klägerin mit Rücksicht auf den Hinweisbeschluss des Landgerichts vom 14.12.2006 verspätet. Eine Honorierung nach dem vollen, während der Regellaufzeit des Vertrages berechneten Entgelts, sei unangemessen. 120

Die Beklagte bestreitet, dass die Ausweichquartiere bis Ende Februar 2003 angemietet werden mussten. 121

Schließlich könne die Klägerin die Kosten für das selbstständige Beweisverfahren nicht von der Beklagten erstattet verlangen. Es seien weder Kosten des Rechtsstreits noch sei die Beklagte daran beteiligt gewesen. 122

Die Beklagte macht ferner geltend, dass die Berufungsanträge zu I. 2. als Klageänderung unzulässig seien. Der erstmals in der Berufung erfolgte Vortrag, die Demontage der Gipskartondecke würde die Heiz-Kühlelemente unbrauchbar beschädigen, sei gemäß §§ 529, 531 ZPO nicht zu berücksichtigen, da das verspätete Vorbringen auf Nachlässigkeit der Klägerin beruhe. Diese ergebe sich daraus, dass sich die Klägerin erst nach einem über fünfjährigen Prozess Gedanken darüber mache, wie eine Nachbesserung durchzuführen sei, und sich erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gezielt an den Sachverständigen Prof. Dr. U. gewandt habe. Auch fehle es angesichts der jeweilig gestellten Feststellungsanträge an der Sachdienlichkeit, da Folgeprozesse vorprogrammiert seien. 123

Die Ausführungen der gutachterlichen Stellungnahme von Prof. Dr. U. seien zudem unzutreffend. Eine Beschädigung des Heiz-Kühlsystem infolge der Demontage der Gipskartondecke sei nicht zu erwarten. Zum einen müssten nicht sämtliche mit Schrauben befestigten Gipskartonplatten entfernt werden. Zum anderen sei durch den möglichen Einsatz einer Wärmebildkamera nicht zu befürchten, dass einzelne Schrauben nicht lokalisiert werden könnten. Ein vollständiger Systemwechsel sei nicht erforderlich. Der von der Klägerin beabsichtigte Systemwechsel stelle auch keine Nachbesserung im rechtlichen Sinne dar. Hilfsweise beruft sich die Beklagte darauf, dass die für die Änderung des Systems geltend gemachten Kosten ausweislich eines selbst eingeholten Angebots der Fa. A.-G. vom 124

10.08.2010 deutlich überhöht seien.

Auch der mit der Berufung erstmals geltend gemachte Hilfsantrag – Anspruch auf großen Schadensersatz - stehe der Klägerin nicht zu. Sie bestreitet – erneut -, dass die Demontage der Gipskartondecke das Heiz-Kühlsystem unbrauchbar beschädigt sowie die Erforderlichkeit des Abbaus der Heiz-Kühldecke. Sofern ein Systemfehler tatsächlich vorliege, sei dieser auf einen Planungsfehler der Klägerin und ihrer Fachberater zurückzuführen. Hilfsweise bestreitet die Beklagte die Höhe der errechneten Kosten. 125

Auch der weitere Hilfsantrag sei unbegründet. Nach der Stellungnahme der Ingenieurgesellschaft Herrenbauer und Kurz GmbH sei weder eine Abnahme der Gipskartondecke noch die der Heiz-Kühlelemente erforderlich. 126

Der äußerst hilfsweise gestellte Berufungsantrag sei ebenfalls unbegründet. Die Beklagte bestreitet, dass eine Überarbeitung der gesamten Heiz-Kühlaufhängung und eine Demontage der gesamten Gipskartondecke erforderlich seien. Die von den Sachverständigen durchgeführte Stichprobe an 15 Stellen der Decke sei nicht repräsentativ und lasse nicht den Schluss zu, dass Montagemängel auch an den übrigen Heiz-Kühlelementen vorhanden seien. Auch könne durch vereinzelte Demontage von Gipskartonplatten, wie dies auch die Sachverständigen bei ihren Stichproben durchgeführt haben, die Aufhängung der Heiz-Kühlelemente überprüft und ggf. eine entsprechende Nacharbeit durchgeführt werden. Jedenfalls könnten der Beklagten nicht die Gesamtkosten für die Demontage der Gipskartondecke auferlegt werden, da für die Risse auch der von der Klägerin zu verantwortende Systemfehler und die Montagefehler der Streithelferin zu 3. verantwortlich seien. Den Mithaftungsanteil der Klägerin sowie der Streitverkündeten zu 3. beziffert die Beklagte mit jedenfalls 1/3. Auch im Übrigen sei das Urteil des Landgerichts zutreffend, soweit es hinsichtlich des Feststellungsantrages die Verpflichtung der Beklagten zur Tragung der Kosten für die „losen“ Ketten und die Sowieso-Kosten verneint habe. 127

Die Beklagte bestreitet die Erforderlichkeit der im Rahmen der Berufungserweiterung vom 11.08.2010 vorgetragenen Ergänzungsarbeiten hinsichtlich des Abgleichs des Luftkanalnetzes und der Maßnahmen im Bereich der MSR-Technik. Gleiches gilt für die im Schriftsatz vom 11.08.2010 erstmals gerügten Mängel im Bereich der Lüftungstechnik. 128

