

Es liegt auch dann ein Verfahrensfehler, wenn das erstinstanzliche Gericht den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör dadurch verletzt hat, dass es den Kern ihres Vorbringens verkannt hat und daher eine entscheidungserhebliche Frage verfehlt.

Tenor

Auf die Berufung des klagenden Landes wird das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 16.06.2015 (16 O 231/14) mit dem zu Grunde liegenden Verfahren aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsstreits - an das Landgericht zurückverwiesen.

Die gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens werden nicht erhoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

1

Nach vorangegangener Ausschreibung beauftragte das klagende Land, vertreten durch den Bau und Liegenschaftsbetrieb NRW (hier genannt BLB), mit Vertrag vom 03.09.2007 (unter Einbeziehung der VOB/B 2006) die Beklagte zu 1., die damals noch unter "I-D-AG" firmierte, mit dem schlüsselfertigen Neubau der Maßregelvollzugsklinik in L-Q-X.

2

Das streitgegenständliche Bauvorhaben hat die Beklagte zu 1. mitsamt allen dazugehörigen Vertragsverhältnissen nach Maßgabe eines Ausgliederungs- und Übernahmevertrages vom 12.03.2014 auf die Beklagte zu 3. "übertragen".

3

Die Beklagte zu 2. übernahm eine Gewährleistungsbürgschaft über 845.100,00 EUR.

4

Eingeklagt im vorliegenden Verfahren ist ein Schadensersatzanspruch des klagenden Landes gegen die Beklagten zu 1. und zu 3. gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B in Verbindung mit § 133 UmwG, und zwar wesentlich für vorgebliche Mängel betreffend die Fliesenarbeiten im Bereich der Nasszellen der Patientenzimmer und der Stationsküchen. Geltend gemacht von Klägerseite sind in diesem Zusammenhang der Mangelbeseitigungsaufwand für 138 Nasszellen und 11 Küchen sowie als weitaus größter Schadenspunkt die Kosten der im Hinblick auf die Mangelbeseitigung als erforderlich behaupteten stationsweisen Auslagerung der Klinik. Daneben verlangt das klagende Land Schadensersatz wegen weiterer kleinerer, nicht im Zusammenhang mit den Fliesenarbeiten stehender Mängel.

5

Das Landgericht hat mit Urteil vom 16.06.2015, auf das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen verwiesen wird, die Klage abgewiesen, vornehmlich mit der Erwägung, dass durch Vereinbarung in zwei Abnahmeprotokollen Schadensersatzansprüche abgedungen seien; im Übrigen habe die Klägerseite die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 VOB/B nicht hinreichend dargetan bzw. diese seien nicht gegeben.

6

Hiergegen wendet sich das klagende Land mit der Berufung, mit der es bezogen auf den Mängelkomplex Küchen und Patientennasszellen seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Bezogen auf die weiteren kleineren, nicht im Zusammenhang mit den Fliesenarbeiten stehenden Mängel wird letztlich nur die Zahlung i.H.v. 22.960,00 EUR (und nicht wie erstinstanzlich eingeklagt 31.240,00 EUR) begehrt, und zwar nur noch im Hinblick auf die Mängelanzeige Nr. 31 (Mangelpunkt 190) 22.000,00 EUR und im Hinblick auf die Mängelanzeige Nr. 90 (Mangelpunkt G 405) 960,00 EUR. Bezogen auf den im Hinblick auf die Mängelanzeige Nr. 95 (Mangelpunkt G 411) mit der Berufung zunächst weiter verfolgten Betrag von 500,00 EUR ist die Berufung in der mündlichen Verhandlung vom 12.05.2016 zurückgenommen worden.

7

Wegen aller weiteren Einzelheiten der klägerseits geführten Angriffe wird auf die Berufungsbegründung vom 23.09.2015 (Bl. 783 ff. GA), Schriftsatz vom 28.04.2016 (Bl. 843 ff. GA) und Schriftsatz vom 09.05.2016 (Bl. 866 ff. GA) verwiesen.

8

Das klagende Land beantragt zuletzt,

9

- unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 16.06.2015 - 16 O 231/14 -

10

1. die Beklagten zu 1) bis 3) sowie Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 845.100,00 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

11

2. die Beklagten zu 1) und 3) darüber hinaus zu verurteilen, als Gesamtschuldner an den Kläger weitere 2.125.164,33 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

12

3. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) und 3) darüber hinaus gesamtschuldnerisch dazu verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche über den Betrag i.H.v. 3.183.763,53 EUR hinausgehende Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die diesem für und durch die Beseitigung der Mängel an den Fliesenbelägen auf den Böden und an den Wänden in den 138 Nasszellen und an den Fliesenspiegeln der 11 Küchen in dem Neubau der Maßregelvollzugsklinik in Köln Q-X, Q S-str. XX, XX L, entstehen.

