OLG München, Endurteil v. 27.04.2022 – 20 U 996/21 Bau

Titel:

Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 1 BauFordSiG

Normenketten:

BGB § 823 Abs. 2

BauFordSiG § 1

Leitsätze:

1. Ist der Empfänger von Baugeld eine juristische Person, so haftet im Fall eines Verschuldens auch ihr gesetzlicher Vertreter, wobei die Aufgabenverteilung im Vertretungsorgan zu berücksichtigen ist. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Baugeldempfänger haftet jedem einzelnen Baugläubiger mit dem gesamten Baugeldbetrag für dessen Bauforderung, bis das Baugeld für Bauforderungen verbraucht ist. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Zweckentfremdende kann sich nicht damit entlasten, keine Kenntnis von den Vorschriften des BauFordSiG zu haben, da die im Strafrecht anerkannte Schuldrechtstheorie hier für § 823 Abs. 2 BGB angewandt wird. (Rn. 61) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, Baugeld, Baugeldempfänger, Baugläubiger, Baugeldverwendungspflicht, Insolvenzverfahren, Schlussrechnung, Werklohnforderung, juristische Person, gesetzlicher Vertreter

Vorinstanz:

LG Landshut, Endurteil vom 22.01.2021 – 23 O 2723/15

Rechtsmittelinstanz:

BGH vom -- – VI ZR 157/22 - ANH

Tenor

I. Auf die Berufung des Beklagten zu 1) wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 22. Januar 2021, Az. 23 O 2723/15, im Kostenausspruch aufgehoben und im Übrigen abgeändert und - teilweise klarstellend - wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin € 945.229,72 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 10.000,00 seit dem 4. November 2015 und aus € 935.229,72 seit dem 31. Dezember 2016 Zug um Zug gegen Abtretung in gleicher Höhe der aus dem beim Amtsgericht Landshut unter der Geschäftsnummer IN …73/13 laufenden Insolvenzverfahren resultierenden und festgestellten Insolvenzforderung zu bezahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung des Beklagten zu 1) zurückgewiesen.

III. Von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) erster Instanz trägt die Klägerin 45%. Der Beklagte zu 1) trägt seine erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten im Übrigen selbst. Von den bis zum 23. Juni 2017 erstinstanzlich angefallenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin und den Gerichtskosten trägt der Beklagte zu 1) 27%, die Klägerin trägt von diesen Kosten 73%. Von den nach dem 23. Juni 2017 erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der Klägerin und den Gerichtskosten trägt der Beklagte zu 1) 55%, die Klägerin 45%. Die Klägerin trägt von den erstinstanzlichen Kosten der Streithelfer 45%.

IV. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin 29%, der Beklagte zu 1) 71%. Die Klägerin trägt 29% der Kosten der Streithelfer im Berufungsverfahren.

V. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

VI. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf € 1.335.229,70 festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Parteien streiten um einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 1 BaufordSiG.

2
Die Klägerin ist ein türkisches Stahlbauunternehmen und war beim Bau der Veranstaltungshalle für den im Mai 2012 in Aserbaidschan veranstalteten E. S. C. („Baku Crystal Hall“ bzw. „Sports-Concert Complex Baku“) als Subunternehmerin der Generalunternehmerin A. B. Deutschland AG (nachfolgend: A.) tätig. Bauherrin war die Republik Aserbaidschan. Über das Vermögen der A. ist auf Antrag vom 19. Juni 2013 mit Beschluss des Amtsgerichts Landshut vom 1. September 2013, Az. IN 473/13, das Insolvenzverfahren eröffnet worden (K 8).

3
Der Beklagte zu 1) war von 2007 bis September 2012 Finanzvorstand der A.; sein Ausscheiden wurde am 8. Oktober 2012 in das Handelsregister eingetragen (K 2, S. 11). Der vormalige Beklagte zu 2) war im fraglichen Zeitraum Prokurist der Alpine.

4
Die Klägerin schloss am 23. August 2011 (K 1) sowie am 13. Oktober 2011 (K 3) mit der A. Einheitspreisverträge mit einem Volumen von zunächst insgesamt € 19.015.305,14 für die Herstellung und Montage des für die Veranstaltungshalle in Baku erforderlichen Stahlbaus bzw. für die Fassade und Trapezbleche der Halle mit Ausnahme des „inner roof“. Später erfolgten zwei Nachträge über Werkleistungen in Höhe von insgesamt € 403.880,00 sowie weitere Modifikationen, so dass sich das Vertragsvolumen zum 8. Dezember 2012 auf insgesamt € 23.576.880,00 belief (vgl. „Temsan - Final Account“, K 4 S. 3). Die Parteien vereinbarten die Geltung deutschen Rechts und der VOB/B. Gemäß Ziffer 11.1 der von der Alpine vorformulierten Vertragsbestimmungen (K 1, K 3) hatte die Klägerin der Alpine eine - bestimmten weiteren Anforderungen genügende - unwiderrufliche Sicherheit auf erste Anforderung in Höhe von 10% der jeweiligen Vertragssumme zu stellen, die ausweislich des Vertragstexts u.a. sowohl die Vertragsdurchführung sichern als auch im Fall von Mängelgewährleistungsansprüchen Sicherheit bieten sollte (“to secure the execution according to the contract, to provide security for claims of defects“).

