
Datum: 31.10.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 166/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:1031.11U166.17.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 11 O 309/13

Tenor:

Auf die Berufung und Anschlussberufung der Klägerin sowie die Berufung der Beklagten zu 1) und 2) wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 15.11.2017 (11 O 309/13) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagten zu 1) und 2) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin

a) 9.831,82 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013,

b) 204.300,00 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 07.06.2014,

c) 150.686,56 € (Schadensersatz in Höhe v. 82.797,53 € brutto und Vorschuss in Höhe von 67.889,03 € netto) zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013 sowie

d) vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.594,91 €

zu zahlen.

2.

Die Beklagte zu 1) wird darüber hinaus - gesamtschuldnerisch haftend mit dem Beklagten zu 2) - verurteilt, an die Klägerin folgende Umsatzsteuerbeträge zu zahlen:

- a) 1.868,05 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013,
- b) 38.817,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 07.06.2014 sowie
- c) 12.898,92 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013 .

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) und 2) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin auch allen weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch zukünftig entsteht, dass im Rahmen der Bauvorhaben

- Kreisverkehr A Straße/B Ring,
- C einschließlich Kreisverkehrsplatz am Amtsgericht D,
- Endausbau Estraße,
- Kreisverkehrsplatz F Straße/G-Ring,
- Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring,
- Dorferneuerung J, Kstraße, Lstraße und
- M.

das derzeit vorhandene Bettungsmaterial unterhalb der Pflasterflächen noch ausgetauscht werden muss und der über die bezifferten Vorschuss- und Schadensersatzkosten gem. Ziff. 1) a) – c) und Ziff. 2 a) – c) hinausgeht.

4. Es wird ferner festgestellt, dass der Beklagte zu 2) – gesamtschuldnerisch haftend mit der Beklagten zu 1) - verpflichtet ist, der Klägerin zukünftig ausgewiesene Umsatzsteuerbeiträge zu ersetzen, die im Zusammenhang mit der Sanierung der im Tenor zu Ziff. 3) bezeichneten Bauvorhaben entstehen und in Rechnung gestellt werden.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte zu 1)

6.077,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.01.2018 zu zahlen.

Die weitergehenden Berufungen der Klägerin sowie der Beklagten zu 1) und 2) gegen das Urteil des Landgerichts Aachen vom 15.11.2017 (11 O 309/13) werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der durch sie eingelegten Berufung haben die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner zu 71 % und die Beklagte zu 1) darüber hinaus zu weiteren 29 % zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des von ihr jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten zu 1) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zu 1) zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des von ihr jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 600.000,00 EUR festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beklagte zu 1) ist ein im Jahre 2008 durch Umwandlung aus der Bauunternehmung N GmbH & Co. KG (künftig ebenfalls als Beklagte zu 1 bezeichnet) entstandenes Straßenbauunternehmen, deren persönliche haftende Gesellschafterin die N Verwaltungs-GmbH war, als deren Geschäftsführer bis zum Jahre 2015 der Beklagte zu 2) fungierte.

Die Klägerin hatte die Beklagte zu 1) in der Zeit vom 05.08.2003 bis zum 20.06.2007 mit verschiedenen Straßenbauvorhaben beauftragt, von denen sieben streitgegenständlich sind. Bei vier dieser Bauvorhaben war nach dem Leistungsverzeichnis ein Pflasterbett aus Natursteinsplitt geschuldet, bei zweien ein Pflasterbett aus Splitt und bei einem weiteren ein Brechstein/Splitt-Gemisch.

Zu dem von ihr verwendeten Bettungsmaterial hat die Beklagte zu 1) vorgetragen, dass sie als solches bei der Ausführung ihrer Arbeiten für alle Bauvorhaben – ebenso wie bei anderen Bauvorhaben ab 2002 – ein Gemisch aus einem VIADUR-Bettungsmaterial, einer kupferhaltigen Hochofenschlacke und Quarzsand, verwendet habe. Dieses Gemisch sei von ihr bei ihrer Tochterfirma, der O N GmbH (im Weiteren: O N GmbH,) deren Geschäftsführer zu diesem Zeitpunkt ebenfalls der Beklagte zu 2) war, erworben worden. Die O N GmbH wiederum habe das VIADUR-Bettungsmaterial von der P P GmbH (im Weiteren: P GmbH) bezogen und diesem im Verhältnis 1 : 1 Quarzsand aus eigener Produktion beigemischt.

Nach Fertigstellung der Arbeiten wurden diese von der Klägerin in der Zeit vom 09.01.2004 bis 10.09.2007 abgenommen, so dass sich die wesentlichen Daten der jeweiligen Bauvorhaben im Einzelnen wie folgt darstellen:

1

2

3

4

5

6

7

	Bauvorhaben	Leistungsverzeichnis	Abnahme
1.	Kreisverkehr F Straße/G-Ring	Pflasterbett aus Natursteinsplitt	24.11.2008
2.	Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring	Pflasterbett aus Natursteinsplitt	13.09.2006
3.	Dorferneuerung J	Pflasterbett aus Natursteinsplitt	20.10.2005
4.	M	Pflasterbett aus Natursteinsplitt	01.01.2004
5.	Kreisverkehr A Straße/B Ring	Pflasterbett aus Splitt	09.01.2004
6.	C	Pflasterbett aus Split	20.12.2006
7.	Estraße	Pflasterbett aus Splitt-Brechsand-Gemisch.	10.09.2007

Im Jahre 2012 stellte die Stadt Grevenbroich in dem dort von der Beklagten zu 1) verwendeten Bettungsmaterial eine erhöhte Belastung mit Schwermetallen fest. Daraufhin ließen auch die Klägerin und andere Auftraggeber aus der Region das Bettungsmaterial untersuchen und stellten dabei vergleichbare Belastungen fest. In Bezug auf die Bauvorhaben „C“ und „Estraße“ ist ein selbstständiges Beweisverfahren bei dem Landgericht Aachen (12 OH 14/12) durchgeführt worden. 8

Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 05.04.2013 wurden die Beklagten unter Fristsetzung bis zum 30.04.2013 aufgefordert, die erforderlichen Arbeiten zur Mängelbeseitigung durchzuführen bzw. 337.280,34 € an die Klägerin zu zahlen. Am 12.05.2014 erfolgte überdies die Aufforderung, bis zum 20.05.2014 mitzuteilen, ob Bereitschaft zur Mängelbeseitigung betreffend die Bauvorhaben „Estraße“ und „C“ bestehe. Entsprechende Arbeiten oder Erklärungen durch die Beklagte zu 1) erfolgten nicht. 9

Ende 2014 wurde im Zusammenhang mit der Verlegung von Glasfaserkabeln bei den beiden Bauvorhaben „Dorferneuerung J“ und „M“ auch ein Teil des Bettungsmaterials ausgetauscht und entsorgt. 10

Ebenfalls im Jahr 2014 schrieb die Klägerin Straßenbauarbeiten im Bereich „Q-, R- und Sstraße“ in D aus. Die Beklagte zu 1) gab unter dem 14.08.2014 ein Angebot in Höhe von 763.073,65 € brutto ab. Mit Schreiben vom 30.10.2014 teilte die Klägerin der Beklagten zu 1) mit, dass diese gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A 2012 wegen einer nachweislich schweren Verfehlung vom Verfahren ausgeschlossen werde, und erteilte stattdessen der Firma T Bauunternehmung GmbH den Auftrag für einen Betrag in Höhe von 804.440,00 €. 11

Die Klägerin hat mit ihrer Klage von den Beklagten die Zahlung von Vorschuss, Schadensersatz, die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige Schäden sowie die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftig anfallender Umsatzsteuerbeiträge wegen der behaupteten Verwendung nicht vertragsgemäßen Bettungsmaterials verlangt, von der Beklagten zu 1) aus dem Gesichtspunkt der Mangelgewährleistung, von dem Beklagten zu 2) aus Delikt. 12

Sie hat zuletzt beantragt, 13

1.) die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen,	14
a) an die Klägerin 212.659,65 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 185.743,44 € seit dem 01.05.2013 und aus weiteren 26.916,26 € seit Zustellung des Schriftsatzes vom 16.07.2015 sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.833,15 € zu zahlen,	15
b) an die Klägerin weitere 204.300 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 21.05.2014 zu zahlen,	16
2.) festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin auch allen weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch zukünftig entsteht, dass im Rahmen der Bauvorhaben	17
? Kreisverkehrsplatz F Straße/G-Ring	18
? Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring	19
? Kreisverkehr A Straße/B Ring	20
? Dorferneuerung J, Kstraße, Lstraße (2. BA)	21
? M	22
? C einschließlich Kreisverkehrsplatz am Amtsgericht D	23
? Endausbau Estraße	24
das derzeit vorhandene Bettungsmaterial unterhalb der Pflasterflächen noch ausgetauscht werden muss, und der über die bezifferten Schadensersatzkosten hinausgeht,	25
3.) festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin zukünftig ausgewiesene Umsatzsteuerbeiträge zu ersetzen, die im Zusammenhang mit der Sanierung der im Klageantrag zu 2.) bezeichneten Bauvorhaben entstehen und in Rechnung gestellt werden.	26
Die Beklagten haben beantragt,	27
die Klage abzuweisen.	28
Widerklagend hat die Beklagte zu 1) beantragt,	29
die Klägerin zu verurteilen, an sie 110.162,99 € nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	30
Die Klägerin hat beantragt,	31
die Widerklage abzuweisen.	32
Die Beklagten haben jede Ersatzpflicht ihrerseits in Abrede gestellt und die Einrede der Verjährung erhoben.	33
Die Beklagte zu 1) hat ferner mit ihrer Widerklage Schadensersatz verlangt, weil sie bei der Ausschreibung von Straßenbauarbeiten im Bereich „Q-, R- und Sstraße“ ausgeschlossen	34

wurde, obwohl sie dort das preislich niedrigste Angebot abgegeben habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der wechselseitigen Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung vom 15.11.2017 Bezug genommen. 35

Mit diesem Urteil hat das Landgericht Aachen der Klage nach der Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen zu evtl. Absprachen der Parteien hinsichtlich des zu verwendenden Bettungsmaterials sowie Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Qualität des verwendeten Bettungsmaterials und den Kosten eines Austauschs gegen beide Beklagten aus den vier Bauvorhaben, bei denen als Bettungsmaterial Natursteinsplitt ausgeschrieben war, stattgegeben und die Klage wegen der übrigen drei Bauvorhaben wie auch die Widerklage abgewiesen. 36

Zur Begründung hat die Kammer u.a. ausgeführt, dass hinsichtlich der vier Bauvorhaben „Kreisverkehr F Straße/G-Ring, Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring, Dorferneuerung J, Kstraße, Lstraße und M“ das von der Beklagten zu 1) eingebaute Bettungsmaterial gem. § 13 Nr. 1 VOB/B mangelhaft gewesen sei. Denn die Beklagte zu 1) habe gegen ihre vertraglichen Pflichten verstoßen, als sie statt des in den Leistungsverzeichnissen der o.a. Bauvorhaben vereinbarten „Natursteinsplitts“ das Recycling-Material „VIADUR Bettungssand“ verwendete. Das von der Beklagten zu 1) eingebaute Material – ein Gemisch aus der kupferhaltigen Hochofenschlacke VIADUR 0/5 und natürlichem Quarzsand – sei auch nicht für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet. Denn die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für den Einbau solchen Materials nach dem sog. Verwertererlass seien nicht gegeben, was näher ausgeführt worden ist. 37

Es habe auch keine nachträgliche Vertragsänderung dahingehend stattgefunden, dass ein nicht unter den Begriff „Natursplitt“ fallendes Gemisch verwendet werden konnte. Eine solche sei von der Beklagten zu 1) schon nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden. 38

Der Anspruch gegen die Beklagte zu 1) sei nicht verjährt. Wegen des arglistigen Verhaltens der Beklagten zu 1) sei auch bei dem vorliegenden VOB-Vertrag entsprechend des in § 634a Abs. 3 BGB festgelegten Grundsatzes die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB anzuwenden. 39

Vorliegend sei der Beklagten zu 1) bewusst gewesen, dass das durch sie verwendete Material nicht aus natürlichen Stoffen bestanden und damit nicht der vertraglichen Vereinbarung zur Verwendung von Natursplitt entsprochen habe. Denn der Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung sei insoweit eindeutig und schließe die Verwendung industrieller Materialien aus. Die Beklagte zu 1) habe diesen Umstand auch nicht offenbart. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass sie die Klägerin bzw. die zuständigen Bauleiter nicht auf die Verwendung von „VIADUR“ in Abweichung zum vereinbarten Natursplitt hingewiesen habe. 40

Etwas anderes ergebe sich allerdings für die Bauvorhaben „Kreisverkehr A Straße/B Ring, C und Estraße“. Insoweit seien Ansprüche jedenfalls verjährt, weil es an einem arglistigen Verschweigen der Beklagten zu 1) fehle. Denn hier hätten die Parteien vertraglich vereinbart, dass ein Plattenbett aus Splitt, ein Pflasterbett aus Splitt bzw. ein Pflasterbett aus einem Splitt-Brechsand Gemisch hergestellt werden sollte. Insoweit sei aber eine Kenntnis der Beklagten zu 1), dass der Begriff „Splitt“ nur Naturstein umfasse, nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Sicherheit festzustellen. Denn die „Begriffsbestimmungen Straßenbau“ sähen vor, dass unter Splitt gebrochene Mineralstoffe zu verstehen seien, also 41

ein körniges Material für die Verwendung im Bauwesen, das natürlich, künstlich oder recycelt sein könne.

Hinsichtlich der Bauvorhaben „Kreisverkehr F Straße/G-Ring, Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring, Dorferneuerung J und M“ habe die Klägerin erst frühestens ab 2011 Kenntnis von dem Mangel mit der Folge gehabt, dass die dreijährige Verjährungsfrist gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe und gem. § 195 BGB mit Klageerhebung am 19.08.2013 noch nicht abgelaufen gewesen sei. Der Klägerin könne nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht vorgeworfen werden, dass sie grob fahrlässig keine Kenntnis gehabt habe oder ein Mitverschulden trage. Dies ist näher ausgeführt worden. 42

Die Klägerin habe auch gegen den Beklagten zu 2) gem. § 826 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 124.153,04 €. Der Beklagte zu 2) habe der Klägerin als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1) in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Er habe hierbei insbesondere auch sittenwidrig gehandelt, nämlich arglistig getäuscht, indem er die Klägerin trotz seines Wissens um den Materialaustausch nicht auf das mangelhafte Bettungsmaterial hingewiesen habe. Dabei habe er aufgrund seiner – unstreitigen – Kenntnis in seiner Funktion als Geschäftsführer billigend in Kauf genommen, dass das für den vorgesehenen Verwendungszweck ungeeignete Material VIADUR statt des vereinbarten Natursplitts verwendet worden sei. 43

Die zulässigen Feststellungsanträge seien ebenfalls begründet. Insbesondere seien sie zulässig, da der tatsächliche Schaden trotz Einholung diverser Sachverständigengutachten und eines Zahlungsantrags noch nicht abschließend beziffert werden könne, da weitere Schäden zu befürchten seien. 44

Die Widerklage hingegen sei nicht begründet. Die Beklagte zu 1) habe gegen die Klägerin keinen Zahlungsanspruch, weder aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB noch aus einer anderen Anspruchsgrundlage. Denn die Klägerin sei berechtigt gewesen, die Beklagte zu 1) von der öffentlichen Vergabe auszuschließen, da der Beklagten zu 1) eine nachweislich schwere Verfehlung anzulasten sei. Denn sie habe nach den getroffenen Feststellungen vorsätzlich gehandelt, als sie statt des Natursplitts recyceltes Material verwendete. Ihr sei vorzuwerfen, dass sie wiederholt und trotz Kenntnis das mangelhafte Material verwendet habe. Der Beklagten zu 1) komme auch keine sog. „Selbstreinigung“ zugute. Eine solche setze Maßnahmen zur Vorsorge gegen erneute Verfehlungen voraus, woran es wegen des unkooperativen Verhaltens der Beklagten zu 1) aber fehle. Die Klägerin habe schließlich auch ermessensfehlerfrei gehandelt, insbesondere keine sachfremden Erwägungen angestellt und sich mit dem Ausschluss auch für ein geeignetes und erforderliches Mittel entschieden. 45

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beklagten zu 1) und 2) mit der Berufung und die Klägerin mit Berufung und Anschlussberufung. 46

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin die Ansprüche betreffend die Bauvorhaben „Kreisverkehr A Straße/B Ring (Antrag zu 1), C einschließlich Kreisverkehrsplatz am AG D und Endausbau Estraße“ (Antrag zu 2) weiter. Hierzu trägt sie vor, dass die Beklagte zu 1) unabhängig von der konkreten Leistungsverpflichtung generell und systematisch ein von dem Leistungsverzeichnis abweichendes Bettungsmaterial verwendet habe, so dass irgendwelche Irrtümer über die Bedeutung des Begriffes „Splitt“ für deren Handeln nicht hätten ursächlich werden können. Bei „Splitt“ handle es sich stets um ein gebrochenes Material, was auf ein Kupferschlackengranulat nicht zutreffe. Vorliegend sei kein Nachweis (etwa durch Lieferscheine, Rechnungen der P) darüber erbracht worden, welches Material überhaupt eingebaut worden und ob dieses mit einer Güteprüfung versehen gewesen sei. Dass sich die 47

Beklagten über die vom Leistungsverzeichnis abweichende Ausführung bewusst gewesen seien, belege nicht zuletzt auch ihr eigener Vortrag, dass auch insoweit abweichende Vereinbarungen das Bettungsmaterial betreffend getroffen worden sein sollen. Dieses Vorbringen macht sich die Klägerin hilfsweise zu eigen.

