

**Titel:**

**Leistungen, Berufung, Auslegung, Beschaffenheit, Verletzung, Technik, Schadensersatzanspruch, Feststellung, Frist, Sachmangel, Planungsfehler, Pflichtverletzung, Berechnung, Schaden, Regeln der Technik, keinen Erfolg, konkrete Anhaltspunkte**

**Schlagworte:**

Leistungen, Berufung, Auslegung, Beschaffenheit, Verletzung, Technik, Schadensersatzanspruch, Feststellung, Frist, Sachmangel, Planungsfehler, Pflichtverletzung, Berechnung, Schaden, Regeln der Technik, keinen Erfolg, konkrete Anhaltspunkte

**Vorinstanz:**

LG München II, Endurteil vom 12.10.2018 – 3 O 5590/13 Arch

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Beschluss vom 07.08.2020 – 28 U 3980/18 Bau

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 58773

**Tenor**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung (en) gegen das Endurteil des Landgerichts München II vom 12.10.2018, Az. 3 O 5590/13 Arch, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufungen offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufungen nicht geboten ist.

**Entscheidungsgründe**

A - Endurteil des Landgerichts

**1**

Das Landgericht hat die auf bezifferten Schadensersatz bzw. auf Feststellung der Schadensersatzpflicht aus einem Planungsvertrag betreffend das Bauvorhaben „Casino des B. Y.S.“ gerichtete Klage überwiegend für begründet erachtet. Der Klägerin stehe gegen den Beklagten ein diesbezüglicher Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1 S. 1, 281 Abs. 1, Abs. 2, 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 631 Abs. 1 BGB zu.

**2**

1. Zwischen den Parteien sei unstreitig unter dem 21.02.2003/05.03.2003 ein Vertrag über die Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit der technischen Bearbeitung der CSV Gründung des Casinos des BYC S. geschlossen worden; im Vertrag würden die werkvertraglichen Elemente überwiegen, da die Leistungen des Beklagten zur Planung der Dimensionierung der Gründung im Vordergrund stünden.

**3**

2. Die Werkleistung des Beklagten sei jedoch nach dem funktionalen Mangelbegriff mangelhaft gewesen.

**4**

Bei einer Beauftragung mit Planungsleistungen schulde der Planer eine mangelfreie und funktionstaugliche Planung, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspreche. Die von den Parteien übereinstimmend vorausgesetzte Verwendung der Planungsleistungen des Beklagten habe darin bestanden, als Grundlage für die Herstellung der CSV-Säulen zum Zwecke der funktionstauglichen Gründung des Casinos des BYC S. zu dienen. Dies beinhalte eine Gründung, die nur übliche und gebäudeverträgliche Setzungen nach sich ziehe. Gemessen hieran sei die Planung des Beklagten mangelhaft gewesen.

**5**

a) Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. V. entspreche die Planung nicht den anerkannten Regeln der Technik.

**6**

Zudem sei aufgrund des Planungsfehlers des Beklagten die Gründung nicht so dimensioniert worden, dass sie nur übliche und gebäudeverträgliche Setzungen nach sich ziehe. Aufgrund der mangelhaften Planung des Beklagten habe die Klägerin vielmehr die CSV-Säulen nur bis in 10 m Tiefe ausgeführt. Mit dieser Säulenlänge sei es nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. V. nicht möglich gewesen, eine übliche und gebäudeverträgliche Setzung des Casinos zu gewährleisten.

**7**

b) Nach den Ausführungen des Sachverständigen könne die Argumentation des Beklagten, nicht die Berechnung des Beklagten sei falsch, sondern tatsächlich hätten Ausführungsfehler der Klägerin bei der Herstellung der Säulen zu den übermäßigen Setzungen geführt, nicht überzeugen.

**8**

Für einen Ausführungsmangel lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Der Setzungsverlauf und die Setzungsverteilung ließen sich mit den natürlichen Bodenverhältnissen zwanglos erklären. Anhaltspunkte für Herstellungsfehler hätten sich weder, soweit die Säulen im vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren untersucht werden konnten, noch soweit die Probesäulen vom Streithelfer des Beklagten selbst überprüft worden seien, ergeben.

**9**

3. Den aufgezeigten Planungsmangel habe der Beklagte auch gemäß § 276 BGB zu vertreten.

**10**

Er habe zumindest fahrlässig gehandelt. Nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen seien die großen Setzungen rechnerisch vorauszusagen gewesen und hätten auch bei angemessener Verwendung der Regelwerke erkannt werden müssen.

**11**

4. Eine Nachfristsetzung durch die Klägerin sei entbehrlich gewesen, da sich der aufgezeigte Planungsmangel bereits im Bauwerk verkörpert habe und seine Beseitigung nicht mehr möglich sei.

**12**

5. Der Beklagte sei der Klägerin somit zum Ersatz des aufgrund dieser Pflichtverletzung entstandenen Schadens verpflichtet, § 249 BGB.

**13**

Der Schaden der Klägerin liege darin, dass sie als ausführendes Unternehmen gegenüber dem Bauherren den Schaden zu ersetzen habe, der an dem Bauwerk aufgrund der aufgetretenen Setzungen von über 3 cm entstanden sei und noch entstehen werde. Die Pflichtverletzung des Beklagten sei kausal für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden.

**14**

Lediglich der Feststellungsantrag „Verzinsungspflicht für von der Klägerin eingezahlte Gerichtskosten“ sei unbegründet. Eine Anspruchsgrundlage hierfür bestehe nicht. Es fehle zudem schlüssiger Vortrag zu einem der Klägerin insoweit entstandenen Schaden.

B - Berufung

**15**

Gegen dieses Endurteil haben sowohl der Beklagte als auch der Streithelfer des Beklagten Berufung jeweils mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung gemäß den Anträgen 1. Instanz eingelegt.

1. Berufung des Beklagten

**16**

Das Landgericht habe den Vertragsinhalt unzutreffend dargestellt.

**17**

Die DIN 1054 sei auf den hier vorliegenden Seeton nicht anwendbar. Die vom Gericht zitierte Setzungsprognose sei ebenso unzutreffend wie auch die Annahme, die Erstellung dieser angeblich unzutreffenden Setzungsprognose, beruhend auf dem Ansatz eines zu günstigen Steifemoduls von 10 MN/m<sup>2</sup>, sei ein Planungsfehler. Tatsächlich sei der vom Landgericht vorgenommene empirische Ansatz eines Steifemoduls von 2 Mn/m<sup>2</sup> aus dem Bodengutachten durch die tatsächliche Ermittlung des Rechenwerks überholt. Schließlich habe das Landgericht die Kausalität zwischen Planungsfehler und Schaden zu Unrecht bejaht. Die Entscheidung des Landgerichts beruhe auf Rechtsverletzungen. Daneben rechtfertigten die zugrundezulegenden Tatsachen eine andere Entscheidung, da bei entscheidungserheblichen Feststellungen konkrete Zweifel an der Richtigkeit bestünden. Zur Begründung der konkreten Zweifel beziehe sich der Beklagte vollinhaltlich auf das Sachverständigengutachten 2, welches mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz vorgelegt werde.