5
Die Klägerin führte die beauftragten Werkleistungen sowie in der Folge Mängelbeseitigungsarbeiten durch. Im Mai 2012 wurde die Halle bestimmungsgemäß für die Durchführung des E. S. C. genutzt. Die letzten Abschlagsrechnungen der Klägerin Nr. …36 vom 28. Februar 2012 über € 681.283,56, Nr. …89 vom 5. März 2012 über € 552.907,00, Nr. …20 vom 9. März 2012 über € 60.715,36 und Nr. …62 vom 20. März 2012 über € 194.326,63 (Konvolut K 20) bezahlte die A. nicht mehr. Auch die für Zusatzarbeiten gestellte Rechnung der Klägerin Nr. …85 vom 29. November 2012 über € 346.880,00 (Konvolut K 20) beglich die A. entgegen ihrer Ankündigung vom 11. Dezember 2012 (K 4) nicht voll, sondern leistete darauf am 25. Januar 2013 nur einen Teilbetrag von € 100.000,00.

6
Mit Schreiben vom 14. Juni 2012 (K 23, dort S. 2) forderte die A. die Klägerin unter Bezugnahme auf eine gemeinsame Besprechung vom Vortag, dem 13. Juni 2012, auf, eine Schlussrechnung über einen Betrag von € 1.557.864,69 zu erstellen und die vorgenannten Abschlagsrechnungen zurückzuziehen und erinnerte die Klägerin daran, die Mängelliste abzuarbeiten. Die am 6. Juni 2012 von der A. für die Besprechung vom 13. Juni 2012 erstellte Tagesordnung („Agenda for the Final invoice meeting“, B 1 - 37) umfasste u.a. die Klärung der Mengen und des tatsächlichen Umfangs der Werkleistung der Klägerin, der Unterstützungsleistungen der A., des Status der Mängelbeseitigung und des Zahlungsstatus, und sah schließlich die abschließende finanzielle Einigung („final financial settlement“) vor.

7

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 (K 4) übersandte die A. der Klägerin unter Bezugnahme auf ein weiteres gemeinsames Treffen in M. am 10. Dezember 2012 ein mit „Temsan - Final Account“ „Status 8.12.2012“ überschriebenes Dokument, wonach die A. von der Gesamtvertragssumme in Höhe von € 23.576.880,00, die im Juni 2012 vereinbart worden sei („Contract Amount agreed in June 2012 including EURO 350.000 Bonus“) noch einen Betrag von € 1.825.229,72 zu zahlen habe („Net amount to be paid“) und bat um Prüfung und Bestätigung dieser Zahlen. Im Begleitschreiben (K 4, B 2 - 10) informierte die A. die Klägerin darüber, dass die ausstehende Zahlung („pending payment“) in Höhe von € 1.8 Mio. wegen der vorhandenen Werkmängel an der Beschichtung und an der Dachmembran der Halle zurückgehalten werde. Er würde nur dann bezahlt, wenn die Werkleistung von der Bauherrin im Wesentlichen abgenommen bzw. die Punkte erledigt würden (K 4, B 2 - 10). Allerdings werde, wie am Vortag verabredet, der für die Zusatzarbeiten vereinbarte Betrag von € 346.880,00 zur Zahlung freigegeben und im Januar 2013 bezahlt. Tatsächlich überwies die A. - wie vorstehend bereits ausgeführt - am 25. Januar 2013 lediglich € 100.000,00.

8
Mit Schreiben vom 1. März 2013 forderte die Klägerin die A. unter Fristsetzung bis 19. März 2013 vergeblich auf, eine Bauhandwerkersicherheit in Höhe von € 2.007.752,50 zu stellen, § 648a BGB a.F.