Schließlich erhebt die Beklagte hinsichtlich der Berufungsanträge zu I. 2 a) und b) sowie der jeweiligen Hilfsanträge die Einrede der Verjährung insgesamt, hilfsweise zumindest in Höhe eines Betrages, welcher über 306.400,00 € hinausgeht. Die Beklagte meint, der erstmals im Schriftsatz der Klägerin vom 23.10.2006 enthaltene Hilfsantrag auf Zahlung von 306.400,00 € könne allenfalls in dieser Höhe zu einer Hemmung der mit Abnahme am 18.08.2003 beginnenden Verjährung geführt haben. Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich nicht, dass mit vorgenanntem Schriftsatz ein Kostenvorschussanspruch, der eine Verjährungshemmung über den eingeklagten Betrag hinaus zur Folge hätte, geltend gemacht werden sollte. Auch der nach dem Hinweis des Landgerichts im Beschluss vom 27.02.2007 im Schriftsatz der Klägerin vom 02.04.2007 erfolgte Verweis auf § 13 Nr. 5 VOB/B führe zu keinem anderen, der Klägerin günstigen Ergebnis, da in dieser Vorschrift auch der Nacherfüllungsanspruch geregelt sei. Auch die im Schriftsatz vom 04.05.2009 erfolgte Umstellung auf den umfassenden Feststellungsantrag konnte die Verjährung nicht hemmen, da die Gewährleistungsfrist am 18.08.2008 bereits abgelaufen war. 129

Auch die in der Berufungserweiterung der Klägerin vom 11.08.2010 gerügten Mängel seien mit Ablauf des 18.08.2008 verjährt. 130

Soweit die Klägerin in der Berufung nicht mehr die Nachbesserung der eingebauten Systems, sondern durch den Austausch der Heiz-Kühlelemente einen Systemwechsel begehrt, handele es sich ohnehin um einen neuen Streitgegenstand. Bezüglich dieses Streitgegenstandes sei die Hemmung der Verjährung nicht eingetreten.	
Die Klägerin beantragt,	132
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	133
Die Streithelferin zu 3. schließt sich dem Antrag der Klägerin auf Zurückweisung der Berufung der Beklagten an.	134
Die Streithelferin zu 4. schließt sich dem Berufungsantrag der Klägerin und dem weiteren Hilfsantrag sowie dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung der Beklagten an.	135
Die Klägerin meint, die Gutachten der Sachverständigen T. und O. vom 04.03.2009 bzw. 24.02.2009 ließen den Schluss auf eine fehlerhafte Montage der Heiz-Kühlelemente im gesamten Deckenbereich zu. Die Sachverständigen hätten eine Vielzahl von Problemstellen festgestellt. Dabei könne auch nicht von nur 15 Stichproben ausgegangen werden, wie die 8-seitige Tabelle auf S. 6 bis 13 des Gutachtens zeige. Bei über 50 Aufhängepunkten hätten sich Montagemängel ergeben.	136
Selbst wenn nur von einer Mitverantwortlichkeit der Beklagten für die Rissbildung in der Gipskartondecke auszugehen sei, entlaste dies die Beklagte gegenüber der Klägerin nicht. Die Demontage der gesamten Gipskartondecke gehöre zu den notwendigen Vor- und Nebenarbeiten, deren Kosten die Beklagte als Mangelbeseitigungskosten zu tragen habe. Selbst wenn die Beklagte für die Rissbildung keine Verantwortung trage, müsste sie im Verhältnis zur Klägerin uneingeschränkt gesamtschuldnerisch haften, ohne dass sich die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten Verursachungsbeiträge anderer Beteiligter zurechnen lassen müsse. Hilfsweise bestreitet die Klägerin, dass ein Haftungsanteil je Beteiligter von 1/3 anzunehmen sei.	137
Das Landgericht habe schließlich zu Recht die Verjährungseinrede der Beklagten gemäß § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassen und eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt. Die Klägerin habe im Schriftsatz vom 02.04.2007 durch den Hinweis auf § 13 Nr. 5 VOB/B klargestellt, dass ein Kostenvorschussanspruch geltend gemacht wurde, was sich auch daraus ergebe, dass seinerzeit Mangelbeseitigungskosten noch gar nicht angefallen waren. Die Wirkung des Kostenvorschussanspruchs sei hinsichtlich der Verjährungshemmung nicht auf den eingeklagten Betrag beschränkt.	138
II.	139
Die zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten Berufungen der Parteien führen zu einer Abänderung des landgerichtlichen Urteils zugunsten der Klägerin in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.	140
A. Berufungsantrag der Klägerin zu I. 1.	141
I. Der Klägerin steht gemäß § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 85.386,91 € gegen die Beklagte zu.	142
Grundvoraussetzung für die nach § 4 Abs. 7 VOB/B gegebenen Ansprüche ist, dass sie Leistungen betreffen, die schon während der Ausführung als mangelhaft erkannt oder	143

vertragswidrig erkannt worden sind. Es muss sich um Leistungen im Rahmen des betreffenden Bauvertrages handeln (Oppler in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Aufl., § 4 Nr. 7 Rn. 5). Der Anwendbarkeit des § 4 Nr. 7 VOB/B steht indes nicht entgegen, dass alle Beteiligten vor der Abnahme nicht davon ausgegangen sind, dass die Mängel auch in Zusammenhang stehen mit einer mangelhaften Werkleistung der Beklagten. Entscheidend ist vielmehr allein, dass der Mangel in Gestalt der Rissbildung in der Gipskartondecke bereits vor der Abnahme, wie im Streitfall unstreitig gegeben, aufgetreten ist. Nach der ratio des § 4 Nr. 7 VOB/B ist auf die Erkennbarkeit des Mangels abzustellen. Denn der Grund dafür, dass mit § 4 Nr. 7 VOB/B dem Auftraggeber generell durchsetzbare Erfüllungsansprüche bereits während des Herstellungsvorgangs zugebilligt werden, besteht darin, dass größere Schäden für den Auftragnehmer und letztlich auch für den Auftraggeber vermieden werden, in dem eine Schlechtausführung so früh als nur möglich verhindert wird. Mit Rücksicht hierauf besteht der Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 7 VOB/B ausschließlich in der Erkennbarkeit des Mangels.