Der Beklagte zu 2) müsse ebenfalls entsprechende Kenntnis gehabt haben, weil dieser auch 48
Geschäftsführer der O N GmbH gewesen sei, welche das von der P GmbH gelieferte VIADUR mit Sand verarbeitet und an die Beklagte zu 1) geliefert habe.

Als Reaktion auf die neue BGH-Rechtsprechung (Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, juris) 49
zum Ausschluss eines auf fiktive Mängelbeseitigungskosten gerichteten Schadensersatzanspruches hat die Klägerin die Klage, soweit der Austausch des Bettungsmaterials noch nicht erfolgt ist, von einem Schadensersatz- auf einen Kostenvorschussanspruch umgestellt und sie gleichzeitig um die Umsatzsteuer auf die noch nicht entstandenen Sanierungskosten erhöht, hinsichtlich ihrer eigenen Berufung durch Erweiterung der Berufung und wegen der Bauvorhaben, hinsichtlich derer das Landgericht der Klage stattgegeben hatte, im Wege der Anschlussberufung.

Die Klägerin beantragt, 50

die Beklagte zu 1) unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 51
15.11.2017 (11 O 309/13) gesamtschuldnerisch haftend mit dem Beklagten zu 2) zu verurteilen,

1. 52

an die Klägerin einen Mängelbeseitigungskostenvorschuss in Höhe von 9.831,82 € netto zzgl. 53
19 % USt = 11.699,87 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013 zu zahlen;

2. 54

an die Klägerin ein Mängelbeseitigungskostenvorschuss in Höhe von 204.300,00 € netto zzgl. 55
19 % USt = 243.117,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 21.05.2014 zu zahlen;

3. 56

festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin auch 57
allen weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch zukünftig entsteht, dass im Rahmen der Bauvorhaben

- Kreisverkehr A Straße/B Ring, 58

- C einschließlich Kreisverkehrsplatz am Amtsgericht D, 59

- Endausbau Estraße, 60

das derzeit vorhandene Bettungsmaterial unterhalb der Pflasterflächen noch ausgetauscht 61
werden muss und der über die bezifferten Vorschuss- und Schadensersatzkosten hinausgeht.

62

Soweit das Landgericht Aachen der Klageforderung hinsichtlich der Bauvorhaben „Kreisverkehr F Straße/G-Ring, Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring, Dorferneuerung J, Kstraße, Lstraße und M“ entsprochen hat, beantragt die Klägerin klageerweiternd,	
das Urteil – unter Aufrechterhaltung der Verurteilung des Beklagten zu 2) - neu zu fassen und	63
a) die Beklagte zu 1) gesamtschuldnerisch haftend mit dem Beklagten zu 2) zu verurteilen, an die Klägerin 169.662,76 € (Schadensersatz in Höhe v. 82.797,53 € und Vorschuss in Höhe von 86.865,23 €) zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013 sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.594,91 € zu zahlen.	64
b)	65
festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin auch allen weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch zukünftig entsteht, dass im Rahmen der Bauvorhaben	66
- Kreisverkehrsplatz F Straße/G-Ring,	67
- Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring,	68
- Dorferneuerung J, Kstraße, Lstraße und	69
- M	70
das derzeit vorhandene Bettungsmaterial unterhalb der Pflasterflächen noch ausgetaucht werden muss und der über die bezifferten Vorschuss- und Schadensersatzkosten gem. Klageantrag zu a) hinausgeht.	71
Ferner beantragt sie in Bezug auf den Beklagten zu 2) – hilfsweise auch für die Beklagte zu 1) -	72
die Beklagten unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 15.11.2017 – 11 O 30/13 – zusätzlich zu verurteilen,	73
1.	74
an die Klägerin 9.831,82 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2013 zu zahlen;	75
2.	76
an die Klägerin 204.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.05.2014 zu zahlen;	77
3.	78
festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin auch allen weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch zukünftig entsteht, dass im Rahmen der Bauvorhaben	79
- Kreisverkehr A Straße/B Ring	80
	81

- C einschließlich Kreisverkehrsplatz am AG D	
- Endausbau Estraße	82
das derzeit vorhandene Bettungsmaterial unterhalb der Pflasterflächen noch ausgetauscht werden muss und der über die bezifferten Schadensersatzkosten hinausgeht;	83
4.	84
festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin zukünftig ausgewiesene Umsatzsteuerbeträge zu ersetzen, die im Zusammenhang mit der Sanierung der im vorbezeichneten Klageantrag bezeichneten Bauvorhaben entstehen und in Rechnung gestellt werden.	85
Schließlich beantragt die Klägerin hilfsweise,	86
die Revision zuzulassen.	87
Die Beklagten beantragen,	88
die Berufung der Klägerin aus dem Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 19.12.2017 in Verbindung mit der Berufungsbegründung aus dem Schriftsatz vom 19.02.2018 sowie die Anschlussberufung (Klageerhöhung) aus dem Schriftsatz vom 26.03.2018 zurückzuweisen.	89
Die Beklagten tragen zur Berufung der Klägerin vor, dass das eingebaute Bettungsmaterial grds. der Ausschreibung „Splitt“ bzw. „Splitt-Brechsandgemisch“ entsprochen habe. Das verwendete VIADUR habe aus gebrochenen Gesteinskörnungen bestanden; Gegenteiliges sei nicht festgestellt worden. Die Klägerin sage auch nicht, wie sie die Begriffe Natursteinsplitt, Splitt und Splitt-Brechsandgemisch verstanden haben wolle, die von ihr immerhin in dieser differenzierten Form als Bettungsmaterial ausgeschrieben worden seien. Aus fachtechnischer Sicht falle unter den Begriff „Brechsand-Splitt-Gemisch“ auch industriell hergestelltes oder recyceltes Material, so dass die Beklagte zu 1) den Begriff nicht anders habe verstehen müssen. Die Verwendung von RCL-Material sei zudem von der Klägerin jedenfalls in den Leistungsverzeichnissen der Bauvorhaben „C“ und „Estraße“ auch ausdrücklich zugelassen worden.	90
Zur eigenen Berufung meint sie, dass auch hinsichtlich der vier Bauvorhaben, bei denen der Verbau von „Natursteinsplitt“ vereinbart gewesen sei, der Verjährungseinwand durchgreife. Dabei nehme sie hin, dass die Kammer sich keine Überzeugung über eine abändernde Vereinbarung den vorgenommenen Materialwechsel betreffend habe bilden könne. Allerdings beruhe die Unkenntnis der Klägerin auf grober Fahrlässigkeit. Denn für einen Fachmann sei der Unterschied zwischen Natur- und recyceltem Material ohne weiteres erkennbar gewesen. Denn das verwendete Material sei braungrau, Natursplitt hingegen dunkelfarbig. Dies sei erstinstanzlich vorgetragen und unter Beweis gestellt worden. Der seitens der Klägerin mit der Bauaufsicht betraute Zeuge U habe aber im Rahmen der Beweisaufnahme bekundet, sich das Material nicht einmal angeschaut zu haben, womit er seine Objektüberwachungspflicht gröblich missachtet habe. Nach dem Vortrag der Klägerin habe außerdem der Verwertererlass gegolten, der eine Dokumentationspflicht des Unternehmers begründe. Wie der Senat an anderer Stelle (Urt. v. 30.08.2017 – 11 U 4/16) entschieden habe, sei der Klägerin damit aber spätestens ab Erhalt der Schlussrechnung bekannt gewesen, dass eine Dokumentation fehle. Hinsichtlich der Schadenshöhe würden nur die veranschlagten Eigenkosten der Klägerin (3.985,38 € und 2.091,90 €) angegriffen. Der	91

Klägerin seien keine eigenen Kosten entstanden; auch dürften diese nicht nach den Sätzen der HOAI berechnet werden. Außerdem werde in der Urteilsbegründung nur ein Betrag von 124.153,04 € genannt, tenoriert worden sei aber ein Betrag von 156.763,84 €.

Die Verurteilung des Beklagten zu 2) beruhe auf reiner Spekulation. Es möge sein, dass der Beklagte zu 2) Kenntnis von der Verwendung des VIADUR gehabt habe, nicht aber von der Abweichung zu der vertraglichen Vereinbarung; eine konkrete Anweisung seinerseits, dieses Material einzusetzen, habe es jedenfalls nicht gegeben. Vielmehr sei er davon ausgegangen, dass es sich bei dem Gemisch aus VIADUR und Quarzsand um ein zulässiges Produkt gehandelt habe, weil auf jedem Lieferbeleg vermerkt gewesen sei, dass das Material gütegeprüft und fremdüberwacht sei. Mit der Kalkulation vor der Beteiligung an einer Ausschreibung sei der Kalkulator, Herr X, befasst gewesen. Das Ergebnis der Kalkulation sei alsdann der Geschäftsführung, den Herren Y und Z N, bei größeren Bauvorhaben auch dem Beklagten zu 2) vorgelegt worden. Mit der gesamten Baustellenlogistik, also der Bestückung der Baustelle, dem Einsatz des Personals, dem Einkauf etc. habe der Beklagte zu 2) nichts zu tun gehabt. Dies sei allein Sache der jeweiligen Projekt- oder Bauleiter gewesen. 92

Im Hinblick auf das Urteil des Senates vom 30.08.2017 – 11 U 4/16 -, welches die persönliche Haftung des Beklagten zu 2) abgelehnt habe und Gegenstand einer Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin beim Bundesgerichtshofes sei, werde die Aussetzung des vorliegenden Verfahrens bis zum Abschluss des vorgenannten Rechtsmittelverfahrens beantragt. 93

Zu ihrem Widerklageantrag zu 1) trägt die Beklagte zu 1) vor, dass sich ihre grundsätzliche Zuverlässigkeit bereits aus ihrer Eintragung in der sog. Präqualifikationsliste ergebe. Jedenfalls läge ein Fall der „Selbstreinigung“ vor. Denn sie habe ab Kenntnis von dem Problem mit VIADUR das Material 2012 von dem Produzenten abholen lassen und dieses seither nicht mehr verwendet. Sie habe überdies im Mai 2012 gegen die Lieferfirma P GmbH ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet sowie im Juni 2012 die betroffenen Kommunen unterrichtet und eigene Untersuchungen angestellt. Ferner habe sie mit diversen kommunalen Auftraggebern unter Übernahme erheblicher Kosten vergleichsweise Regelungen getroffen. Hinzu komme, dass sich die Klägerin auch widersprüchlich verhalte. Denn in der Zeit vom 23.04.2013 bis 27.05.2014 seien – dies ist zwischen den Parteien unstreitig - noch drei Aufträge an die Beklagte zu 1) erteilt und unbeanstandet durchgeführt worden, der Ausschluss von der Vergabe im vorliegenden Fall sei aber erst am 30.10.2014 erfolgt. Vor allem habe es keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass sich die Beklagte zu 1) auch künftig vertragsuntreu verhalten werde. 94

Mit dem Widerklageantrag zu 2) begehrt die Beklagte zu 1) die Rückzahlung des am 07.12.2017 an die Klägerin zur Abwendung der Vollstreckung gezahlten Betrages in Höhe von 190.214,36 €. Dieser Betrag werde nun zurückgefordert, weil die Klage unbegründet sei. 95

Die Beklagten beantragen, 96

1. 97

unter teilweiser Abänderung des Urteils des LG Aachen vom 15.11.2017 – 11 O 309/13 – die Klage gegen beide Beklagte insgesamt abweisen, 98

2. 99

100

die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte zu 1) einen Betrag von 110.162,99 € nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins ab Zustellung des Schriftsatzes der Beklagten vom 23.12.2016 zu zahlen,

3. 101

die Klägerin verurteilen, an die Beklagte zu 1) einen weiteren Betrag in Höhe von 190.214,36 € nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 07.12.2017 zu zahlen. 102

Die Klägerin beantragt, 103

die Berufung der Beklagten unter Einbeziehung der zweitinstanzlichen 104

Widerklageerweiterung zurückzuweisen. 105

Die Klägerin meint, dass ihrerseits keine grob fahrlässige Unkenntnis von dem abweichend zum Leistungsverzeichnis verwendeten Bettungsmaterials vorliege. Erste Anzeichen über fehlerhaftes Material seien erst im Jahr 2011 aufgetaucht. Auch in der Schlussrechnung und den beigelegten Unterlagen hätten sich keine Hinweise auf das tatsächlich verbaute Material ergeben. Dabei sei zu bedenken, dass es gar keiner Güteüberwachungsnachweise bedurft hätte, wenn Natursteinsplitt als Bettungsmaterial verwendet worden wäre. Daher fehle es an jeglichen Anhaltspunkten für die Annahme einer ihrerseits bestehenden Überprüfungspflicht. 106

Der Anspruch auf Erstattung des Verwaltungsaufwandes von 2.091,90 € und 3.985,38 € sei begründet. Die Angemessenheit sei unter Beweis gestellt worden. Es sei ausdrücklich der Mitarbeiter D2 zur Überwachung der Sanierungsarbeiten abgestellt worden, der ansonsten andere Aufgaben hätte ausführen können, die die Klägerin drittseitig habe vergeben müssen. 107

Wenn der Beklagte zu 2) bestreite, von der Diskrepanz zu den jeweiligen Beschaffenheitsvereinbarungen gewusst zu haben, so sei diese Behauptung lebensfremd. Außerdem erfordere dann jedenfalls die sekundäre Darlegungslast, dass er in diesem Fall diejenigen benenne, die die maßgeblichen Entscheidungen getroffen hätten. 108

In Bezug auf den Antrag zu 1) der Widerklage ergebe sich eine schwere Verfehlung der Beklagten zu 1) bereits daraus, dass diese seit 2002 über 10 Jahre hinweg in einer Vielzahl von Fällen falsches Material habe einbauen lassen. Die noch in 2013 und 2014 an sie vergebenen Aufträge stünden der Zurückweisung in 2014 nicht entgegen, weil erst mit dem Gutachten des selbständigen Beweisverfahrens aus Mai 2014 der Nachweis über die Verwendung stark kontaminierten Materials erbracht worden sei. Hinzu komme, dass die Beklagte zu 1) versucht habe, ihre eigene Verantwortlichkeit durch die widerlegte Behauptung zu verschleiern, die Verwendung des Materials sei mit der Klägerin abgesprochen gewesen. Schließlich sei von der Beklagten zu 1) auch die Höhe des Schadensersatzes unsubstantiiert dargelegt. Insbesondere werde ohne Vorlage der Urkalkulation willkürlich ein Gewinn von 20 % genannt. In anderen Verfahren habe die Beklagte zu 1) hingegen einmal einen Satz von 9 % und einmal einen solchen von 25 % geltend gemacht. 109