9
Mit Schreiben vom 24. April 2013 (B 1 - 53, B 2 - 24) und vom 3. Mai 2013 (B 1 - 54) teilte die Alpine der Klägerin mit, dass sie die Mängelbeseitigung der Klägerin an den Stufen gestoppt habe, diese nunmehr selbst vornehmen und der Klägerin die Kosten berechnen werde. Mit weiterem Schreiben vom 3. Mai 2013 (B 1 - 55, B 2 - 16) informierte die A. die Klägerin darüber, dass die Bauherrin die Mängelbeseitigung an der Beschichtung bis 31. Mai 2013 verlange. Unter dem 22. Mai 2013 (B 2 - 2, B 2 - 17) teilte die A. der Klägerin mit, dass die Bauherrin beschlossen habe, die gesamte noch ausstehende Mängelbeseitigung selbst vorzunehmen und kündigte an, die von der Bauherrin mit Bezug auf Mängel der Werkleistung der Klägerin vorgenommenen Abzüge an die Klägerin weiterzubelasten. Dies wiederholte die A. gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 10. Juni 2013 (B 1 - 12, B 1 - 59, B 2 - 11). Mit Schreiben vom 5. Juni 2013 (B 1 - 58) allerdings monierte die Alpine gegenüber der Klägerin, dass die Mängelbeseitigungsarbeiten an der Fassade nicht fristgerecht bis Ende Mai 2013 abgeschlossen worden seien und forderte sie auf, einen realistischen Zeitplan zu erstellen, wann diese Arbeiten fertiggestellt würden. Bis zum 15. Juni 2013 wurden die Mängelbeseitigungsarbeiten der Klägerin in Baku von einem Mitarbeiter der A. in täglichen Überwachungsprotokollen (K 26) abgezeichnet.

10
Am 28. Mai 2013 fand eine Besprechung über die weitere Vertragsabwicklung zwischen der Klägerin und der A. in Istanbul statt, über die ein Kurzprotokoll erstellt wurde (Anlage zu Bl. 1060). Mit Mail vom 29. Mai 2013 (B 1 - 56) übersandte die A. eine Aufstellung, wonach Stand Ende April 2013 für die Beseitigung der Mängel der Gewerke der Klägerin Kosten in Höhe von € 993.000,00 anfallen würden und teilte im Nachgang mit Mail vom 30. Mai 2013 (B 1 - 57) mit, dass die Bauherrin die Mängel am Dach und den Handläufen bisher nicht kenne; hierfür würden jedenfalls € 373.000,00 an Mängelbeseitigungskosten anfallen.

11
Unter dem 24. Mai 2013 erstellte die A. ein Dokument „Temsan Final Account“ (K 57), das wiederum die „im Juni 2012 vereinbarte“ Summe von € 23.173.000,00 (“Contract Amount agreed in June 2012 including EURO 350.000 Bonus“) zum Ausgangspunkt nahm und Nachträge, Abschlagszahlungen und Abzüge auswies und schließlich eine noch offene Forderung der Klägerin von € 1.655.375,88 (“Net amount due to Temsan“) feststellte. Mit Schreiben vom 7. Juni 2013 (K 56) übersandte die Klägerin eine Aufstellung über von ihr als überfällig (“overdue“) bezeichnete Zahlungen, die sie ebenfalls auf der Basis des „quantity final settlement“ in Höhe von € 1.725.299,72 aus der Besprechung vom 13. Juni 2012 berechnete, und forderte die Alpine zur unverzüglichen Begleichung auf.

12
Der im Insolvenzverfahren über das Vermögen der A. bestellte Verwalter erkannte eine offene Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von € 1.825.229,72 abzüglich der im Januar 2013 bezahlten € 100.000,00 zur Tabelle an.

13

Die Republik Aserbaidschan als Bauherrin bezahlte die Werklohnforderung der A. in Höhe von über € 135 Mio., die auch die Subunternehmerleistung der Klägerin enthielt, bis Oktober 2012 vollständig; bis zum Ausscheiden des Beklagten als Finanzvorstand der A. im September 2012 gingen ca. € 131.3 Mio. auf das im Vertrag mit Aserbaidschan genannte Hauptkonto Nr. …400 der A. bei der U.C./H.V.bank ein (vgl. K 19, K 21). Von diesem Konto wurden Überweisungen getätigt, die nicht im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben in Baku standen (vgl. K 21). Rechnungen der bei dem Bauprojekt in Baku tätigen Subunternehmer der A. wurden nicht von diesem Konto beglichen; sollten solche Rechnungen bezahlt werden, wurde die entsprechende Summe zunächst von dem Hauptkonto auf das „Baugeldkonto Baku“ der A. (Kontonummer …30, U.C./H.V.bank, vgl. K 22) gebucht und der Betrag von dort zur Bezahlung der Rechnung abverfügt (vgl. K 17, K 18). Ausweislich des Berichts des Insolvenzverwalters (K 7) erzielte die Alpine bei dem Projekt in Aserbaidschan einen Überschuss von € 7 Mio.