Der mit dem Berufungsantrag zu I. 1. geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten ist von § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B erfasst. 144

Die Schadensersatzpflicht aus § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B ist nach seinem Wortlaut in ihrem Umfang nicht beschränkt. Allerdings besagt dies nicht, dass schon ohne Weiteres ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages besteht, da sonst die Regelung in S. 3 der Norm, die – erst - bei berechtigter Entziehung des Auftrages einen vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt, schwer erklärlich wäre. Anerkannt ist jedoch, dass durch § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B auch Mangelfolgeschäden und entfernte Mangelfolgeschäden abdeckt werden (BGH BauR 1978, 1751; NJW 2000, 2997 f.; Oppler in: Ingenstau/Korbion a.a.O. § 4 Nr. 7 VOB/B Rn. 28). Bei dem hier geltend gemachten Schaden in Form der Rissbildungen an den Gipskartondecken handelt es sich um einen solchen, erstattungsfähigen Mangelfolgeschaden. Der als Schaden geltend gemachte Mangel haftet nicht unmittelbar der von der Beklagten nach dem Vertrag zu erbringenden Werkleistung an. Die Schäden, wegen deren Beseitigung die Beklagte in Anspruch genommen wird, betrafen ausschließlich die Gipskartondecke, deren Herstellung nicht in das Gewerk der Beklagten fiel. Die Beklagte war vertraglich nur zur Montage der Heiz-Kühlelemente verpflichtet. Der Mangel zeigte sich dagegen an dem Gewerk der Streithelferin zu 3. In diese Erwägungen fügt sich auch die Argumentation der Klägerin in der Berufungsbegründung, dass nämlich im Hinblick auf die Gipskartondecke, deren Herstellung nicht Bestandteil des der Beklagten erteilten Auftrages war, eine Auftragsentziehung ohnehin nicht in Betracht kam. 145

Die Beklagte hat den Mangel schuldhaft verursacht. Ausreichend ist insoweit eine Mitursächlichkeit. Hat der Auftragnehmer neben dem Fehlverhalten des Auftraggebers oder anderer anlässlich der Bauausführung tätigen Unternehmer auch durch eigene Fehlleistung den Mangel (mit-)verursacht und hätte dies für sich genügt, den Mangel herbeizuführen, ist der Auftragnehmer verantwortlich (Oppler in Ingenstau/Korbion a.a.O. § 4 Nr. 7 VOB/B Rn. 5). 146

Nach den überzeugenden und in jeder Hinsicht nachvollziehbaren Gutachten der Sachverständigen T. und O. sieht es der Senat als erwiesen an, dass eine Vielzahl von Mängeln an der Aufhängung der Heiz-/Kühldecke vorgelegen hat, die für die Rissbildung an der Gipskartondecke jedenfalls mitursächlich waren und die genügt hätten, diesen Mangel herbeizuführen. Zu diesem Ergebnis kommt der Sachverständige T. in seinem schriftlichen Gutachten vom 04.03.2009. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 24.02.2009 die unterschiedlichen Mängel der Aufhängung aufgelistet. Festgestellt wurden 147

vom Sachverständigen lose Ketten, vielfach schräge Kettenmontage mit seitlicher Zugkraft, unbefestigte und regelwidrig an der Holzkonstruktion befestigte Ketten sowie Ketten, die an anderen Bauteilen anlagen und somit Querkräften ausgesetzt waren und ferner Ketten, bei denen eine Kreuzverspannung fehlte. Aufgrund der Vielzahl der Problempunkte, die bei den zufällig erstellten Deckenöffnungen festgestellt wurden, kommt der Sachverständige O. „zu dem zwingenden Schluss“, dass auch die anderen Heiz-Kühlelemente entsprechend fehlerhaft montiert worden sind. Entsprechende Feststellungen befinden sich bereits in den „Kurzgutachten“ der Sachverständigen vom 06.09.2006 bzw. 07.09.2006 und lassen sich aus den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen in ihrer Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2006 entnehmen. Mit Rücksicht hierauf kann es keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass ein Mangel in der Werkleistung der Beklagten vorliegt, der zu den Rissbildungen in der Gipskartondecke geführt hat und der von der Beklagten schuldhaft verursacht worden ist.