Was den Widerklageantrag zu 2) anbelange, so sei nur die Sicherungsvollstreckung gem. § 720a ZPO angedroht worden. Anstatt Sicherheit zu leisten, habe die Beklagte zu 1) dann aber gezahlt. 110

111

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Prozessbeteiligten eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Akte 12 OH 14/12 LG Aachen (im Weiteren: Beiakte) lag vor und ist zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden. 112

II. 113

Berufung und Anschlussberufung der Klägerin sind zulässig und bis auf einen geringen Teil des geltend gemachten Zinsanspruches begründet. Demgegenüber ist die Berufung der Beklagten zwar ebenfalls zulässig, hat jedoch in der Sache nur in einem geringen Umfang Erfolg. 114

1. 115

Sämtliche Rechtsmittel sind in zulässiger Weise erhoben worden, dies gilt insbesondere auch für die Anschlussberufung der Klägerin. 116

Mit Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 – hat der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung geändert und entschieden, dass im Werkvertragsrecht der Schadensersatz nicht nach noch nicht entstandenen und damit fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen werden kann. Diese Rechtsprechung gilt auch für laufende Bauprozesse (BGH, Urt. v. 21.6.2018 – VII ZR 173/16 -, juris). Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung hat die Klägerin ihre Klage gegenüber der Beklagten zu 1), soweit die Mangelbeseitigung noch nicht erfolgt ist, von einem fiktiven Schadensersatzanspruch auf einen Kostenvorschussanspruch umgestellt und nunmehr im Wege der Anschlussberufung unter Aufgabe des dahingehenden Feststellungsbegehrens auch die insoweit anfallende Umsatzsteuer im Rahmen der Leistungsanträge geltend gemacht. 117

Der Übergang vom Schadensersatzanspruch auf den Vorschussanspruch ist keine Klageänderung und damit auch noch im Berufungsverfahren zulässig. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klageänderung oder Klageerweiterung in der Berufungsinstanz richten sich nicht nach den §§ 296, 530, 531 ZPO, sondern nach §§ 263, 264, 533 ZPO (BGH, Urt. v. 20.09.2016 – VIII ZR 247/15 -, Rz. 18, juris; BGH, Urt. v. 22.02.2018 - VII ZR 46/17 -, juris). Vorliegend ist ein Fall des § 264 Nr. 2 ZPO im Sinne einer Beschränkung des ursprünglichen Klageantrages gegeben. Eine solche Änderung ist auch in der Berufungsinstanz nicht als Klageänderung anzusehen, so dass § 533 ZPO auf sie keine Anwendung findet, auch wenn die Änderung ohne eigene Berufung nur in der Berufungserwidmung erfolgt (BGH, Urt. v. 07.05.2015 – VII ZR 145/12 -, Rz. 24, juris). 118

Soweit die Klägerin allerdings hinsichtlich der Umsatzsteuer vom Feststellungsantrag auf den Zahlungsantrag übergegangen ist, liegt hierin eine Erhöhung des Zahlungsantrages und damit eine Klageerweiterung i.S.d. § 264 Nr. 2 ZPO. Auch wenn die veränderten Umstände materiell-rechtlich eine Klageumstellung erfordern, beschränkt sich die Klägerin in dieser Konstellation nicht auf die Abwehr der Berufung, sondern begehrt einen höheren als den erstinstanzlich zuerkannten Betrag und bestimmt damit die Grenzen des Berufungsverfahrens neu. Dies ist nur durch ein eigenes zulässiges Rechtsmittel möglich (BGH, Urt. v. 07.05.2015 – VII ZR 145/12-, Rz. 30, juris). 119

Soweit die Klägerin bezogen auf drei Bauvorhaben selbst Berufung eingelegt hat, war eine Erweiterung der Berufungsanträge auch noch nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich, weil sich die Erweiterung auf fristgerecht 120

vorgebrachte Anfechtungsgründe bezieht (BGH, Urt. v. 07.05.2015 – VII ZR 145/12 -, NJW-RR 2005, 714, 715). Denn im Zusammenhang mit dem bisherigen Feststellungsantrag hätte auch über die prinzipielle Umsatzsteuerpflicht entschieden werden müssen. Soweit allerdings in Bezug auf die restlichen Bauvorhaben ein Rechtsmittel zunächst nicht eingelegt war, bedarf es hierzu einer Anschlussberufung, die rechtzeitig, also gem. § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO bis zum Ablauf der Berufungserwiderungsfrist, bei Gericht angebracht werden muss. Diese Voraussetzungen liegen vor. Zwar wurde diese Frist zuletzt bis zum 20.02.2018 verlängert, während der klageerweiternde Schriftsatz vom 26.03.2018 erst am 27.03.2018 bei Gericht einging. Dies ist jedoch unschädlich, weil die Frist des § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO im gegebenen Fall nicht wirksam in Lauf gesetzt wurde. Von Amts wegen zu überprüfende Voraussetzung hierfür ist nämlich, dass die Frist zur Berufungserwiderung wirksam gesetzt wurde, was nur dann der Fall ist, wenn dem Berufungsbeklagten gemäß § 329 Abs. 2 S. 2 ZPO eine beglaubigte Abschrift der richterlichen Verfügung zugestellt und er über die Rechtsfolgen der Versäumung der Berufungserwiderungsfrist gemäß §§ 521 Abs. 2 S. 2, 277 Abs. 2 ZPO belehrt worden ist (BGH, Beschluss v. 23.09.2008 – VIII ZR 85/08 -, NJW 2009, 515, Rn. 5 f; BGH, Urt. v. 07.05.2015 – VII ZR 145/12 -, NJW-RR 2005, 714, 715). Hieran fehlt es vorliegend, weil die die Berufungserwiderungsfrist setzende Verfügung des Senatsvorsitzenden vom 16.01.2018 (Bl. 1483 d.A.) eine Belehrung der Klägerin über die Folgen einer Fristversäumung nicht enthält.

2.	121
Auf die hier in Rede stehenden Vertragsverhältnisse kommen die VOB/B 2002 bzw. die im hier relevanten Umfang identische VOB/B 2006 (im Folgenden nur als VOB/B bezeichnet) sowie das BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung zur Anwendung.	122
3.	123
Die gegenüber der Beklagten zu 1) geltend gemachten Zahlungsanträge sind im Wesentlichen, der Feststellungsantrag ist vollumfänglich begründet.	124
a)	125
Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten zu 1) gemäß § 13 Nr. 5 S. 2 VOB/B bzw. § 13 Nr. 7 VOB/B der geltend gemachte Kostenvorschuss- bzw. Schadensersatzanspruch bis auf die für die Bauvorhaben „M“ in Höhe von 2.091,90 € und die „Dorferneuerung J“ in Höhe von 3.985,38 € beanspruchten Verwaltungsaufwendungen in voller Höhe zu.	126
aa)	127
Das von der Beklagten zu 1) bei allen streitgegenständlichen Bauvorhaben verbaute Bettungsmaterial war mangelhaft.	128
Eine Werkleistung ist nach § 13 Nr. 1 VOB/B bzw. § 633 Abs. 2 BGB mangelhaft, wenn sie nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gehören zur vereinbarten Beschaffenheit alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Dieser bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind (BGH Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05 -, BauR 2008, 344	129

„Blockheizkraftwerk“; BGH Urt. v. 08.05.2014 – VII ZR 203/11 -, BauR 2014, 1291).

Danach war das verwendete Bettungsmaterial in allen hier zu entscheidenden Fällen 130
mangelhaft, weil es nicht der vereinbarten Qualität und Zusammensetzung entsprach und –
unabhängig von der vereinbarten Qualität – darüber hinaus auch für den vereinbarten
Zweck, d.h. als Bettungsmaterial für Pflaster im Bereich öffentlicher Straßen und Plätze, nicht
geeignet war.

Da die Klägerin für ihre abweichende Behauptung, die Beklagte zu 1) habe als 131
Bettungsmaterial auch Bauschutt verwandt, beweisfällig geblieben ist, ist von der Behauptung
der Beklagten zu 1) auszugehen, wonach diese durchgehend ein Gemisch aus 50 %
Quarzsand und 50 % VIADUR-Bettungsmaterial, ein kupferhaltiges
Hochofenschlackegranulat (Schlackengranulat aus der Kupfererzeugung, CUG), eingebaut
hat. Hierbei handelt es sich entgegen der ursprünglichen Behauptung der Beklagten um
einen Recycling-Baustoff, wie sich sowohl aus der Produktbeschreibung des Herstellers, der
P GmbH (Anlage B 1 = Bl. 164 f d.A.), wie auch aus dem Prüfbericht der „A1 GmbH“ vom
05.11.2007 (Anlage WK 7) ergibt.

(1) Dieses Material entspricht für die Bauvorhaben „Kreisverkehr F Straße/G-Ring, 132
Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring, Dorferneuerung J und M“ bereits nicht der Vereinbarung der
Parteien.

Denn unstreitig weicht das eingebaute Material bei diesen vier Bauvorhaben von dem in den 133
jeweiligen Leistungsverzeichnissen vorgesehenen Bettungsmaterial aus Naturstein ab. Die in
erster Instanz durchgeführte Beweisaufnahme hat die Behauptung der für eine nachträgliche
Änderung der vereinbarten Beschaffenheit beweispflichtigen Beklagten (vgl. BGH, Beschluss
v. 05.06.2003 – VII ZR 196/01 -, juris), es sei insoweit eine nachträgliche vertragliche
Vereinbarung über den Einbau des tatsächlich eingesetzten Bettungsmaterials getroffen
worden, nicht ergeben. Auf die diesbezügliche Beweiswürdigung des landgerichtlichen
Urteils, welche von den Beklagten unangegriffen geblieben ist und an deren Richtigkeit und
Vollständigkeit auch im Übrigen keine Zweifel bestehen, wird insoweit Bezug genommen.

(2) Aber auch in den drei Bauvorhaben, in denen die Leistungsverzeichnisse den Einbau von 134
Splitt („Kreisverkehr A Straße/B Ring, C“) bzw. eines Splitt-Brechsand-Gemischs („Estraße“)
vorgesehen haben, stellt der Einbau des VIADUR-Gemisches einen Mangel dar.

Dabei kann dahinstehen, ob auch mit dem Begriff „Splitt“ nur ein Naturstein-Produkt gemeint 135
sein kann (so der Senat im Urteil vom 30.8.2017 - 11 U 4/16 - sowie im Beschluss vom
03.11.2015 - 11 U 65/15). Insoweit verweisen die Beklagten auf die „Begriffsbestimmungen
Straßenbautechnikausführung“, wonach unter „Splitt“ ein körniges Material zu verstehen sei,
welches natürlich, künstlich oder recycelt sein könne. In ähnlicher Weise könnten die
Begriffsbestimmungen in den TL Pflaster StB 06 auszulegen sein, die in Ziff. 1.2.4. für das
Bettungsmaterial auf das Baustoffgemisch in Ziff. 1.2.3. und dort wiederum auf die
Gesteinskörnung in Ziff. 1.2.2. verweisen, welche auch industriell hergestellte
Gesteinskörnungen zulassen.

Abgesehen davon, dass die Sonderregelungen in den Positionen 3.200 und 3.210 für das 136
Bauvorhaben „C“ sowie Ziff. 9.3 für das Bauvorhaben „A Straße“ die Verwendung von
Recyclingmaterial nur in explizit zugelassenen Fällen erlauben, der gerichtlich bestellte
Sachverständige Dr. B2 „Splitt“ ebenfalls als Naturprodukt einordnet und die Vorgabe von
„Splitt“ jedenfalls nur die Verwendung eines einheitlichen Materials und nicht eines
Materialgemischs wie vorliegend der Fall meinen kann, liegt hier wie auch in allen anderen

Bauvorhaben ein Mangel jedenfalls in der Tatsache begründet, dass der Einbau des VIADUR-Gemischs einen Verstoß gegen die allgemeinen Regeln der Technik darstellt.

Der Auftragnehmer hat die allgemein anerkannten Regeln der Technik als Mindestanforderungen zu beachten. Hierzu gehören insbesondere auch die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen, vgl. § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B. Darunter fallen alle Regelungen des privaten und öffentlichen Rechts, wie beispielsweise die Bauordnungen der Länder, Brandschutzvorschriften oder die der Wärmeschutzverordnung (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 19). 137

Eine Missachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik liegt im vorliegenden Zusammenhang zum einen in dem Verstoß gegen die Mitteilung 20 zur sog. LAGA-Regelung. Die Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) ist ein Arbeitsgremium der Deutschen Umweltministerkonferenz. Ihre Zielsetzung ist die Sicherstellung eines möglichst ländereinheitlichen Vollzugs des Abfallrechts in der Bundesrepublik Deutschland. Sie veröffentlicht Empfehlungen dazu in den sog. LAGA-Mitteilungen. Bedeutung haben die LAGA bzw. ihre Beschlüsse vor allem bei Bau- und Sanierungsmaßnahmen, bei bestimmten betrieblichen Abfällen und im Umweltbereich. Die LAGA hat in ihrer wichtigsten Mitteilung 20 von 1997 verschiedene Zuordnungskategorien festgelegt, in denen z.B. die Behandlung und Beseitigung von Bodenaushub und Bauschutt geregelt wird. Diese Mitteilung ist 2004 unter anderem für den Bereich Boden aktualisiert worden. Die den Bauschutt betreffenden Teile der LAGA M 20 waren für die hier relevanten Verträge noch auf dem Stand von 1997. 138

Anwendung findet die LAGA u.a. für Bodenmaterial, welches unterhalb der durchwurzelbaren Bodenschicht in bodenähnlichen Anwendungen verwertet wird (Ziff. 2), wobei unter einer bodenähnlichen Anwendung u.a. die Verwertung des Bodenmaterials im Landschaftsbau oder die Verfüllung von Abgrabungen und Senken zu verstehen ist. Wie der gerichtlich bestellte Sachverständige Dr. B2 nachvollziehbar dargelegt hat, ist die Anwendung der LAGA-Mitteilung 20 vorliegend deshalb geboten, weil das streitgegenständliche Pflasterbettungsmaterial in einer „bodenähnlichen Anwendung“, nämlich als Pflasterbettung außerhalb von Bauwerken, eingebaut wurde (Bl. 961 f. d.A.). Wie der Sachverständige weiter ausgeführt hat, haben die von ihm für alle Bauvorhaben durchgeführten Feststoffuntersuchungen des verwendeten Bettungsmaterials insbesondere Werte im Blei- und Arsenbereich ergeben, die die maximal zulässigen Zuordnungswerte „Z2“ nach LAGA-Mitteilung 20 deutlich überschritten (Bl. 148 f. der Beiakte; Bl. 943 ff. d.A.). 139

Unabhängig davon ist das Material jedenfalls deshalb für den vorgesehenen Verwendungszweck für alle Bauvorhaben ungeeignet, weil die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für den Einbau des Materials nach dem sog. Verwertererlass nicht vorliegen. Die Verwendung des Materials war nach dem Verwertererlass schon deshalb unzulässig, weil die Beklagte das Material eingebaut hat, ohne dass die erforderlichen Nachweise über die Eignung bzw. die Unbedenklichkeit des Materials vorgelegen hätten. 140

Nach dem Gem. RdErl. d. Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz IV - 3 - 953-26308 – IV – 8 – 1573-30052 – und des Ministeriums für Verkehr, Energie und Landesplanung - III A 3 - 32-40/45 – v. 14.9.2004 über die „Anforderungen an die Güteüberwachung und den Einsatz von Metallhüttenschlacken im Straßen- und Erdbau“ (Verwertererlass) bedurfte zwar der Quarzsand keiner eigenen Güteüberwachung. Demgegenüber ist aber die Verwendung von Schlackengranulat aus der Kupfererzeugung (CUG) – hierum soll es sich nach dem Vortrag der Beklagten handeln – nur zulässig, wenn die Anforderungen an die Güteüberwachung erfüllt sind. Auch nach Ziff. 3.1. des Erlasses vom 14.09.2004 sowie dem entsprechenden Erlass vom 09.10.2001 über die 141

Güteüberwachung von mineralischen Stoffen im Straßen- und Erdbau ist eine solche für mineralische Stoffe aus industriellen Prozessen – was auf den VIADUR-Baustoff zutrifft - und mineralische Stoffe aus Bautätigkeiten (Bauschutt) durchzuführen.

