

OLG Düsseldorf

Urteil

vom 19.03.2019

21 U 118/16

BGB § 254; VOB/B § 4 Abs. 3, § 13 Abs. 3

1. Der Auftragnehmer haftet für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Von seiner Haftung kann er sich befreien, wenn er die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Die fehlende Bedenkenanmeldung führt allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung des Auftragnehmers, vielmehr gilt der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung. Insoweit hat auch beim Nacherfüllungsanspruch eine Abwägung zwischen der Fehlplanung des Auftraggebers und dem unterlassenen Bedenkenhinweis zu erfolgen (§ 254 BGB analog).*)

2. Für die Frage, welche Maßnahmen der Besteller zur Mängelbeseitigung für erforderlich halten durfte, kommt es auf eine verständige Würdigung eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung an, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mängelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Gedanklich ist strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Mängelbeseitigungsarbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mängelbeseitigung. *)

3. Der Auftragnehmer wird von seiner Einstandspflicht für eine fehlerhafte Ausführung einer Schottertragschicht, die zu Setzungen geführt hat, nicht deshalb befreit, weil eine (den Beteiligten nicht bekannte) weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Eine solche weitere Ursache führt jedenfalls hier auch nicht deshalb zu einer Mithaftung des Auftraggebers, weil es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um seinen Risikobereich und damit seine Verantwortung handeln könnte. *)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019 - 21 U 118/16

vorhergehend:

LG Krefeld, 06.09.2016 - 12 O 33/10

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf nach Lage der Akten am 26.02.2019 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht S-L, die Richterin am Oberlandesgericht M-E und die Richterin am Landgericht P.

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Krefeld vom 06.09.2016 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 20.757,45 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, 28.166,90 Euro als Mietausfallschaden "P. K." an die H. K.. GmbH & Co. KG, O...straße , .. K., - IBAN: ... zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 42 % und die Beklagte zu 58 %.

Die Kosten des Streithelfers zu 1) trägt die Klägerin zu 42 %. Die Kosten der Streithelfer zu 2) bis 7) trägt die Beklagte jeweils zu 58 %. Im Übrigen tragen die Streithelfer ihre Kosten jeweils selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der vollstreckende Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Mangelbeseitigungskosten und Schadensersatz aus einem im Frühjahr 2008 (21.04./08.05.2008) geschlossenen Vertrag.

Die Klägerin war im Jahre 2008 von der Streithelferin zu 7) beauftragt worden, im Containerterminal des K... Hafens ein neues Krangleis mit Unterbau und Pflasterung der angrenzenden Flächen herzustellen. Dieser Auftrag betraf nur den sogenannten Bauabschnitt I, eine 30 Meter lange Strecke, auf der der Kran zunächst nur aufgestellt wurde. Im Bauabschnitt II, der an beide Seiten des Bauabschnitts I anschloss, wurde die Kranbahn dann verlängert. Mit diesen Arbeiten war die Klägerin aber nicht von der Streithelferin zu 7) beauftragt.

Die Klägerin beauftragte ihrerseits die Beklagte am 08.05.2008 auf der Grundlage deren Angebots vom 17.04.2008 sowie des Verhandlungsprotokolls vom 21.04.2008 mit in diesem Zuge u.a. erforderlichen Betonschneide-, Erd- und Abbrucharbeiten. In dem von der Klägerin

erstellten und dem vorgenannten Angebot zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis heißt es unter anderem in Z. 1.3.30. wie folgt:

"Schottertragschicht 0/45 mm liefern und in den vorgenannten Gräben einbauen und verdichten, Einbaustärke 70 cm, Einbaubreite 130 cm, EVN mindestens 120 MN/qm".

In Z. 1.3.40. heißt es ferner:

"Feinplanum Gründungsebene, $E_{v2} = 45-60 \text{ MN/qm}$ ".

Unter Z. 1.6 des Verhandlungsprotokolls vom 21.04.2008 wurde die Geltung der VOB Teil B und C in neuester Fassung vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten und des genauen Inhalts des Leistungsverzeichnisses sowie des Verhandlungsprotokolls wird auf die als Anlage K 2 zur Akte gereichten Unterlagen Bezug genommen (Bl. 20ff.).

Die Beklagte stellte sodann die Schottertragschicht und das Schotterfeinplanum her. Die Arbeiten der Beklagten wurden von der Klägerin abgenommen und bezahlt. Nach Durchführung der vorgenannten Arbeiten durch die Beklagte wurden auf die Schottertragschicht und das Schotterfeinplanum anschließend Betonfertigelemente zur Aufnahme der Gleise der Kranbahn verlegt und die angrenzenden Flächen gepflastert. Diese Arbeiten erfolgten nicht durch die Beklagte.

Nach Inbetriebnahme der Kranbahn zeigten sich Schäden an den Betonschwellen. Überprüfungen ergaben, dass der Untergrund in Teilbereichen bis zu 4 cm abgesackt war. Die Klägerin zeigte der Beklagten gegenüber mit Schreiben vom 23.07.2009 (Anlage K 3, Bl. 34) Mängel an unter Hinweis darauf, dass diese auf einen nicht ordnungsgemäß verdichteten Untergrund zurückzuführen seien. Zugleich forderte sie die Beklagte zur Beseitigung der Mängel bis zum 31.07.2009 auf und wies darauf hin, dass sie anderenfalls die Mängel auf Kosten der Beklagten beseitigen lasse.

Nachdem die Beklagte die Mängelrüge zurückgewiesen hatte, beauftragte die Klägerin den Streithelfer zu 2) (Geotechnisches Büro N.. M..) mit der Überprüfung und der Gutachtenerstellung. Der Streithelfer zu 2) erstellte zwei Gutachten vom 19.11.2009 und 27.01.2010 (Anlagen K 4 und 5), in welchen er zu den festgestellten Mängeln, Mangelursachen und Folgeschäden sowie den erforderlichen Sanierungsarbeiten Ausführungen machte. Auf Grundlage dieser Feststellungen wurde im Folgenden die Sanierung ausgeführt. Dabei führte die Beklagte die zu ihrem damaligen Gewerk gehörenden Arbeiten selbst aus. Die Klägerin nahm weitere Vor- und Nacharbeiten entweder selbst vor oder ließ sie durch Drittfirmen ausführen. Die Sanierungsarbeiten dauerten vom 18.09. bis zum 22.10.2009.

Der Erfolg der Sanierung und die Frage, ob nach der Sanierung Mängel vorliegen und welche Ursachen diese haben, ist streitig und Gegenstand des zwischen der Streithelferin zu 7) und der hiesigen Klägerin bei dem Landgericht Krefeld geführten Parallelverfahrens 5 O 482/13.

Mit Schreiben vom 29.01.2010 (Anlage K 8, Bl. 69) forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung von 47.474,21 Euro binnen 20 Werktagen auf und setzte unter dem 26.02.2010 eine Nachfrist von zehn Tagen. Grundlage der Schadensberechnung war die als Anlage K 6 (Bl.

65) zur Akte gereichte Kostenaufstellung der Klägerin. Die Streithelferin zu 7) nahm die Klägerin mit Schreiben vom 11.03.2010 (Anlage K 10, Bl. 72 f.) auf Zahlung eines Mietausfalls in Höhe von 37.555,86 Euro in Anspruch. Dieses Schreiben leitete die Klägerin am 18.03.2010 (Anlage K 11, Bl. 74) an die Beklagte weiter und forderte die Zahlung der Gesamtforderung bis zum 01.04.2010.

Die Klägerin hat behauptet, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft seien. Die Schottertragschicht habe nicht der geforderten Stärke von 0,67 m entsprochen. So habe die Schotterschicht meist nur eine Dicke zwischen 0,3 m und 0,33 m gehabt. An der Übergangsstelle von Bauabschnitt 1 zu Bauabschnitt 2 habe diese sogar null aufgewiesen. Ferner habe die Beklagte minderwertiges und ungeeignetes Material eingebaut, das andere Materialeigenschaften, eine unzureichende Gleichmäßigkeit und eine unzureichende Bruchfestigkeit besessen habe. Zudem habe die Beklagte die vorzunehmenden Verdichtungskontrollen nicht ausreichend durchgeführt. Dies sei ursächlich für die aufgetretenen Setzungen sowie für die an den Betonschwellen entstandenen Schäden gewesen. Ferner sei es hierdurch auch zu einer zusätzlichen Setzung der Kranbahnschwellen gekommen. Die von der Beklagten behaupteten Planungsfehler habe es ebenso wenig gegeben wie eine Bedenkenanzeige der Beklagten. Etwaige weitere Ursachen für die Setzungen seien für ihren Zahlungsanspruch unerheblich, da sie lediglich den Nacherfüllungsaufwand geltend mache. Dieser bestehe unabhängig von weiteren denkbaren Ursachen.

Für die Sanierung seien ihr Kosten von insgesamt 47.447,21 Euro netto entstanden, diese Kosten beträfen ausschließlich die Mängelbeseitigung. Ferner sei der Streithelferin zu 7) ein Mietausfallschaden in Höhe von 37.555,86 Euro während der Mängelbeseitigungsarbeiten entstanden. Der Kran habe an 34 Kalendertagen nicht genutzt werden können, weshalb der Streithelferin zu 7) insofern Mieteinnahmen in dieser Höhe entgangen seien.

Ursache für die streitgegenständlichen Setzungen seien ausschließlich die Ausführungsfehler der Beklagten, dagegen nicht eine etwaige ungenügende bauvorbereitende Baugrunduntersuchung, mangelhafte Planung oder Missachtung einer angeblichen Bedenkenanmeldung durch sie. Hätte die Beklagte entsprechend der Vorgaben des Zeugen M... die Verdichtungskontrollen durchgeführt, hätte sie Veranlassung gehabt, eine Bodenprüfung durchzuführen und einen Bodenaustausch vorzunehmen.