Ob darüber hinaus eine wesentliche Ursache für die im November 2002 aufgetretene Rissbildung in systembedingten thermischen Spannungen liegt, die bedingt sind durch die unterschiedlichen Ausdehnungsquotienten der mittels Schrauben verbundenen Heiz-Kühlsystem mit der Aluminiumpaneele und der Gipskartonplatte, wie die Sachverständigen T. und O. überzeugend festgestellt haben, kann dahin stehen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob eine dritte Ursache für die Rissbildung darin begründet ist, dass die Gipskartondecke an Einzelstellen innerhalb der ansonsten umlaufenden offenen Randfugen fehlerhaft zugespachtelt war, wie die Sachverständigen T. und O. ebenfalls überzeugend dargelegt haben. Denn jedenfalls hat die Beklagte nach den vorstehenden Ausführungen den Mangel schuldhaft mitverursacht, wodurch ihre Haftung dem Grunde nach zu bejahen ist. Die Frage, ob weitere Mängel von Gewerken anderer Beteiligter zur Entstehung des Mangels beigetragen haben, betrifft die Verantwortlichkeit der Beteiligten im Innenverhältnis und die insoweit ggf. gemäß § 426 BGB bestehende Ausgleichspflicht. 148

Der Anspruch aus § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B setzt zu seinem Entstehen oder Fortbestehen weder eine mit der Fristsetzung verbundene Aufforderung zur Nachbesserung noch einen Vorbehalt bei der Abnahme noch gar eine Auftragsentziehung gemäß §§ 4 Nr. 7 S. 3, 8 Nr. 3 VOB/B. 149

Dass die Mangelbeseitigung letztlich fehlgeschlagen ist, steht einem Ersatzanspruch nicht entgegen (Wirth in: Ingenstau/Korbion a.a.O., § 13 Nr. 5 VOB/B, Rn. 191). 150

Ausgehend hiervon besteht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B auf Ersatz der geltend gemachten Schäden. 151

II.1. Hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzanspruchs hat der Sachverständige T. überzeugend in seinem Gutachten vom 07.09.2006 die mit der Berufung geltend gemachten Forderungen aus den Rechnungen der Firmen X. Bodenbeläge (1.913,26 €), Y. GmbH & Co.KG, insoweit eingeschränkt im geltend gemachten Umfang von 27.114,51 €, und P. GmbH (43.117,78 €) für ortsüblich und angemessen erachtet. Bedenken insoweit werden von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. 152

2. Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung der seitens der Firma H. Projectmanagement in Rechnung gestellten Mehrkosten in Höhe von 22.539,79 € besteht dagegen nicht. 153

Zwar vermag der Senat der Auffassung des Landgerichts, die Klägerin habe eine Bauzeitverzögerung von 2 Monaten nicht schlüssig dargelegt, nicht zu folgen. Denn die Klägerin hat in erster Instanz 2 Bauzeitpläne vom 02.10.2002 und 12.11.2002 vorgelegt und hierzu mit Schriftsatz vom 13.07.2005 vorgetragen, dass die Fertigstellung der 154

Deckenarbeiten Voraussetzung für die noch ausstehenden Folgearbeiten, insbesondere die Fertigstellung des Bodenbelags und der Möblierung war. Nach dem Bauzeitenplan vom 02.10.2002 sollte mit den Arbeiten am 14.10.2002 begonnen werden und die Fertigstellung war für den 18.12.2002 vorgesehen. Nach dem Bauzeitenplan vom 12.11.2002 war als Fertigstellungstermin der 14.02.2003 vorgesehen. Mit Rücksicht hierauf ist der Vortrag der Klägerin im Hinblick auf eine Bauzeitüberschreitung zwar schlüssig. Jedoch kommt es hinsichtlich dieser Schadensposition nicht auf das Vorliegen einer Bauzeitverzögerung an. Maßgeblich ist vielmehr, wonach sich der nach § 6.2 des Projektsteuerungsvertrages vorgesehene angemessene Honorarausgleich bei einer Überschreitung der unterbrechungsfreien Leistungsdauer von 29 Monaten ab Planungsbeginn am 15.10.2000 bemisst. Der Hinweis der Klägerin auf den Leistungsumfang des Projektsteuers gemäß § 3 des Projektsteuerungsvertrages – die Zulässigkeit dieses neuen Vorbringens unterstellt –, wonach im Rahmen der Ausführung und des Projektabschlusses verschiedene Aufgaben von dem Projektsteuerer zu leisten sind, verfängt nicht. Diese Aufgaben hatte der Projektsteuerer ohnehin zu leisten, und sie stellen von daher auch keine Mehrleistung dar, zu deren Vorliegen die Klägerin im Übrigen auch nicht substantiiert vorgetragen hat. Die in § 3 des Projektsteuerungsvertrages zu erfüllenden Aufgaben musste der Projektsteuerer im Falle einer Bauzeitverzögerung allenfalls nach Ablauf der unterbrechungsfreien Leistungsdauer von 29 Monaten erbringen. Daher kann der angemessene Ausgleich nicht, wie von der Klägerin vorgenommen, nach dem anteiligen Pauschalhonorar von 2 Monaten berechnet werden. Die Bemessung des angemessenen Honorarausgleichs richtet sich vielmehr danach, welche Nachteile der Projektsteuerer dadurch erlitten hat, dass die ohnehin zu leistenden Arbeiten nicht innerhalb der unterbrechungsfreien Leistungsdauer erledigt werden konnten. Hierzu hat die Klägerin jedoch nicht vorgetragen.