Der damit erforderliche Eignungsnachweis des verbauten Bettungsmaterial-Gemisches liegt bei den hier streitgegenständlichen Bauvorhaben aber durchgehend nicht vor. Das eingebaute Material war nicht güteüberwacht. Für das VIADUR-Bettungsmaterial beruft sich die Beklagte zu 1) lediglich auf die allgemeinen Produktinformationen des Herstellers und einen Prüfbericht aus dem Jahr 2009. 142

Unabhängig von der Güteüberwachung des Materials regelt die o.g. Verordnung auch bestimmte Anforderungen an die Ausschreibung der Arbeiten (vgl. Ziff. 2.2. des Erlasses), welche hier schon deshalb nicht eingehalten sind, weil das Material nicht ausgeschrieben war. Danach ist bei der Ausschreibung nicht nur auf die Einhaltung der Grenzwerte zu achten, der Baulastträger hat auch Auskünfte bei den zuständigen Behörden und Fachdienststellen über die wasserwirtschaftlichen, hydrogeologischen und hydrologischen Standortgegebenheiten einzuholen. 143

Letztlich scheitert die Zulässigkeit des Einbaus – unabhängig von der konkreten Zusammensetzung des Materials - auch an dem Fehlen der erforderlichen Dokumentation. Ziff. 5 des Erlasses regelt nämlich, dass der Träger der Baumaßnahme die Art und Herkunft des mineralischen Stoffes, den Gütenachweis einschließlich Analyseergebnissen, die eingebaute Menge sowie den Ort des Einbaus und die Einbauweise zu dokumentieren und die Aufzeichnungen zusammen mit der Bauakte aufzubewahren hat. Allein der Umstand, dass die entsprechenden Nachweise der Güteüberwachung einschließlich der Analyseergebnisse nicht vorliegen, begründet schon einen Mangel des Werkes, und zwar auch dann, wenn sich das Material nach sachverständiger Begutachtung letztlich als unbedenklich erweisen würde. Der Einbau eines Materials, dessen Zusammensetzung und Überwachung nicht geklärt ist, ist nach dem Verwertererlass nicht zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann ein Mangel eines Werkes unabhängig von den konkreten Eigenschaften des Werkes auch dann vorliegen, wenn eine allgemein anerkannte Regel der Technik vorsieht, dass eine bestimmte Ausführungsweise nur dann zulässig ist, wenn die Standsicherheit im Einzelfall geprüft ist, und der Standsicherheitsnachweis bei einem derart ausgeführten Werk nicht vorliegt (BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 134/12 -, BauR 2013, 952). Zwar obliegt die Dokumentationspflicht nach dem Verwertererlass im Verhältnis zur Behörde dem Bauherrn, also der Klägerin. Im Verhältnis zwischen Bauherrn und Unternehmer gilt aber, dass das eingebaute Material nur tauglich ist, wenn der Auftragnehmer die entsprechenden Nachweise dem Auftraggeber vorlegt. 144

bb) Auch die weiteren Voraussetzungen für den Anspruch auf Vorschuss nach § 13 Nr. 5 S. 2 VOB/B bzw. Schadensersatz gem. § 13 Nr. 7 VOB/B BGB liegen vor. Eine Nachfrist zur Nachbesserung für alle Bauvorhaben bis auf die Bauvorhaben „Estraße“ und „C“ wurde mit Anwaltsschriftsatz vom 05.04.2013 bis zum 30.04.2013 gesetzt. Im Hinblick auf die anderen beiden Bauvorhaben erfolgte unter dem 12.05.2014 eine Fristsetzung zur Mitteilung über die Bereitschaft zur Nachbesserung bis zum 20.05.2014. Eine solche Frist genügt zwar grundsätzlich als Aufforderung zur Nachbesserung nicht (BGH, Urt. v. 16.09.1999 - VII ZR 456/98 -, NJW 1999, 3710). Allerdings war insoweit eine weitere Fristsetzung entbehrlich. Denn aus dem Gesamtverhalten des Auftragnehmers i.V.m dem Verstreichenlassen einer solchen Erklärungsfrist kann auf eine endgültige Erfüllungsverweigerung i.S.d. §§ 637 II, 323 II Nr. 1 BGB rückgeschlossen werden (BGH, aaO; OLG Stuttgart, Urt. v. 23.11.2006 – 13 U 145

So ist es hier. Denn ernsthafte Zweifel an der Leistungsbereitschaft der Beklagten zu 1) bestanden schon, weil die im Jahre 2013 gesetzte Frist ergebnislos verstrichen war und man sich auch in Bezug auf die beiden restlichen Bauvorhaben bereits seit längerem – auch im Wege eines selbständigen Beweisverfahrens - über das Vorliegen von Mängeln auseinander gesetzt hatte, ohne dass sich die Beklagte selbst nach dem Vorliegen des Gutachtens vom 01.04.2014 zu einer Verantwortlichkeit für den Mangel bekannt hätte. Zudem hatte die Beklagte zu 1) vorgerichtlich zu erkennen gegeben, dass sie zum Austausch des Bettungsmaterials nicht oder allenfalls gegen gesonderte Vergütung bereit wäre. Auch im Termin vor dem Senat hat die Beklagte zu 1) sich einer gütlichen Einigung in Form eines kostenfreien Austausches des Materials verschlossen. Damit erschien es aus Sicht eines verständigen Auftraggebers ausgeschlossen, dass die Beklagte zu 1) sich durch eine vorgerichtliche (weitere) Fristsetzung zum Austausch des Materials hätte bewegen lassen (vgl. BGH, Urt. v. 18.09.2014 – VII ZR 58/13 -, juris). 146

cc) Die Haftung - jedenfalls in Bezug auf den geltend gemachten Kostenvorschuss - ist auch nicht gemäß § 640 Abs. 2 BGB aF ausgeschlossen. Es kann dahinstehen, ob die Klägerin auf das neue Material an sich hingewiesen wurde oder sie den Austausch hätte erkennen können. Eine vorbehaltlose Abnahme gemäß § 640 Abs. 2 BGB aF setzt nämlich Kenntnis von dem Mangel als solchem hinsichtlich seiner Bedeutung und seiner Auswirkungen voraus (Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 640 Rn. 20). Dies hätte aber insbesondere auch einen Hinweis der Beklagten zu 1) auf die mit dem Einbau des Recyclingmaterials verbundenen Risiken vorausgesetzt, an dem es aber unstreitig fehlt. 147

dd) Soweit die Klageforderung auf einen Schadensersatzanspruch im Sinne des § 13 Nr. 7 VOB/B gestützt wird, liegen auch dessen spezielle Voraussetzungen vor. So ist unzweifelhaft ein wesentlicher Mangel gegeben; das erforderliche Verschulden wird vermutet. 148

ee) Hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Ansprüche ergibt sich für die Bauvorhaben „F-Str/G-Ring, Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring, Dorferneuerung J, M“ entsprechend den zutreffenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils, auf welches insoweit verwiesen werden kann, eine Nettokostensumme von insgesamt 67.889,03 €. Dieser Kostenvorschussanspruch umfasst auch die Umsatzsteuer (OLG Stuttgart, Beschluss v. 04.02.2015 - 10 W 3/15 -, BauR 2016, 146, 148), so dass sich insgesamt ein Anspruch in Höhe von 80.787,95 € errechnet. Als Schadensersatz bzw. Ersatzvornahmekosten für die bereits ausgeführten Arbeiten hinsichtlich der beiden zuletzt genannten Bauvorhaben gemäß der Schlussrechnung der Fa. C2 GmbH ist ein weiterer Brutto-Betrag in Höhe von 82.797,53 € hinzuzurechnen. Mithin ergibt sich hier ein Gesamtanspruch von netto 150.686,56 € oder brutto 163.585,48 €. 149

Hinzukommen gemäß den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. B2 in seinem Ergänzungsgutachten vom 06.02.2017 (Bl. 1031 d.A.) weitere Kostenvorschussansprüche für das Bauvorhaben „A Str.“ in Höhe von 9.831,82 € netto = 11.699,86 € brutto sowie für die Bauvorhaben „Estraße und C“ gemäß dem Gutachten im selbständigen Beweisverfahren vom 18.04.2014 (Bl. 151 der Beiakte) in Höhe von insgesamt 204.300,00 € netto = 213.300,00 € brutto. 150

Der Klägerin steht allerdings kein Anspruch auf die von den Beklagten insoweit nur noch in Abrede gestellten Verwaltungsaufwendungen für die Schadensbeseitigungsmaßnahmen bei dem Bauvorhaben „M“ (2.091,90 €) und „Dorferneuerung J“ (3.985,38 €) zu. 151

Hierbei soll es sich nach dem Vortrag der Klägerin um Architekten-/Ingenieurleistungen gehandelt haben, welche die Klägerin nicht fremd vergeben hat, sondern durch einen eigenen Mitarbeiter ausführen ließ. Der geltend gemachte Betrag entspricht dabei einer Abrechnung nach HOAI und erfasst auch die Umsatzsteuer. Allerdings stellt die Abrechnung nach HOAI bereits für den geltend gemachten Eigenaufwand einer Bauvorhabenverwaltung keine zulässige Schadensberechnung dar. Umsatzsteuer kann bereits deshalb nicht begehrt werden, weil eine solche nicht angefallen ist. Zwar ist anerkannt, dass der Auftraggeber als Teil der erstattungsfähigen Mängelbeseitigungskosten - jedenfalls unter Berücksichtigung der hier anzunehmenden erhöhten technischen Anforderungen an die nachträglichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen und der daraus folgenden Überwachungsbedürftigkeit durch einen Fachmann - solche Regiekosten geltend machen kann (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.11.2013 - 22 U 32/13 -, Rn. 137, juris; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rn. 2114). Insbesondere im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach ein Schadensersatzanspruch nur auf den Ausgleich eines konkreten Schadens gerichtet sein kann, hätte es an dieser Stelle allerdings näherer Darlegungen der Klägerin zu den konkret entfalteten Tätigkeiten bedurft. Dies ist aber trotz des wiederholten Bestreitens der Beklagten auch im Rahmen der Berufungserwiderung nicht geschehen. Es wird weder vorgetragen, warum überhaupt Verwaltungsaufwendungen notwendig geworden noch, in welchem Umfang sie erforderlich gewesen sind. Der bloße Hinweis der Klägerin auf die Tätigkeit ihres Mitarbeiters D2 kann hierzu nicht genügen.

ff) 153

Die Ansprüche der Klägerin sind auch insgesamt nicht verjährt. 154

Für alle Bauvorhaben gelten die Regelungen des § 13 Nr. 4 Abs. 1 und 3 VOB/B. In den Vertragsunterlagen findet sich keine abweichende Vereinbarung; den Abnahmeprotokollen ist vielmehr zu entnehmen, dass auch die Parteien von einer Verjährungsfrist von 4 Jahren ab Abnahme ausgehen. 155

Dass § 13 Nr. 4 VOB/B auch bei einem Vertrag mit der öffentlichen Hand gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB verstoßen dürfte (BGH, Urt. v. 10.10.2013 – VII ZR 19/12 -, NZBau 2014, 47), kann dahinstehen, weil die Einbeziehung der VOB/B in den Ausschreibungsunterlagen der Klägerin selbst vorgegeben war, diese also als Verwenderin anzusehen ist. 156

(1) Die Abnahmen erfolgten in der Zeit vom 09.01.2004 – 10.09.2007, d.h., die Verjährungen wären mit Ablauf des 09.01.2008 – 10.09.2011 bereits eingetreten gewesen. 157

Es fehlen jegliche Anhaltspunkte für einen Quasi-Neubeginn der Verjährung gem. § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B als auch für irgendwelche Hemmungstatbestände, weil alle dahingehenden Aktivitäten der Parteien erst nach dem Eintritt der o.g. Verjährungszeitpunkte einsetzten. Denn die ersten Untersuchungen fanden im Mai 2012 statt, das selbständige Beweisverfahren wurde mit Schriftsatz vom 02.08.2012 eingeleitet, die Aufforderung zur Mängelbeseitigung erfolgte erst am 05.04.2013. 158

(2) Allerdings verjähren Ansprüche wegen arglistig verschwiegener Mängel gem. § 634a Abs. 3 BGB in der regelmäßigen Verjährungszeit von 3 Jahren, beginnend mit dem Ende des Jahres, ab dem die Kenntnis vom Mangel vorlag, §§ 195, 199 BGB. Dieser Tatbestand ist vorliegend in allen Fällen erfüllt. 159

"Arglistig verschweigt", wer sich bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand 160

mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart (BGH, Urteile vom 20.12.1973 - VII ZR 184/72 -, BGHZ 62, 63, 66 und vom 12.03.1992 - VII ZR 5/91 -, BGHZ 117, 318 f.). Arglistiges Verschweigen erfordert nicht, dass der Unternehmer bewusst die Folge der vertragswidrigen Ausführung in Kauf genommen hat. Es verlangt keine Schädigungsabsicht und keinen eigenen Vorteil. Es genügt, wenn dem Unternehmer die vertragswidrige Ausführung und das damit einhergehende Risiko bewusst ist (BGH, Urt. v. 05.08.2010 – VII ZR 46/09 -, NZBau 2010, 771; Urt. v. 08.03.2012 – VII ZR 116/10 -, NZBau 2012-, 359). Auch handelt arglistig, wer auf Fragen des Auftraggebers ohne tatsächliche Anhaltspunkte unrichtige Angaben über die Mängelfreiheit macht (BGH, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05 -, NJW 2006, 2839). Verwendet der Unternehmer in bewusster Abweichung von der Vereinbarung einen neuen, nicht erprobten Baustoff, so genügt er seiner Mitteilungspflicht gegenüber dem Besteller nur dadurch, dass er ihn darauf und auf das mit der Verwendung dieses Baustoffes verbundene Risiko hinweist (BGH, Urt. v. 23.05.2002 – VII ZR 219/01 -, Rn. 15, juris; Kniffka, aaO., Rn. 146).

Für die Kenntnis kommt es dabei auf den Auftragnehmer selbst und auf die Personen an, 161
derer er sich für die Durchführung der Abnahme bedient, regelmäßig also die Bauleiter (BGH, Urt. v. 30.10.13 – VII ZR 339/12 -, NZBau 2014, 31); deren Wissen dem Auftragnehmer zugerechnet wird (Kniffka, aaO Rn. 149).

Die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche die Arglist begründenden Umstände trägt der 162
Auftraggeber (Kniffka, aaO Rn. 150).

Bei den Bauvorhaben, welche den Einbau von Naturstein-Splitt vorsahen („F-Str/G-Ring, 163
Kreisverkehr Hstraße//B Ring, Dorferneuerung J, M“) ergibt sich die Arglist der Beklagten zu 1) bereits daraus, dass dem Beklagten zu 2) als damaligem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1), erst Recht aber seinen Bauleitern bekannt war, dass vom Leistungsverzeichnis abweichendes Material zum Einsatz kam. Recyclingmaterial kann auch bei weitester Auslegung nicht mehr unter den Begriff Natursplitt gefasst werden. Dies genügt für die Annahme der Arglist, eine Kenntnis von der Kontamination ist dafür nicht erforderlich (BGH, Urt. v. 05.08.2010 – VII ZR 46/09 -, BauR 2010, 1966).

Bei den übrigen drei Bauvorhaben („A Straße, Estraße und C“) hat das Landgericht die Klage 164
mit der Begründung abgewiesen, die Kenntnis der Beklagten davon, dass „Splitt“ nur Naturstein und nicht das hier verwendete Material erfasse, lasse sich nicht nachweisen. Diese Auffassung hält jedoch einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Bedenken bestehen schon gegen die Annahme, die Beklagte zu 1) sei subjektiv davon 165
ausgegangen, dass das verwendete Material dem in den Verträgen vorgesehenen entspreche. Hiergegen spricht bereits die Tatsache, dass sie auch für die drei hier in Rede stehenden Bauvorhaben vorgetragen hat, es seien ausdrückliche Vereinbarungen über einen Materialwechsel getroffen worden. Das impliziert, dass sie sich der Abweichung vom Vertrag bewusst war. Dies kann im Ergebnis aber auch dahinstehen, weil jedenfalls ein bewusster Verstoß gegen den Verwertererlass gegeben ist.