#### 18

a) Entgegen der Ansicht des Landgerichts habe der Beklagte keine Vertragspflicht gehabt, über ein bestimmtes Maß hinausgehende Verformungen und Setzungen der Bodenplatte des Casino-Gebäudes zu verhindern.

#### 19

Der Beklagte und dessen Streithelfer hätten vielmehr die vertragliche Pflicht gehabt, abzuklären, ob die Gründung des Casino-Gebäudes mittels Bodenverbesserung durch CSV-Säulen, ohne für die Gebäudekonstruktion kritische Setzungen, möglich wäre. Zu keinem Zeitpunkt habe der Beklagte die Einhaltung einer Maximalsetzung von 3 cm vertraglich bindend zugesagt. Es sei dem Beklagten nicht zuzurechnen, wenn die Klägerin dem BYC im Vergabegespräch am 09.12.2002 infolge eines mit dem Beklagten informatorisch geführten Telefonats eine Maximalsetzung von 3 cm zugesagt und mit Vertragsschluss am 24.02.2003 Setzungen in dieser Größenordnung bindend garantiert habe, ohne diese vorher durch Berechnungen zu verifizieren. Der Beklagte sei erst am 05.03.2003, somit nach der Garantiezusage der Klägerin gegenüber dem BYC, mit der Berechnung des Setzungsverhaltens der CSV Säulen beauftragt worden. Diese Vertragspflicht habe er erfüllt.

#### 20

b) Die Heranziehung der DIN 1054 zur Bestimmung üblicher und gebäudeverträglicher Setzungen verbiete sich bei dem hier vorliegenden Seeton.

#### 21

Die Eingrenzung des Landgerichts, wonach der Beklagte die Einhaltung eines Setzungsverhaltens von 2 - 4 cm geschuldet habe, da nur diese üblich und gebäudeverträglich sei, sei somit falsch. Dieser Fehler sei auch entscheidungserheblich, da das Gericht einen Planungsfehler des Beklagten mit dieser falschen Eingrenzung begründet habe.

#### 22

c) Ferner gebe es bei einer Gründung in Seeton auf Basis eines Sondervorschlags tatsächlich gar keine üblichen Setzungen. Übliche Setzungen seien bei so seltenen und speziellen Gründungen in Seeton nicht zu definieren. Für den Werkerfolg sei daher darauf abzustellen, ab wann sich die Setzungen als für die Gebäudekonstruktion kritisch erwiesen. Zu erwartende Setzungen zwischen 3 und 8 cm seien für die Gebäudekonstruktion des Casinogebäudes unkritisch gewesen. Der Werkerfolg sei somit erreicht.

#### 23

d) Ferner sei die dem Urteil zugrunde liegende Setzungsprognose von bis zu 32 cm unzutreffend.

#### 24

Dieses Setzungsverhalten sei vom Sachverständigen ohne Berechnung einfach behauptet worden. An der Richtigkeit der vom Gericht festgestellten Setzungsprognose von bis zu 32 cm, auf die sich die Urteilsbegründung ausdrücklich stütze, mit der eine unübliche und Gebäude unverträgliche Setzung und damit ein Planungsfehler des Beklagten begründet werde, bestünden erhebliche Zweifel. Eine erneute Feststellung sei insoweit daher geboten.

#### 25

e) Das vom Landgericht im Rahmen der Urteilsbegründung in Bezug genommene und den Setzungsprognosen von 5 - 32 cm angeblich zugrunde gelegte Steifemodul von 2 Mn/m<sup>2</sup> bzw. 3 Mn/m<sup>2</sup> stelle einen empirischen Erfahrungswert aus dem Jahr 2002 bzw. 2006 dar. Spätestens seit der

Durchführung der Pressiometerversuche im September 2016 lägen aber Ist-Werte als Basis der Ermittlung des Steifemoduls vor, die mit Schriftsatz vom 28.11.2016 vorgelegt worden und aussagekräftiger als die Schätzungen seien. Das Erstgericht habe zwar gewürdigt, dass auf Basis des vor Ort tatsächlich ermittelten Wertes des Steifemoduls von 9,7 Mn/m<sup>2</sup> eine realistische Setzung der Bodenplatte von 5,6 Zentimeter ermittelt worden sei, bleibe aber dennoch bei dem veralteten Ansatz des geschätzten Steifemoduls von 3 Mn/m<sup>2</sup>. Soweit sich das Gericht dabei auf die Behauptung des gerichtlichen Sachverständigen beziehe, die Ermittlung von Steifemoduli aufgrund von Pressiometerversuchen sei als kritisch anzusehen, habe sich der gerichtliche Sachverständige dabei im klaren Widerspruch zu zuvor geäußerten Ansichten gesetzt. Daher seien neue Feststellungen zu dieser Thematik geboten.

## 26

f) Entgegen der Annahme des Landgerichts sei ein Planungsfehler des Beklagten für den eingetretenen Schaden weder kausal, noch seien die Schäden, die sich aus der Verletzung einer Vertragspflicht des Vertrages Klägerin/BYC und der etwaigen Verletzung einer Vertragspflicht aus dem Vertrag Klägerin/Beklagter ergeben könnten, deckungsgleich.

## 27

Die Haftung der Klägerin gegenüber dem BYC wegen der Nichteinhaltung der vertraglich garantierten Maximalsetzung von 3 cm sei von einem Handeln des Beklagten völlig unabhängig. Die Berechnung des Subplaners des Beklagten könne folglich hinweg gedacht werden, ohne dass der Schadenseintritt bei der Klägerin entfalle. Eine Vertragspflichtverletzung des Beklagten liege nicht vor. Zudem bestünden erhebliche Zweifel an der Feststellung des Erstgerichts, ein Ausführungsfehler der Klägerin bei der Herstellung der Säulen sei auszuschließen. Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, die für das Casino-Gebäude zu prognostizierenden Setzungen wären aus ex ante-Sicht entweder von Anfang an oder auf Grund eines erkennbaren Setzungsverlaufs als kritisch für die Gebäudekonstruktion zu beurteilen gewesen, wäre der Beklagte nur in dem Rahmen schadensersatzpflichtig, in dem eine Sicherung der Gebäudekonstruktion erforderlich sei. Die für die Anhebung eines Bauwerkes notwendigen Kosten, um Maximalsetzungen zu erreichen, fielen hierunter nicht.

## 28

g) Das Erstgericht habe unzulässig im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung einen zusätzlichen alternativen Geschehensverlauf hinzu gedacht, wenn es annehme, die Klägerin und der BYC hätten trotz bindender vertraglicher Vereinbarung bei Kenntnis einer höheren Setzung das Casino-Gebäude anders gegründet.

## 29

Jedenfalls hätten dann Sowiesokosten für eine andere Gründungsart als schadensmindernd berücksichtigt werden müssen.