Die Streithelfer zu 2) - 6) haben sich ebenfalls im Wesentlichen darauf berufen, dass es nicht nur bei der Erstauführung der Beklagten zu erheblichen Ausführungsfehlern gekommen sei, sondern auch die Leistungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Sanierung mangelhaft gewesen seien. Der Ausführungsmangel sei zumindest mitursächlich für die Setzungen gewesen. Die Streithelferin zu 7) hat geltend gemacht, die Beklagte habe mangelhaftes Material verbaut; der von den Streithelfern zu 2) - 6) vorgegebene Bodenaustausch sei unzureichend gewesen; diese hätte eine Prüf- und Hinweispflicht getroffen, die bei Annahme ungeprüfter Werte verletzt sei; jedenfalls hätten sowohl die Klägerin als auch die Streithelfer zu 2) - 6) die präzisen Werte für die Radlasten spätestens im September 2008 gekannt.

Die Klägerin hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen,

1. ihr 47.447,21 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen,

2. weitere 37.555,86 Euro als Mietausfallschaden "P.-K..." an die H... K... GmbH & Co.KG, O...straße , ..K..., Konto-Nr.zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Die Streithelfer zu 2) bis 7) haben sich diesen Anträgen angeschlossen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Streithelfer zu 1) hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte hat behauptet, dass sie für etwaige Mängel oder Schäden nicht verantwortlich sei. Ursache der Setzungen seien die ungenügende bauvorbereitende Baugrunduntersuchung, die entsprechend mangelhafte Planung sowie die Missachtung ihrer schriftlichen Bedenkenanmeldung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B betreffend die Drainage gewesen. Mangels frühzeitiger Baugrunduntersuchung durch die Klägerin sei nicht erkennbar gewesen, dass sich unterhalb des Grundplanumniveaus eine Lehmlinse im Boden befunden habe. Dies habe auch während der Bauausführung nicht festgestellt werden können. Sie habe ohne Kenntnis dieses Umstandes die Arbeiten begonnen. Die auftragsgemäß geforderten Werte für die Verdichtung seien deutlich überschritten worden. Auch sei der eingebrachte Baustoff vertragsgerecht und geeignet gewesen, insbesondere habe das angelieferte und verbaute Material den vertraglichen Vorgaben und den erforderlichen bauphysikalischen Eigenschaften entsprochen. Schadensursächlich sei im Übrigen ein anderer Umstand gewesen, nämlich dass die Klägerin angeordnet habe, dass Drainagerohre seitlich der Krangleisschwellen in einem Abstand von jeweils 3 Meter eingebaut werden sollten, die als Entwässerung dienen sollten. Dies habe sie für bedenklich gehalten und deswegen entsprechend Meldung gemacht. Auch sei als Mitursache zu berücksichtigen, dass die Betonschwellen im ersten Bauabschnitt versetzt angeordnet worden seien, im zweiten Bauabschnitt mittig. Jedenfalls wäre der Schaden nicht entstanden, wenn die Klägerin ihre Bedenken nicht ignoriert hätte.

Soweit es die geltend gemachten Kosten anbelange, handele es sich zu einem erheblichen Teil um Sowiesokosten, die bei frühzeitiger Bodenuntersuchung und korrekter Planung der Klägerin ohnehin entstanden wären. Die geltend gemachte Kranmiete sei weder üblich noch angemessen. Ihr selbst seien im Rahmen der von ihr ausgeführten Sanierungsarbeiten Kosten in Höhe von 17.300,20 Euro entstanden.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung zweier schriftlicher Sachverständigengutachten sowie einer ergänzenden mündlichen Anhörung des Sachverständigen gemäß Beweisbeschlüssen vom 30.08.2011, 18.03.2013, 30.08.2013 sowie 18.02.2016, wegen deren konkreten Inhalts auf Bl. 214 ff., Bl. 734 ff., Bl. 873 und Bl.

1443 ff. verwiesen wird. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. F... vom 29.09.2012 (Bl. 407 ff.), das Sitzungsprotokoll vom 14.05.2013 (Bl. 773 ff.), das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. Fe... vom 10.07.2015 (Bl. 1092 ff.) und das Sitzungsprotokoll vom 14.04.2016 (Bl. 1495 ff.) Bezug genommen.

Mit Urteil vom 06.09.2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Klägerin habe bereits dem Grunde nach keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz von Sanierungskosten in Höhe von 47.447,21 Euro, und zwar weder als Schadensersatz aus § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B noch als Aufwendungsersatz aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe nämlich nicht fest, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft gewesen seien. Die beweisbelastete Klägerin habe nicht bewiesen, dass die von der Beklagten nachverdichtete Baugrundsohle nicht die geforderte Tragfähigkeit aufgewiesen habe. Der Sachverständige Dr. F. habe hierzu keine Aussage mehr treffen können, weil eine später festgestellte unzureichende Tragfähigkeit keinen Rückschluss auf die ursprüngliche Situation zulasse; durch Wassereinwirkung könne sich dieser Zustand verändert haben.

Ferner sei nicht bewiesen, dass das von der Beklagten eingebaute RC-Material mangelhaft und ungeeignet gewesen sei. Vielmehr habe der Sachverständige Dr. F. angeführt, dass das Material für die Verwendung geeignet gewesen sei; eine geringfügige Überschreitung des zulässigen Feinkornanteils falle nicht ins Gewicht; im Übrigen habe die Materialzusammensetzung allenfalls untergeordnete Bedeutung; dass ein anderes Material als ausgeschrieben verwandt worden sei, sei insoweit ohne Einfluss. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lasse sich auch nicht feststellen, dass die Schottertragschicht nicht ausreichend verdichtet gewesen sei. Dies habe der Sachverständige Dr. F. nicht sicher feststellen können, weil die Tragschicht durch den nachträglichen Einbau der Drainage vermutlich wieder aufgelockert worden sei.

Zwar ergebe sich nach den Ausführungen des Sachverständigen, dass die eingebrachte Schotterschicht nicht stark genug gewesen sei, was einen wesentlichen Mangel begründen würde. Allerdings sehe das Gericht den Beweis dennoch als nicht geführt an, weil die Feststellungen des Sachverständigen sich auf einen Zeitpunkt nach der Sanierung bezogen hätten. Eine weitere Aufklärung sei nicht erforderlich. Der Mangel müsse nämlich auch zu einem Schaden an der baulichen Anlage geführt haben. Es fehle insoweit an der Ursächlichkeit der zu geringen Schotterschicht für den eingetretenen Schaden. Die Beweisaufnahme habe diese Kausalität nicht mit der erforderlichen Sicherheit ergeben. Zwar habe der Sachverständige Dr. F. angegeben, dass eine Ursache für die eingetretenen Verschiebungen in der ungleichen Ausführung der Tragschicht liege. Wegen der Ausführungen des Sachverständigen Dr. F. lasse sich diese Kausalität aber nicht mit der entsprechenden Sicherheit feststellen. Der Sachverständige Dr. F. habe nämlich angeführt, dass die in Auftrag gegebenen und ausgeschrieben Leistungen nicht geeignet gewesen seien, eine Vertikalverschiebung zuverlässig zu verhindern. Der Sachverständige Dr. F. habe in diesem Zusammenhang überzeugend ausgeführt, dass der ursprünglich entsprechend

dem Auftrag vom 08.05.2008 vorgesehene Bodenaustausch, der Unterbau und die Krangleiskonstruktion die Setzungen nicht verhindert hätten. Durch die von der Klägerin am 08.05.2008 in Auftrag gegebenen und zuvor ausgeschriebenen Leistungen seien bereits kein ausreichend tiefer Bodenaustausch oder andere baugrundstabilisierende Maßnahmen beauftragt worden. Aus diesem Grunde hätten auch bei vertragsgerechter Ausführung der beauftragten Leistungen durch die Beklagte die Setzungen, die insbesondere auf den tiefen Baugrund zurückzuführen seien, nicht verhindert werden können. Insofern stehe fest, dass es auch dann, wenn die Beklagte die Schottertragschicht vertragsgemäß entsprechend den Vorgaben des von der Klägerin erstellten Leistungsverzeichnisses erbracht hätte, zu Verformungen und Setzungen gekommen wäre. Insofern sei es auch ohne Belang, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. F. nicht auszuschließen sei, dass das verwandte Material nicht der Ausschreibung entsprochen habe.

Eine Haftung der Beklagten sei selbst dann ausgeschlossen, wenn man dennoch eine Mitursächlichkeit der unzureichenden Schottertragschicht annehme und ein Verschulden der Beklagten bejahe. Jedenfalls sei eine Haftung der Beklagten wegen eines überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin ausgeschlossen, da diese als das Leistungsverzeichnis erstellendes Fachunternehmen für den nicht ausreichend tiefen Bauaushub und die fehlenden ausreichenden bodenstabilisierenden Maßnahmen verantwortlich sei. Eine Haftung der Beklagten für den Mietausfallschaden bestehe ebenfalls nicht. Dabei könne dahinstehen, ob die Klägerin zur Geltendmachung des Anspruches der Streithelferin zu 7) berechtigt sei. Denn auch dieser Anspruch scheitere daran, dass kein Mangel nachgewiesen sei, jedenfalls dessen Kausalität nicht festgestellt werden könne und letztlich ein haftungsausschließendes Mitverschulden der Klägerin vorliege.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie verfolgt ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiter.

Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe die Feststellungen des Sachverständigen Dr. F. falsch gewertet. Dieser habe ausgeführt, dass eine unzureichende Tragfähigkeit vorliege, diese aber von drainagebedingten Wasseransammlungen unterhalb der Anschlusssohle negativ beeinträchtigt sein könne. Dies könne die Beklagte nicht entlasten, da diese Drainage Teil ihrer Leistungen gewesen sei. Das Schreiben der Beklagten vom 30.04.2008 (Bl. 124) habe sie nicht erhalten. Ferner habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass die von der Beklagten eingebauten Materialien ein unterschiedliches Korngerüst aufgewiesen hätten und schon deshalb mangelhaft gewesen seien, weil sie nicht der vertraglichen Vereinbarung entsprochen hätten. Soweit das Landgericht angenommen habe, die unzureichende Schottertragschicht sei erst nach Durchführung der Sanierungsarbeiten vorgefunden worden, sei dies nicht richtig. Der Sachverständige habe bei seinen Ausführungen auf die Dokumentation der Streithelferin zu 2) vom 19.11.2009 und die dort enthaltenen Fotos Bezug genommen. Diese Fotos stammten aber nicht vom 19.11.2009, was in der Tat nach den Sanierungsarbeiten gewesen wäre, sondern bereits vom 24.09.2009, als Schürfe zur Entnahme von Probenmaterial erstellt worden seien. Die Beweisaufnahme habe entsprechend ergeben, dass die Beklagte eine zu geringe Schottertragschicht hergestellt habe. Ferner stimme es nicht, dass es Voraussetzung für

ihren Anspruch sei, dass ein schuldhaft verursachter Schaden an der baulichen Anlage eingetreten sei. Voraussetzung sei allein ein Mangel, für den ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik ausreichend sei. Hier bestehe ein Mangel schon darin, dass die Tragschicht zu dünn und nicht durchgängig aus dem vorgegebenen Schotter errichtet worden sei. Ob dieser Mangel für die Setzungen (allein) ursächlich gewesen sei, sei hingegen unerheblich. Da der Anspruch verschuldensunabhängig sei, komme auch ein überwiegendes Mitverschulden ihrerseits nicht in Betracht. Das Landgericht hätte weiter zur Höhe Beweis erheben müssen, wobei die Voraussetzungen des §§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vorlägen. Zur Beseitigung der Schäden seien 47.447,21 Euro erforderlich gewesen. Hierdurch seien die festgestellten Schäden beseitigt worden.

Auch den Mietausfallschaden habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft nicht zuerkannt. Die unzureichende Dicke der Schottertragschicht sei jedenfalls für das Absacken der Kranschienen mitursächlich und schuldhaft von der Beklagten verursacht worden. Zum ersetzenden Schaden zähle auch der Mietausfall. Wegen des Ausfalls des Krans (34 Kalendertage) seien der Streithelferin zu 7) Mietausfälle in Höhe von 37.555,86 Euro entstanden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Krefeld vom 06.09.2016, Az. **12 U 33/10**, aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen,

1. ihr 47.447,21 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen,
2. weitere 37.555,86 Euro als Mietausfallschaden "P... K..." an die H... K... GmbH & Co. KG, O...straße, .. Krefeld, - IBAN....- zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Die Streithelfer zu 2) bis 7) schließen sich dem Antrag der Klägerin an.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe zutreffend die Haftung dem Grunde nach verneint. Der Sachverständige Dr. F. habe eine unzureichende Tragfähigkeit der von ihr eingebrachten Schottertragschicht nicht bejaht, sondern mitgeteilt, dass diese durch drainagebedingte Wasseransammlungen negativ beeinträchtigt worden sei. Hierfür sei sie nicht verantwortlich. Sie habe zudem Bedenken angemeldet. Sie habe kein mangelhaftes Material verwandt. Eine eventuell geringfügige Überschreitung des zulässigen Feinkornanteils sei nicht relevant. Das Abflachen der Schottertragschicht zum Bauabschnitt 2 hin habe der Sachverständige nicht auf die Ursprungsleistung der Beklagten zurückführen können. Der Sachverständige habe wegen der erfolgten Sanierung die Verhältnisse nicht mehr selbst feststellen können. Außerdem habe der Sachverständige in seiner Anhörung klargestellt, dass die Fotos sich auf den Zustand nach der Sanierung bezogen hätten. Dass die Fotos den Zustand vor der Sanierung zeigten, werde bestritten. Zudem müsse der Sachverständige seine Feststellungen selbst vor Ort treffen und nicht anhand irgendwelcher

Fotos. Unzureichende Tragfähigkeitskontrollen könnten ihr nicht vorgeworfen werden. Sie habe bereits erstinstanzlich umfassend zu den vom Streithelfer zu 1) durchgeführten Untersuchungen vorgetragen gehabt. Im Übrigen sei ein eventueller Mangel nicht kausal für den geltend gemachten Schaden. Vielmehr seien die von der Klägerin in Auftrag gegebenen und ausgeschriebenen Leistungen von Anfang an nicht geeignet gewesen, die eingetretenen Setzungen und Vertikalverschiebungen zu verhindern. Die Ursache für die ersten Setzungen sowie die nach der im Jahr 2009 erfolgten Sanierung eingetretenen neuen Setzungen liege in den tieferen Bodenschichten unterhalb des Aushubbereichs. So befänden sich im Lasteneintragungsbereich der Kranbahn Zwischenlagen und Linsen, deren Setzungspotential nur bei einem mehrere Meter tiefen Bodenaushub hätte beseitigt werden können. Insgesamt seien bei der Planung die Horizontallasten nicht ausreichend berücksichtigt worden. Nur so sei zu erklären, dass nach der Sanierung der gleiche Verformungsvorgang zu beobachten gewesen sei.

Hinsichtlich der ihr selbst im Rahmen der Sanierung entstandenen Kosten in Höhe von 17.300,20 Euro (Aufstellung Bl. 2047i) erkläre sie in Höhe des der Klägerin anzulastenden Mitverschuldensanteils die Aufrechnung.

Der Senat hat Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der Sitzung vom 13.06.2017, das Gutachten des Sachverständigen Dr. F. vom 06.06.2018 und seine Anhörung am 11.12.2018.

In dem auf den 26.02.2019 bestimmten Verhandlungstermin ist die Beklagte säumig geblieben. Der Klägervertreter hat beantragt, nach Lage der Akten zu entscheiden.

II.

Die zulässige Berufung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte Zahlungsansprüche in Höhe von 20.757,45 Euro (Antrag zu 1) sowie weiterer 28.166,90 Euro (Antrag zu 2).

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 20.757,45 Euro aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VOB/B (wegen des Vertragsschlusses der Parteien im Jahr 2008 in der in diesem Jahr geltenden Fassung, die auch im Folgenden jeweils gemeint ist).

Die Parteien haben einen Werkvertrag geschlossen, wonach die Beklagte für die Klägerin im Bauabschnitt I Erd-, Betonschneide- und Abbrucharbeiten ausführen und nachträglich eine Drainage einbringen sollte. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart.

1.1 Das Werk der Beklagten war mangelhaft. Ein Werk ist gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B mangelfrei, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht bzw., wenn keine Beschaffenheit vereinbart ist, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit aufweist, sonst sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werkes verlangen kann. Vorliegend ergeben sich die Mängel der Leistung der Beklagten aus der fehlerhaften Drainage, einer unzureichenden Tragfähigkeitsuntersuchung sowie einer zu geringen Schottertragschicht. Im Einzelnen:

1.1.1 Die Mangelhaftigkeit der Drainage folgt aus ihrer Ausführung als Querdrainage. Aufgrund dieser Querdrainage wurde Wasser in den zur Erzielung der notwendigen Tragfähigkeit verdichteten Untergrund geleitet mit der Folge, dass die Stabilität des Bodens geschwächt wurde. Hierdurch eignete sich das Werk der Beklagten nicht für die vorausgesetzte und übliche Verwendung, nämlich dazu, das Wasser sicher abzuleiten. Zusätzlich führte dies auch dazu, dass die von der Beklagten ausgeführten Erdarbeiten nicht die erforderliche dauerhafte Stabilität und Tragfähigkeit aufweisen konnten. Dies haben beide Sachverständige in ihren Gutachten bestätigt (Dr. F.: Bl. 440; Dr. F.: Bl. 1111).

Die Beklagte kann sich diesem Mangel gegenüber auch nicht darauf berufen, dass ihr die Ausführung der Drainage als Querdrainage von der Klägerin vorgegeben wurde. Gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B setzt eine Haftung des Auftragnehmers voraus, dass das Werk des Unternehmers mangelhaft ist. Der Unternehmer haftet, dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Mängelhaftung folgend, auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen ist. Sodann wird als Ausnahme von diesem Grundsatz der Befreiungstatbestand formuliert (BGH, Urteil vom 14. März 1996 - VII ZR 34/95, BGHZ 132, 189, 192; BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316 = NZBau 2005, 456 = ZfBR 2005, 667; Kapellmann/Messerschmidt-Weyer, VOB, § 13 Rdn. 59). Der Auftragnehmer haftet nicht, wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Der Auftragnehmer haftet demnach trotz eines Mangels seiner Leistung nicht, wenn er Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitgeteilt hat. Diese Regelungen in § 13 Nr. 3 und § 4 Nr. 3 VOB/B sind eine Konkretisierung von Treu und Glauben, die über den Anwendungsbereich der VOB/B hinaus im Grundsatz auch für den Bauvertrag gelten (vergleiche: Urteil des Senats vom 24. März 2015 - I-21 U 62/14 -, BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05 -, BGHZ 174, 110-126; BGH, Urteil vom 29.9.2011 - VII ZR 87/11,).

Die Beklagte hat nicht beweisen können, dass sie ihrer Pflicht aus § 13 Nr. 3 VOB/B zur Prüfung und Bedenkenanmeldung nachgekommen ist. Da der Beklagten bereits nach ihrem eigenen Vortrag (berechtigte) Bedenken gegen die Art der Ausführung gekommen sind, war sie verpflichtet, diese bei der Klägerin anzumelden. Soweit die Beklagte behauptet, dass sie der Klägerin die schriftliche Bedenkenanzeige wie Blatt 124 der Akte übergeben habe, hat sie den Zugang dieses Schriftstücks nicht beweisen können (zur Beweislast vgl. BGH, Urteil vom 04.06.1973 VII ZR 112/71, BGH, Urteil vom 29.11.1973 VII ZR 179 / 71, Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Auflage, Teil B § 4 Abs. 3, Rn. 20).