13

4. die Beklagten zu 1) und 3) zu verurteilen, als Gesamtschuldner an den Kläger weitere 22.960,00 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

14

hilfsweise, die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Landgericht Köln zurückzuverweisen.

15

Die Beklagten und die Streithelferin beantragen,

16

die Berufung zurückzuweisen.

17

Sie sind der Berufung unter Verteidigung des angefochten Urteils entgegengetreten (vgl. Berufungserwiderung vom 25.01.2016, Bl. 824 ff. GA; Schriftsatz vom 03.05.2016, Bl. 864 ff. GA und Schriftsatz vom 28.08.2016, Bl. 897 ff. GA - alle von Seiten der Beklagten - sowie Schriftsatz der Streithelferin zu 2. vom 29.01.2016, Bl. 842 GA).

18

Wegen aller weiteren Einzelheiten des beidseitigen Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

19

Die zulässige Berufung ist mit der Maßgabe begründet, dass das landgerichtliche Urteil wegen eines Verfahrensmangels aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen ist (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

20

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Erwägung, dass durch Vereinbarung in zwei Abnahmeprotokollen Schadensersatzansprüche abbedungen seien, im Übrigen habe die Klägerseite die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 VOB/B nicht hinreichend dargetan bzw. diese seien nicht gegeben. Beide Begründungen sind unzutreffend und verkennen den Kern des Parteivorbringens. Von einem Verfahrensfehler ist daher hier auszugehen. Dieser liegt nämlich auch dann vor, wenn das erstinstanzliche Gericht den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör dadurch verletzt hat, dass es den Kern ihres Vorbringens verkannt hat und daher eine entscheidungserhebliche Frage verfehlt (BGH NJW-RR 1990, 1500, 1501; NJW 1993, 538 f.; NJW 1998, 2053 f.; OLG Hamm NJW 2014, 78, 83 m. zust. Anm. Zepp; Ball in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl., § 538 Rdn. 13; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl., § 538 Rdn. 10).

21

Festzuhalten ist zunächst, dass die Beklagtenseite zu Unrecht darauf verweist, ohne Schadensbeseitigung könne das klagende Land Schadensersatzansprüche nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B, § 636 BGB nicht geltend machen. Das Gegenteil ist richtig. Es entspricht gefestigter, allerdings in letzter Zeit vereinzelt nicht ohne Widerspruch gebliebener (vgl. Halfmeier BauR 2013, 320 ff.) höchstrichterlicher Meinung, die der Senat teilt, dass grundsätzlich der Besteller einen Anspruch auf Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen auch dann hat, wenn der Mangel im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht beseitigt, jedoch dessen Beseitigung noch möglich ist. Denn der Mangel selbst ist bereits der Schaden; abweichend von § 249 Abs. 1 BGB kann der Besteller verlangen, dass dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten wird. Unerheblich ist danach, ob der Besteller den zur Verfügung gestellten Betrag zur Mängelbeseitigung verwendet.

22

Auch der weitere Einwand der Beklagtenseite, das klagende Land verlange rechtsmissbräuchlich Schadensersatz, es habe gröblich gegen die bauvertragliche Kooperationspflicht verstoßen, liegt neben der Sache. Denn schon im Schreiben vom 31.07.2013 (Anlage K 32, Bl. 413 ff. GA) hat das klagende Land zu erkennen gegeben, dass die Beseitigung aller Mängel an den Fliesenbelägen einschließlich Putzsystemen bzw. Abdichtungen im Rahmen einer Ersatzvornahme vorbereitet werde. Diesem Schreiben war eine Kostenschätzung beigelegt (Bl. 415 - Bl. 417 GA), aus der hervorging, dass es nicht nur um die Mängel gehen sollte, die ausdrücklich in den Mängelbeseitigungsaufforderungen angesprochen waren. Dies hat auch die Beklagte zu 1. gemäß ihrer Antwort vom 15.08.2013 so verstanden (Anlage K 33 Bl. 418 - Bl. 421 GA), ohne nun selbst zur Mängelbeseitigung zu schreiten. In diesem Schreiben hat die Beklagte zu

1. nur mehrere Möglichkeiten zum weiteren Vorgehen aufgezeigt, wobei sie wesentlich darauf drängte, dass eine Schiedsgutachtervereinbarung abgeschlossen bzw. ein gerichtliches Beweisverfahren eingeleitet werde. Der Abschluss einer Schiedsgutachterabrede ist jedoch nicht erzwingbar. Auch einen Anspruch darauf, dass von Klägerseite ein selbstständiges Beweisverfahren eingeleitet wird, stand der Beklagtenseite nicht zur Seite; vielmehr war es ihr unbenommen, ihrerseits ein selbstständiges Beweisverfahren einzuleiten, um den klägerseits erhobenen Mängelrügen den Boden zu entziehen.