## 30

h) Ein Schaden aus dem Vertragsverhältnis Klägerin BYC sei mit einem Schaden aus dem Vertragsverhältnis Klägerin Beklagter nicht deckungsgleich.

## 31

Zudem sei ein erhebliches Mitverschulden der Klägerin an der Schadensentstehung wegen ihrer unverantwortlichen Vertragsgestaltung mit dem BYC zu berücksichtigen. Das Vorliegen von Mitverschulden sei nach § 254 BGB von Amts wegen zu prüfen. Dies habe das Landgericht im Rahmen seines Urteils unterlassen. Die Klägerin habe sich nur aufgrund der von ihrer leichtfertig garantierten Maximalsetzungen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt. Insoweit sei von einem weit überwiegenden Verschuldens Anteil der Klägerin auszugehen, wenn nicht sogar von einer Haftungsreduzierung für den Beklagten auf Null.

## 32

i) Ausführungen zur Höhe der Leistungsanträge in der Klage seien nicht veranlasst gewesen, da die Beträge im Rechtsstreit Klägerin BYC ausgeurteilt und bezogen auf den seinerzeit abgeschlossenen Teilvergleich der Höhe nach akzeptiert worden oder anderweitig nachvollziehbar gewesen wären. Bezogen auf die Klageerweiterung vom 15.07.2014 hätte das Gericht jedoch darauf hinweisen müssen, dass sich der Beklagte rechtzeitig und vollständig zur Schadenshöhe erklärte. Die insoweit gesetzte Schriftsatzfrist sei aufgrund von Vergleichsverhandlungen der Parteien hinfällig geworden. In diesem Zusammenhang habe das Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass förmliche Fristverlängerungen für die ursprünglich für den 01.12.2014 gesetzten Frist nicht mehr notwendig seien. Eine weitere Frist zur Erwidern auf die

Klageerweiterung sei dem Beklagten nach diesen Zeitpunkt nicht mehr gesetzt worden. Es sei daher rechtsfehlerhaft den mit Schriftsatz vom 15.07.2014 Teile bezifferten Schaden im Urteil als unstreitig zu behandeln.

## 2. Berufung des Streithelfers

### 33

Die Berufungsangriffe des Streithelfers auf das erstinstanzliche Urteil decken sich im Wesentlichen mit den Angriffen der Berufung des Beklagten.

## C - Rechtliche Einschätzung des Senats

### 34

Die als einheitliche Berufung der Beklagten zu behandelnde Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Das Landgericht hat der Schadensersatzklage zu Recht im ausgeurteilten Umfang stattgegeben.

### 35

Entscheidungserhebliche Fehler des Landgerichts bei der Tatsachenfeststellung, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung sind nach eigenständiger Überprüfung und Bewertung des Senats nicht festzustellen, so dass der Senat hieran nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für das weitere Verfahren gebunden ist. Diese Bindung entfiere nur dann, wenn die Feststellungen des Landgerichts offensichtlich lückenhaft, widersprüchlich oder unzutreffend wären (BGH WM 2015, 1562) und somit konkrete Anhaltspunkte Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit wecken würden (BGH NJW 2003, 3480).

Im Einzelnen:

### 36

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1 S. 1, 281 Abs. 1, Abs. 2, 634 Nr. 4, 633 Abs. 2, 631 Abs. 1 BGB zu.

### 37

1. Die Feststellung des Landgerichts, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei als Werkvertrag gemäß § 631 BGB anzusehen, da die werkvertraglichen Elemente überwiegen, wurde mit den Berufungen nicht angegriffen und begegnet auch sonst keinen rechtlichen Bedenken.

### 38

2. Unter Zugrundelegung des funktionalen Mangelbegriffs ist das Landgericht weiter zutreffend davon ausgegangen, dass die nach dem Vertrag geschuldete Werkleistung des Beklagten mangelhaft war.

### 39

a) Ein Sachmangel liegt nach § 633 BGB vor, wenn die Ist-Beschaffenheit des erbrachten Werks von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht (Palandt-Sprau, BGB, 79. Aufl., § 633 Rn 5). Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann.

### 40

Welche Beschaffenheit eines Werkes die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrages. Zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 633 BGB gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Danach liegt ein Mangel vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (vgl. BGH, NJW 2008, 511 m.w.N.). Die Leistungsvereinbarung der Parteien wird daher überlagert von der

Herstellungspflicht, die dahin geht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen. Das ist Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung und damit der geschuldete Erfolg.

#### 41

Bei der Beauftragung mit Planungsleistungen schuldet der Planer eine mangelfreie und funktionstüchtige Planung, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht (BGH, Urteil vom 14.02.2001 - VII ZR 176/99 -, juris).

#### 42

b) Das Landgericht hat unter Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen vertraglichen Vereinbarung zunächst das Vertragsoll ermittelt und hierzu ausgeführt, dass der Beklagte Besprechungen durchzuführen sowie die stichprobenartige Überwachung der Säulenherstellung, die Dimensionierung der Gründung, eine statische und weggesteuerte Probelastung und einen abschließenden geotechnischen Bericht zu erbringen hatte (Anlage K 43, K 8). Im Vordergrund seien die Leistungen des Beklagten zur Planung der Dimensionierung der Gründung gestanden. Ferner sei von den Parteien übereinstimmend vorausgesetzt worden, dass die Planungsleistungen des Beklagten als Grundlage für die Herstellung der CSV-Säulen zum Zwecke der funktionstauglichen Gründung des Casinos des BYC S., mithin einer Gründung, die nur übliche und gebäudeverträgliche Setzungen nach sich zieht, dienen sollte, sowie, dass Setzungen von 2- 3 cm als unkritische und gebäudeverträgliche Setzungen einzuschätzen seien.

#### 43

c) Das Berufungsgericht ist nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden.

#### 44

Dies gilt auch für das Ergebnis einer freien richterlichen Beweiswürdigung. Feststellungen sind nur dann nachzuholen, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen (Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, 38. Aufl., § 529 Rn 1, 2).

#### 45

Die Auslegung einer vertraglichen Vereinbarung als solche ist ureigenste Aufgabe des Tatrichters und ist nur auf Verfahrensfehler sowie dahin zu überprüfen, ob sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und im Ergebnis auch sachlich überzeugend ist (BayObLGZ 1966, 390/394, BayObLG FamRZ 1986, 835/836, BGHZ 80, 246/249; Palandt-Ellenberger, 79. Aufl., § 133 Rn 30 m.w.N.).

#### 46

aa) Solche konkrete - Zweifel begründende - Ansatzpunkte bringen die Berufungsbegründungen weder vor, noch sind sie sonst ersichtlich.