Die Beklagte zu 1) in Person ihres damaligen Geschäftsführers, des Beklagten zu 2), war als 166
erfahrene Fachfirma im Bereich des Straßenbaus bekannt, dass Hochofenschlacke aus der Kupfererzeugung nur mit den entsprechenden Nachweisen und Dokumentationen im Straßenbau als Bettungsmaterial verwendet werden darf. Dass dies anders gewesen sein könnte, wird von ihr auch nicht vorgetragen, im Gegenteil nimmt sie im Zusammenhang mit der fehlenden Dokumentation selbst auf den Verwertererlass Bezug. Indem sie die Klägerin über das Risiko der Verwendung nicht gütegeprüften Bettungsmaterials nicht aufklärte,

handelte sie arglistig (BGH, Urt. v. 23.05.2002 – VII ZR 219/01 –, Rn. 15, juris; Urt. v. 21.07.2017- V ZR 250/15-, NJW 2018, 389; Kniffka in: Ibr-online-Kommentar, Stand: 12.03.2018, § 634a BGB Rn. 61). Für die entsprechende Kenntnis der Vorschrift spricht auch das von der Beklagten zu 1) selbst angeführte Schreiben vom 06.06.2012 (Anlage K 29, Bl. 537 f. d.A.), denn hier wird behauptet, dass für das verwendete Bettungsmaterial entsprechende Prüfzeugnisse ausgestellt worden wären. Solche legt die Beklagte zu 1) jedoch nicht vor, sondern beschränkt sich allein auf allgemeine Hinweise des Lieferanten aus dem Jahre 2009 (Anlagen WK5 und WK 6). Schließlich ist die Arglist der Beklagten zu 1) auch darin zu sehen, dass sie ohne nähere Prüfung – und damit ohne tatsächliche Grundlage - nicht von der Unbedenklichkeit des Materials ausgehen durfte und diese daher „ins Blaue hinein“ behauptet hat (vgl. BGH, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05 -, NJW 2006, 2839).

(3) Für den Beginn der dreijährigen Verjährung der Ansprüche gem. § 199 BGB kommt es bei 167 Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des für die Vorbereitung und Verfolgung dieser Ansprüche zuständigen Bediensteten an (BGH Urt. v. 28.11.2006 - VI ZR 196/05, NJW 2007, 834). Dies wären hier die Zeugen V, U und W gewesen, die für die Bauüberwachung zuständig waren.

Maßgeblich ist dabei die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände, nicht die 168 zutreffende rechtliche Einordnung. Eine solche Kenntnis ist gegeben, wenn der Gläubiger auf Grund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person Klage erheben kann – sei es auch nur in Form einer Feststellungsklage –, die bei verständiger Würdigung der ihm bekannten Tatsachen so viel Aussicht auf Erfolg bietet, dass sie für ihn zumutbar ist (MüKo/Grothe, BGB, 5. Auflage, § 199 Rn. 28). Bei mehreren Pflichtverletzungen ist die Verjährung für jede Pflichtverletzung gesondert in den Blick zu nehmen, auch wenn diese alle nur zu einem einheitlichen Schaden führen (Palandt/Ellenberger, aaO § 199 Rn. 28; BGH, Urt. v. 24.03.2011 – III ZR 81/10 -, NJW-RR 2011, 842). Darlegungs- und beweisbelastet für die verjährungsbegründenden Umstände ist der Schuldner. Ihm obliegt es, die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis seines Gläubigers von den in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB genannten Voraussetzungen darzutun (MüKo/Grothe, aaO., § 199 Rn. 46).

Im gegebenen Fall lagen laut dem Klägervortrag erste Vermutungen über mögliche 169 Bodenkontaminationen erst im Jahr 2011 und gesicherte Erkenntnisse erst durch das Schreiben des Landrates vom 03.05.2012 vor, so dass die Verjährung mit dem Ablauf des 31.12.2015 eingetreten wäre. Klage wurde bereits mit am 22.08.2013 eingegangener Klage vom 19.08.2013 erhoben, die am 30.08.2013 an beide Beklagten zugestellt wurde, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Ansprüche betreffend die Bauvorhaben „Estraße“ und „C“ wurden mit am 30.5.2014 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz, der am 02.06.2014 zugestellt wurde, in den Rechtsstreit einbezogen, so dass es insoweit auf die bereits zuvor durch das selbständige Beweisverfahren gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB eingetretene Verjährungshemmung nicht mehr ankommt..

Eine frühere Kenntnis der Klägerin von dem Mangel ist von der Beklagten zu 1) nicht 170 nachgewiesen worden.

Insofern hat die von der Beklagten zu 1) unangegriffen gebliebene Beweiswürdigung des 171 Landgerichts ergeben, dass die maßgeblichen Mitarbeiter der Klägerin keine Kenntnis von dem Materialwechsel hatten. So haben der als Oberbauleiter für die Klägerin tätige Zeuge V wie auch der ebenfalls mit Bauleitungsaufgaben befasste Zeuge W bekundet, dass sie das Bettungsmaterial zwar vor der Einbringung gesehen hätten, für sie aber nicht erkennbar gewesen sei, ob es sich hierbei um Splitt oder ein Granulat-Sandgemisch gehandelt habe. Der von der Klägerin mit der Bauaufsicht betraute Architekt U, dessen Kenntnis der Klägerin

ohnehin nicht zurechenbar wäre, hat bekundet, er habe auf die Art des Bettungsmaterials nicht geachtet, weil es hierbei hauptsächlich auf die Einbaufähigkeit, also die Korngröße, ankomme. Letzteres wurde auch von dem von der Beklagten zu 1) mit Bauleitungsaufgaben betrauten Zeugen E2 bestätigt.

Aber auch eine grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen war bei der Klägerin nicht gegeben. 172

Eine solche steht der positiven Kenntnis gleich und führt zu einer Vorverlagerung des Verjährungsbeginns. 173

Grob fahrlässige Unkenntnis liegt vor, wenn die oben genannten Umstände dem Gläubiger nur deshalb nicht bekannt sind, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt und auch ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen, wie etwa dann, wenn sich dem Gläubiger die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben und er leicht zugängliche Informationsquellen nicht genutzt hat (BGH, Urt. v. 27.05.2008 – XI ZR 132/07 -, NJW-RR 2008, 1495, Rn. 34; Urt. v. 14.01.2010 – VII ZR 213/07 -, NJW 2010, 1195 Rn. 17; MüKo/Grothe, aaO., § 199 Rn. 31). Ihm obliegt es, sich zumindest über diejenigen Umstände zu informieren, bei denen dies mühelos und ohne erheblichen Kostenaufwand möglich ist, so dass das Unterlassen von Ermittlungen geradezu unverständlich erscheint (BGH, Urt. v. 22.07.2010 – III ZR 99/09 -, NZG 2011, 68, 69; MüKo/Grothe, aaO, § 199 Rn. 31). So befindet sich etwa ein Besteller im Zustand grob fahrlässiger Unkenntnis, der nicht bemerkt, dass die Schlussrechnung des von ihm beauftragten Unternehmers überhöht ist, wenn ihm die entsprechenden Leistungsverzeichnisse und Aufmaße vorliegen und sich aus diesen ohne weiteres die Unangemessenheit des Rechnungsbetrags ergibt (BGH, Urt. v. 09.04.2008 - XII ZR 89/06 -, MDR 2008, 854; MüKo/Grothe, aaO, § 199 Rn. 34). Doch muss sich die Gesellschaft auch das Wissen oder das grob fahrlässige Nichtwissen derjenigen Personen zurechnen lassen, von denen bei ordnungsgemäßer Organisation der unternehmensinternen Kommunikation eine Information des Vertretungsorgans erwartet werden konnte (MüKo/Grothe, aaO, § 199 Rn. 36). Für die Frage, wann ein arbeitsteiliges Unternehmen Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen, ist der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem ein nach der betrieblichen Organisation im Allgemeinen zur Entgegennahme entsprechender Informationen zuständiger Sachbearbeiter oder Agent Kenntnis gewonnen hat oder gewonnen hätte (MüKo/Grothe, aaO, Rn. 39). Hat ein öffentlich-rechtlicher Leistungsträger die Durchführung seiner Leistungsaufgaben einer anderen Körperschaft des öffentlichen Rechts übertragen, so ist allein die Perspektive der beauftragten Körperschaft maßgebend (BGH, Urt. v. 19.03.1985 – VI ZR 190/83 -, NJW 1985, 2583; MüKo/Grothe, aaO, § 199 Rn. 42).

Die Beklagten begründen die grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin damit, dass die Materialabweichung einem Fachmann hätte auffallen müssen. Sie berufen sich darauf, dass sich das eingebaute Material „visuell und haptisch“ von den ausgeschriebenen Materialien deutlich unterscheide. Das gelte jedenfalls für die Bauvorhaben, bei denen Naturstein ausgeschrieben gewesen sei. Der insoweit beantragten ergänzenden Beweisaufnahme bedarf es hingegen nicht. 175

Denn der Senat vermag auch unter Berücksichtigung des vorgelegten Privatgutachtens und der dortigen Lichtbilder nicht von einer groben Fahrlässigkeit der Klägerin auszugehen. 176

Die Mitarbeiter der Klägerin hatten für eine genauere Prüfung keinen Anlass. Wie dargelegt, hat die durchgeführte Beweisaufnahme ergeben, dass für diese nur die richtige Körnung des 177

Materials von Bedeutung gewesen ist. Auch bei dem ausgeschriebenen Material gab es Spielräume bei der konkreten Ausführung. Fraglich ist auch, ob die Erkennbarkeit gegeben sein musste, auch wenn einem das eigentlich vereinbarte Bettungsmaterial als Vergleichsmöglichkeit nicht unmittelbar zur Verfügung stand.

Letztlich kann dieser Punkt aber auch dahinstehen, weil sich jedenfalls in allen Fällen die Mangelhaftigkeit des eingebauten Bettungsmaterials aus dem Verstoß gegen den Verwertererlass ergibt. Selbst wenn die maßgeblichen Mitarbeiter der Klägerin also den Einbau abweichenden Bettungsmaterials hätten erkennen müssen, gilt dies nicht gleichermaßen für die Tatsache, dass es sich damit auch um solches Material handelte, das den Anforderungen des Verwertererlasses unterlag, ohne aber dessen Anforderungen zu entsprechen. Soweit der erkennende Senat in anderer Besetzung in einem vergleichbaren Fall (Beschluss v. 30.08.2017 - 11 U 4/16) darauf abgestellt hatte, dass der dortigen Klägerin spätestens nach Vorlage der Schlussrechnung die Verwendung von Recyclingmaterial sowie die Tatsache, dass eine entsprechende Dokumentation fehlte, hätte bekannt gewesen sein müssen, liegen derartige besondere Umstände im vorliegenden Fall nicht vor. Hierfür fehlt es bereits an einem hinreichend schlüssigen Vortrag der Beklagten in erster und zweiter Instanz, aus welchen Hinweisen in der Schlussrechnung zum dort abgerechneten Material sich die Abweichung sowie die Verletzung der Bestimmungen des Verwertererlasses für die Klägerin ergeben haben sollen. Vielmehr beschränkt sich ihr Vortrag auf die pauschale Bezugnahme auf das frühere Verfahren. Die Urkundenlage zeigt jedoch gerade ein ganz anderes Bild auf. So enthält die Schlussrechnung zum Bauvorhaben „F2/Hstr.“ keinerlei Hinweise auf die Verwendung von Recyclingmaterial. Bei den Bauvorhaben „A Str.“, „Estraße“ und „C“ ergibt sich, dass das Bettungsmaterial unter der allgemeinen Position „Plattenbelag herstellen“ oder „Betonpflaster herstellen“ ausgeschrieben und abgerechnet wurde (Pos. 1.00420, Pos. 1.400 bzw. Pos. 3.400) In keiner der vorgelegten Schlussrechnungen sind also Hinweise auf die Verwendung von Recycling-Material vorhanden. Dass dies bei den übrigen Bauvorhaben, für die Schlussrechnungen nicht vorgelegt worden sind, anders wäre, wird von der darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zu 1) nicht dargelegt. Zwar trifft es zu, dass die nach dem Verwertererlass erforderlichen Nachweise offensichtlich fehlten. Daraus kann jedoch keine grobe Fahrlässigkeit der Klägerin abgeleitet werden, weil sie, und darauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang an, schon gar nicht davon ausgehen musste, dass derartige Nachweise überhaupt erforderlich waren. Denn mangels gegenteiliger Anhaltspunkte durfte sie ohne weiteres annehmen, dass bei allen Bauvorhaben Material zum Einsatz gekommen sei, welches entsprechend der Ausschreibung den besonderen Anforderungen des Verwertererlasses erst gar nicht unterliegen würde.

b) 179

Auch der gestellte Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. 180

Die Klägerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass der von ihr gestellte Feststellungsantrag auf die Erstattung evtl. über die Zahlungsanträge hinausgehender Mangelbeseitigungskosten gerichtet ist. 181

aa) 182

Der Feststellungsantrag ist zulässig. 183

Zwar ist ein solcher Feststellungsantrag für zusätzliche Kosten der Mängelbeseitigung in der Sache nicht erforderlich, weil in dem Ausspruch eines Vorschussanspruches zugleich auch die Feststellung der auf die tatsächliche Höhe der Mangelbeseitigungskosten gerichteten 184

Zahlungspflicht enthalten ist, man also ohne weiteres aufgrund dieses Titels auch Mehrforderungen geltend machen kann (BGH, Urt. v. 25.09. 2008 – VII ZR 204/07 -, juris). Dies macht aber einen dennoch gestellten Feststellungsantrag nicht unzulässig. Denn ein rechtliches Interesse ist immer dann zu bejahen, wenn der entstandene oder noch entstehende Schaden nicht bereits in vollem Umfang durch den Antrag auf Zahlung erfasst wird. Der Besteller, der – wie vorliegend - nicht zu überblicken vermag, ob der von ihm verlangte Vorschuss für die Mängelbeseitigung ausreicht, kann deshalb nicht gehindert werden, ergänzend die den Vorschuss übersteigende Kostentragungspflicht des Unternehmers feststellen zu lassen (BGH, Urt. v. 15.01.2008 – VI ZR 3/07 -, BauR 2008, 867; Urt. v. 20.02.1986 – VII ZR 318/84 –, juris). So ist es hier. Denn einem solchen Feststellungsantrag kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine klarstellende Funktion zu und ist damit nicht unzulässig.

bb) 185

Der Antrag ist überdies auch begründet. Denn es ist durchaus wahrscheinlich, dass die tatsächlich entstehenden Kosten die von dem Sachverständigen nach allgemeinen Grundsätzen kalkulierte Höhe übersteigen werden. (vgl. hierzu: Zöllerf/Greger, ZPO, 32. Auflage, § 256 Rn. 18). 186

4. 187

Der Klägerin steht in gleicher Weise gegenüber dem Beklagten zu 2) ein Anspruch auf Schadensersatz in der ausgerichteten Höhe – wenn auch nur in der Form eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages – sowie ein solcher auf Feststellung des Ersatzes eines weiteren Schadens und der im Falle der Mangelbeseitigung noch anfallenden Umsatzsteuer zu. 188

a) 189

Dabei kann dahinstehen, ob sich ein solcher Anspruch aus dem Gesichtspunkt einer Schutzgesetzverletzung gem. §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB ergeben könnte. 190

Jedenfalls besteht eine Haftung des Beklagten zu 2) – und damit vermittelt durch das deliktische Verhalten des Beklagten zu 2) gem. § 31 BGB auch der Beklagten zu 1) - aus § 826 BGB wegen einer vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung der Klägerin. In diesem Fall ist auch eine persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers Dritten gegenüber gegeben (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbH-Gesetz, 21. Auflage, § 43 Rn. 86). 191

Der Beklagte zu 2) hat der Klägerin in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt. 192

aa) 193

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urt. v. 15.10.2013 - VI ZR 124/12 -, Rn. 8, juris). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des 194

Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen (BGH, aaO; Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15, Rn. 6, juris). Es ist also zunächst der tatsächliche Gesamtcharakter der Handlung durch eine „umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck“ zu ermitteln. Damit sie als Verstoß gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ gewertet werden kann, bedarf es neben der Pflichtwidrigkeit der Handlung oder des Unterlassens zusätzlich einer „besonderen Verwerflichkeit“ der Handlung, die sich wiederum „aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann“ (BGH, aaO; Urt. v. 15.10.2013 - VI ZR 124/12 -, NJW 2014, 1380).