3. Die geltend gemachten Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens in Höhe von 13.241,36 € kann die Klägerin als materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch von der Beklagte beanspruchen. Voraussetzung für einen derartigen Anspruch ist eine sich aus materiellem Recht ergebende Schadensersatzpflicht. Diese ergibt sich im Streitfall aus § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B. Zu dem danach zu ersetzenden Schaden zählen auch die außergerichtlichen Kosten, die der Geschädigte selbst hat aufbringen müssen, um einen Schaden dem Grunde und der Höhe nach feststellen zu können (Oppler in: Ingenstau/Korbion, a.a.O. § 4 Nr. 7 Rn. 35; Grüneberg in: Palandt, BGB, 70. Aufl., § 249 Rn. 58).

155

Der danach grundsätzlich bestehenden Erstattungsfähigkeit der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens stehen durchgreifende Zweifel nicht deshalb entgegen, weil es hier an der Identität zwischen den am selbstständigen Beweisverfahren beteiligten Parteien und denen des Hauptsacheverfahrens fehlt. Aus § 493 Abs. 1 ZPO ergibt sich, dass nur bei Identität der Verfahrensparteien ein im selbstständigen Beweisverfahren erhobener Beweis so zu behandeln ist, als sei er vor dem Hauptsachegericht erhoben worden (BGH NJW 2008, 523). Die Zweckmäßigkeit der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens steht hier dennoch außer Frage. Denn zum einen kann das Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens urkundenbeweislich in den Hauptsacheprozess eingeführt werden. Zum anderen war es Zweck dieses selbstständigen Beweisverfahrens angesichts des drohenden Beweisverlustes wegen der erforderlichen umgehenden Beseitigung der Mängel, deren Ursachen sowie die Verantwortlichkeit für die Mängel vollständig aufzuklären. Dass die Klägerin es versäumt hat, der Beklagten in zulässiger Weise im selbstständigen Beweisverfahren den Streit zu verkünden, steht dieser Betrachtungsweise nicht entgegen.

156

Der Klägerin steht nach alledem hinsichtlich der mit dem Berufungsantrag zu I. 1. geltend gemachten Ansprüche gemäß § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B gegen die Beklagte ein Anspruch auf folgende Zahlungen zu:

Rechnung Firma X. Bodenbeläge vom 10.04.2003	1.913,26 €	158
Rechnung Firma Y. GmbH & Co.KG vom		159
25.03.2003	27.114,51	160
€		
Rechnung Firma P. GmbH vom 11.04.2003	43.117,78 €	161
Kosten selbstständiges Beweisverfahren	<u>13.241,36 €</u>	162
<u>Summe: 85.386,91 €</u>		163

Die Klägerin kann auch die geltend gemachte Mehrwertsteuer beanspruchen. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung am 07.01.2011 den Anfall der Mehrwertsteuer bei der Klägerin unstreitig gestellt. 164

B. Berufungsanträge zu I. 2. 165

I. Hauptantrag zu I. 2. a) und b) 166

Die Klägerin ist prozessual gehindert, den erstmals in der Berufung mit dem Hauptantrag zu Ziffer I. 2. a) und b) erhobenen Zahlungsanspruch geltend zu machen, da eine unzulässige Klageänderung gemäß §§ 533, 529, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vorliegt. In diesem Hauptantrag liegt ein Wechsel im Streitgegenstand und damit eine Klageänderung, da die Klägerin mit ihrem Vortrag, eine Demontage der Gipskartondecke führe zur Unbrauchbarkeit der Heiz-Kühlelemente, den Sachverhalt, aus dem der Klagegrund hergeleitet wird, sowie auch den Klageantrag ändert. Hiervon geht auch die Klägerin selbst aus. Einer Zulassung dieser Klageänderung in der Berufung steht entgegen, dass diese Klageänderung nicht auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, § 533 Nr. 2 ZPO. Die Zulässigkeit dieses erstmals in der Berufung erfolgten Tatsachenvortrags ergibt sich auch nicht aus §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, da die Klägerin diesen neuen Sachverhalt erstmals in der Berufung auf Grund von Nachlässigkeit vorgetragen hat. Nachlässigkeit liegt immer dann vor, wenn die Partei fahrlässig (einfache Fahrlässigkeit genügt) in der ersten Instanz nicht entsprechend vorgetragen hat (Heßler in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 531 Rn. 31). 167

Die Klägerin hat nach eigenem Vortrag erst nach Abschluss der ersten Instanz Überlegungen dahin gehend angestellt, auf welche Weise eine Nachbesserung des Mangels möglich sein könnte. Wenn die Klägerin nach einem bis dahin schon ca. 5 Jahre andauernden Prozess - mit immer wieder wechselnden Anträgen - erst nach Abschluss der ersten Instanz sich Gedanken über die Erreichbarkeit ihres Klageziels macht, so stellt dies zumindest eine leichte Fahrlässigkeit dar. Der Klägerin ist vorzuwerfen, dass sie sich nicht schon lange vor Abschluss der ersten Instanz mit ihren Fachingenieuren Gedanken darüber gemacht hat, ob und wie eine Nachbesserung zu erfolgen hat. Wie die Fragestellung an den Sachverständigen U. zeigt, handelte es sich auch nicht um eine nur zufällige Erkenntnis, sondern um eine solche, die auf Überlegungen basiert, die die Klägerin angesichts der Prozessdauer in vorwerfbarer Weise erst nach Abschluss der ersten Instanz angestellt hat. Darüber hinaus fehlt es auch an der Sachdienlichkeit, da die Zulassung des neuen 168

Sachvortrags zur Beurteilung eines völlig neuen Streitstoffs führen würde, wobei das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nur ansatzweise verwertet werden könnte. Dem Gedanken der Prozesswirtschaftlichkeit würde eine Zulassung des neuen Streitstoffs widersprechen.