#### 47

Die Auslegung des Landgerichts hinsichtlich der vereinbarten Beschaffenheit ist möglich, zwingend braucht sie gerade nicht zu sein. Sie steht mit den gesetzlichen Auslegungsregeln im Einklang, widerspricht dem Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht und hat überdies alle wesentlichen Umstände berücksichtigt. Das Auslegungsergebnis des Landgerichts, dass nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag die vom Beklagten zu erbringenden Planungsleistungen als Grundlage für die Herstellung der CSV-Säulen zum Zweck der funktionstauglichen, nur übliche und gebäudeverträgliche Setzungen bewirkenden Gründung des streitgegenständlichen Casinos dienen sollten, wobei die Parteien übereinstimmend Setzungen von 2 bis 3 cm als unkritisch und gebäudeverträglich einschätzten, ist auch nach Ansicht des Senats bei Abwägung aller Gesichtspunkte zutreffend und überzeugend.

#### 48

bb) Aus der Gesamtschau der vertraglichen Bestimmungen ergibt sich vorliegend auch aus Sicht des Senats, dass es Zweck des Vertrages war, anhand der Planungsleistungen des Beklagten CSV-Säulen herzustellen, die eine funktionstaugliche Gründung des streitgegenständlichen Casinos gewährleisten.

#### 49

Die CSV-Säulen sollten auf Grundlage der Planungsleistungen des Beklagten so ausgelegt werden, dass nur unkritische gebäudeverträgliche Setzungen in der Größenordnung von 2 bis 3 cm zu erwarten waren. Das diesbezügliche Auslegungsergebnis des Landgerichts wird durch den Vertragswortlaut und den Wortlaut des vorvertraglichen Schreibens des Beklagten vom 6.12.2002 (Anlage K 9) gestützt und überzeugt den Senat auch in der Sache. Zutreffend ist das Landgericht hierbei davon ausgegangen, dass zur Ermittlung des von dem Beklagten geschuldeten Vertragssolls nicht nur das gesamte Vertragswerk heranzuziehen ist, sondern auch die vorvertragliche Kommunikation der Parteien. Denn Grundlage der Auslegung eines Bauvertrages müssen die gesamten Umstände sein, die die Willensbildung beeinflussen (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil Rn 70).

#### **50**

Unter eigenständiger Würdigung der vorvertraglichen Kommunikation der Parteien, insbesondere der Anlage K 9, ergibt sich auch für den Senat, dass die Parteien einvernehmlich davon ausgingen, dass Setzungen von höchstens 2-3 cm als unkritisch und noch gebäudeverträglich anzusehen sein sollten, aber sowieso nur im ungünstigsten Fall zu erwarten waren.

#### **51**

cc) Soweit die Berufungsführer vorbringen, der Beklagte und dessen Streithelfer hätten nur die vertragliche Pflicht gehabt, abzuklären, ob die Gründung des Casinogebäudes mittels Bodenverbesserung durch CSV-Säulen ohne für die Gebäudekonstruktion kritische Setzungen möglich wäre, steht dies sogar im Einklang mit der vom Landgericht vorgenommenen Auslegung.

#### **52**

Genau dies hat das Landgericht letztlich ausgeführt (vgl. oben).

#### **53**

dd) Soweit die Berufungsführer rügen, das Landgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, der Beklagte habe eine Maximalsetzung von 3 cm vertraglich bindend zugesagt, führt dies nicht zum Erfolg.

#### **54**

Denn das Landgericht hat in den Entscheidungsgründen dargelegt, dass die Parteien in dem geschlossenen Vertrag nicht ausdrücklich ein maximales Setzungsmaß von 3 cm vereinbart haben. Die weitere Feststellung des Landgerichts, die Parteien seien jedoch einvernehmlich bei Vertragsschluss von einer unkritischen und gebäudeverträglichen Setzung in der Größenordnung von 2-3 cm ausgegangen, ergibt sich - wie bereits ausgeführt - aus der vorvertraglichen Kommunikation der Parteien, die ebenfalls zu Auslegung heranzuziehen ist.

#### **55**

ee) Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass dem Landgericht bei der dargestellten Auslegung Verfahrensfehler unterlaufen sind, sind im Übrigen weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

#### **56**

Allein der Einwand, die Auslegung des Landgerichts sei nicht die einzig mögliche, verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Wie bereits dargelegt, muss die vorgenommene Auslegung nicht zwingend sein, sondern nur denklogisch möglich und in der Sache überzeugend. Dies ist wie bereits dargelegt der Fall.

#### **57**

ff) Auch für den Senat stellt sich mithin bei eigenständiger Würdigung der maßgeblichen Umstände die Sachlage so dar, dass die Parteien durch die Planungsleistungen des Beklagten die CSV-Säulen so dimensionieren wollten, dass ein Setzungsmaß von 2-3 cm eingehalten wird, welches sie einvernehmlich als unkritisch und gebäudeverträglich einschätzten.

#### **58**

d) Gemessen an diesem rechtsfehlerfrei festgestellten Vertragssoll und unter Zugrundelegung des funktionalen Mangelbegriffs stellt sich die Planungsleistung des Beklagten als mangelhaft dar.

#### **59**

aa) Die Ist-Beschaffenheit des von dem Beklagten erbrachten Werks weicht von der durch das Landgericht rechtsfehlerfrei ermittelten vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit ab.

#### **60**

Der Beklagte hat der Klägerin gegenüber ein Setzungsmaß von 2 cm kommuniziert, hätte jedoch bei korrekter Berechnung ein solches von mindestens 5 cm kommunizieren müssen. Die vom Beklagten erbrachten Planungsleistungen sind damit mangelhaft.

#### **61**

(1) Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Sachverständigen dargelegt, dass der Beklagte unter Ansatz eines Steifemoduls von 10 Mn/m<sup>2</sup> eine unzutreffende Setzungsprognose erstellt hat, wonach sich die zu erwartenden Setzungen in einer üblichen und Gebäude verträglichen Größenordnung von 2-3 cm erhalten würden. Bei zutreffender Prognose hätte sich abgezeichnet, dass mit weit größeren Setzungen in Höhe von mindestens 5 cm zu rechnen sei. Dieser Planungsfehler beruhe darauf, dass der Beklagte statt mit einem vorsichtig und konservativ angesetzten Steifemodul eine Berechnung mit einem deutlich zu hohen Steifemodul vorgenommen habe und hieraus eine unzureichende, weil zu niedrige Setzungsprognose abgegeben habe. Aus damaliger technischer Sicht ex ante ex situatione habe der Beklagte einen Planungsfehler begangen, da er nach den damaligen anerkannten Regeln der Technik eine Setzungsprognose hätte erstellen können und müssen, die gezeigt hätte, dass Setzungen in Höhe von mindestens 5 cm zu erwarten waren.

#### **62**

(2) Aus Rechtsgründen ist nicht zu beanstanden, dass den Angaben des Sachverständigen gefolgt wird.

#### **63**

Die durch das Landgericht erfolgte Bewertung der Feststellungen des Sachverständigen als zutreffend ist denkgesetzlich möglich, widerspruchsfrei und nachvollziehbar begründet (BGH NJOZ 2009, 1690).