14
Im Auftrag der Bauherrin erarbeitete die Fa. SM. LLC ein auf den 4. Juni 2013 datiertes Gutachten (B 2 - 3) zu den noch vorhandenen Mängeln des Bauvorhabens; die dort unter Ziffern 2.1, 2.2, 2.3 und 2.6 behandelten Punkte betreffen auch die Werkleistung der Klägerin. Für die Beseitigung der Mängel an der Beschichtung (Ziffer 2.1) werden dort Kosten in Höhe von AZN 310.000 veranschlagt, für die Beseitigung der Mängel der Verschraubungen an der Stahlkonstruktion (Ziffer 2.2) AZN 140.000, für den Ausgleich der Unterschiede in Höhe und Tiefe der Stufen (Ziffer 2.3) AZN 80.000 und für die Mängelbeseitigung am Treppenhaus (Ziffer 2.6) AZN 115.000; dabei entsprach 1 AZN 1 €. Diese Mängelbeseitigungskosten belaufen sich auf weniger als ein Drittel der von der Fa. SM. LLC insgesamt für erforderlich gehaltenen Kosten von AZN 2.265 Mio. für die Beseitigung der Mängel sämtlicher Gewerke der Generalunternehmerin A. Nach Einschätzung der Fa. SM. LLC seien vier Monate für diese Arbeiten zu veranschlagen. Die Bauherrin machte auf der Basis dieses Gutachtens Mängelrechte gegen die Alpine geltend; insoweit erfolgte nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Zahlung von € 1.500,000,00 durch die E.H. D. AG aus einer „Warranty Guarantee No. …05 dated 25. April 2013“ an die Bauherrin (vgl. B 2 - 5, B 1 - 2).

15
Die von der Klägerin ursprünglich erhobene offene Teilklage über einen Betrag von € 10.000,00 wurde dem Beklagten zu 1) am 3. November 2015 zugestellt, die Klageerweiterung am 30. Dezember 2016. Die Klägerin hat ihre Klage ursprünglich auch gegen den damaligen Prokuristen der A. als Beklagten zu 2) gerichtet; den behaupteten Anspruch gegen diesen hat das Landgericht mit Teilurteil vom 23. Juni 2017 (Bl. 375 ff.) abgewiesen. Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2018 (Bl. 609 ff.) hat der Beklagte F. J., O. Ru. Ro., E. S. H. und Dr. B. B. den Streit verkündet. Die Streithelfer F. J. und Dr. B. B. haben weiteren Personen den Streit verkündet. F. J., E. S. H., Dr. B. B., J. M. und K. H. sind dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetreten.

16
Die Klägerin hat vor dem Landgericht geltend gemacht, sie habe - worin ausweislich des Schreibens vom 11. Dezember 2012 (K 4) Einigkeit mit der A. als Bestellerin bestanden habe - am 8. Dezember 2012 gegen die A. eine fällige und berechtigte offene Werklohnforderung in Höhe von € 1.825.229,72 gehabt. Die A. habe das bis zum Ausscheiden des Beklagten erhaltene Baugeld in Höhe von über € 131 Mio. nicht zur Begleichung der Baurechnungen verwendet; hierfür sei der Beklagte zu 1) als Finanzvorstand der A. verantwortlich, der die ordnungsgemäße Verwaltung und gesetzesmäßige Verwendung der Baugelder hätte organisieren müssen. Der Beklagte habe auch vorsätzlich gehandelt; er könne sich insbesondere nicht durch die Stellungnahme der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft D. & T. GmbH vom 12. Dezember 2011 (B 1 - 42) zur „Einhaltung BauFordSiG“ entlasten.

17
Da die Bauherrin die Werkleistung insgesamt abgenommen habe, sei die Werklohnforderung der Klägerin fällig gewesen, § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Die Abnahme ergebe sich schon daraus, dass die Veranstaltung stattgefunden habe und eine Gewährleistungsbürgschaft gestellt worden sei. Die Fälligkeit der klägerischen Forderung folge aber auch aus § 641 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, weil die Bauherrin die A. vollständig bezahlt habe. Die Voraussetzung des § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB liege vor, denn die Klägerin habe der A. drei Bankgarantien in Höhe von insgesamt € 2.3 Mio. gestellt (vgl. K 24). Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass es für die Frage, ob ein Verstoß gegen das BauFordSiG vorliege, auf die Fälligkeit der Werklohnforderung allerdings nicht ankomme.