Diese Erwägungen gelten gleichermaßen für den in der Berufungserweiterung enthaltenen neuen Sachvortrag. Hier soll ein Streitstoff in der Berufung eingeführt werden, der mit dem bisherigen Streitstoff nichts zu tun hat. Die geltend gemachten Ansprüche aus der Berufungserweiterung werden nämlich damit begründet, dass bei Einbau des Fabrikats A.-G. Anpassungen des Luftkanalnetzes und zusätzliche Maßnahmen im Bereich der MRS-Technik erforderlich werden. Der bisherige Streit über die Ordnungsmäßigkeit der Aufhängung der Heiz-Kühldecke ist nicht betroffen. Die Berufungserweiterung betrifft ein Gewerk, das in dieser Form von der Beklagten nach dem zugrunde liegenden Werkvertrag nicht geschuldet war. Ist schon der Vortrag zur Notwendigkeit des Austauschs des Heiz-Kühlsystems durch ein Produkt der Fa. A.-G. – wie dargestellt – nicht zu berücksichtigen, so gilt dies gleichermaßen auch für die behaupteten Änderungsmaßnahmen, die durch den Austausch des Fabrikats bedingt sind. 169

In gleicher Weise neu ist auch der Vortrag der Klägerin zu den Mängeln, die bei einem Austausch des Heiz-Kühlsystems gleichzeitig behoben würden. Aus den dargelegten Gründen ist auch dieser Sachverhalt nicht berücksichtigungsfähig. 170

Nach alledem die Klageänderung gemäß dem Hauptantrag zu I. 2. a) und b) unzulässig. 171

II. Hilfsantrag zu I. 2 a) und b): 172

Auch der insoweit geltend gemachte große Schadensersatzanspruch fußt wieder auf der Grundlage, dass der Mangel an dem Heiz-Kühlsystem in Gestalt einer fehlerhaften Aufhängung nicht beseitigt werden kann, weil die Heiz-Kühlelemente bei einer Demontage der Gipskartondecke unbrauchbar beschädigt werden. Auch insoweit liegt daher wiederum aus den zuvor dargelegten Gründen eine unzulässige Klageänderung vor. 173

Gleiches gilt auch hinsichtlich des Vortrags in der Berufungserweiterung. 174

III. Weiterer Hilfsantrag zu I. 2 a) und b) 175

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung von 432.327,00 € gegen die Beklagte zu. 176

Ein solcher Anspruch ergibt sich jedoch nicht als – von der Klägerin in erster Linie geltend gemacht – Schadensersatzanspruch aus § 4 Nr. 7 VOB/B, da eine Abnahme der Werkleistung der Beklagten vorliegt und daher die Sonderregelung in § 4 Nr. 7 VOB/B nicht mehr anwendbar ist (Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13 Aufl., Rn. 2230). In erster Instanz war unstreitig, dass die Werkleistung der Beklagten am 18.08.2003 abgenommen worden ist. Darauf hat auch die Klägerin mit Schriftsatz vom 25.10.2006 unter Überreichung des Abnahmeprotokolls hingewiesen und damit eingestanden, dass beiderseitige Abnahmeerklärungen im Sinne von Ziffer 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingung vorliegen. Daran muss sie die Klägerin festhalten lassen. Der Vorhalt im Abnahmeprotokoll bezieht sich im Übrigen nicht auf das Gewerk, das von der Beklagten zu erstellen war. 177

Der Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte folgt aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B. 178

Die Klägerin hat einen durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch. Dass ein der Beklagten zurechenbarer Mangel ihrer Werkleistung vorliegt, ist – wie vorstehend ausgeführt – nach den 179

Ausführungen der Sachverständigen T. und O. bewiesen.

Die Klägerin hat mit Schreiben vom 16.03.2007 der Beklagten eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt. 180

Hinsichtlich der Höhe des auf Zahlung eines Kostenvorschusses gerichteten Schadenersatzanspruchs nimmt die Klägerin Bezug auf die Kostenschätzung des Sachverständigen T. vom 05.11.2009, die mit einem Betrag in Höhe von 432.327.00 € schließt. 181

Bedenken gegen die Kostenschätzung des Sachverständigen T. vom 05.11.2009 bestehen nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind hinsichtlich der Darlegung zur Anspruchshöhe beim Kostenvorschussanspruch nicht gleich strenge Anforderungen zu stellen, wie bei den Kosten einer Ersatzvornahme. Dem Bauherrn wird insoweit zugebilligt, dass er die zu erwartenden Kosten schätzen kann (BGH BauR 2001, 789). Ein Sachverständiger für die Ermittlung der voraussichtlichen Kosten ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht erforderlich. Dass die – korrigierten - Zahlen des Sachverständigen T. aufs Geratewohl ermittelt wurden, ist weder konkret vorgetragen noch sonst ersichtlich 182

Der Klägerin steht auch ein Anspruch auf Zahlung der in der Kostenschätzung des Sachverständigen enthaltenen Kosten für die Anbringung einer neuen Unterdecke zu. 183