#### **64**

(a) Soweit in den Berufungsbegründungen vorgetragen wird, das Erstgericht hätte das Sachverständigengutachten nicht zur Grundlage seiner Entscheidung machen dürfen, da die Ausführungen des Gutachters infolge nicht ausreichender Beachtung der Steifemodulproblematik zu einem falschen Ergebnis kämen, verhilft dies den Berufungen nicht zum Erfolg.

#### **65**

(aa) Zunächst trägt der Beklagte in seiner Berufungsbegründung selbst vor, dass das nunmehr vorgelegte Sachverständigengutachten 2 keine neuen Feststellungen gegenüber dem bereits erstinstanzlich vorgelegten Sachverständigengutachten 1 enthält. Letztlich werden in Wirklichkeit inhaltliche Einwendungen gegen die Richtigkeit des Sachverständigengutachtens des Gerichtssachverständigen 1. Instanz erhoben. Denn die bisherigen Gutachtensergebnisse werden als unzutreffend oder nicht ausreichend angegriffen. Das Beweisziel richtet sich somit allein darauf, die Feststellungen und Folgerungen des bisherigen Gutachters zu überprüfen und zu widerlegen, um eine gegenteilige Bewertung des Beweisergebnisses zu erreichen.

#### **66**

(bb) Im Termin zur Anhörung des Sachverständigen vom 02.10.2018 hatten die Berufungsführer Gelegenheit, Fragen an den Sachverständigen zu stellen.

#### **67**

Ausweislich des Protokolls hatten sie schließlich keine Fragen mehr. Insbesondere wurde kein weiterer Antrag auf Erholung eines weiteren Gutachtens nach § 412 Abs. 1 ZPO gestellt.

#### **68**

(cc) § 412 Abs. 1 ZPO gilt für das Berufungsgericht nur noch im Rahmen des § 529 ZPO.

#### **69**

Danach muss das Berufungsgericht neue Tatsachen berücksichtigen, soweit sie nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind. Diese neuen Tatsachen können unabhängig von Zweifeln an den Tatsachenfeststellung in der 1. Instanz eine wiederholte oder ergänzende Beweisaufnahme erforderlich machen (Thomas/Putzo, ZPO, 40. Aufl., § 529, Rn. 6). Neue Tatsachen liegen nach dem Berufungsvorbringen mit dem Sachverständigengutachten 2 jedoch schon gar nicht vor.

#### **70**

Das mit den Berufungen verfolgte Ziel der Erholung eines weiteren Gutachtens nach § 412 ZPO ist zudem nach § 531 Abs. 1 ZPO präkludiert. Es ist weder in den Berufungsbegründungen vorgetragen, noch sonst

ersichtlich, dass die Berufungsführer ohne Verschulden außerstande waren, den nunmehr erhobenen Antrag auf Erholung eines weiteren Gutachtens erstinstanzlich rechtzeitig zu erheben.

#### **71**

(b) Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit eines Gutachtens, die sich aus dem Gutachten selbst oder auch aus der Person des Gutachters ergeben können (Zöllner/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 529 Rn. 9) sind grundsätzlich geeignet, die Richtigkeit und Vollständigkeit der vom Erstgericht getroffenen Tatsachenfeststellungen in Frage zu stellen.

#### **72**

Die Berufungen vermögen jedoch keine Anhaltspunkte aufzuzeigen, die eine erneute, erweiterte oder ergänzende Feststellung gebieten könnten.

#### **73**

(aa) Ohne Erfolg rügen die Berufungen insoweit, das Gutachten weise Widersprüche auf, sodass schon aus diesem Grunde Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen bestünden.

#### **74**

Versäumt das Gericht, Unklarheiten oder Widersprüche im Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen aufzuklären, ist dies zwar grundsätzlich ein Verfahrensfehler. Denn erkennbar widersprüchliche Gutachten sind keine ausreichende Grundlage für die Überzeugungsbildung des Gerichts. In einem solchen Fall entfielen die Bindung des Berufungsgerichts an die Feststellungen der 1. Instanz (vergleiche BGH, Beschluss vom 02.07.2013 VI ZR 110/13).

#### **75**

Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

#### **76**

(bb) Erkennbare Widersprüche liegen dem Gutachten nicht zugrunde.

#### **77**

(aaa) Soweit gerügt wird, die DIN 1054 sei auf den hier vorliegenden Seeton nicht anwendbar, so dass das Gutachten insofern schon einen Widerspruch enthalte, verfängt dies nicht.

#### **78**

Nach den Ausführungen im Sachverständigengutachten wurde die DIN 4019, nicht die DIN 1054, als anerkannte Regel der Technik für die vom Beklagten vorzunehmende Setzungsberechnung einbezogen. Die DIN 1054 wurde vom Sachverständigen lediglich im Rahmen seiner Ausführungen zur grundsätzlichen Gebäudeverträglichkeit von Setzungen in der Größenordnung von 2 cm herangezogen, da nämlich auch in der DIN 1054 Setzungswerte von etwa 2 cm Grundlage für die Festsetzung der Tabellenwerte gewesen seien.

#### **79**

(bbb) Soweit die Berufungen vorbringen, das Landgericht habe fehlerhaft eine Verletzung der Vertragspflicht des Beklagten darin gesehen, dass sich das Gebäude entgegen der Vorgaben der DIN 1054 um mehr als 2-4 cm gesetzt habe, mithin die DIN 1054 herangezogen habe, mit dem Ziel, über die Begriffe übliche und gebäudeverträgliche Setzungen den Werkerfolg zu definieren, greift dies nicht durch. Vielmehr bezieht sich das Landgericht zur Begründung des vertraglich geschuldeten Solls auf die Auslegung des Schreibens des Beklagten vom 06.12.2002 unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen, dass Gebäude nach typischen Gepflogenheiten ohne besondere Rücksprache so gebaut werden, dass sie mit etwa 2 cm Setzungen leben können, was sich auch an der DIN 1054 zeige, die Setzungswerte von etwa 2 cm als Grundlage für die Festlegung der Tabellenwerte enthalte.

#### **80**

Das Landgericht hat hierzu in den Entscheidungsgründen folgendes ausgeführt:

„Zusammenfassend führt der Sachverständige aus, dass der Beklagte aus damaliger technischer Sicht ex ante ex situatione einen Planungsfehler begangen hat, als er nach den damaligen anerkannten Regeln der Technik eine Setzungsprognose hätte machen können und müssen, die gezeigt hätte, dass Setzungen in Höhe von mindestens 5 cm zu erwarten waren.“

b. Der Sachverständige erläuterte zudem, dass nach typischen Gepflogenheiten ohne besondere Rücksprache Gebäude so gebaut werden, dass sie mit etwa 2 cm Setzungen leben können. Dies finde z. B. darin Ausdruck, dass in der DIN 1054 Setzungswerte von etwa 2 cm Grundlage für die Festlegung der Tabellenwerte gewesen sei. [...] Dafür dass auch die Parteien hier Setzungen von 2-3 cm als unkritische und gebäudeverträgliche Größenordnung einschätzten, spricht nach Dafürhalten der Kammer auch das Schreiben des Beklagten vom 06.12.2002 (...).“ (ccc)

#### **81**

Die weitere Rüge, es sei danach falsch, dass das Landgericht gefolgert habe, der Beklagte habe die Einhaltung eines Setzungsverhaltens von 2-4 cm geschuldet, verfährt ebenfalls nicht.