Als sittenwidrig ist insbesondere ein arglistig täuschendes Verhalten anzusehen (BGH, Urt. v. 195 04.03.2004 – III ZR 96/03 -, Rn. 40, juris; Reichold in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK/BGB, 8. Auflage, § 826 Rn. 57). Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht – wie bereits dargelegt - fest, dass die Beklagte zu 1) nicht nur bei den hier streitgegenständlichen sieben Bauvorhaben, sondern über einen Zeitraum von ca. 10 Jahren hinweg in einer Vielzahl weiterer Fälle von den Leistungsverzeichnissen abweichendes, jedenfalls aber wegen fehlender Unbedenklichkeitsbescheinigungen ungeeignetes Bettungsmaterial verbaut hat. So werden von der Klägerin – durch die Beklagten unbestritten – weitere drei Bauvorhaben bezeichnet, bei denen abweichendes Bettungsmaterial verbaut wurde und die nur wegen des Zeitablaufs nicht zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht worden sind. Darüber hinaus ergibt sich aus den von den Parteien zitierten und vorgelegten Entscheidungen aus anderen Verfahren (11 U 4/16, 11 U 65/06, 7 U 2/14, 16 U 175/13 jeweils OLG Köln), dass auch bei weiteren Bauvorhaben das hier streitige Material zur Anwendung kam. Diese Handhabung der Beklagten erfolgte auch systematisch und planmäßig. Denn die Beklagten tragen selbst vor, dass das VIADUR-Quarzsand-Gemisch wegen seiner angeblich guten Eigenschaften beim Einbau bewusst und nicht etwa nur versehentlich verwendet wurde. Das Bewusstsein über die Abweichung von den vertraglichen Erfordernissen folgt dabei – wie bereits dargelegt – insbesondere aus dem Umstand, dass sich die Beklagten in allen hier streitgegenständlichen wie auch in den zuvor bereits entschiedenen Fällen auf vorangegangene Vereinbarungen eines Materialtauschs berufen haben, ohne dass diese Behauptung im Ergebnis hätte nachgewiesen werden können. Soweit die vorliegend durchgeführte Beweisaufnahme die erstinstanzliche Behauptung der Beklagten über eine solche Absprache nach den überzeugenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils gerade widerlegt hat, wird dies durch die Berufung der Beklagten ausdrücklich nicht angegriffen.

bb) 196

Durch diesen Verstoß gegen die guten Sitten ist bei der Klägerin auch ein Schaden verursacht worden. 197

Der gem. § 826 BGB ersatzfähige Schaden wird von der Rechtsprechung seit jeher weit 198 verstanden und beschränkt sich daher nicht auf die Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter. Ausreichend ist bereits die Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses wie insbesondere die Vereitelung einer Erwerbsanwartschaft (BGH, Urt. v. 19.07.2004 – II ZR 402/02 -, Rn. 41, juris). Einen solchen Schaden hat der Bundesgerichtshof auch im Falle der arglistigen Täuschung über einen Mangel angenommen und für diesen Fall den deliktischen Schadensersatzanspruch dann auf das positive Interesse bezogen, wenn die für den Schadenseintritt ursächliche unerlaubte Handlung zugleich die Voraussetzungen für einen vertraglichen Gewährleistungsanspruch erfüllt (BGH, Urt. v. 25.11.1997 – VI ZR

cc)	199
Ein sittenwidriges Verhalten ist stets auch rechtswidrig (Staudinger/Oechsler, BGB, Neub. 2014, § 826 Rn. 45 mwN).	200
dd)	201
Schließlich handelte der Beklagte zu 2) auch schuldhaft sowohl hinsichtlich des Sittenverstoßes als auch hinsichtlich des Schadens.	202
(1)	203
Nach einhelliger Ansicht genügt es für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit, wenn der Schädiger die Tatumstände kannte, die sein Verhalten im konkreten Einzelfall sittenwidrig gemacht haben (BGH, Urt. v. 13.9.2004 – II ZR 276/02 -, NJW 2004, 3706, 3710). Dem steht es gleich, dass er sich der Erkenntnis dieser Tatsachen „bewusst verschlossen“ hat (BGH, Urt. v. 21.04.2009 – VI ZR 304/07-, NJW-RR 2009, 1207, Rn. 20). Nicht erforderlich ist es hingegen, dass sich der Täter der Sittenwidrigkeit seines Verhaltens selbst bewusst ist (BGH, Urt. v. 20.11.1990 – VI ZR 6/90 -, NJW 1991, 634, 636). Ein bloß fahrlässiger Sittenverstoß, also ein Kennen-Müssen der zugrundeliegenden Tatumstände, reicht hingegen nicht (BGH, Urt. v. 28.06.2016 – VI ZR 536/15 -, WM 2016, 1975; Urt. v. 15.10.2013 - VI ZR 124/12 -, Rn. 12, juris; Urt. v. 04.06.2013 - VI ZR 288/12, Rn. 22, juris; Förster in: BeckOK/BGB, 46. Ed., 01.05.2018, § 826 Rn. 29).	204
(2)	205
Die zum Verstoß gegen die guten Sitten folgenden Umstände waren nach diesen Maßstäben vom Vorsatz des Beklagten zu 2) umfasst.	206
Denn es steht fest, dass der systematisch vorgenommene Materialaustausch auf Veranlassung, jedenfalls aber mit Wissen und Billigung des Beklagten zu 2) geschehen ist.	207
Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der diesbezügliche Vortrag der Klägerin auch hinreichend substantiiert und damit schlüssig. Denn es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte zu 2) über die entsprechende Kenntnis verfügte. Er räumt selbst ein, gewusst zu haben, dass das VIADUR-Gemisch verwendet worden ist. Als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1) und auch der O N GmbH, welche die Beklagte zu 1) mit dem Bettungsmaterial belieferte, muss er entgegen seiner weiteren Behauptung aber auch gewusst haben, dass dieses Material nicht dem vereinbarten Bettungsmaterial entsprach, in jedem Fall aber nicht über die erforderlichen Unbedenklichkeitsbescheinigungen verfügte. Aufgrund dieser Tatsache bedurfte es angesichts der mangelnden Kenntnis der Klägerin von den inneren organisatorischen Strukturen bei der Beklagten zu 1) keiner Darstellung weiterer Einzelheiten, insbesondere stellt sich die Behauptung über die Kenntnis des Beklagten zu 2) nicht als eine bloße Spekulation dar.	208
Vielmehr wäre es nunmehr aus dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast zunächst an diesem gewesen vorzutragen, wer bei der Beklagten zu 1) die maßgeblichen Entscheidungen im vorliegenden Zusammenhang getroffen hat und warum dies darüber hinaus ohne sein Wissen und seine Billigung erfolgen konnte. Der Grundsatz der sekundären Darlegungslast besagt, dass ausnahmsweise der nicht Beweisbelastete die Darlegungslast	209

trägt, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Gegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (BGH, Urt. v. 18.05.1999 -, NJW 1999, 2887, 2888). So ist es hier. Denn der Klägerin ist es nicht möglich, über die inneren Entscheidungsabläufe bei der Beklagten zu 1) Angaben zu machen. Insofern ist es zulässig, wenn sie sich zunächst auf die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Beklagten zu 2) als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1) und den sich daraus ergebenden Anschein über seinen Wissenstand beruft.

Daher wäre es zunächst an dem Beklagten zu 2) gewesen, diesem Vortrag einen anderen 210 konkreten Sachverhalt entgegenzuhalten, den die Klägerin dann ggf. hätte widerlegen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Soweit der Beklagte zu 2) in erster Instanz lediglich darauf abgestellt hat, dass die Projektleitung bei dem Zeugen G2 gelegen hat, so vermag dies die o.g. Fragen bereits nicht vollständig zu beantworten. Darüber hinaus hat die durch das Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme ergeben, dass der Zeuge G2 entsprechend seiner Bekundung nur für das Bauvorhaben „Estraße“ für die Beklagte zu 1) als Bauleiter tätig war. Inwieweit der weitergehende Vortrag des Beklagten zu 2) in der Berufung im Lichte des § 531 Abs. 2 ZPO überhaupt berücksichtigungsfähig ist, kann dahinstehen. Denn auch dieser lässt einen hinreichenden Aufschluss über die konkreten Verantwortlichkeiten bzgl. der streitgegenständlichen Bauvorhaben nicht zu. So schließt die Behauptung, dass das Ergebnis der Kalkulation regelmäßig mit der Geschäftsführung und nur bei größeren Projekten mit dem Beklagten zu 2) besprochen worden sei, zum einen nicht aus, dass er vorliegend in allen Fällen informiert wurde, zumal er zu dem hier relevanten Zeitraum noch alleiniger Geschäftsführer der Komplementär-GmbH war und nicht die Herren Y und Z N. Wenn dann weiter vorgetragen wird, dass mit dem Einkauf des Materials allein die Projekt- und Bauleitung befasst gewesen sei, so ist diese Angabe in ihrer Allgemeinheit einer Nachprüfung bereits nicht zugänglich. Zum anderen vermag diese Darstellung auch bereits im Ansatz nicht zu erklären, warum angesichts der wechselnden Bauleitung über so viele Jahre hinweg systematisch und von den vertraglichen Vorgaben abweichend bei zahlreichen Bauvorhaben verschiedener Auftraggeber das gleiche VIADUR-Quarzsand-Gemisch verwendet wurde. Auch dürften vertragsabweichende Vereinbarungen, so wie sie von den Beklagten für alle Fälle vorgetragen werden, nicht allein durch die Projektleitung initiiert, sondern zumindest von der Geschäftsführung, also dem Beklagten zu 2), genehmigt worden sein. Ist der Beklagte zu 2) mithin seiner sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen, kann die von der beweisbelasteten Klägerin behauptete Tatsache, dass die maßgeblichen Entscheidungen von dem Beklagten zu 2) veranlasst wurden, als zugestanden gewertet werden (vgl. BGH, Urt. v. 29.03.1993 – II ZR 295/96 -, NJW 1993, 1200).

Sofern der Beklagte zu 2) überdies vorträgt, er sei davon ausgegangen, dass es sich bei dem 211 Gemisch aus VIADUR und Quarzsand um ein zulässiges Produkt gehandelt habe, weil sich auf jedem Lieferbeleg der Vermerk befunden habe, dass das Material gütegeprüft und fremdüberwacht sei, so hat er für diese bestrittene Behauptung keinen Nachweis erbracht. Der Beklagte zu 2) hat als Beleg dafür, dass es sich bei VIADUR um ein gütegeprüftes Produkt gehandelt habe, allein einen Lieferschein und einen Prüfbericht vorgelegt, die aber beide erst aus dem Jahr 2009 stammen und daher für die hier relevante Zeitspanne ohne Aussagekraft sind. Für das vorliegend konkret verbaute Bettungsmaterial werden aber keinerlei Rechnungen, Lieferscheine oder andere Belege beigebracht, die Aufschluss darüber geben könnten, welcher Kenntnisstand im Hause der Beklagten zu 1) und hier insbesondere bei dem Beklagten zu 2) über die konkret verbauten Materialien und deren Qualität bestanden hat. Der allgemeine Hinweis des Herstellers über die Qualität des von ihm vertriebenen Produkts vermag ohnehin die Dokumentationspflicht für das konkret verbaute Material nicht

zu ersetzen.

Dass ihm die Anforderungen des Verwertererlasses bekannt gewesen sind, wurde bereits dargelegt und von dem Beklagten zu 2) auch in seinem – auf die dahingehenden Hinweise des Senates in der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2018 erfolgten - Schriftsatz vom 21.08.2018 nicht in Abrede gestellt. 212

(3) 213

Der Vorsatz des Beklagten zu 2) bezog sich darüber hinaus auch auf die bei der Klägerin eingetretene Schädigung. 214

Der Schädigungsvorsatz setzt keine Absicht voraus; vielmehr genügt auch hier ein Handeln mit bedingtem Vorsatz. Dem Schädiger muss danach bewusst gewesen sein, dass sein Handeln gewisse Schadensfolgen nach sich ziehen kann, die er auch billigend in Kauf genommen hat (Förster, aaO Rn. 34). In Abgrenzung dazu vertraut der bewusst fahrlässig Handelnde ernsthaft darauf, dass der Schaden schlussendlich ausbleibt. Der bedingt vorsätzlich Handelnde dagegen findet sich mit dem Taterfolg ab, auch wenn dieser ihm an sich ungelegen ist, und setzt ein Mittel ein, womöglich sogar ungern, in der Erkenntnis, dass er sein Ziel nicht anders erreichen kann (Förster, aaO Rn. 33 mwN). 215

Da sich die unerlaubte Handlung bei § 826 BGB auf die Schädigung konzentriert, d.h. anders als bei § 823 BGB keine Rechtsguts- oder Schutzgesetzverletzung vorgeschaltet ist, muss der Vorsatz des Täters die „gesamten Schadensfolgen“ umfassen, um ihn dafür einstehen lassen zu können. Dabei genügt es allerdings, wenn der Schädiger „Art und Richtung“ des Schadens vorausgesehen und zumindest billigend in Kauf genommen hat, während dies für den genauen Kausalverlauf und die Höhe des Schadens nicht der Fall gewesen sein muss“ (BGH, Versäumnisurteil v. 22.09.2016 – VII ZR 14/16 -, NJW 2016, 3715 Rn. 32). 216

Auch diese Umstände sind gegeben. Denn dem Beklagten zu 2) war bewusst, dass Bettungsmaterial zur Verwendung kam, welches die nach dem Verwertererlass erforderliche Gütekontrolle nicht durchlaufen hatte und bereits aus diesem Grunde mit einem nicht unerheblichen Kostenaufwand hätte ausgetauscht werden müssen. Abgesehen davon musste er aber auch mit der Möglichkeit rechnen, dass das VIADUR-Quarzsand-Gemisch kontaminiert sein könnte. Diese Schadensfolgen hat er auch billigend in Kauf genommen. Denn ein derartiges Einverständnis mit dem Schadenseintritt ist bereits dann anzunehmen, wenn der Schädiger vor einer solchen Folge schlichtweg „die Augen verschließt“ oder anders ausgedrückt „so leichtfertig handelt, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss (BGH, Urt. v. 13.07.2010 – XI ZR 28/09 -, NJW-RR 2011, 197, Rn. 53; BGH v. 20.11.12 – VI ZR 168/11 -, juris; Förster, aaO Rn. 40). Dies war bei dem Beklagten zu 2) der Fall. Wie der Beklagte zu 2) selbst vorträgt, war von Beginn an vorgesehen, das VIADUR-Quarzsand-Gemisch auf Dauer für eine Vielzahl von Bauvorhaben einzusetzen. Dennoch wurden von seiner Seite aus zu keinem Zeitpunkt, insbesondere nicht zu Beginn der Umstellung auf das VIADUR-Gemisch, irgendwelche Qualitätskontrollen veranlasst. In Bezug auf das VIADUR will er sich allein auf die Herstellerangaben verlassen haben, während er zu Herkunft und Qualität des hinzugefügten Quarzsandes nur sehr allgemeine Angaben zu machen vermochte. Auch wurde für keines der streitgegenständlichen Bauvorhaben ein Lieferschein oder eine sonstige Urkunde vorgelegt, die über Herkunft und Qualität des verwendeten Bettungsmaterials Auskunft geben würde. Fest steht allein, dass das als Bettungsmaterial verwendete Gemisch in allen hier in Rede stehenden Fällen erheblich kontaminiert war. Wenn der Beklagte zu 2) damit aber trotz der von Beginn an auf Dauer und damit auf eine Vielzahl von Fällen angelegten Verwendung des 217