Der Anspruch auf Kostenvorschuss richtet sich nach dem Umfang der Mangelbeseitigungsmaßnahmen. Danach kann der Auftraggeber einen Kostenvorschuss für Maßnahmen verlangen, die erforderlich sind, um die vorhandenen Mängel zu beseitigen. Dies umfasst alle Kosten, die im Rahmen der erforderlichen Nachbesserung anfallen, auch soweit sie über eine unmittelbare Beseitigung des Mangels hinausgehen. Gleiches gilt für Sowieso-Kosten (Wirth in: Ingenstau/Korbion, a.a.O. § 13 Nr. 5 Rn. 174; OLG Karlsruhe Baur 2005, 1485 ff.). 184

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat die Beklagte auch die Kosten für die Anbringung einer anderen Unterdecke zu tragen. Maßgeblich ist, dass die Mängel an der Aufhängung der Heiz-Kühldecke nur regelgerecht und vollständig beseitigt werden können, wenn zuvor die Deckenverkleidung komplett entfernt wird, was zwangsläufig zur Folge hat, dass diese erneuert werden muss. Zu diesem Ergebnis kommt auch der Sachverständige T. im Rahmen seiner überzeugenden Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2006. 185

Soweit die Beklagte einwendet, eine komplette Demontage der Deckenverkleidung sei zur Mängelbeseitigung nicht erforderlich, kann ihr nach den Ausführungen der Sachverständigen T. und O. nicht gefolgt werden. Der Sachverständige T. kommt in seinem Gutachten vom 04.03.2009 zu dem überzeugenden Ergebnis, dass aufgrund der Vielzahl der festgestellten konkreten Mängel an der Aufhängung der Heiz-Kühldecke die gesamte Lochplattenverkleidung abgenommen werden muss. Diese Einschätzung wird von dem Sachverständigen O. in seinem schriftlichen Gutachten vom 24.02.2009 bestätigt. Die Beklagte hat keine überzeugenden Gründe dargetan, die zu Zweifel an diesen übereinstimmenden Begutachtungen der Sachverständigen Anlass geben könnten. 186

Der Kostenvorschussanspruch ist auch nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil ein rissfreies Anbringen einer neuen Decke nicht möglich ist. Die Äußerungen der Sachverständigen geben für diese Annahme schon deshalb nichts her, weil sie sich auf den vorgefundenen Zustand der Deckenverkleidung bezogen haben. Dass aber generell bei Einhaltung der Verfügungsvorgaben und dem Einsatz eventuell anderer Materialien eine rissfeste 187

Unterdecke nicht anzubringen sein wird, vermag der Senat den Ausführungen der Sachverständigen nicht zu entnehmen.

Der um 244.079,34 € erweiterte Vorschussanspruch steht der Klägerin mangels Berücksichtigungsfähigkeit des neuen Vorbringens – wie zuvor ausgeführt - nicht zu. 188

Auf die Einrede der Verjährung kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen. 189

Die Beklagte hat nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2009 die Einrede der Verjährung erhoben, soweit die Ansprüche der Klägerin über einen Betrag von 306.400,00 € hinausgehen. In der Berufung hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 06.08.2010 hinsichtlich der Berufungsanträge der Klägerin zu I. 2 a) und b) die Einrede der Verjährung insgesamt, hilfsweise in Höhe eines Betrages, der über 306.400,00 € hinaus geht, erhoben. 190

Die Beklagte ist nicht gehindert, die Verjährungseinrede in der Berufung geltend zu machen. 191

Nach einer Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen zur erstmaligen Erhebung der Verjährungseinrede im Berufungsrechtszug (B. v. 23.6.2008 – GSZ 1/08 – juris; vgl. zum Meinungsstand ausführlich der Vorlagebeschluss vom 4.12.2007, XI ZR 144/06 - juris) ist die im Berufungsrechtszug erhobene Verjährungseinrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO zuzulassen, wenn die Erhebung der Verjährungseinrede und die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände zwischen den Parteien unstreitig sind. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden, aus der den Zweck des Zivilprozesses und der Präklusionsvorschriften berücksichtigenden Auslegung der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 ZPO ergebe sich, dass unter „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel“ im Sinne des § 531 ZPO lediglich Streitiges und damit beweisbedürftiges Vorbringen falle. Hingegen habe das Berufungsgericht unstreitiges Vorbringen gemäß § 529 Abs. 1 ZPO seiner Entscheidung ohne Weiteres zugrunde zu legen. Danach sei auch unstreitiger Tatsachenvortrag zu berücksichtigen, der der erstmals in der Berufung erhobenen Einrede der Verjährung zugrunde liege. Für die unstreitige Einrede selbst gelte nichts anderes. Es bestehe kein Anlass, Tatsachenvortrag, der erst aufgrund einer Einrede materiell-rechtliche Wirkung entfaltet, anders zu behandeln als sonstigen Tatsachenvortrag, der materiell-rechtliche Einwendungen stützt, der – wie beispielsweise eine Rücktrittserklärung - von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Dem Umstand, dass das Urteil erster Instanz richtig gewesen sei und problematische Ergebnisse hinzunehmen sein könnten, wenn für die durch die Präklusion benachteiligte Partei Regressmöglichkeiten bestehen, komme keine Bedeutung zu. Entscheidend sei vielmehr, dass die Berufung nach geltendem Prozessrecht die Möglichkeit eröffne, auf einer unstreitigen Grundlage eine andere Entscheidung zu finden. 192