#### **82**

Das Berufungsvorbringen verkennt insofern erneut, dass das Landgericht unter Auslegung des Schreibens des Beklagten vom 06.12.2002 (Anlage K9) dazu gekommen ist, dass auch die Parteien hier eine Setzung von 2-3 cm als unkritische und gebäudeverträgliche Größenordnung eingeschätzt und zur Vertragsgrundlage gemacht haben. Es wurde also nicht die DIN 1054 zur Bestimmung üblicher und gebäudeverträglicher Setzungen herangezogen, sondern das Landgericht hat hier auf den nach Auslegung ermittelten Parteiwillen abgestellt.

#### **83**

(ddd) Aus demselben Grund verfährt auch die Rüge nicht, es gebe bei einer Gründung in Seeton auf Basis eines Sondervorschlags tatsächlich gar keine üblichen Setzungen.

#### **84**

Die Berufung (en) übersehen insoweit, dass hier das Landgericht zu Recht von einer Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien ausgegangen ist, die dahingeht, dass übliche und gebäudeverträglicher Setzungen eine Größenordnung von 2-3 cm umfassen. Dass der Beklagte darauf hingewiesen hat, dass es bei Seeton gar keine üblichen Setzungen gibt, wurde im Übrigen weder erstinstanzlich, noch in den Berufungsbegründungen behauptet.

#### **85**

(eee) Ebenso erfolglos ist der Einwand, die dem Urteil zugrunde liegende Setzungsprognose von bis zu 32 cm sei unzutreffend und ohne Berechnung vom Sachverständigen einfach behauptet worden.

#### **86**

Die Urteilsbegründung stützt sich gerade nicht ausdrücklich darauf, dass sich aus der vom Sachverständigen aufgestellten Setzungsprognose von bis zu 32 cm eine unübliche und gebäudeunverträgliche Setzung ergebe und deswegen ein Planungsfehler des Beklagten vorliege, sondern ausweislich der Entscheidungsgründe stellt das Landgericht darauf ab, dass der Beklagte eine unzutreffende Setzungsprognose erstellt habe, wonach sich die zu erwartenden Setzungen in einer üblichen und gebäudeverträglichen Größenordnung von 2-3 cm halten würden. Entscheidungserheblich ist dabei nicht, dass Setzungen von bis zu 32 cm zu erwarten wären, sondern Setzungen von mehr als 2-3 cm, nämlich mindestens 5 cm, und damit Setzungen, die außerhalb der von den Parteien einvernehmlich als unkritisch und gebäudeverträglich eingeschätzten Größenordnung von 2-3 cm liegen.

#### **87**

Es kommt daher nicht darauf an, ob der Maximalsetzungswert von 32 cm belegt oder berechnet ist.

#### **88**

(fff) Ohne Erfolg bleibt auch das Vorbringen, das Landgericht stütze den Planungsfehler darauf, dass der Beklagte für die Berechnung ein geschätztes Steifemodul von 2-3 MN/m<sup>2</sup> ansetzen hätte müssen.

#### **89**

Dies ist angesichts der Entscheidungsgründe schon nicht zutreffend. Das Landgericht hat zunächst unter Bezug auf die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. V. dargelegt, dass bei Berechnungen mit vorsichtigen und konservativen Schätzwerten mit einem Steifenmodul von 3MN/m<sup>2</sup> zu rechnen gewesen wäre. Das vom Beklagten angesetzte Steifemodul von 10 MN/m<sup>2</sup> dürfte nach Ansicht des Sachverständigen nicht für eine konservativ zu gestaltende Berechnung einer Gründung zugrunde gelegt werden. Sodann führte das Erstgericht hierzu weiter aus:

„Während des Rechtsstreits wurden an einem Nachbargrundstück Pressiometerversuche durchgeführt. Anhand derer wurden Steifemoduli errechnet, die über den von dem Sachverständigen Professor Dr. V. seiner Berechnung zugrunde gelegten Steifemoduli lagen. Unter Zugrundelegung der so gewonnenen Steifemoduli errechnet der von der Beklagtenseite als Privatsachverständige hinzugezogene Professor Dr. K. eine zu erwartende Setzung von 5,6 cm. Diese Berechnung bestätigt der Sachverständige Professor Dr. V. als zutreffend, wenngleich er hierzu erläuterte, dass er die Ermittlung von Steifemoduli aufgrund von Pressiometerversuchen als kritisch erachtet. Dennoch führte der Sachverständige Professor Dr. V. aus, dass eine Berechnung, die eine Setzung von 5,6 cm prognostiziert hätte, keinen Verstoß gegen die im Jahr 2002 geltenden anerkannten Regeln der Technik dargestellt hätte. Hierbei hätte er sich nach den Ausführungen des Sachverständigen um einen plausibel ermittelten Wert gehandelt, der aber nicht eine Punktlandung bei den später tatsächlich auftretenden Setzungen hätte erwarten lassen. Zusammenfassend führt der Sachverständige aus, dass der Beklagte aus damaliger technischer Sicht ex ante ex situatione einen Planungsfehler begangen hat, als er nach den damaligen anerkannten Regeln der Technik eine Setzungsprognose hätte machen können und müssen, die gezeigt hätte, dass Setzungen in Höhe von mindestens 5 cm zu erwarten waren.“

#### 90

Das Landgericht legt explizit dar, dass diese Berechnung durch den Sachverständigen Professor Dr. V. als zutreffend bewertet wurde, wenngleich er die Ermittlung von Steifemoduli aufgrund von Pressiometerversuchen als kritisch erachte. Dennoch stelle eine Berechnung, die eine Setzung von 5,6 cm prognostiziert hätte, keinen Verstoß gegen die im Jahr 2002 geltenden anerkannten Regeln der Technik dar. Unstreitig hat der Beklagte der Klägerin gegenüber jedoch keine Setzung von 5,6 cm prognostiziert.

#### 91

Inwieweit hier neue Feststellungen geboten sein sollen, erschließt sich dem Senat nicht. Nach den Ausführungen des Sachverständigen ergibt sich, dass selbst bei Zugrundelegung der durch den Sachverständigen als kritisch betrachteten Pressiometerversuche sich ergebenden Steifemoduli sich ein Wert errechnet, der eine Setzung von mindestens 5 cm erwarten ließe.