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme ist der Senat nicht davon überzeugt, dass der Klägerin eine schriftliche Bedenkenanzeige zugegangen ist. Bereits der Geschäftsführer der Beklagten hat in seiner Anhörung nicht bestätigen können, dass eine schriftliche Bedenkenanzeige unmittelbar übergeben wurde. Er hat vielmehr ausgeführt, dass es

zunächst zu einem Gespräch zwischen ihm und der Zeugin S... als Bauleiterin der Klägerin gekommen sei. Er habe der Zeugin S... gegenüber erklärt, dass er die vorgegebene Verlegung der Drainagerohre für fachlich nicht in Ordnung halte. Er habe sie darauf hingewiesen, dass durch die nachträgliche Verlegung der Rohre der Untergrund wieder aufgelockert werde und auch das Ableiten des Wassers in dieser Form fehlerhaft sei. Frau S... habe dennoch an der vorgegebenen Ausführungsart festgehalten. Am gleichen Abend habe er die vorgelegte schriftliche Bedenkenmitteilung verfasst und per Post abgeschickt. Er habe diese nicht persönlich abgegeben. Der Zeuge D... hat in seiner Aussage ein derartiges Gespräch auf der Baustelle bestätigt, zur Versendung der schriftlichen Bedenkenanzeige konnte er aus eigener Wahrnehmung aber keine Angaben machen. Die Zeugin S... hatte keine sicheren Erinnerungen an den Vorgang und konnte weder bestätigen noch ausschließen, dass es eine Bedenkenmitteilung gegeben hat. Der Zeuge L... gab an, dass ihm als Polier der Klägerin nichts von einer solchen Bedenkenmitteilung bekannt geworden sei. Der Zeuge S. konnte zur Frage der Bedenkenanmeldung keine Angaben machen. Insgesamt waren die Aussagen der Zeugen daher zu der maßgeblichen Frage, ob der Klägerin eine schriftliche Bedenkenanzeige zugegangen ist, unergiebig. Die Beklagte ist insoweit beweisfällig geblieben.

Der Zugang einer solchen schriftlichen Bedenkenanzeige war vorliegend aber erforderlich, da ausweislich der Darlegungen des Geschäftsführers der Beklagten und des Zeugen D... die Bauleiterin der Klägerin trotz mündlichen Hinweises auf die Bedenken auf der Ausführung der Drainage bestanden haben soll, ohne hierfür eine Erklärung zu geben. In diesem Fall muss der Unternehmer noch einmal eindrücklich auf bestehende Gefahren und die Folgen der Nichtbeachtung der Bedenken hinweisen, insbesondere auch durch eine schriftliche Anzeige, damit dem Bauherrn diese Gefahren konkret vor Augen geführt werden.

Die fehlende Bedenkenanmeldung führt bezüglich dieser Mangelursache (fehlerhafte Drainage) allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung der Beklagten. Der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens gilt auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung (BGH, Urteil vom 18.12.1980 - **VII ZR 43/80** -). Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziffer 1.4.1 verwiesen.

1.1.2 Die Leistung der Beklagten ist weiter wegen der unzureichenden Tragfähigkeit der Ausschachtungssohle als mangelhaft anzusehen.

Nach den Feststellungen der Sachverständigen ist davon auszugehen, dass der Untergrund für das zu erstellende Gewerk nicht hinreichend tragfähig war. So hat der Sachverständige Dr. F. ausgeführt, dass eine Ursache für die Setzungen Probleme im Untergrund gewesen seien. Das vom Sachverständigenbüro M... erstellte Baugrundgutachten sei zunächst in Ordnung gewesen, da es den gültigen Standards entsprochen habe. Die Ausführungsplanung habe sich daher hieran ausrichten dürfen. Die mangelnde Tragfähigkeit des Unterbodens bei Antreffen von Kies / Sand könne optisch nicht immer erkannt werden und letztlich nur durch auf der Grabensohle ausgeführte Plattendruckversuche festgestellt werden. Verdichtungskontrollen auf der Schottertragschicht seien nicht geeignet, belastbare Erkenntnisse über die Tragfähigkeit des Untergrunds zu liefern.

Die Beklagte hat diese von ihr geschuldeten Untersuchungen nicht ausreichend durchgeführt. Ausweislich der Stellungnahme des Büros M... vom 28.04.2008 (Bl. 400) können nur zwei von der Beklagten ausgeführte Tragfähigkeitsuntersuchungen auf der Grabensohle nachvollzogen werden, welche beide im Anfangsbereich der Grube durchgeführt wurden. In dem von den Senkungen besonders betroffenen Bereich haben danach keinerlei Untersuchungen stattgefunden. Weitere Versuche wurden von der Beklagten zwar pauschal behauptet, aber auch auf den ausdrücklichen Hinweis des Senats nicht substantiiert dargelegt. Die Beklagte ist damit ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen.

Der Senat ist davon überzeugt, dass bei einer solchen Untersuchung jedenfalls die unmittelbar an die Sohle angrenzende Lehmlinse, welche im Rahmen der ersten Sanierung bearbeitet wurde, hätte entdeckt werden können.

Ein Mitverschuldensanteil der Klägerin ist hinsichtlich dieses Mangels nicht ersichtlich.

1.1.3 Bezüglich der Dicke der Schottertragschicht ist der Senat davon überzeugt, dass die Beklagte im östlichen Bereich im Übergang zum 2. Bauabschnitt zu wenig Schotter eingebracht hatte.

Nach den vertraglichen Vereinbarungen schuldete die Beklagte den Einbau einer 0,70 m starken Schotterschicht. Tatsächlich kamen in vielen Bereichen nur bis zu ca. 0,40 m zur Ausführung, im östlichen Übergangsbereich zum zweiten Bauabschnitt lief die Schotterschicht auf einer Länge von 1,5 bis 2 m auf 0 m aus.

Der Senat stützt seine Feststellungen auf die Aussagen der sachverständigen Zeugen M... und Plate sowie das Gutachten des Sachverständigen Dr. F.. Die Zeugen M... und Plate haben die von ihnen anlässlich der Sanierung durchgeführten Untersuchungen in den als Anlage K 4 (Bl. 35ff.) bzw. St 2 (Bl. 542ff.) vorgelegten Privatgutachten festgehalten. Auf diese Untersuchungen hat der Zeuge M... in seiner Vernehmung vom 13.06.2017 (Bl. 1910ff.) Bezug genommen und ausgeführt, dass anlässlich der Sanierung Untersuchungen des alten Untergrunds durchgeführt worden seien. Bei diesen Untersuchungen hätten er und sein Mitarbeiter bei zwei unterschiedlichen Schürfen im mittleren Bereich des Bauabschnitts Mächtigkeiten des RC Materials von 38-41 cm bzw. von 35 cm festgestellt. Im Rahmen der Ausschachtungsarbeiten sei dann im Übergang zum 2. Bauabschnitt auf einer Seite festgestellt worden, dass dort keine Schotterschicht vorhanden gewesen sei. Der Zeuge Plate hat diese Angaben in seiner Aussage bestätigt. Er habe die Werte der ersten zwei Schürfe nicht selbst ermittelt, diese aber so mitgeteilt bekommen. Das Auslaufen der Schotterschicht an der östlichen Seite könne er selbst bestätigen. Am westlichen Ende habe die Schotterschicht demgegenüber ca. 0,7 m betragen. Der Senat hat keinen Anlass, an diesen glaubhaften Angaben der Zeugen zu zweifeln. Diese haben ihre Angaben unter Bezugnahme auf die im Rahmen der Sanierung gefertigten Lichtbilder überzeugend erläutert. Der Sachverständige Dr. F. hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 29.09.2012 (Bl. 407ff.) die vorherigen schriftlichen Ausführungen der Zeugen als überzeugend und anhand der Dokumentation für nachvollziehbar erklärt. Es kann daher festgestellt werden,

dass die Beklagte in erheblichen Teilen des Bauabschnitts eine zu dünne Schotterschicht eingebaut hatte.

Auch hinsichtlich dieses Mangels ergeben sich keine Anhaltspunkte für ein Mitverschulden der Klägerin.

1.2 Eine Frist zur Mangelbeseitigung (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) wurde mit Schreiben vom 23.07.2009 (Anlage K 3) gesetzt. Nach Fristablauf sind Mangelbeseitigungsarbeiten durchgeführt worden, wobei die Beklagte die in ihren Bereich fallenden Arbeiten selbst ausgeführt hat. Damit hat sie deutlich gemacht, dass sie nicht willens und in der Lage war, die weiteren durchgeführten Arbeiten selbst zu übernehmen.

1.3 Die von der Klägerin geltend gemachten Kosten sind in Höhe von 35.413,75 Euro als erforderlich anzusehen.

Die Mangelbeseitigung erforderte vorliegend den kompletten Rück- und Neubau des Krangleises inklusive Drainage. Die Klägerin hat die ihr hierfür entstanden Eigen- und Fremdkosten in der als Anlage K 6 (Bl. 1849 f.) vorgelegten Aufstellung beziffert. Gegen die Ersatzfähigkeit der geltend gemachten Kosten kann nicht eingewandt werden, dass die aufgewandten Kosten nicht zur nachhaltigen Mangelbeseitigung geeignet waren, da diese bei weiteren Schäden im tieferen Untergrund letztlich noch einmal aufgewandt werden müssten. Erforderlich sind die Maßnahmen und die hieraus resultierenden Kosten, die der Besteller bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mängelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Erstattungsfähig sind hiernach auch die diejenigen Kosten, die für eine erfolglose oder sich später als unverhältnismäßig teuer herausstellende Mängelbeseitigung aufgewendet wurden (vergleiche Urteil des Senats vom 07. Juni 2011 - **21 U 100/10** -; Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB, 20. Auflage, Teil B, § 13 Abs. 5 Rn. 239). Für die Bewertung ist von der Sicht ex ante auszugehen. Vorliegend hat die Klägerin ein Sachverständigengutachten zur Frage der Ursache der Setzungen eingeholt. Da sie sich nach diesem gerichtet hat, durfte sie die entsprechenden Aufwendungen auch für erforderlich halten, zumal die Beklagte selbst an den Arbeiten ebenfalls beteiligt war.

Gedanklich ist daher strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Arbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mangelbeseitigung. Hier stehen zunächst nur die Mängel des Ausgangswerkes in Rede sowie die Kosten, die zu deren Beseitigung erforderlich waren bzw. von der Klägerin für erforderlich gehalten werden durften. Die Klägerin kann daher diejenigen Kosten ersetzt verlangen, die für die Mangelbeseitigung an der Drainage und der Schotterschicht sowie zur Herstellung eines tragfähigen Untergrundes erforderlich waren.