18
Weiter hat die Klägerin erstinstanzlich behauptet, dass sie etwaige Mängel ihrer Werkleistung vollständig beseitigt habe. Mängel am Dach hätten schon nicht vorgelegen, solche habe die Bauherrin auch niemals gerügt. Nur wegen der übervorsichtigen Bedenken des prüfenden Unternehmens SSF habe die Klägerin mit Mail vom 6. April 2013 (K 28) aus Kulanz eine alternative Möglichkeit zur Verschraubung des Dachs vorgeschlagen; solche Arbeiten hätten, da die Leistung nicht mangelhaft gewesen sei, jedoch keine Mängelbeseitigung dargestellt. Eine Reaktion auf diesen Vorschlag habe die Klägerin nie erhalten. Im Übrigen sei die Halle - wie von vornherein geplant - nach der Durchführung des E. S. C. umfangreich umgebaut und hierbei viele Gewerke der Klägerin beschädigt worden. Angesichts der vollständigen Bezahlung durch Aserbaidschan hätte sich die A. jedenfalls treuwidrig verhalten, wenn sie Zahlungen an die Klägerin wegen angeblicher Mängel zurückbehalten hätte. Im Übrigen ergebe sich aus der Stellungnahme der A. zur Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren vom 7. Februar 2014 (K 13), dass die A. selbst nur von Ersatzvornahmekosten bezüglich des Gewerks der Klägerin in Höhe von € 530.000,00 ausgegangen sei.

19
Dass die A. Gegenforderungen gehabt habe, behaupte der Beklagte nur unsubstantiiert. Solche habe die A. nie geltend gemacht. Bei den von dem Beklagten als entstanden behaupteten Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von € 530.000,00 handele es sich ausweislich des Schreibens der A. vom 7. Februar 2014 (K 13) keineswegs um bereits angefallene Kosten der Mängelbeseitigung, sondern lediglich um „vorab kalkulierte“ Kosten, die niemals entstanden seien. Wegen der abschließenden Einigung zwischen der Bauherrin und der E. H. Deutschland AG über Gewährleistungsansprüche sei das Entstehen solcher Kosten mittlerweile ausgeschlossen. Die von dem Beklagten angeführten Zahlungen zugunsten der Klägerin in Höhe von insgesamt € 313.046,56 seien bei der Abrechnung bereits berücksichtigt worden (K 4 „less Payment thru Baku“).

20
Der Beklagte zu 1) hat vor dem Landgericht behauptet, dass zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung die noch berechtigte Restforderung der Klägerin auf einem Konto der A. vorhanden gewesen sei. Zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der A. am 24. September 2012 seien alle berechtigten Forderungen der Klägerin beglichen gewesen, das Konto der A. habe ausweislich der Kontoauszüge vom 27. August 2012 und vom 9. Oktober 2012 (B 1 - 4) einen weit über die Forderung der Klägerin hinausgehenden Kontostand ausgewiesen, weshalb seine Haftung ausscheide. Er sei auch nicht verpflichtet gewesen, ein Treuhandkonto einzurichten. Darüber hinaus habe er sich auf die Auskunft der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft D. vom 12. Dezember 2011 (B 1 - 42) verlassen dürfen, dass die A. durch die von ihr geführte projektbezogene Kostenrechnung den Anforderungen an die Dokumentation der Baugeldverwendung nachgekommen sei und nicht gegen das BauFordSiG verstoßen habe. Ein Verschulden seinerseits scheide deshalb aus. Auch die Staatsanwaltschaft Landshut habe hier ein strafbares Verhalten verneint und im Jahr 2014 das gegen andere Verantwortliche der A. geführte Ermittlungsverfahren (Az. 201 Js 23120/13) gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt (B 1 - 37, B 1 - 38). Zudem habe Aserbaidschan nach seinem Ausscheiden noch Zahlungen in Höhe von € 4.007.489,00 geleistet; dieser Betrag habe bei weitem dafür ausgereicht, dass sein Nachfolger die Forderungen der Klägerin hätte begleichen können. Dass dies nicht erfolgt sei, liege allein an der mangelnden Fälligkeit und Berechtigung der klägerischen Forderung.

21
Die Feststellungen des Insolvenzverwalters seien für die Beurteilung des hiesigen Falles irrelevant. Zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung sei davon auszugehen gewesen, dass wegen festgestellter Mängel kein weiterer Zahlungsanspruch der Klägerin bestehe; erst nach der Insolvenz fällige Forderungen hätten außer Betracht zu bleiben.

22
Die offenen Abschlagsrechnungen (Konvolut K 20) könnten keine fällige Forderung begründen, da sie entgegen der VOB/B nicht prüfbar und nachvollziehbar, insbesondere nicht mit einem Aufmaß hinterlegt gewesen seien. Auch habe ihnen wegen der Mängel der klägerischen Werkleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengestanden, sie seien deshalb nicht fällig geworden. Wegen der längst eingetretenen Schlussrechnungsreife sei es darüber hinaus ausgeschlossen, aus Abschlagsrechnungen vorzugehen. Die Klägerin habe trotz Aufforderung am 14. Juni 2012 (K 23, dort S. 2; B 2 - 26) allerdings bis