#### 92

(ggg) Soweit weiter gerügt wird, die Annahme des Landgerichts, die Ergebnisse der Pressiometerversuche seien einer Setzungsberechnung nicht zugrunde zulegen, sei falsch, verfängt dies nicht. Eine solche finale Aussage ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Das Landgericht hat zusammenfassend zu den Planungsfehler des Beklagten folgendes ausgeführt:

„Nach den Ausführungen des Sachverständigen sieht es die Kammer daher als erwiesen an, dass dem Beklagten ein Planungsfehler dahingehend vorzuwerfen ist, dass der Beklagte eine unzutreffende Setzungsprognose erstellt hat, wonach sich die zu erwartenden Setzungen in einer üblichen und gebäudeverträglichen Größenordnung halten würden. Bei korrekter Vorgehensweise hätten seine Setzungsberechnungen indessen aufzeigen müssen, dass mit weit größeren und unüblichen und damit auch für das Gebäude kritischen Setzungen zu rechnen ist. Dieser Planungsfehler beruht darauf, dass der Beklagte statt mit einem vorsichtig und konservativ angesetzten Steifemodul eine Berechnung mit einem deutlich zu hohen Steifemodul vorgenommen hat und hieraus eine unzureichende, weil zu niedrige Setzungsprognose abgegeben hat.“

#### 93

Diese Feststellung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Unter Zugrundelegung des durch Auslegung seitens des Landgerichts ermittelten Vertragssolls, wonach sich die zu erwartenden Setzungen bei der durch den Beklagten zu dimensionierenden Gründung in einer üblichen und Gebäude verträglichen Größenordnung von 2-3 cm halten sollten, ergibt sich auch für den Senat, dass der Beklagte eine unzutreffende Setzungsprognose erstellt hat und sich bei korrekter Vorgehensweise ergeben hätte, dass mit Setzungen außerhalb dieses Setzungsmaßes zu rechnen ist.

#### 94

Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob dieser auf einer Falschberechnung beruhende Planungsfehler sich daraus ergibt, dass der Beklagte von vornherein ein zu hohes Steifemodul angewendet hat oder ob dieses Steifemodul letztlich angemessen war, jedoch der Beklagte das Setzungsmaß falsch berechnet hat. Wie das Landgericht ausgeführt hat, ergibt sich der Planungsfehler des Beklagten auch dann, wenn man das Steifemodul als angemessen erachtet, da sich bei Anwendung eines Steifemoduls von 10 MN/m<sup>2</sup> bei

korrekter Berechnung ergeben hätte müssen, dass Setzungen in Höhe von mindestens 5 cm zu erwarten waren. Die unter Bezugnahme auf das erholte Sachverständigengutachten getroffene Feststellung des Landgerichts, die von der Beklagten erbrachte Werkleistung sei mangelhaft gemäß § 631 BGB, ist somit rechtlich nicht zu beanstanden.

#### 95

e) Ist wie hier ein Werkmangel objektiv gegeben, obliegt es dem Unternehmer sich zu entlasten, also dazu tun, dass die mangelhafte Bauleistung nicht auf sein Verschulden zurückgeht (Werner/ Pastor, der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 2254). Ein solcher Entlastungsbeweis ist der Beklagten vorliegend nicht gelungen.

#### 96

Der Beklagte hätte den Mangel dann nicht zu vertreten, wenn er entweder Bedenken gegenüber der geplanten Ausführungsweise geäußert hätte, oder wenn feststeht, dass die Klägerin trotz der an sich notwendigen Hinweise auf einer Durchführung der aus Sicht des Unternehmers bedenklichen Leistungen bestanden hätte. Für diese Haftungsbefreiungstatbestände trägt jedoch der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Damit muss nicht die Klägerin nachweisen, dass sie bei korrekter Berechnung die Ausführung anders geplant hätte, sondern der Beklagte, dass die Klägerin trotz korrekter Berechnung seitens des Beklagten an der ursprünglich geplanten Ausführung festgehalten hätte. Konkrete Anhaltspunkte, die auf ein derartiges Verhalten der Klägerin schließen hätten lassen, wurden weder erstinstanzlich, noch in der Berufungsinstanz vorgebracht.

#### 97

f) Der vom Beklagten zu vertretende Mangel ist auch kausal für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden.

#### 98

Ohne Erfolg bringen die Berufung (en) insoweit vor, die Haftung der Klägerin gegenüber dem Yachtclub wegen der nicht Einhaltung der dort vertraglich garantierten maximalen Setzung von 3 cm sei von einem Handeln des Beklagten völlig unabhängig.

#### 99

aa) Wie bereits oben dargelegt, liegt eine Pflichtverletzung des Beklagten schon darin, dass er das in nicht zu beanstandender Weise durch Auslegung ermittelte Vertragssoll zwischen den Parteien durch seine Planung nicht erfüllt hat.

#### 100

Denn die Herstellung eines mangelhaften Werkes ist eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 BGB (Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil Rn. 234).

#### 101

Bei einem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und dem Eintritt eines daraus erwachsenen allgemeinen Vermögensschaden nicht mehr zur haftungsbegründenden, sondern zur haftungsausfüllenden Kausalität.

#### 102

Zahlt der Geschädigte auf die durch den Mangel verursachte Forderung eines Dritten und reicht diese Belastung an den Auftragnehmer durch, kann die adäquate Verursachung nicht verneint werden. Denn ohne den Mangel wäre es zu den Vermögensverlusten des Auftraggebers nicht gekommen (Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil Rn. 241 ff).

#### 103

cc) Dass die Klägerin bei einer richtig abgegebenen Prognose durch den Beklagten von einer Setzung von mindestens 5 cm auf einer Durchführung mit der für eine Setzungsmaß von 2 -3 cm vorgesehenen Säulenlänge beharrt hätte und derartige Setzungen trotz der verschuldensunabhängigen Zusicherung einer geringeren Setzung gegenüber dem Yachtclub in Kauf genommen hätte, ist nicht nur, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, abwegig und lebensfremd, sondern vom Beklagten schon nicht nachgewiesen (vgl. oben).

#### 104

dd) Soweit vorgebracht wird, eine Haftung des Beklagten käme nur dann in Betracht, wenn die Setzung des Gebäudes in einer für die Gebäudekonstruktion kritischen Größenordnung liege und damit die Vertragspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin und nicht die der Klägerin gegenüber dem Yachtclub verletzt wäre, wird erneut das vom Landgericht rechtsfehlerfrei durch Auslegung ermittelte Vertragsoll verkannt (vgl. oben).

#### **105**

ee) Der weitere Einwand, die nunmehr zu erwartenden Setzungen in Höhe von 9 - 14 cm beruhen auf einem völlig untypischen Setzungsverlauf und somit auch auf einem untypischen Kausalverlauf, der für den Beklagten und den Streithelfer nicht vorhersehbar gewesen sei, verfährt ebenfalls nicht.

#### **106**

Entscheidend ist allein, dass die Planungsleistung des Beklagten mangelhaft war, da sich bei korrekter Berechnung ein Setzungsmaß über den einvernehmlich als unkritisch angesehenen 2 - 3 cm ergeben hätte. Es geht nicht darum, welche Maximalsetzungen tatsächlich eintreten können oder werden oder ob diese vorhersehbar waren oder nicht, sondern darum, dass die vom Beklagten berechnete Maximalsetzung schlichtweg nicht zutreffend war.