Zur Höhe der erforderlichen Kosten im Einzelnen:

1.3.1 Die unter Ziffer 1.1 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten in Höhe von insgesamt 431,72 Euro (385,70 Euro (Bl. 1852) + 46,02 Euro (Bl. 1853 f.)) für die allgemeine Baustelleneinrichtung werden in voller Höhe berücksichtigt. Der Senat verkennt dabei nicht, dass aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Dr. F. eine Vielzahl von Kürzungen an den insgesamt geltend gemachten Kosten vorzunehmen sind und der Sachverständige deshalb eine anteilige Kürzung auch der für die Baustelleneinrichtung angesetzten Kosten vornehmen will. Aus der Art der vorgenommenen Kürzungen kann vorliegend aber nicht gefolgert werden, dass die Klägerin gravierende zusätzliche Arbeiten im Verhältnis zur Mangelbeseitigung hat ausführen lassen. Vielmehr beruhen die Kürzungen im Wesentlichen auf überhöhten Massen oder zu hohen Einheitspreisen. Die Baustelleneinrichtung selbst war für die Mangelbeseitigung mithin erforderlich.

1.3.2 Von den unter Ziffer 1.2 der Anlage K 6 (Demontage Gleisschwellen / Schienen) abgerechneten Positionen ist ein Gesamtbetrag in Höhe von 6.941,76 Euro als erforderlich anzusehen.

Dieser Betrag errechnet sich aus den Kosten für einen Hydraulikkran in Höhe von 756,- Euro netto (Rechnung Bl. 1864), den Kosten für eine Vibrationsplatte in Höhe von 45,15 Euro (Rechnung Bl. 1866) sowie anteiligen Kosten in Höhe von 6.140,61 Euro aus der Rechnung der Firma G... (Bl. 1855). Die Beklagte hat die Kosten für Kran und Vibrationsplatte bereits nicht substantiiert bestritten. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die mit Rechnung der Firma G... abgerechneten Kosten in Höhe von 6.140,61 Euro erforderlich und angemessen sind. Der Senat legt entsprechend der Ausführungen des Sachverständigen Dr. F. folgende Rechnungspositionen zu Grunde:

(...)

Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 06.06.2018 sowie seiner mündlichen Anhörung im Termin vom 11.12.2018 (Bl. 2197) überzeugend ausgeführt, dass die Arbeiten in diesem Umfang zur Mangelbeseitigung erforderlich waren. Zu den Ziffern 1.01 und 1.02 der Rechnung hat er die Leistungen der Baustelleneinrichtung sowie der Herstellung von Trennschnitten als erforderlich angesehen und die Preise für angemessen erachtet. Einwendungen wurden von den Parteien hierzu nicht erhoben. Zur Ziffer 1.03 hat der Sachverständige ausgeführt, dass ein Schälen von Schienenstößen nur dann als erforderlich anzusehen wäre, wenn die unter Ziffer 1.02 abgerechneten Trennschnitte tatsächlich am Schienenstoß ausgeführt worden seien. Dies sei weder erkennbar noch plausibel. Dem ist die Klägerin nicht entgegen getreten, die Position war daher zu kürzen. Hinsichtlich der Position 1.04 hat der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass für den Ausbau der alten Schienen nur eine Länge von 39,4 m statt der abgerechneten 48,7 m erforderlich gewesen sei. Für die Sanierung des ursprünglich 30 m langen Bauabschnitts sei der Ausbau von insgesamt 8 Schwellen mit einer Länge von je 4,8 Metern (insgesamt 38,4 m) erforderlich gewesen. Dies ergebe sich daraus, dass in dem Bauabschnitt selbst 6 Schwellen mit einer Länge von 28,8 Metern ($6 * 4,8$ m) gelegen hätten. Für einen ordnungsgemäßen Anschluss an die angrenzenden Abschnitte sei der Ausbau jeweils einer weiteren Schwelle in den Anschlussbereichen erforderlich. Daher ergebe sich die Gesamtmenge von 8 Schwellen und damit eine Länge von 38,4 Metern. Darüber hinaus sei

in beiden Übergangsbereichen ein Aufschlag von je 0,5 Metern gerechtfertigt, da die Schiene jeweils einige Dezimeter auf der liegen bleibenden Schwelle zu trennen gewesen sei. Insgesamt ergebe sich daher der von ihm angesetzte Wert von 39,4 Metern. Weitergehende Aufschläge seien nicht gerechtfertigt, der abgerechnete Preis von 15,94 Euro/m sei angemessen. Die Klägerin ist diesen Ausführungen des Sachverständigen nicht entgegen getreten. Die unter den Ziffern 1.05 und 1.06 abgerechneten Leistungen hat der Sachverständige unter der Prämisse als erforderlich angesehen, dass der Kranbetrieb fortgeführt worden sei. Hierfür habe er auf den Fotos Anhaltspunkte gesehen und die Kosten dementsprechend berücksichtigt. Dem ist die Beklagte nicht entgegen getreten. Hinsichtlich der Ziffern 1.07 und 1.08 ist der Senat aus den Gründen wie zur Ziffer 1.04 den Ausführungen des Sachverständigen Dr. F. gefolgt und hat eine Anzahl von 8 Schwellen bzw. eine Länge von nur 39,4 Metern angesetzt. Zum Preis der unter Ziffer 1.07 abgerechneten Leistung hat der Sachverständige nachvollziehbar erläutert, dass der abgerechnete Preis von 208,49 Euro pro Stück für das Aufnehmen und Verlegen der vorhandenen Schienen in keinem Verhältnis zu dem bei der Herstellung des Bauabschnitts von der Klägerin angebotenen Preis von 225,99 Euro pro Stück für Lieferung und Einbau neuer Schienen stehe. In seiner mündlichen Anhörung hat der Sachverständige von diesem früheren Preis der Klägerin (225,99 Euro) Materialkosten (150,- Euro) in Abzug gebracht und dadurch einen Preis von 76,- Euro pro Stück für das Verlegen der alten Schienen ermittelt. Für die Ziffer 1.09 hat der Sachverständige den Einheitspreis nur bis zu einem Betrag von 141,60 Euro als noch angemessen angesehen. Einwendungen wurden hierzu nicht erhoben.

1.3.3 Für die unter Ziffer 2.1 der Anlage K 6 abgerechneten Eigenleistungen setzt der Senat einen Betrag in Höhe von 252,64 Euro an.

Die Klägerin hat nicht beweisen können, dass die von ihr geltend gemachten Arbeiten zur Herstellung der Sauberkeitsschicht die von ihr angesetzten Kosten in Höhe von 604,32 Euro (322,88 Euro + 281,44 Euro) verursacht haben. Der Sachverständige Dr. F. hat hierzu ausgeführt, dass die Herstellung der Sauberkeitsschicht zwar erforderlich gewesen sei, dafür aber ein Zeitaufwand von 4 Stunden beim Einsatz von zwei Mitarbeitern ausgereicht hätte. Die Stundensätze seien mit nur 35,56 Euro und 27,60 Euro anzusetzen, da die Stundensätze der Klägerin überhöht seien. Es sei darüber hinaus nicht erforderlich gewesen, neben einem Werkspolier einen Spezialbaufacharbeiter für diese Arbeiten abzustellen. Ausreichend sei der Einsatz eines Fachwerkers gewesen. Insgesamt ergebe sich daher für diese Arbeiten eine berechnete Forderung in Höhe von 252,64 Euro (142,24 Euro + 110,40 Euro). Die Klägerin hat gegen diese Ausführungen keine Einwendungen erhoben. Der Senat schließt sich daher diesen überzeugenden Ausführungen an.

Die Klägerin hat weiter nicht beweisen können, dass die mit einem Betrag in Höhe von 944,25 Euro (504,50 Euro + 439,75 Euro) abgerechneten Betonsanierungsarbeiten erforderlich gewesen sind. Der Sachverständige Dr. F. hat hierzu ausgeführt, dass er den Umfang etwaiger Sanierungsarbeiten anhand der Aktenlage nicht beurteilen könne. Es sei zwar grundsätzlich vorstellbar, dass durch Demontage und Wiedereinbau Schäden an den Schwellen auftreten könnten. Dies sei aber nicht abstrakt zu beurteilen. Daher könne die

Position nicht als erforderlich angesehen werden. Die Klägerin hat hierzu keine weitere Stellungnahme abgegeben; der Senat konnte diese Position daher nicht berücksichtigen.

1.3.4 Für die unter Ziffer 2.2 der Anlage K 6 abgerechneten Fremdleistungen setzt der Senat einen Betrag in Höhe von insgesamt 7.175,17 Euro an. Dieser Betrag setzt sich aus den folgenden Einzelpositionen zusammen:

(...)

Der Sachverständige hat die abgerechneten Leistungen sämtlich als erforderlich angesehen und die Kosten als angemessen erachtet. Substantiierte Einwendungen wurden von den Parteien hierzu nicht erhoben. Soweit der Sachverständige die Rechnung der J... K... KG vom 23.10.2009 (Bl. 1873) mit einem Betrag von 2.591,00 Euro angesetzt hat, beruht dies ersichtlich auf der schlecht lesbaren Kopie. Von der Klägerin vorgetragen ist ein Betrag von 2.691,00 Euro, welcher sich auch als Summe der Einzelpositionen ergibt.

1.3.5 Die unter Ziffer 2.3 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten in Höhe von 508,76 Euro (Bl. 1885) für die Verlegung eines Fundamentraders wurden von der Beklagten nicht substantiiert bestritten und sind als erforderliche Mängelbeseitigungskosten zu berücksichtigen.

1.3.6 Die unter Ziffer 2.4 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten in Höhe von 320,45 Euro (Bl. 1889) für die Herstellung von Sollrissfugen hat der Sachverständige Dr. F. in seinem Gutachten als erforderlich bestätigt. Einwendungen gegen diese Feststellungen des Sachverständigen hat die Beklagte nicht erhoben. Die Kosten werden daher berücksichtigt.

1.3.7 Für die unter Ziffer 2.5 der Anlage K 6 abgerechneten Pflasterarbeiten sind Kosten in Höhe von 10.196,18 Euro als für die Mängelbeseitigung erforderlich anzusehen.