VIADUR-Gemisches konsequent jegliche Qualitätskontrolle unterlassen hat, kann er redlicherweise auch nicht auf das Ausbleiben eines Schadens vertraut haben. Vielmehr lässt ein solches Vorgehen nur den Rückschluss darauf zu, dass er im Gegenteil eine evtl. Schädigung der Klägerin hingenommen, d.h. billigend in Kauf genommen hat.

ee) 218

Der zu ersetzende Schaden beläuft sich gemäß dem Berufungsantrag zu 1) der Klägerin auf 9.831,82 € netto, dem Berufungsantrag zu 2) auf 204.300,00 € netto sowie gemäß dem Anschlussberufungsantrag zu 1) auf insgesamt 150.686,56 € (Schadensersatz in Höhe von 82.797,53 € brutto und 67.889,03 € netto). 219

Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB in Fällen arglistiger Täuschung orientiert sich an demjenigen der culpa in contrahendo (vgl. BGH, Urt. vom 16.10.1987 – V ZR 153/86 -, NJW-RR 1988, 328, 329) und ist wie dort prinzipiell auf den Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) gerichtet, was bedeutet, dass der Getäuschte so zu stellen ist, wie er ohne die Täuschung gestanden hätte (BGH, Beschluss v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 -, NJW 2001, 373, 374). Der Geschädigte kann daher entweder einen an sich ungewollten, allein wegen der Täuschung abgeschlossenen Vertrag auflösen und im Zuge dessen die Aufwendungen ersetzt verlangen, die er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben seines Vertragspartners und unter Berücksichtigung der beidseitigen Rückabwicklung des Vertrages nutzlos erbracht hat (BGH, Urt. v. 25.05.1977 - VIII ZR 186/75 -, NJW 1977, 1536). Alternativ kann er aber auch an dem abgeschlossenen Vertrag festhalten und den täuschungsbedingten Mehraufwand ersetzt verlangen (BGH, Beschluss v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 -, NJW 2001, 373, 374). 220

Damit kann die Klägerin von dem Beklagten zu 2) zum einen den Ersatz der bereits entstanden Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 82.797,53 € brutto verlangen. Im Übrigen steht ihr aber auch ein Anspruch auf Ersatz der potentiell entstehenden Mangelbeseitigungskosten in Höhe von jeweils netto 9.831,82 €, 204.300,00 € netto sowie 67.889,03 € netto zu. Diesen Betrag kann die Klägerin allerdings auch auf der rechtlichen Grundlage eines Schadensersatzanspruches gem. § 826 BGB nur als zweckgebundenen abrechenbaren Betrag verlangen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass auch im Verhältnis zum Architekten hinsichtlich der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten ausscheidet. Vor der Mangelbeseitigung steht dem Besteller entweder ein Anspruch auf Befreiung von bereits eingegangenen Verbindlichkeiten oder ein Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags zu (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/18 -, juris). Nichts anderes kann auch im vorliegenden Fall gelten, bei der die Durchgriffshaftung des Beklagten zu 2) begründende deliktische Handlung einen maßgeblichen ursächlichen Beitrag zu der die Gewährleistungspflicht der Beklagten zu 1) auslösenden Schlechtleistung dargestellt hat. 221

Denn die vom Bundesgerichtshof für den Fall der Architektenhaftung angestellten Überlegungen sind jedenfalls dann auf deliktische Schadensersatzansprüche in Form einer Durchgriffshaftung eines Geschäftsführers übertragbar, wenn die für den Schadenseintritt ursächliche unerlaubte Handlung zugleich die Voraussetzungen für einen vertraglichen Gewährleistungsanspruch erfüllt. Zum einen ist auch ein deliktischer Anspruch, der nicht an eine Eigentumsverletzung und damit an das Integritätsinteresse des Geschädigten anknüpft, sondern auf der Eingehung eines nachteiligen Rechtsgeschäftes beruht, auf das positive Interesse gerichtet (BGH, Urt. v. 25. November 1997 – VI ZR 402/96 -, juris), der im 222

Gewährleistungsfall in der Beseitigung des Mangels liegt. Zum anderen ergibt sich die Vergleichbarkeit beider Konstellationen daraus, dass bei einer deliktischen Haftung ebenso wie im Fall eines zu ersetzenden Mangelfolgeschadens, als welcher sich der gegenüber dem Architekten gegebene Anspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 BGB in der vom BGH entschiedenen Fallkonstellation darstellt, ein gesetzlich verbrieft Vorschussanspruch nicht besteht. Dass die sich daraus ergebenden Gewährleistungsansprüche unmittelbar nur die Beklagte zu 1) betreffen, ist dabei ohne Belang. Entscheidend ist, dass der vertragliche Gewährleistungs- wie auch der deliktische Schadensersatzanspruch gem. § 249 BGB auf die Beseitigung des Mangels sowie der Mangelfolgeschäden gerichtet sind. Dieses Ergebnis wird überdies den Interessen beider Parteien gerecht, führt sie doch zum Gleichlauf der Ansprüche sowohl hinsichtlich ihrer Höhe als auch ihrer Abwicklung.

Soweit der Klägerin damit ein Anspruch auf Zahlung der Umsatzsteuer auch hinsichtlich der noch durchzuführenden Mangelbeseitigungsarbeiten zustehen würde, war der Senat jedoch gem. § 308 ZPO an die Anträge der Klägerin gebunden, die insoweit gegenüber dem Beklagten zu 2) nur die Zahlung der Nettobeträge und im Übrigen die Feststellung der Zahlungspflicht betreffend der ggf. später anfallenden Umsatzsteuer begehrt. 223

b) 224

Die Feststellungsanträge sind zulässig und begründet. Dies folgt für den die Umsatzsteuer betreffenden Feststellungsantrag aus der hohen Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Sanierungsmaßnahmen tatsächlich durchgeführt und damit die Umsatzsteuerbeträge anfallen werden. Hinsichtlich der Ersatzpflicht für weitergehende Schäden kann auf die hierzu bereits bei der Beklagten zu 1) gemachten Ausführungen Bezug genommen werden. 225

c) 226

Eine Aussetzung wegen der im Verfahren 11 U 4/16 – OLG Köln – anhängigen Nichtzulassungsbeschwerde kommt nicht in Betracht. Denn die hierfür gem. § 148 ZPO erforderliche Vorentscheidung des im Revisionsverfahren zu untersuchenden Rechtsverhältnisses für die vorliegend zu treffende Entscheidung ist nicht gegeben. Der Beklagten zu 2) stützt sich zur Begründung seines dahingehenden Antrages darauf, dass der Bundesgerichtshof über die gleiche Rechtsfrage zu entscheiden habe und es daher zu sich widersprechenden Entscheidungen kommen könne. Abgesehen davon, dass beide Umstände das Merkmal der Vorentscheidung nicht zu begründen vermögen (Thomas/Putzo, ZPO, 39. Auflage, § 148 ZPO Rn. 3 mwN), ist aber die vom Beklagten zu 2) aufgezeigte Problematik von möglicherweise widersprüchlichen Entscheidungen nicht gegeben. Denn mit der Nichtzulassungsbeschwerde wendet sich die Klägerin des hiesigen Rechtsstreits gegen die Zurückweisung des gegen den Beklagten zu 2) aus dem Gesichtspunkt der deliktischen Haftung geltend gemachten Schadensersatzanspruches in dem besagten Verfahren, welches sich lediglich auf ein Bauvorhaben bezog. Weist der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde zurück, dann ist dies für das vorliegende Verfahren ohne Aussagekraft, weil sich die Überprüfung gem. § 543 Abs. 2 ZPO darauf beschränkt, ob die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. Eine Bestätigung der angegriffenen Entscheidung in der Sache ist damit hingegen nicht verbunden. Nichts anderes ergäbe sich aber auch dann, wenn die Revision zugelassen und die erstinstanzliche Entscheidung alsdann bestätigt würde. Denn die angegriffene Entscheidung betraf einen spezifischen Einzelfall, der sich insbesondere auf nur ein Bauvorhaben bezog, während die vorliegend erfolgte Beurteilung auf der Basis einer Vielzahl von sich über ca. 10 Jahre hinweg erstreckenden Bauvorhaben und damit auf eine 227

vollkommen abweichende Entscheidungsgrundlage bezieht. Hinzu kommt, dass die Revisionsprüfung sich gem. § 545 ZPO allein auf die Verletzung des Rechts und Verstöße der allgemeinen Denkgesetze beschränkt, konkrete Auslegungen des Sachverhaltes des Berufungsgerichts jedoch grundsätzlich unangetastet lässt.

5. 228

Die Zinsansprüche ergeben sich hinsichtlich der Bauvorhaben „F-Str/G-Ring, Kreisverkehr Hstraße/I/B Ring, Dorferneuerung J, M und A Str.“ aus dem Gesichtspunkt des Verzuges, §§ 286, 288 BGB. 229

Insoweit wurden die Beklagten zu 1) und 2) mit Anwaltsschreiben vom 05.04.2013 jeweils zur Zahlung der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten incl. USt bis zum 30.04.2013 aufgefordert, so dass diese sich seit dem 01.05.2013 in Verzug befinden. Der geltend gemachte Betrag in einer die Klageforderung überschießenden Höhe von 205.879,52 € überstieg zwar die im Ergebnis begründete Forderung, stellt sich aber nicht als derart übersetzt dar, dass die Klägerin hieraus keine Rechte mehr ableiten könnte (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Auflage, § 286 Rn. 20). 230

Hinsichtlich der Mängelbeseitigungskosten betreffend die Bauvorhaben „C“ und „Estraße“ steht der Klägerin ein Zinsanspruch gegen die Beklagten allerdings gem. §§ 288, 291 ZPO erst ab Rechtshängigkeit dieser Forderung nach der Zustellung des klageerhöhenden Schriftsatzes vom 27.05.2014 am 06.06.2014 zu. Denn in dem Schreiben der Klägerin vom 12.05.2014 liegt keine wirksame Mahnung zur Zahlung des geltend gemachten Zahlungsbetrages bis zum 20.05.2014. Dies hätte eine hinreichend bestimmte Zahlungsaufforderung vorausgesetzt (Palandt/Grüneberg, aaO Rn. 17), während die Beklagte zu 1) im o.g. Schreiben lediglich dazu aufgefordert wurde, sich bis zu dem genannten Zeitpunkt zu ihrer Bereitschaft zu erklären, die Mängel selbst zu beseitigen. 231

6. 232

Der Anspruch der Klägerin auf Ersatz der geltend gemachten außergerichtlichen Kosten in der vom Landgericht zutreffend berechneten Höhe von 2.594,91 € ist ebenfalls beiden Beklagten gegenüber gegeben. Diese Kosten stellen einen ersatzfähigen Mangelfolgeschaden gem. § 13 Abs. 7 VOB/B dar (BGH, Urt. v. 18.07.2017 – VI ZR 465/16, IBRRS 20018, 0058; Manteufel in: ibr-online-Kommentar/VOB/B, Stand: 16.06.2018, § 13 Rn. 560). 233

7. 234

Soweit die Beklagte zu 1) mit ihrer Berufung die erstinstanzlich erhobene Widerklage weiterverfolgt, ist diese zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. 235

a) 236

Die Widerklage ist zulässig. Ferner ist § 181 GWB - mit der damit verbundenen Sonderzuweisung an die Vergabekammern gem. §§ 104 II, 102 GWB - vorliegend nicht einschlägig. Gem. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB in der vom 30.06.2013 bis 17.04.2016 geltenden Fassung in Verbindung mit § 2 der Vergabeverordnung (VGV) Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114, L 351 vom 26.11.2004, S. 44) in 237

der Fassung vom 01.01.2014 kommen die Regelungen des GWB nur für öffentliche Aufträge mit einem Netto-Auftragswert ab einem Schwellenwert von 5.186.000,00 zur Anwendung, während der Auftragswert sich vorliegend lediglich auf netto 661.000,00 € belief.

b) 238

Die Widerklage ist jedoch nicht begründet. 239

Der Beklagten zu 1) steht - wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat - gegenüber der Klägerin kein Schadensersatzanspruch wegen des Ausschlusses von der Vergabe betreffend die Kanal- und Straßenbauarbeiten „Q-, S- und Rstraße“ mit Schreiben vom 30.10.2014 zu. 240

Für einen aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB in Betracht kommenden Schadensersatzanspruch fehlt es bereits an einer Pflichtverletzung der Klägerin. 241

Eine solche könnte allein in einem unzulässigen Ausschluss von dem Vergabeverfahren gelegen haben. 242

Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 1) war die Klägerin jedoch berechtigt, sie mit Schreiben vom 30.10.2014 unter Berufung auf § 16 Abs. 1 Nr. 2 c) VOB/A 2012 – welche wortgleich der aktuellen Regelung in § 16 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A entspricht - von der Teilnahme an der Vergabe auszuschließen. 243

Danach können Angebote von Bietern ausgeschlossen werden, wenn nachweislich eine schwere Verfehlung begangen wurde, die die Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt. Diese Voraussetzungen waren vorliegend im Fall der Beklagten zu 1) gegeben. 244

aa) 245

Zunächst ist eine schwere Verfehlung der Beklagten zu 1) erwiesen. 246

Eine solche liegt insbesondere bei einem strafrechtlich relevanten Verhalten, also jedenfalls einem schuldhaften Verstoß gegen die Vorschriften des § 6e EU-VOB/A, einem Verstoß gegen Wettbewerbsregeln oder bei Verurteilungen vor, die ein dem Strafrechtsverstoß ähnliches Unwerturteil enthalten, wobei der Verstoß darüber hinaus einen konkreten Bezug zur relevanten Ausschreibung haben und von einem gewissen Gewicht sein muss (Ingenstau/Korbion/v. Wietersheim, VOB, 19. Auflage, § 16 VOB/A Rn. 44; jurisPK/Summa, Vergaberecht, 5. Auflage, § 16 VOB/A Rn. 178; Ziekow/Völlink/Herrmann, Vergaberecht, 3. Auflage, § 16 VOB/A Rn. 10). Dabei kommt es auf das Verschulden einer Person der Leitungsebene i.S.d. § 123 Abs. 2 GWB bzw. § 130 OWiG an (jurisPK, aaO Rn. 192; Ingenstau/Korbion, aaO Rn. 45). 247

Zum einen spricht vorliegend wegen der Missachtung des Verwertererlasses bereits viel dafür, dass sich die Beklagte zu 1) eines Verstoßes gegen umweltrechtliche Verpflichtungen gem. § 6e Abs. 6 Nr. 1 EU-VOB/A schuldig gemacht hat. Jedenfalls aber liegt in der Tatsache, dass die Beklagte zu 1) sich in den hier streitgegenständlichen – der Vergabeentscheidung zeitlich vorausgehenden – sieben Fällen der Klägerin gegenüber jeweils aus dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 Abs. 1 BGB haftbar gemacht hat, eine Verfehlung, die in ihrem Unwerturteil einem strafrechtlich relevanten Verhalten gleichkommt. Der sachliche und zeitliche Bezug zur streitgegenständlichen Ausschreibung ist ebenfalls gegeben, weil alle Fälle Aufträge zur Ausführung von Straßenbauarbeiten betrafen, deren mangelhafte Ausführung seit weniger als 3 Jahren, nämlich seit 2012 als möglich erschienen und seit 2014 als sicher feststanden. 248