23

Die Erwägung des Landgerichts, die hier geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien abbedungen, verfährt nicht. Sein Verweis auf eine entsprechende Vereinbarung in den Abnahmeprotokollen ist evident verfehlt. Mit Recht rügt das klagende Land, das Landgericht habe die Darlegungslast verkannt.

24

Mit Vertrag vom 03.09.2007 war die Beklagte zum schlüsselfertigen Neubau der Klinik verpflichtet, wobei die Parteien die VOB/B 2006 einbezogen und damit vereinbart hatten. Vereinbarungsgemäß hatte daher das klagende Land die Mängelrechte gemäß VOB/B 2006 einschließlich Schadensersatzanspruch. Die Beklagtenseite beruft sich darauf, dass durch die Streichung in den Abnahmeprotokollen vom 17.06.2009 (Bl. 295 GA) bzw. vom 17.07.2009 (Bl. 527 GA) vereinbart worden sei, Schadensersatzansprüche auszuschließen. Da sich die Beklagten auf eine nachträgliche Abänderung des ursprünglichen Bauvertrages in diesem Punkt beruft, tragen sie aber dafür die Darlegungslast. Das Vorbringen der Beklagtenseite reicht jedoch nicht aus, eine nachträgliche Abänderung des Bauvertrages zu begründen.

25

Es ist unstrittig, dass von Klägerseite die Abnahmeprotokolle "formulärmäßig" gestellt worden sind. Das Formular sah zunächst folgenden Passus vor:

26

"Alle Mängelansprüche und Schadenersatzansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt."

27

Dieser Passus lautet durch Streichung - beidseitig unterschrieben - wie folgt:

28

"Alle Mängelansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt."

29

Vorgetragen von Seiten der Beklagten ist, die Streichung sei einvernehmlich vor Ort vorgenommen worden. Dies stellt jedoch kein für einen nachträglichen Ausschluss der Schadensersatzansprüche ausreichender Sachvortrag dar. Denn ein Verzicht muss immer eindeutig erfolgen. Schon nach Urkundslage fehlt es aber an dieser Eindeutigkeit. Maßgeblich in den Fokus zu rücken ist, dass nach dem Wortlaut in der gestrichenen Fassung "Mängelansprüche unberührt bleiben" sollten. Zutreffend verweist das klagende Land in diesem Zusammenhang darauf, dass sich die Überschrift in § 13 VOB/B über "Mängelansprüche" verhält; § 13 VOB/B hat aber auch Schadensersatzansprüche zum Gegenstand (vgl. Abs. 7). Aus dem Inhalt der Urkunde lässt sich also keine tatsächliche Vermutung für die beklagtenseits behauptete Vereinbarung herleiten. Auch ist zu sehen, dass die strittige Streichung in Protokollen zur Abnahme erfolgte. Für die Abnahme gilt aber, dass der Auftraggeber ihm bekannte Mängel rügen muss (vgl. § 640 Abs. 2 BGB). Unterbleibt die Rüge, verliert der Auftraggeber die in § 634 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten verschuldensunabhängigen Mängelrechte, also Nachbesserung, Kostenerstattung und Vorschuss, Minderung und Rücktritt. Der verschuldensabhängige Anspruch auf Schadensersatz nach § 634

Nr. 1 BGB, der ebenfalls etwaige Nachbesserungskosten erfassen kann, bleibt ihm dagegen auch ohne Vorbehalt erhalten (vgl. Werner/Pastor "Der Bauprozess" 15. Aufl. Rdnr. 2737). Der Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen in den vorformulierten Abnahmeprotokollen war also überflüssig. Angesichts dessen konnte die Beklagtenseite bezogen auf den hier maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont nicht davon ausgehen, allein durch das Streichen dieses Vorbehaltes im Abnahmeprotokoll sei klägerseits ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche gewollt gewesen.

30

Das Landgericht verkennt im angefochtenen Urteil zudem, dass das klagende Land sein Gewährleistungsbegehren immer auf das Vorliegen eines Systemmangels gestützt hat, und verfehlt auch in diesem Punkt den Kern des Parteivorbringens.