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass von den mit der Rechnung der Firma S... & V... abgerechneten Kosten in Höhe von 18.448,02 (Bl. 1891 ff.) ein Anteil von 10.196,18 Euro für die durchgeführte Mängelbeseitigung erforderlich war. Der Senat legt entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen Dr. F. folgende Rechnungspositionen zu Grunde:

(...)

Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 06.06.2018 sowie seiner mündlichen Anhörung im Termin vom 11.12.2018 (Bl. 2197) überzeugend ausgeführt, dass die Arbeiten in diesem Umfang zur Mängelbeseitigung erforderlich waren.

Die unter Ziffer 01 der Rechnung S. & V. abgerechnete Räumung der Bearbeitungsfläche kann insgesamt keine Berücksichtigung finden. Der Sachverständige Dr. F. hat in seinem schriftlichen Gutachten zutreffend darauf hingewiesen, dass die Notwendigkeit einer solchen Räumung nicht nachvollziehbar sei. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des von der Klägerin dargelegten Bauablaufs. Danach begann die Firma S... & V. erst nach den von der Beklagten und der Klägerin selbst ausgeführten Eigenleistungen sowie dem Einbau des Kranbahngleises. Insoweit wird Bezug genommen auf die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 11.12.2018. Aus welchem Grund zu diesem Zeitpunkt eine gesondert abzurechnende Räumung erforderlich gewesen sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Insoweit

könnte es sich dann allenfalls um verbliebene Materialien der Vorarbeiten gehandelt haben, welche von den beteiligten Unternehmen hätten entfernt werden müssen.

Zu den in den Ziffern 02 bis 04 vorgenommenen Kürzungen hat der Sachverständige insbesondere im Rahmen seiner mündlichen Anhörungen seine Berechnungen nachvollziehbar erläutert. Danach genügte für die Sanierung der Drainage die Bearbeitung einer Länge von insgesamt 76,80 m für zwei Drainagerohre. Soweit die Klägerin die Ansicht vertritt, auf beiden Seiten sei für jedes Rohr ein zusätzlicher Übergangsbereich von 75 cm zu berücksichtigen und daher eine Mehrlänge von 3 m zu berechnen, hat der Sachverständige dies für überflüssig erachtet. Unter Bezugnahme auf die seiner Ansicht nach auszutauschenden 8 Schwellen (= 38,4 m, s.o. Ziffer 1.4.2) erläutert er, dass insoweit bereits an jedem Ende eine Schwellenlänge im Bereich des Übergangs zusätzlich berücksichtigt worden sei. Der engere Sanierungsbereich habe nur die Länge von 6 Schwellen betroffen, dies gelte auch für die Drainage. Die Erforderlichkeit der zusätzlichen Schwellen habe darauf beruht, dass bei einer Bodensanierung nicht exakt bis an eine Grenze herangearbeitet werden könne. Werde der Boden bis zum Ende einer Schwelle ausgehoben, sacke zwangsläufig die angrenzende Schwelle ab und müsse ebenfalls ausgebaut werden. Die Länge dieser zusätzlichen Schwelle genüge aber dann problemlos, um die parallel verlaufenden Drainagen ordnungsgemäß einzubauen. Ein weiterer Übergangsbereich sei nicht erforderlich, die abgerechneten 3 zusätzlichen Meter seien daher nicht zu berücksichtigen. Für die Position 04 (Rohre) seien ebenfalls nur die 3 m zu kürzen. Soweit die Position damit umfangreicher ausfalle als die Positionen 02 und 03, beruhe dies auf den Querverbindungen der Drainageleitungen zum Gleis. Der Senat schließt sich dieser umfassend erläuterten Begründung des Sachverständigen an.

Zu den Ziffern 05 bis 07 hat der Sachverständige die Leistungen als erforderlich und die Preise als üblich angesehen. Demgegenüber handle es sich bei den unter Ziffer 08 abgerechneten Kosten um eine zusätzliche und damit nicht erforderliche Leistung. Einwendungen hierzu wurden von den Parteien nicht erhoben. Die Ziffer 09 hat der Sachverständige sowohl hinsichtlich der Masse als auch hinsichtlich des Einheitspreises gekürzt. Die vorgenommene Kürzung der Masse beruht auf den gleichen Erwägungen wie zu den Ziffern 02 und 03. Als Preis hat der Sachverständige maximal 29,- Euro für üblich erachtet.

Für die unter Ziffer 10 der Rechnung abgerechnete Herstellung einer Tragschicht hatte der Sachverständige Dr. F. in seinem schriftlichen Gutachten eine Fläche von nur 115,20 m² statt der abgerechneten 291,27 m² angesetzt. Während die Klägerin für die Berechnung von einer Länge von 39,90 m und einer Breite von 7,3 m (2 * 1,5 m Beton sowie 1,3 + 3 m Pflaster) ausging, legte der Sachverständige eine Länge von 38,40 m sowie eine Breite von nur 3 m für den gepflasterten Bereich zugrunde. Hinsichtlich der Berechnung der anzusetzenden Länge nimmt der Senat erneut Bezug auf die Ausführungen zu den Ziffern 02 und 03 dieser Rechnung. Die Frage der richtigen Breite wurde mit den Parteien ausführlich im Rahmen der mündlichen Anhörung des Sachverständigen erörtert. Der Sachverständige Dr. F. hat hierbei ausgeführt, dass grundsätzlich eine entsprechende Tragschicht erforderlich gewesen sei. Entgegen seinen schriftlichen Ausführungen sei eine

solche Tragschicht auch im Bereich der Betonschwellen zu berücksichtigen. Diese sei aber in einer unterschiedlichen Stärke ausgeführt worden und habe nur im Bereich der Pflasterfläche eine Tiefe von 40 cm aufweisen können. Die neben dem Krangleis jeweils befindlichen Betonschwellen hätten bereits selbst eine größere Tiefe als das Pflaster gehabt, so dass in diesen Bereichen nur eine Tragschicht von 20 cm erforderlich gewesen sei. Für die Pflasterflächen sei maximal eine Breite von 3 m zu berücksichtigen. Er könne bereits im Ausgangspunkt nicht verstehen, aus welchem Grund die Klägerin auf der einen Seite 1,3 m und auf der anderen Seite 3 m berücksichtigt wissen wolle. Seiner Ansicht nach sei von der in der Mitte liegenden Schiene auszugehen. Anschließend an die jeweils 1,5 m breiten Betonschwellen sei dann noch ein Bereich von bis zu 1,5 m der Pflasterung von der Sanierung betroffen gewesen. Dies ergebe sich unter Berücksichtigung der herzustellenden Baugrube und der hierfür erforderlichen Böschung. Für die Herstellung einer Tragschicht sei daher nur eine Breite von 6 m zu berücksichtigen, wobei im Bereich der Betonschwellen nur eine 20 cm tiefe Schicht erforderlich gewesen sei. Für die anzusetzende Vergütung ist der Senat daher von einer 3 m breiten und 38,40 m langen Fläche (115,20 m²) mit einem Einbau von 40 cm und einer entsprechend großen Fläche mit nur 20 cm ausgegangen. Dementsprechend hat der Senat für die Fläche unterhalb der Betonschwellen einen reduzierten Einheitspreis von nur 6,90 Euro/m² angesetzt. Insgesamt ergibt sich für diese Position ein angemessener Preis von 2.384,64 Euro.

Den unter Ziffer 11 abgerechneten Abtransport von 4 lfm Betonkantsteinen hat der Sachverständige als nicht erforderlich angesehen, da diese Restmengen nicht nachvollziehbar abzugrenzen seien. Die unter Ziffer 12 abgerechnete Neulieferung von entsprechenden Steinen sei erforderlich gewesen, es habe aber eine Menge von 78 lfm genügt. Zu diesen Kürzungen hat die Klägerin nicht substantiiert Stellung genommen, der Senat ist daher den Feststellungen des Sachverständigen gefolgt.

Zu den verbleibenden Positionen 13 bis 16 betreffend alte und neue Pflastersteine hat der Sachverständige ausgeführt, dass nur die Arbeiten der Positionen 13 und 14 zu berücksichtigen seien, dann aber mit der insgesamt anzusetzenden Pflasterfläche von 115,20 m². Für die Berechnung der Fläche wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Zur Begründung hat der Sachverständige ausgeführt, dass allein durch die Sanierung kein Austausch der Pflastersteine erforderlich geworden sei. Etwaige Beschädigungen der alten Steine seien durch andere Ursachen entstanden. Als für die Sanierung erforderlich könne daher nur der Wiedereinbau der alten Steine angesehen werden. Hierfür sei ein Preis von 15,25 Euro/m² als noch angemessen anzusehen. Insgesamt ergibt sich daher für die Positionen 13 und 14 ein Preis von 1.756,80 Euro. Die Positionen 15 und 16 können keine Berücksichtigung finden.

1.3.8 Als im Rahmen der Mangelbeseitigung erforderliche Kosten sind weiter die Sachverständigenkosten des Büros M... in Höhe von insgesamt 9.217,30 Euro zu berücksichtigen (Ziffer 3.1 der Anlage K 6).

Die mit Rechnungen vom 19.11.2009 (Bl. 1898) bzw. 27.01.2010 (Bl. 1897) abgerechneten Kosten in Höhe von 7.057,30 Euro bzw. 2.160,- Euro sind im Wesentlichen für Maßnahmen der Bodenuntersuchung, die Ermittlung der Schadensursache, die Untersuchung des

ausgebauten RC-Materials, die Erstellung eines Gutachtens sowie verschiedene Überprüfungen der Tragfähigkeit im Rahmen der Sanierung angefallen. Es handelt sich daher grundsätzlich um im Rahmen der Mangelbeseitigung erforderliche und erstattungsfähige Kosten. Soweit die Beklagte gegen die konkret angefallenen Kosten einwendet, dass die Anzahl der (Last-) Plattendruckversuche überhöht und die Untersuchung des ausgebauten RC-Materials unnötig gewesen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Die Klägerin durfte sich insoweit auf die Vorgaben des von ihr eingeschalteten Privatsachverständigen verlassen. Insoweit wird Bezug genommen auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 03.11.2017 (Bl. 2048 ff.).