Ausgehend hiervon ist hier die Verjährungseinrede im Berufungsrechtszug zu berücksichtigen. Unstreitig ist, dass die Beklagte sowohl in erster als auch in zweiter Instanz die Verjährungseinrede – in unterschiedlichem Umfang - erhoben hat. Unstreitig ist auch der der Einrede zugrunde liegende Sachverhalt. Danach hat die Klägerin im Schriftsatz vom 23.10.2006 in Form eines Hilfsantrages die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 306.400,00 € beantragt. Nach dem Hinweis des Landgerichts im Beschluss vom 27.02.2007 hat die Klägerin den ursprünglichen Hilfsantrag als Hauptantrag gestellt und darauf hingewiesen, dass der Anspruch auf § 13 Nr. 5 VOV/B gestützt werde. Mit Schriftsatz vom 04.05.2009 hat die Klägerin schließlich den Zahlungsantrag in einen Feststellungsantrag umgestellt. Dies alles ist unstreitig. 193

Nach alledem ist die Verjährungseinrede auf der Grundlage dieses unstreitigen Sachverhalts zu berücksichtigen und auch in der Berufung zu überprüfen.

Die Verjährungseinrede greift allerdings nicht. Aus dem vorstehenden Sachverhalt leitet die Klägerin zu Recht her, dass die 5-jährige Verjährungsfrist bereits durch die Stellung des Zahlungsantrages im Schriftsatz vom 23.10.2006 gehemmt worden ist. 195

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die Wirkung der Vorschussklage nicht beschränkt auf den eingeklagten Betrag. Sie deckt vielmehr hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung auch spätere Erhöhungen, gleichviel worauf sie zurückzuführen sind, ab, sofern sie nur – wie hier - denselben Mangel betreffen (BGH NJW 2009, 60 f. m.w.Nachw.). Der Hinweis der Klägerin im Schriftsatz vom 23.10.2006 auf § 13 Nr. 5 VOB/B ist als Hinweis darauf zu verstehen, dass eine Vorschussklage erhoben werden sollte. Um einen Nacherfüllungsanspruch i.S.d. § 13 Nr. 5 S.1 VOB/B konnte es es sich schon deshalb nicht handeln, weil die Klägerin einen Zahlungsbetrag begehrt und nicht die Beseitigung konkret bezeichneter Mängel. 196

Es handelt es aber auch nicht um einen Kostenerstattungsanspruch. Der Auftraggeber kann die bei der Nacherfüllung entstandenen Kosten zunächst selbst vorlegen, also die Rechnung des Dritten, der die Leistung erbracht hat, aus eigenen Mitteln begleichen. In diesem Fall hat er einen Kostenerstattungsanspruch gegen den Auftragnehmer (Wirth in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 13 Nr. 5, Rn 195). Über § 257 BGB könnte der Auftraggeber einen Freistellungsanspruch geltend machen. Darum geht es hier jedoch nicht, da zum damaligen Zeitpunkt noch keine Mangelbeseitigungskosten angefallen waren. Zum Zeitpunkt der damaligen Antragsumstellung befand sich der Rechtsstreit im Stadium vor Inanspruchnahme der Nacherfüllung. In dieser Situation ist der Auftraggeber berechtigt, einen Vorschuss in Höhe der zur Nacherfüllung voraussichtlich erforderlichen Kosten zu verlangen. Dies hat die Klägerin mit der Umstellung auf den Zahlungsantrag im Schriftsatz vom 23.10.2006 auch getan. Da es sich folglich um die Geltendmachung eines Vorschussanspruchs handelte, ist der Lauf der Verjährung insgesamt - auch über den Betrag von 306.400,00 - € gehemmt worden. 197

2. Auch der Feststellungsantrag der Klägerin ist begründet. 198

Der Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäß Ziffer I. 2. nach dem weiter hilfsweise gestellten Antrag zu Ziffer I. 2 b) steht nicht entgegen, dass eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Vorschusses für eine umfassende Mangelbeseitigung zugleich die Pflicht zur Abrechnung enthält und nicht auf einen bestimmten Höchstbetrag beschränkt ist. Ebenso wenig ist neben der erhobenen Vorschussklage eine Feststellungsklage zur Verjährungsunterbrechung erforderlich. Dadurch wird aber eine Feststellungsklage des Bestellers, dass der Unternehmer zum Ersatz auch der weiteren Nachbesserungskosten verpflichtet sei, nicht unzulässig. Ein rechtliches Interesse für eine neben einer Leistungsklage erhobene Feststellungsklage ist immer dann gegeben, wenn der entstandene oder noch entstehende Schaden nicht bereits in vollem Umfang durch den Antrag auf Zahlung erfasst wird. Auch wenn eine solche Feststellungsklage für die Unterbrechung der Verjährung unnötig erscheint, ist ein rechtliches Interesse des Bestellers daran zu bejahen. Die Feststellungsklage ist lediglich unnötig; die Rechtsprechung misst ihr nur klarstellende Funktion bei (BGH NJW-RR 1986, 1026 ff.; BGH BauR 2008, 2041). 199

Begründet ist die Feststellungsklage mit Rücksicht auf die Präklusionswirkung nur in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang. 200

C.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Berufung der Beklagten keinen Erfolg hat.	202
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	203
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO).	204
<u>Gegenstandswert des Berufungsverfahrens: 3.662.535,70 €</u>	205
(davon 3.448.335,70 € für die Berufung der Klägerin und 214.200,00 € für die Berufung der Beklagten)	206