#### **107**

ff) Ohne Erfolg wird weiter vorgebracht, es bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Feststellung des Gerichts, ein Ausführungsfehler der Klägerin bei Herstellung der Säulen sei auszuschließen.

#### **108**

Die insoweit erfolgte Würdigung der Angaben des Sachverständigen durch das Gericht ist nicht zu beanstanden. Eine diesbezügliche erneute Begutachtung ist aufgrund des Berufungsvorbringens nicht geboten. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ergaben sich Anhaltspunkte für Herstellungsfehler weder im vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren, wo noch ein anderer Ausführungsfehler als in diesem Verfahren behauptet wurde, noch soweit die Probesäulen vom Streithelfer des Beklagten selbst überprüft worden waren.

#### **109**

Soweit nunmehr versucht wird, einen Ausführungsfehler daraus abzuleiten, dass das tatsächliche Setzungsverhalten das errechnete Setzungsmaß weit überhole und sich dies nicht zwanglos mit der Beschaffenheit des Untergrunds erklären lasse, führt dies nicht zum Erfolg. Anhaltspunkte, die eine erneute Begutachtung nötig machen würden, sind nicht ersichtlich. Wie der gerichtliche Sachverständige erstinstanzlich bereits ausgeführt hat, ist es grundsätzlich vorstellbar, dass die Säulen nach und nach versagten. Es gebe jedoch keine Vergleichsobjekte, an denen dieses abgeglichen werden könne. Andererseits gebe es Vergleichsobjekte, die ein ähnliches Setzungsverhalten zeigten, dies aber bei intakten Säulen.

#### **110**

Das nunmehr vorgelegte Gutachten, das tatsächliche Setzungsmaß weise auf ein Versagen der Gründungssäulen hin, ist weder anhand von Vergleichsobjekten belegt, noch ist dies eine Aussage, die die ursprünglichen Gutachtensaussagen in Frage zu stellen vermag.

#### **111**

g) Die Ausführungen des Landgerichts zur Schadenshöhe begegnen keinen Bedenken.

#### **112**

aa) Insbesondere bleibt der Einwand, es hätten Sowieso-Kosten angesetzt werden müssen, ohne Erfolg.

#### **113**

Der Klägerin ist vorliegend der konkret bezifferte Schaden entstanden. Inwieweit hier Sowieso-Kosten hätten angerechnet werden sollen, erschließt sich dem Senat nicht.

#### **114**

Schließlich verfährt der Einwand nicht, es liege ein erhebliches Mitverschulden der Klägerin vor, da diese bereits vor Vertragsschluss mit dem Beklagten gegenüber dem Yachtclub die verschuldensunabhängige Zusicherung abgegeben habe, nur Setzungen von maximal 3 cm zu verursachen, sowie das Erstgericht habe es unterlassen, zu prüfen, ob ein Mitverschulden der Klägerin vorliegt.

#### 115

Die Entscheidungsgründe haben die Aufgabe, die die Entscheidung tragenden Gründe knapp darzustellen. Allein der Vertragsschluss der Klägerin mit dem Yachtclub ist offensichtlich nicht geeignet, ein Mitverschulden zu begründen. Ausführungen des Erstgerichts hierzu waren daher nicht veranlasst. Ein Mitverschulden könnte nur dann angenommen werden, wenn die Klägerin trotz Kenntnis der zu erwartenden größeren Setzungen an der ursprünglich geplanten Ausführung festgehalten hätte. Hierfür trägt jedoch, wie bereits dargelegt, der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. Konkrete Anhaltspunkte für ein derartiges Verhalten der Klägerin wurden weder erstinstanzlich, noch in der Berufungsinstanz vorgebracht.

#### 116

cc) Soweit zur Schadenshöhe ausgeführt wurde, dass bezüglich der Klageerweiterung vom 15.07.2014 ein Hinweis des Gerichts notwendig gewesen wäre, die Beklagte müsse sich rechtzeitig und vollständig zur Schadenshöhe erklären, führt dies letztlich auch nicht zum Erfolg.

#### 117

(1) Wie der Beklagte mit seiner Berufung selbst vorträgt, hat das Landgericht eine Frist zur Erklärung auf den Schriftsatz der Klägerin vom 15.07.2014 gesetzt.

#### 118

Dass aufgrund der Vergleichsverhandlungen der Parteien der anberaumte Verkündungstermin aufgehoben wurde, und in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wurde, dass förmliche Fristverlängerungen der ursprünglich für den 01.12.2014 gesetzten Frist nicht notwendig seien, führt nicht dazu, dass das Landgericht darauf hinweisen musste, dass auf den Sachvortrag im Schriftsatz vom 15.07.2014 bei Bedarf zu erwidern wäre. Mit der ursprünglich gesetzten Frist hat das Landgericht hinreichend darauf hingewiesen, dass, sollte eine Erwidderung angezeigt sein, eine solche vorzunehmen ist. Die richterliche Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO wird begrenzt durch die Pflicht zur Unparteilichkeit. Dass eine anwaltlich vertretene Partei auf weiteren Sachvortrag der Gegenpartei, insbesondere, wenn dieser nicht zutrifft oder bestritten werden soll, zu erwidern hat, bedarf insbesondere vor dem Hintergrund der im Zivilverfahren geltenden Dispositionsmaxime keines richterlichen Hinweises. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den die Klageerweiterung betreffenden Anspruchsteil nur um einen geringen Teil verglichen zur Gesamtsumme handelt.

#### 119

(2) Nur ergänzend sei angemerkt, dass die Berufung diesbezüglich auch dann keinen Erfolg hätte, wenn das Landgericht gegen seine Hinweispflicht verstoßen hätte.

#### 120

Wenn ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör bzw. die Hinweispflicht gerügt wird, ist mit der Rüge auszuführen was bei einem entsprechenden Hinweis vorgetragen worden wäre und wie sich dies auf das Urteil ausgewirkt hätte. Dies gehört zu einer substantiierten Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Substantiierte Ausführungen hierzu finden sich in den Berufungsbegründungen nicht.

#### D

#### 121

Die Berufungen haben somit keine Aussicht auf Erfolg. Das Gericht legt daher aus Kostengründen die Rücknahme der Berufungen nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

#### 122

Hierzu bzw. zur Stellungnahme zu diesem Hinweis besteht Gelegenheit bis zum 28.02.2020.

2. Verfügung vom 30.01.2020 hinausgeben an:

Prozessbevollmächtigte der Berufungsbeklagten ... zustellen  
Prozessbevollmächtigte der Streithelferin u. zustellen  
Berufungsklägerin des Berufungsklägers ...  
Prozessbevollmächtigte des Berufungsklägers ... zustellen

3. Wiedervorlage mit Fristablauf