31

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muss der Auftraggeber einen Mangel der Bauleistung nur seinem äußeren Erscheinungsbild nach hinreichend genau beschreiben, das heißt also, das Schadensbild darlegen. Mit der hinreichend genauen Bezeichnung der Mangelerscheinungen werden sämtliche Ursachen des Mangels Gegenstand der Mängelrüge und des Prozessvortrages. Es reicht also aus, wenn die Auswirkungen des Mangels benannt werden. Danach kann sich der Auftraggeber auf das Symptom beschränken, aus dem die Mangelhaftigkeit des Werkes herzuleiten ist. Ob die Ursachen dieses Symptomes tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Konstruktion oder der Ausführung zu suchen sind, ist Gegenstand des Beweises und nicht Erfordernis des Sachvortrages (vgl. etwa BGH Urteil v. 06.10.1988 - VII ZR 277/87 - MDR 1989, 153 -154). Hieraus folgt, dass vor allem bei konstruktiven, grundlegend durchgehenden Mängeln die Angabe etwa einer oder weniger Stellen, an denen die auf einen Mangel weisende Erscheinung zu Tage tritt, nur als Hinweis auf die festgestellten Schäden, nicht aber als Begrenzung des Mängelbeseitigungsverlangens zu verstehen ist. Sie bezieht sich dann auch auf andere Bereiche mit diesem Mangel, in denen sich die Mangelerscheinungen aber noch nicht gezeigt haben (so zuletzt noch BGH im Beschluss des vom 24.08.2016 - VII ZR 41/14 - zitiert nach ibr-online Rdnr. 22). Dies hat das Landgericht in erheblicher Weise verkannt, da das klagende Land unter Bezugnahme auf die vorgelegten Privatgutachten das Vorliegen von "Systemmängeln", bezogen auf sämtliche Fliesenflächen insbesondere im Hinblick auf einen ungeeigneten Putzuntergrund und auf mangelhaft, da kraftschlüssig verbundene Fugen im Übergang zwischen Boden und Wänden dargelegt hat. Liegt aber die hier angesprochene Systemfehlerhaftigkeit vor, so würde ein ausreichendes Mängelbeseitigungsverlangen - bezogen auf den hier geltend gemachten Beseitigungsaufwand (Komplettsanierung) - im Hinblick auf sämtliche Fliesenpiegel bzw. Fliesenflächen vorliegen und die Verjährung, die hier einredeweise von Beklagtenseite eingewandt wird, umfassend gehemmt sein. Im Hinblick darauf ist aber auf Grundlage der einzelnen Mängelbeseitigungsaufforderungsschreiben durch Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens zu klären, ob die im Ergebnis angegebenen Mängelsymptome überhaupt festzustellen sind, ob sie in den Verantwortungsbereich der Beklagtenseite fallen, d. h. also durch eine mangelhafte Bauleistung verursacht sind, und ob darüber hinaus auch in den Bereichen, in denen sich bisher die Mängelsymptomatik nicht gezeigt hat, dieselbe Mangelursache vorliegt (konstruktiver, durchgehender, identischer Mangel = "Systemmangel").

32

Falls kein Systemfehler vorliegen würde, würde allerdings die fehlende Verjährung und ein hinreichendes Mängelbeseitigungsverlangen nur im Hinblick auf die konkret gerügten Schadensbilder anzunehmen sein. Dies würde aber gleichfalls eine Aufklärung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens veranlassen. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht insbesondere verkannt, dass das klagende Land zur Bezifferung seines Schadens ein von ihm gefertigtes Angebotsleistungsverzeichnis (Bl. 164 ff. GA) in Bezug genommen hat, das eine

Kalkulation nach Quadratmetern und Einheitspreisen aufweist. Dies reicht auch bezogen auf die einzelnen Räume zur Schadenssubstantiierung der konkret gerügten Schadensbilder aus.

33

Nach allem ist also eine umfangreiche und aufwendige Beweisaufnahme notwendig, so dass die Voraussetzungen für eine - von der Klägerseite auch beantragte - ermessensfehlerfreie Aufhebung und Zurückweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO erfüllt sind.

III.

34

Die gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens sind nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG nicht zu erheben.

35

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits im Übrigen ist dem Landgericht vorbehalten.

36

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht gegeben sind.

37

Berufungsstreitwert: Es gilt die Festsetzung im Beschluss des Senates vom 30.05.2016 (Bl. 877 GA).