Anteilige Kürzungen an dieser Position sind nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. F. nicht vorzunehmen, da sie in keinem Zusammenhang mit denjenigen Arbeiten stehen, welche der Sachverständige Dr. F. als nicht im Rahmen der Mangelbeseitigung erforderlich angesehen hat.

1.3.9 Die unter Ziffer 4.1 der Anlage K 6 abgerechneten Kosten der Bauoberleitung sind in Höhe von 369,77 Euro zu berücksichtigen. Der Senat hat insoweit die nach den obigen Ausführungen berechtigten Forderungen zu den Ziffern 1.1 bis 2.5 der Anlage K 6 (25.826,68 Euro) ins Verhältnis gesetzt zu den insoweit geltend gemachten Kosten (37.716,91 Euro). Die Kürzung der unter Ziffer 4.1 abgerechneten Kosten (540,- Euro) erfolgte entsprechend.

1.3.10 Insgesamt ergibt sich daher ein Betrag in Höhe von 35.413,75 Euro wie folgt:

(...)

Die Klägerin kann sich gegenüber den vorgenommenen Kürzungen nicht auf das zu ihren Gunsten bestehende Prognoserisiko berufen. Als Fachunternehmen, das die Arbeiten zunächst selbst ausgeführt hatte, kann sich die Klägerin nicht auf die fehlende Erkennbarkeit überhöhter Preise oder unnötiger Leistungen berufen. Vielmehr obliegt es dem Auftraggeber im Rahmen der Nachbesserung, die durchzuführenden Arbeiten sowie die beauftragten Unternehmen sorgfältig auszuwählen.

Hinsichtlich der von den Kürzungen betroffenen Positionen ist davon auszugehen, dass die Klägerin deren (teilweise) Unangemessenheit hätte erkennen können.

1.4 Der Anspruch der Klägerin ist um einen Mitverschuldensanteil in Höhe von 25 % zu kürzen, so dass ein Anspruch in Höhe von 26.560,31 Euro (75 % von 35.413,75 Euro) verbleibt.

1.4.1 Ein der Klägerin anzulastendes Mitverschulden ergibt sich aufgrund der fehlerhaft geplanten Drainage. Für die Haftung hinsichtlich dieses Mangels sind dabei die Fehlplanung der Klägerin und der unterlassene Bedenkenhinweis gegeneinander abzuwägen.

Hierfür ist die Regelung des § 254 BGB jedenfalls analog auch beim Nacherfüllungsanspruch zu berücksichtigen. Zwar gilt § 254 BGB unmittelbar nur für die Leistung von Schadensersatz. Als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens ist er aber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch auf die werkvertragliche Nachbesserung anzuwenden. Insoweit muss sich der Auftraggeber den Umständen nach angemessen an

den Mängelbeseitigungskosten beteiligen (BGH, Urteil vom 22. März 1984 - **VII ZR 50/82** -, **BGHZ 90, 344-354**; BGH, Urteil vom 26.02.1981, **VII ZR 287/79**, **NJW 1981, 1448**, 1449 m.w.N.). Haften mehrere Unternehmer für Mängel ihrer Gewerke, welche nur einheitlich beseitigt werden können, haften sie insoweit als Gesamtschuldner (vergleiche BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 - **VII ZR 126/02** -, **BGHZ 155, 265** - 273; Ingenstau/Korbion-Wirth, 20. Auflage, Teil B § 13 Abs. 5 Rn. 378). Dies führt letztlich dazu, dass bei einer Mitverantwortlichkeit der Klägerin für den Mangel deren Verursachungsbeitrag (wie bei einem Gesamtschuldnerausgleich) der Beklagten gutzubringen ist. Dieser Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens gilt auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung (BGH, Urteil vom 18.12.1980 - **VII ZR 43/80** -). Grundsätzlich besteht die Tendenz, den Verursachungsbeitrag einer vermeidbaren Fehlplanung des Architekten schwerwiegender zu bewerten, als den "bloß" unterlassenen Bedenkenhinweis des Auftragnehmers. Auch hat es der Bundesgerichtshof für möglich gehalten, dass das Gewicht des Planungsfehlers im Verhältnis zum Ausführungsfehler eines Bauunternehmers derart überwiegen könne, dass der Mitverschuldensanteil des Bauunternehmers ganz zurücktrete (BGH, Urteil vom 19.12.1968, **VII ZR 23/66**). Der BGH hat jedoch wiederholt darauf hingewiesen, dass die Verletzung von Prüf- und Hinweispflicht nicht bagatellisiert werden darf, weil diese in der Regel eine gewichtige Ursache für den Schaden am Bauwerk darstellen (BGH, Urteil vom 27.11.2008, **VII ZR 206/06**, BGH, Urteil vom 24.02.2005, **VII ZR 328/03**). Andererseits kann sich der Auftragnehmer bei unterlassenem Hinweis auf das mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers und/oder seines Erfüllungsgehilfen dann nicht berufen, wenn er den fehlerhaften Plan ausführt, obwohl er erkennt, dass der Planungsfehler mit Sicherheit zu einem Mangel des Bauwerks führen muss. Auch dies gebietet der hier in der Grundlage maßgebende Gedanke von Treu und Glauben (so BGH **NJW 1973, 518**, **BGHZ 90,344**) (vgl. Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 20. Auflage, Teil B § 4 Abs. 3, Rn. 84, 85).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sind die Verursachungsbeiträge der Parteien auf den Mangel der Drainage bezogen als gleichwertig anzusehen. Die fehlerhafte Planung der Klägerin stellt zunächst die grundlegende Ursache des Mangels dar. Die Beklagte als ausführendes Unternehmen hat aber wiederum aufgrund ihrer eigenen Fachkenntnis

erkannt, dass die Art der Ausführung die gesamte Gründung in Gefahr bringen kann. Daher stellt es auch ein erhebliches Versäumnis dar, dieses nicht mitzuteilen. Hinsichtlich der weiteren von der Beklagten zu vertretenden Mängel ist ein Mitverschulden der Klägerin nicht ersichtlich.

Hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Mängel konnten die Sachverständigen keine eindeutigen Angaben machen. So hat der Sachverständige Dr. F. in seinem Gutachten ausgeführt, dass sämtliche Mängel die Tragfähigkeit des Untergrunds für den Kran beeinträchtigt haben. Eine genaue Abwägung der verschiedenen Verursachungsbeiträge könne er nicht vornehmen, er sehe aber das Hauptproblem in dem fehlerhaften Drainagesystem. Der Senat folgt dieser Einschätzung des Sachverständigen. Es ist insbesondere nachvollziehbar, dass die dauerhaft fehlerhafte Ableitung von

Niederschlagswasser zu einer Aufweichung des Bodens und damit einer Schwächung der Tragfähigkeit führt. Unter Anwendung des § 287 ZPO werden daher die Mängel in der Form gewichtet, dass dem Drainagemangel ein Verursachungsbeitrag von 50 % und den beiden anderen Mängeln, nämlich Schottertragschicht und fehlende Tragfähigkeitsuntersuchungen, ein Verursachungsbeitrag von jeweils 25 % zugeschrieben wird. Damit hat die Klägerin aufgrund ihres hälftigen Mitverschuldens für den Drainagemangel einen Anteil von 25 % an den Gesamtkosten zu tragen.

1.4.2 Eine weitere Kürzung der Ansprüche ist nicht wegen etwaiger zusätzlicher Probleme im tieferen Untergrund gerechtfertigt.

Der Senat verkennt nicht, dass nach Ansicht der Sachverständigen eine weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Hierfür spricht, dass auch nach der erfolgten Sanierung erneut Probleme aufgetreten sind. Dieser Umstand ändert aber nichts an der grundsätzlichen Haftung der Beklagten für die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten bzw. die hierfür aufgewandten Kosten. Zum Zeitpunkt der durchgeführten Sanierung war den Beteiligten nicht bekannt, dass ein weiteres Problem im tieferen Untergrund bestehen könnte. Wie bereits ausgeführt, durfte sich die Klägerin daher aufgrund der von ihr veranlassten Untersuchungen darauf verlassen, dass die erkennbaren Mängel des Werks der Beklagten für die aufgetretenen Setzungen verantwortlich waren. Auch der später tätige gerichtlich bestellte Sachverständige Dr. F. hat - in Kenntnis möglicher weiterer Ursachen - als wesentliche (Mit-) Ursachen der Setzung die Art der Ausführung der Drainage und die fehlerhafte Ausführung der Schottertragschicht (Bl. 447 und 449) angesehen.

Letztlich bedarf die Frage der Kausalität der Mängel für die eingetretenen Setzungen aber auch keiner abschließenden Entscheidung. Unabhängig vom Eintritt eines solchen Schadens war die Beklagte zur Beseitigung der von ihr verursachten Mängel verpflichtet. Diese Haftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass im tieferen Baugrund ein zusätzliches und von allen Beteiligten zunächst nicht erkennbares weiteres Risiko bestand. Der Klägerin kann nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. F. insoweit kein Verschulden vorgeworfen werden. So hat der Sachverständige zwar ausgeführt, dass nach den inzwischen vorliegenden Erkenntnissen die Planung von Anfang an nicht geeignet gewesen sei, die Setzungen zu verhindern. Gleichzeitig haben die Sachverständigen aber festgestellt, dass das Baugrundgutachten M... aus dem Jahr 2008 ordnungsgemäß erstellt worden war und das darauf gründende Leistungsverzeichnis entsprechend nicht zu beanstanden war.

Eine Mithaftung der Klägerin ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um ihren Risikobereich und damit ihre Verantwortung handeln könnte. Unabhängig davon, ob dies im vorliegenden Fall so zu werten wäre, waren die Probleme im tieferen Baugrund nicht ursächlich für die von der Beklagten verursachten Mängel und die zur Mangelbeseitigung durchgeführten Maßnahmen. Eine andere Bewertung könnte allenfalls dann in Betracht kommen, wenn bereits bei der ersten Sanierung die weitergehenden Probleme bekannt und mit behoben worden wären. Dies war aber nicht der Fall, ohne dass dies der Klägerin vorgeworfen werden könnte. Ein

Grund, die Klägerin in einem weitergehenden Umfang an den Kosten der ersten Sanierung zu beteiligen, liegt damit nicht vor.