dato keine Schlussrechnung erstellt, die Werklohnforderung sei daher insgesamt bislang nicht fällig geworden. Die A. habe der Klägerin auch keine Frist zur Erstellung einer Schlussrechnung gesetzt, so dass die Voraussetzung des § 14 Abs. 4 VOB/B für die Aufstellung einer Schlussrechnung durch den Auftraggeber nicht vorgelegen habe. Die Endsalden in den von der Klägerin in Bezug genommenen Schreiben der A. habe die Klägerin nicht akzeptiert, denn sie sei dem Vorschlag der A. nicht gefolgt, auf dieser Basis eine Schlussrechnung zu erstellen. Auch habe die Klägerin nicht nachgewiesen, dass sie überhaupt einen Werklohnanspruch in der behaupteten Höhe habe.

23
Die Voraussetzungen des § 641 Abs. 2 BGB lägen schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin der A. - anders als die A. der Bauherrin - keine Sicherheit geleistet habe. Im Verhältnis Bauherrin/A. habe die Gewährleistungsgarantie über € 6 Mio. (B 1 - 2) den zunächst vereinbarten Sicherheitseinbehalt von 5% der Vertragssumme abgelöst; dieser sei in Folge dann an die A. ausbezahlt worden. Die von der Klägerin gestellte Sicherheit sei keine Sicherheit zur Absicherung von Mängelansprüchen gewesen, sondern nur eine Sicherheit für die Vertragserfüllung. Im Übrigen könne im Wege des § 641 Abs. 2 BGB zwar die Fälligkeit des Subunternehmerwerklohns herbeigeführt, allerdings nicht die Abnahme der Subunternehmerleistung ersetzt werden. Eine solche habe nie stattgefunden. Auch die Werkleistung der Alpine sei von der Bauherrin nicht wie vereinbart förmlich abgenommen worden.

24
Der Beklagte hat erstinstanzlich weiter vorgebracht, dass das Gewerk der Klägerin - was bei dem Meeting am 10. Dezember 2012 auch besprochen worden sei (vgl. B 2 - 9) - erhebliche Mängel aufgewiesen habe. So seien die Beschichtung der Stahlkonstruktion und die Dachkonstruktion unzureichend und das Dach mangelhaft verschraubt gewesen, die Treppen seien nicht ordnungsgemäß konstruiert und die Stufen in unterschiedlichen Höhen und Tiefen gebaut worden, die Türen hätten Defekte aufgewiesen. Eine Abnahme sei mithin auch wegen der vorhandenen Mängel der Werkleistung ausgeschlossen gewesen, zumal der gerichtliche Sachverständige P. den Mangel an den Stufen als sicherheitsrelevant eingestuft habe. Jedenfalls aber hätte ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB in Höhe des Doppelten der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten bestanden. Diese Kosten habe die Bauherrin in Höhe von ca. € 1 Mio. angesiedelt (B 1 - 56), sie hätten sich tatsächlich aber auf mehr als € 6 Mio. belaufen.

25
Die im Dezember 2012 von der A. avisierte Zahlung in Höhe von € 346.880,00 sei nicht geleistet worden, weil in der Zwischenzeit weitere Mängel entdeckt worden seien (B 2 - 12). Dass die Bauherrin die Gewährleistungsgarantie in Anspruch genommen habe, liege allein in der Leistung der Klägerin begründet.

26
Mangels Fälligkeit und wegen der vorliegenden Mängel habe jedenfalls keine insolvenzfest erfüllbare Forderung der Klägerin vorgelegen, § 131 InsO, weshalb der Klägerin kein Schaden entstanden sei.

27
Hinzu komme, dass die A. einen Anspruch auf Erstattung der ihr entstandenen Ersatzvornahmekosten in Höhe von € 530.000,00 habe (vgl. K 13, S. 3), der den Restvergütungsanspruch entsprechend kürze. Zwischen dem 23. Dezember 2011 und dem 25. April 2012 seien zugunsten der Klägerin Barzahlungen und sonstige Aufwendungen in Höhe von € 313.046,56 erfolgt, die sie sich ebenfalls anrechnen lassen müsse (B 1 - 36). Darüber hinaus seien der A. bis zum 6. Juni 2012 eigene Kosten von über € 3.2 Mio. entstanden um Mängel und Versäumnisse der Klägerin auszugleichen (vgl. B 2 - 27, B 2 - 28, K 13, S. 3 f.); auch diese seien von einem etwaigen Schadensersatzanspruch der Klägerin in Abzug zu bringen. Eine Aufstellung über diese Kosten sei der Klägerin bereits für die Besprechung am 13. Juni 2012 übermittelt, ein abschließender Abzug aber auf den Zeitpunkt der Schlussrechnung verschoben worden (Schriftsatz vom 9. Mai 2017, S. 3, Bl. 350). Mit Schriftsatz vom 25. November 2020 (Bl. 1185 ff.) hat der Beklagte seinen diesbezüglichen Vortrag dahingehend geändert, dass die Alpine in der Besprechung vom 13. Juni 2012 die Aufrechnung mit ihrer Forderung über € 3.2 Mio. gegen den Vergütungsanspruch der Klägerin erklärt habe.