Darüber hinaus handelt es sich um schwere Verfehlungen der Beklagten zu 1). Denn die Vertragsverletzungen wurden von ihr - wie aufgezeigt – seit 2003 systematisch in einer Vielzahl von Fällen begangen, worauf erste Hinweise sich erst durch zufällige Prüfungsmaßnahmen in den Jahren 2011/2012 ergaben. Dabei zeigten sich durchweg hohe Belastungen des Bettungsmaterials mit diversen Schwermetallen, was zu einer nicht unerheblichen Gefährdung des Grundwassers führte. Die Beklagte zu 1), vertreten durch den Beklagten zu 2), nahm diese Gefahren auch billigend in Kauf, indem sie es in Kenntnis von der sich aus dem Verwertererlass ergebenden Pflicht zur Güteüberwachung durchgehend unterließ, Maßnahmen zur Prüfung des von ihr verwendeten VIADUR-Quarzsand-Gemisches vorzunehmen und die Klägerin auf die potentielle Gefährdung hinzuweisen. Dass das Ermittlungsverfahren gegen den Projektleiter G2 der Beklagten zu 1) sowie den Beklagten zu 2) – in diesem Fall unter der Auflage einer Bußgeldzahlung, wie im Termin eingeräumt - eingestellt worden ist, steht der Annahme einer schweren Verfehlung nicht entgegen (Ingenstau/Korbion, aaO Rn. 48).

bb) 250

Aufgrund dieser schweren Verfehlungen durfte die Klägerin auf der Grundlage einer pflichtgemäßen Ermessensausübung (vgl. hierzu: Willenbruch/Wiedekind/Stolz, Kompaktkommentar Vergaberecht, 4. Auflage, § 16 VOB/A, Rn. 78) davon ausgehen, dass die zukünftige Zuverlässigkeit der Beklagten zu 1) in Frage gestellt sei. 251

Ob ein Bieter die notwendige Zuverlässigkeit besitzt, welche unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles die ordnungsgemäße und vertragsgerechte Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags einschließlich der Erbringung von Gewährleistungen erwarten lässt, ist Gegenstand einer vom Auftraggeber zu treffenden Prognose. Die Prognoseentscheidung ist auf den konkreten ausgeschriebenen Auftrag zu beziehen und hat alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Unzuverlässigkeit muss dabei weder positiv festgestellt werden, noch muss eine für eine strafrechtliche Verurteilung erforderliche Überzeugung bestehen (Ingenstau/Korbion, aaO Rn. 45). Bei der Entscheidung werden nachträglich eintretende Umstände, insbesondere solche, die für den Bieter sprechen könnten (Stichwort „Selbstreinigung“) zugelassen (jurisPK, aaO Rn. 181; Ziekow/Völlink/Herrmann, aaO; Burg, NZBau 2014, 595, 597). 252

Zweifel an der zukünftigen Zuverlässigkeit der Beklagten zu 1) ergaben sich zunächst aus der Schwere, Dauer und Anzahl der vorsätzlich begangenen Vertragsverletzungen i.S.d. § 826 BGB, für die auf die bereits erfolgten Darlegungen Bezug genommen werden kann. 253

Die Eintragung in der Präqualifikationsliste gem. § 6b VOB/A steht der negativen Prognose nicht entgegen, weil es hierbei nur um die allgemeine Eignung nach § 16b VOB/A geht und die Liste hauptsächlich einer vereinfachten Abwicklung des Verfahrens dient (Kus/Verfürth, Einführung in die VOB/A, Rn. 99). 254

cc) 255

Der Beklagten zu 1) kann in diesem Zusammenhang auch nicht der Gedanke der sog. „Selbstreinigung“ zugutegehalten werden. Dieser findet im Gesetz keine unmittelbare Erwähnung, sondern ergibt sich aus Art 57 Abs. 6 der RL 2014/24. Danach setzt eine „Selbstreinigung“ voraus, dass der Bieter dafür Sorge getroffen hat, dass erneute Verfehlungen verhindert werden. Dazu zählen in erster Linie ein Bemühen um die Aufklärung der Vorgänge, ohne welche eine Vermeidung der Verfehlungen nicht möglich ist, 256

personelle und organisatorische Konsequenzen, um diejenigen, die an den Vorgängen beteiligt waren, an der erneuten Vornahme der inkriminierten Handlungen zu hindern (Stichwort: Entwicklung eines Compliance-Systems) und ggf. zusätzlich eine Schadenswiedergutmachung (Ziekow/Völlink/Herrmann, aaO Rn. 10; Burg, aaO S. 598).

Keine dieser Maßnahmen wurde von der Beklagten zu 1) ergriffen. Zunächst hat die Beklagte 258 zu 1) keinen wirklichen Aufklärungsbeitrag geleistet. Die Anschreiben an die Gemeinden und die Anfrage bei der Lieferantin einschließlich der Rücknahmeforderung noch vorhandenen Materials genügen hierfür nicht, stellten sie doch lediglich Maßnahmen zur Schadensbegrenzung dar. Der eingeholte Prüfbericht zu der kupferhaltigen Hochofenschlacke VIADUR aus dem Jahre 2009 und das gegen den Hersteller eingeleitete selbständige Beweisverfahren sind ohne Aussagekraft über den Gütegrad des tatsächlich verwendeten Gemisches in den Vorjahren und dienen in erster Linie der Sicherung eventueller Regressansprüche gegen die O N GmbH. Auch durfte sich die Untersuchung nicht auf das VIADUR beschränken, sondern hätte angesichts der hohen Kontamination der Proben auch den Quarzsand bzw. evtl. sonstige Zusätze und vor allem das bei der Beklagten zu 1) noch vorhandene Material in den Blick nehmen müssen. Denn es ist bis zuletzt vollkommen offen geblieben, worauf genau die Belastung des Materials beruhte. Diese entscheidende Frage aufzuklären hat sich die Beklagte zu 1) hingegen nie bemüht. Wenn man einem Auftragnehmer auch wohl nicht generell entgegen halten kann, dass er nicht von vornherein einen Mangel einräumt und auch ansonsten für ihn günstige Rechtspositionen einnimmt, so besteht vorliegend aber die Besonderheit, dass die Beklagte zu 1) durch alle Verfahren (11 U 4/16, 11 U 65/06, 7 U 2/14, 16 U 105/13 und 16 U 175/13 jeweils OLG Köln und offenbar auch noch in weiteren Verfahren) fortlaufend Absprachen und ein Wissen der für die Klägerin tätigen Mitarbeiter behauptet hat, die durch die durchgeführte Beweisaufnahme jedoch nicht bestätigt wurde. Auch hat sie ansonsten Behauptungen – etwa in Bezug auf vorhandene Gütenachweise (vgl. das Schreiben vom 22./24.09.2014 an die Stadt D, Anlage WK 14) - aufgestellt, die sie im Anschluss nicht hat belegen können.

Darüber hinaus sind keinerlei organisatorische oder personelle Veränderungen bei der 259 Beklagten zu 1) erkennbar, vielmehr wird lediglich pauschal behauptet, dass nunmehr wieder alles vertragsgerecht abgewickelt werde. Maßnahmen zur Aufklärung darüber, wie es zu den fortlaufenden Vertragsverletzungen kommen konnte, sind nicht ergriffen worden, denn irgendwelche Erklärungen hierfür werden nicht abgegeben.

Da es bereits an den ersten beiden Voraussetzungen fehlt, kann es dahinstehen, ob die 260 Klägerin – und zwar in dem hier relevanten Zeitraum – tatsächlich Bemühungen zur Schadenswiedergutmachung unternommen hat, und ob es auf diesen Aspekt im Rahmen der sog. „Selbstreinigung“ überhaupt ankommt.

Schließlich steht der von der Klägerin getroffenen Ausschlussentscheidung auch nicht die 261 Tatsache entgegen, dass die Klägerin in der Zeit zwischen dem 23.04.2013 und dem 27.05.2014 drei weitere Aufträge erteilte, die wohl auch anstandslos abgewickelt wurden, ohne dass entschieden werden müsste, ob auch dieser Umstand ein Fall der „Selbstreinigung“ sein könnte oder im Rahmen der Verhältnismäßigkeit oder unter dem Aspekt des „widersprüchlichen Verhaltens“ zu beurteilen wäre.

Jedenfalls ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass dem Auftraggeber bei der von 262 ihm zu treffenden Prognoseentscheidung ein Beurteilungsspielraum zusteht. Dieser ist nur eingeschränkt einer Überprüfung dahin zugänglich, ob die Vergabestelle von einem zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ihre Entscheidung nicht nach sachfremden Erwägungen getroffen hat, sie bei der Entscheidung einen sich sowohl im

Rahmen des Gesetzes als auch im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltenden Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt und sie das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat (Ziekow/Völlink/Herrmann, aaO, Rn. 8; Burg, aaO S. 598). Dies ist hier der Fall.

Zum einen setzt sich die Klägerin in ihrem Aktenvermerk vom 12.09.14 (Anlage WK 14) mit allen hier angesprochenen Aspekten, insbesondere auch dem Selbstreinigungsgedanken, ausführlich auseinander. 263

Zum anderen ergaben sich gesicherte Erkenntnisse, die im Sinne eines Nachweises im o.g. Sinne standgehalten hätten, erst aus dem Gutachten des selbständigen Beweisverfahrens aus April 2014. Die Beweisaufnahme aus Juli desselben Jahres setzte sich dann erstmals mit der Behauptung auseinander, die Verwendung des Materials beruhe auf Absprachen mit der Klägerin bzw. sei deren maßgeblichen Mitarbeitern bekannt gewesen. Hätte die Klägerin also vorher nur aufgrund ihrer übrigen Erkenntnisse Auftragsvergaben abgelehnt, hätte sie sich der hohen Gefahr ausgesetzt, dass diese Entscheidungen mangels hinreichender Tatsachengrundlage einer gerichtlichen Überprüfung nicht standgehalten hätten. Ob dies im Ergebnis wirklich so gewesen wäre, mag dahinstehen. Denn an dieser Stelle ist allein entscheidend, ob die Klägerin von einem falschen Sachverhalt oder einem falschen Beurteilungsmaßstab ausgegangen ist. Aus den o.g. Gründen ist aber die vorläufige Zurückhaltung bei der Entscheidung über einen Ausschluss der Beklagten zu 1) von Vergabeverfahren durchaus nachvollziehbar. Insofern ist der Fall hier auch nicht mit der von der Beklagten zu 1) zitierten Entscheidung des OLG Frankfurt aM vom 24.02.2009 (11 Verg 19/08 -, BauR 2009, 1343) vergleichbar, weil bei dem dort zu entscheidenden Sachverhalt vor der Erteilung weiterer Aufträge die zur Ablehnung führenden Gründe bereits positiv bekannt gewesen waren. Die weiter herangezogene Entscheidung des VÜA-Bund vom 26.11.1997 (1 VÜ 19/97; Anlage WK 13) ist bereits deshalb nicht einschlägig, weil es dort um eine generelle und nicht wie vorliegend allein um eine auftragsbezogene Ablehnung ging. 264

Soweit es schließlich anderweitige Entscheidungen gibt, die – wie etwa die von der Beklagten zu 1) zitierte des Verwaltungsgerichts Düsseldorf (Urt. v. 24.03.2015 – 20 K 6764/13 -, juris) Ausschlussentscheidungen gegen die Beklagte zu 1) als rechtswidrig angesehen haben, sind diese für das vorliegende Verfahren ohne präjudizielle Wirkung, weil sie Entscheidungen zu Bauvorhaben anderer Auftraggeber mit nur teilweise übereinstimmendem Sachverhalt betrafen. 265

8. 266

Der Beklagten zu 1) steht allerdings der mit ihrem Antrag zu 2) klageerweiternd mit der Berufung geltend gemachte Schadensersatzanspruch gem. § 717 Abs. 2 ZPO auf Rückforderung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten Urteilsbetrages lediglich in Höhe von 6.077,28 € zu. 267

a) 268

Der Antrag kann zulässigerweise bereits im laufenden Verfahren auch widerklagend geltend gemacht werden (Ulrich in: BeckOK, ZPO 29. Edition, 01.07.2018, § 717 Rn. 18 f.). Ihrer erstmaligen Geltendmachung im Berufungsrechtszug steht ebenfalls nichts entgegen, da die Klageerweiterung sachdienlich ist und der Senat den insoweit maßgeblichen Sachverhalt seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, § 533 Nr. 1 und 2 ZPO (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.05.2014 – 22 U 171/13 -, Rn. 86, juris). 269

b)	270
Er ist allerdings nur zu einem geringen Teil begründet.	271
Das erstinstanzliche Urteil ist dahin abgeändert worden, dass der Klägerin die sog. Verwaltungsaufwendungen in Höhe von insgesamt 6.077,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2014 nicht zustehen.	272
Der für einen solchen Anspruch vorausgesetzte „Vollstreckungsdruck“ vor der Zahlung ist auch im Falle der drohenden Sicherungsvollstreckung i.S.d. § 720a ZPO gegeben (vgl. KG Berlin, Urt. v. 25.01.2018 – 8 U 58/16 –, juris), wie sie hier durch die Klägerin angedroht worden ist, und kann überdies auch noch im Berufungsverfahren geltend gemacht werden (Zöller/Herget, ZPO, 32. Auflage, § 717 Rn.13).	273
Die Ersatzpflicht umfasst zwar auch die auf die zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Zinsleistung und sonstige Kostenanteile (BeckOK/ZPO, aaO Rn. 16). Da die Beklagte zu 1) aber lediglich den geleisteten Gesamtbetrag von 190.214,36 €, nicht jedoch dargelegt hat, wie sich dieser genau zusammensetzt, ist eine Bestimmung der auf den o.g. Teilbetrag entfallenden Kosten und Zinsen an dem gezahlten Betrag nicht möglich.	274
Der Schaden kann auch nicht im Hinblick darauf verneint werden, dass wegen der weitgehend erfolgreichen Berufung der Klägerin der letztlich vollstreckbare Betrag weit höher ist als der Urteilsausspruch in erster Instanz. Weil § 717 Abs. 2 ZPO auf eine unverzügliche Wiederherstellung des status quo ante gerichtet ist, könnte etwa eine Aufrechnung erst dann wirksam erklärt werden, wenn die Berechtigung des Betrages, wegen dem vollstreckt wurde, bereits rechtskräftig festgestellt worden ist (BeckOK/ZPO, aaO Rn. 21.1.). Nichts anderes würde im Hinblick auf die sog. Dolo-agit-Einrede gelten. Da die Rechtskraft des vorliegenden Urteils jedoch erst mit Ablauf der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde, deren Zurückweisung oder der Zurückweisung einer vom Bundesgerichtshof zugelassenen Revision eintritt, war mithin zunächst auf die Rückzahlung des o.g. Teilbetrages zu erkennen.	275
Ein Zinsanspruch besteht insoweit gem. §§ 288, 291 BGB erst ab Rechtshängigkeit, also ab dem 23.01.2018. Zwar kann zu dem gem. § 717 Abs. 2 ZPO zu ersetzende Schaden auch ein Zinsschaden gehören. Dessen Entstehung ist aber konkret darzulegen (BGH, Urt. v. 03.07.1997 – IX ZR 122/96 –, NJW 1997, 2601, 2603), woran es vorliegend fehlt.	276
9.	277
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 4 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	278
10.	279
Der Streitwert für das Berufungsverfahren bestimmt sich wie folgt:	280
<u>Berufung der Klägerin:</u>	281
Antrag zu 1): 9.831,82 €	282
Antrag zu 2): 204.300,00 €	283
Feststellungsantrag zu 3): 17.000,00 € (anteilig)	284
	285

Feststellungsantrag zu 4): kein Mehrwert, da in der Anschlussberufung enthalten in Bezug auf den gegen den Beklagten zu 2) gestellten Antrag zu 4)	
Summe: 231.131,82 €	286
<u>Berufung der Beklagten:</u>	287
Antrag zu 1): 156.763,84 € + 23.000,00 € (Feststellungsantrag – anteilig),	288
Antrag zu 2): Widerklageantrag zu 1): 110.162,99 €,	289
(nur die Beklagte zu 1) betreffend)	290
Antrag zu 3): Widerklageantrag zu 2): kein Mehrwert, da wirtschaftliche Identität mit der Hauptberufung besteht, § 45 Abs. 1 S. 3 GKG.	291
Summe: 289.926,83 €	292
<u>Anschlussberufung der Klägerin:</u> 18.976,20 € + 40.685,00 €	293
Summe: 59.661,20 €	294
Gesamtstreitwert: 580.719,85 €.	295
Hiervon ist der Beklagte zu 2) mit einem Streitwert in Höhe von 410.895,66 € an der Berufung beteiligt.	296
10.	297
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden.	298