1.5 Der Anspruch der Klägerin ist in Höhe von 5.802,86 Euro im Wege des Vorteilsausgleichs zu kürzen.

1.5.1 Der Beklagten sind im Rahmen der von ihr durchgeführten Sanierungsarbeiten als erforderlich anzusehende Kosten in Höhe von 16.290,42 Euro entstanden.

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass von den mit der Anlage BB 4 (Bl. 2047i) abgerechneten Kosten in Höhe von 17.300,20 Euro ein Anteil von 16.290,42 Euro für die durchgeführte Mängelbeseitigung erforderlich war. Der Sachverständige Dr. F. hat die von der Beklagten abgerechneten Leistungen überwiegend für erforderlich erachtet und die Preise nicht beanstandet. Der Senat geht daher insoweit nur auf die problematischen Punkte ein.

Der Sachverständige hat die für die Planumsverdichtung anzusetzende Fläche mit überzeugender Begründung auf 105 m² reduziert. Die Beklagte hat ihre diesbezüglichen Einwendungen im Rahmen der mündlichen Anhörung fallen lassen. Für diese Position wurde daher nur ein Betrag von 220,50 Euro (statt 242,76 Euro, Differenz: 22,26 Euro) angesetzt. Soweit der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten die Kosten um 300,- Euro für den An- und Abtransport des Minibaggers gekürzt hat, folgt der Senat dieser Begründung nicht. Der Geschäftsführer der Beklagten hat im Rahmen der mündlichen Sachverständigenanhörung überzeugend geschildert, dass die zuletzt senkrecht ausgeführte Tieferschachtung nur durch einen in die Baugrube hineinfahrenden Minibagger hätte ausgeführt werden können. Der Sachverständige Dr. F. hat hierzu zwar nachvollziehbar ausgeführt, dass diese Art der senkrechten Ausschachtung im konkreten Fall nicht fachgerecht gewesen sei und vielmehr mit dem vorhandenen Bagger eine von der Seite ausgeführte Ausschachtung mit Böschung richtig gewesen wäre. Gleichzeitig hat der Sachverständige aber die Behauptung der Beklagten bestätigt, dass bei diesem Vorgehen die Baugrube zusätzlich hätte vergrößert werden müssen, mithin erhebliche Zusatzkosten entstanden wären. Vor diesem Hintergrund ist eine Kürzung der für den Einsatz des Minibaggers angefallenen Kosten nicht gerechtfertigt. Auch hinsichtlich der im schriftlichen Gutachten wegen der unklaren Kubatur als fraglich bezeichneten Positionen für die Tieferschachtung besteht nach der Anhörung kein Anlass für eine Kürzung. Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Ergänzungsfrage die der angesetzten Kubatur zugrundeliegenden Maße dargelegt. Diesen ist die Klägerin nicht entgegen getreten. Der Sachverständige wiederum hat die Angaben für plausibel erachtet, auch wenn er deren Richtigkeit nicht mehr überprüfen konnte. Vor diesem Hintergrund hätte es der Klägerin obliegen, die von der Beklagten behaupteten Maße substantiiert zu bestreiten. Die Positionen Nachverdichtung des Kiesplanums (180,- Euro), Baggerstillstand (290,- Euro), Anlieferung Split (184,32 Euro) sowie Anlieferung Beton fein (333,20 Euro) hat der Sachverständige mit überzeugenden Begründungen als nicht erforderlich angesehen. Die Nachverdichtung des Kiesplanums sei nicht erforderlich, da in der vorherigen Position bereits das Verdichten des einzubauenden Kieses enthalten sei. Der Anlass für den Baggerstillstand sei nicht hinreichend nachzuvollziehen und daher nicht zu berücksichtigen. Hinsichtlich der geltend gemachten

Kosten für die Anlieferung von Split bzw. Beton könne er anhand der Abrechnung nicht zuordnen, wo diese Mengen eingebaut worden seien sollen. Zu einem denkbaren Einbau unterhalb der Kranbahnschwellen würden die abgerechneten Mengen nicht passen. Daher könnten diese Positionen keiner konkreten Mangelbeseitigungsmaßnahme zugeordnet werden. Gegen diese Feststellungen des Sachverständigen hat die Beklagte keine Einwendungen erhoben, insbesondere keine weitergehenden Erläuterungen zu den Positionen abgegeben.

Unter Berücksichtigung der dargestellten Kürzungen des Sachverständigen in Höhe von 1.009,78 Euro (22,26 Euro + 180,- Euro + 290,- Euro + 184,32 Euro + 333,20 Euro) ergeben sich daher zu berücksichtigende Kosten der Beklagten in Höhe von 16.290,42 Euro.

1.5.2 In Höhe von 2.307,- Euro handelt es sich um von der Klägerin zu 100 % zu tragende Sowieso-Kosten. Hierbei handelt es sich um diejenigen Kosten, welche für die im Verhältnis zur ursprünglichen Sohle erfolgte Tieferschachtung angefallen sind. In diesem Zusammenhang sind Kosten in Höhe von 300,- Euro für den An- und Abtransport des Minibaggers, 177,- Euro bzw. 486,- Euro für die aufgenommenen 30³ Lehm Boden sowie 1.344,- Euro für den eingebauten Schotter angefallen, insgesamt 2.307,- Euro. Weitere Sowieso-Kosten sind weder ersichtlich noch von der Beklagten substantiiert dargelegt.

Hinsichtlich der restlichen Sanierungskosten in Höhe von 13.983,42 Euro haftet die Klägerin mit dem ihr anzulastenden Anteil von 25 %. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Dies entspricht einem Betrag von 3.495,86 Euro.

Insgesamt ergibt sich daher der vorzunehmender Vorteilsausgleich in Höhe von 5.802,86 Euro.

1.6 Es verbleibt daher ein berechtigter Anspruch der Klägerin in Höhe von 20.757,45 Euro (26.560,31 Euro - 5.802,86 Euro).

2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte weiter ein Anspruch auf Zahlung von 28.166,90 Euro als Schadensersatz an die Streithelferin zu 7) aus § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B zu.

2.1 Die Klage ist auch insoweit zulässig. Insbesondere ist die Klägerin zur Geltendmachung des Mietausfallschadens der Streithelferin zu 7) im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft berechtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine gewillkürte Prozessstandschaft eine wirksame Ermächtigung des Prozessstandschafters zur gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche des Rechtsinhabers sowie ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an dieser Rechtsverfolgung voraus. Ein solches ist gegeben, wenn die Entscheidung Einfluss auf die eigene Rechtslage hat, und kann auch wirtschaftlicher Natur sein (BGH, Urteil vom 23. September 1992 - **I ZR 251/90**; BGH, Urteil vom 24. Februar 1994 - **VII ZR 34/93**; BGH, Urteil vom 10. November 1999 - **VIII ZR 78/98**; BGH, Urteil vom 13. November 2001 - **X ZR 134/00**; BGH, Urteil vom 13. Februar 2008 - **VIII ZR 105/07**; BGH, Urteil vom 27. November 2014 - **I ZR 124/11**; BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 - **XII ZR 147/14**). Vorliegend ist die Streithelferin zu 7) dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten. Außerdem hat sie sich dem Antrag gerichtet auf Zahlung an sie angeschlossen und die Klägerin jedenfalls damit zur Geltendmachung ermächtigt. Ein

Interesse der Klägerin ist ebenfalls gegeben, da sie sich einem entsprechenden Anspruch der Streithelferin zu 7) ausgesetzt sieht.

2.2 Hinsichtlich des Vorliegens von Mängeln der Werkleistung wird auf die Ausführungen unter Ziffer 1 Bezug genommen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen waren die Mängel mitursächlich für die Setzung des Gleises. Unabhängig davon handelt es sich bei dem geltend gemachten Mietausfall um denjenigen Zeitraum, welchen die Mangelbeseitigung in Anspruch genommen hat. Die Mangelbeseitigung wäre vorliegend - wie ausgeführt - aber auch unabhängig vom Eintritt des tatsächlichen Schadens erforderlich gewesen. Der Beklagten ist jedenfalls fahrlässiges Verhalten hinsichtlich der festgestellten Mängel vorzuwerfen. Im Wege der Drittschadensliquidation kann die Klägerin daher den Mietausfall der Streithelferin zu 7) geltend machen. Die Klägerin hat hierzu schlüssig dargelegt, dass der auf dem fraglichen Gleis eingesetzte Peiner-Kran sowie die zugehörige Fläche im Zeitraum der Sanierungsarbeiten tatsächlich vermietet gewesen seien und die Nutzung des Krans für den Zeitraum vom 18.09.2009 bis zum 22.10.2009 (35 Kalendertage) nicht möglich gewesen sei. Den errechneten Mietausfall in Höhe von 37.555,86 Euro hat die Klägerin anhand der mit der Mieterin vereinbarten Jahresmieten nachvollziehbar errechnet (vgl. Bl. 1960) und die entsprechende Erstattung durch Vorlage von Gutschriften (Bl. 1970 ff.) belegt. Der Anspruch der Klägerin ist um den Anteil ihres Mitverschuldens (25 %) zu kürzen, so dass sich ein berechtigter Anspruch in Höhe von 28.166,90 Euro ergibt.

Auf eine Haftungsbegrenzung wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 VOB/B kann sich die Beklagte nicht berufen. Diese hat durch den Einbau der zu dünnen Schottertragschicht jedenfalls gegen die vertraglichen Regelungen verstoßen (§ 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 b VOB/B). Die zu dünne Schottertragschicht, der Einbau der Drainage und die fehlenden Lastdruckversuche stellen zudem Verstöße gegen die anerkannten Regeln der Technik dar (§ 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 a VOB/B).

3. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1 S. 1 und 2, 288 Abs. 2 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 101 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Ein Grund, die Revision zuzulassen, ist nicht ersichtlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert wird auf 84.603,07 EUR festgesetzt.