28
Auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und die dort gestellten Anträge wird ergänzend Bezug genommen.

29

Mit Endurteil vom 22. Januar 2021 hat das Landgericht den Beklagten zu 1) nach Durchführung einer umfangreichen Beweisaufnahme zur Zahlung von € 1.335.229,70 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 10.000,00 seit dem 4. November 2015 und aus € 1.325.229,70 seit dem 31. Dezember 2016 Zug um Zug gegen Abtretung in gleicher Höhe der aus dem beim Amtsgericht Landshut unter der Geschäftsnummer IN …73/13 laufenden Insolvenzverfahren resultierenden und festgestellten Insolvenzforderung verurteilt, § 823 Abs. 2 BGB iVm § 1 Abs. 1 BauFordSiG. Hinsichtlich des den ausgeurteilten Betrag übersteigenden Zahlungsantrags in Höhe von € 390.000,00 sowie eines Teils der Zinsforderung hat es die Klage im Übrigen abgewiesen.

30
Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beklagte als ehemaliger Finanzvorstand der A. gegenüber der Klägerin persönlich schadensersatzpflichtig sei, denn es habe ihm oblegen, die Verwendung des hier betroffenen Baugelds iSv § 1 BauFordSiG zu organisieren und dafür Sorge zu tragen, dass auch für die Werklohnforderungen der Baubeteiligten, die nach seinem Ausscheiden fällig werden, noch das bereits empfangene Baugeld zur Befriedigung vorhanden ist. Der Beklagte habe im Verfahren die anderweitige ordnungsgemäße Verwendung des Baugeldes für das streitgegenständliche Bauvorhaben schon nicht behauptet. Bei dieser Sachlage komme es nicht darauf an, ob beim Ausscheiden des Beklagten noch genügend Geld auf dem Konto der A. vorhanden gewesen sei, oder dass danach noch weitere Gelder eingegangen seien.

31
Der Beklagte habe auch vorsätzlich gehandelt, weil er unstreitig die Baugeldeigenschaft der Gelder und seine Verantwortlichkeit kannte. Zwar habe der Beklagte vorgebracht, dass er davon ausgegangen sei, die Vorschriften des BauFordSiG durch die bei A. geführte projektbezogene Kostenrechnung einzuhalten. Damit allerdings berühme sich der Beklagte nicht eines Tatbestands-, sondern eines Rechtsirrtums. Dieser stelle sich als vermeidbar dar, weshalb er den Beklagten nicht entlasten könne. Denn das BauFordSiG sei ein Schutzgesetz aus dem Strafbereich, es gelte die Schuldtheorie. Auch die Einstellung eines Strafverfahrens gegen einen anderen Mitarbeiter der Alpine wegen ähnlicher Vorwürfe durch die Staatsanwaltschaft Landshut gemäß § 170 Abs. 2 StPO (B 1 - 38) ändere an dieser Bewertung nichts. Gleiches gelte für das Schreiben der Deloitte vom 12. Dezember 2011 (B 1 - 42), das - wie auch die Beweisaufnahme ergeben habe - im Übrigen gerade nicht die tatsächliche Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen bestätigen sollte, sondern nur das Vorliegen einer geeigneten Dokumentation der Zahlungsflüsse.

32
Der Schadensersatzanspruch der Klägerin belaufe sich auf € 1.335.229,70, weil die Klägerin zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung eine fällige und durchsetzbare und damit insolvenzfeste (§ 131 InsO) Werklohnforderung in dieser Höhe gegen die Alpine gehabt habe, die nicht erfüllt worden sei.

33
Die Fälligkeit der Werklohnforderung ergebe sich aus § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da die Bauherrin bis zur Insolvenzeröffnung unstreitig den gesamten vertraglichen Werklohn an die A. geleistet habe. Zudem habe die A. selbst unter dem 8. Dezember 2012 einen „Final account“ (K 4), mithin eine Schlussrechnung erstellt, die einen offenen Betrag von € 1.825.229,72 ausgewiesen habe; mit Zugang dieses Schreibens bei der Klägerin, der unzweifelhaft erfolgt sei, sei Fälligkeit der dort festgestellten Summe eingetreten. Abzüglich der unstreitig im Januar 2013 bezahlten € 100.000,00 habe die zum 24. Mai 2013 offene Werklohnforderung mithin € 1.725.229,72 betragen. Dies ergebe sich auch aus dem „Temsan Final Account“ vom 24. Mai 2013 (K 57), denn zu dem dort als offen angegebenen Betrag von € 1.655.375,88 seien richtigerweise € 69.853,84 zu addieren, die dort fälschlich als bereits bezahlt bezeichnet worden seien; es ergebe sich eine offene Summe von € 1.725.229,72.

34
Hinsichtlich der vom Beklagten behaupteten Gegenforderungen der Alpine in Höhe von € 3.217.898,44 (B 2 - 27), die angabegemäß sämtlich in der Zeit bis 6. Juni 2012 angefallen seien, habe der Beklagte nicht nachweisen können, dass die A. vor der Insolvenzeröffnung insoweit tatsächlich die Aufrechnung erklärt habe. Der Insolvenzverwalter der A. habe keine solche Erklärung abgegeben. Die erstmals mit Schriftsatz vom 25. November 2020 (Bl. 1185 ff.) aufgestellte Behauptung des Beklagten, dass die Aufrechnung mit den Gegenforderungen im Besprechungstermin vom 13. Juni 2012 erklärt worden sei, hat das Landgericht

als verspätet zurückgewiesen, § 296 Abs. 2 ZPO. Zu einem selbständigen Verrechnungsvertrag sei es nicht gekommen.

35
Zur Überzeugung des Landgerichts stehe aufgrund der Beweisaufnahme auch unter Berücksichtigung der Mängelbehauptung des Beklagten fest, dass die Klägerin bei der Insolvenzeröffnung am 1. September 2013 und auch vor Stellung des Insolvenzantrags am 19. Juni 2013 einen fälligen und durchsetzbaren Werklohnanspruch in der tenorierten Höhe gehabt habe.

36
Für die Beweislast sei darauf abzustellen, ob behauptete Mängel vor oder nach dem Nutzungsbeginn für die Halle gerügt worden seien. Denn hier sei eine fiktive Abnahme durch die Benutzung der Halle anzunehmen, § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B. Die Benutzung sei dadurch erfolgt, dass die Alpine ihrerseits die Halle an den Auftraggeber bestimmungsgemäß übergeben habe, so dass die Vermutung des Abnahmewillens greife. Mit der Durchführung des Wettbewerbs im Mai 2012 sei der zunächst vorgesehene Nutzungszweck der Halle erreicht gewesen. Zudem habe die A. die Klägerin am 14. Juni 2012 (K 23) aufgefordert, eine Schlussrechnung zu erstellen, was ebenfalls ein sicheres Indiz dafür sei, dass das Bauverhältnis nach dem Verständnis der Vertragsparteien vom Erfüllungsin das Nacherfüllungsstadium übergegangen sei. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände sei erwiesen, dass auf die vereinbarte förmliche Abnahme verzichtet worden sei. Angesichts dessen, dass im Mai 2013 über ein endgültiges „close out“ zwischen der Klägerin und der A. verhandelt worden sei, wäre es völlig lebensfremd, hier noch die Leistungs- und nicht die Nachleistungsphase anzunehmen. Da sich der Vertrag im Nacherfüllungsstadium befunden habe, lasse nicht bereits die Existenz eines Leistungsverweigerungsrechts die Fälligkeit der Forderung entfallen. Die rechtliche Prüfung habe sich nicht an § 320 BGB, sondern an § 641 Abs. 3 BGB auszurichten; im vorliegenden Fall sei für die Fälligkeit der Forderung entscheidend, ob das Zurückbehaltungsrecht auch ausgeübt worden sei.

37
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Kammer davon überzeugt, dass zum Zeitpunkt des Insolvenzantrags die im Privatgutachten (B 1 - 3) unter Ziffern 2.2 und 2.6 beschriebenen Mängel behoben waren, dass die unter Ziffer 2.3 des Gutachtens aufgeführten Mängel nicht beseitigt waren, allerdings insoweit ein Abzug von € 80.000,00 ausreichend sei - nach übereinstimmendem Parteivortrag sei 1 AZN mit 1 € anzusetzen -, und dass es - wie in Ziffer 2.1 des Privatgutachtens (B 1 - 3) angegeben - an der Beschichtung und am Korrosionsschutz weitere Mängel gab, die nicht in den Listen erfasst und noch nicht beseitigt waren, die sich allerdings mit einem Aufwand von € 310.000,00 hätten beseitigen lassen. Ob es auch Mängel an der Dachbefestigung gegeben habe, könne dahinstehen, da solche Mängel aus rechtlichen Gründen keinen Abzug von der Forderung der Klägerin begründen könnten; die Bauherrin habe diese Problematik nicht gekannt und insoweit keine Ansprüche gegen die A. geltend gemacht, weshalb die A. keinen Schadensersatzanspruch habe und auch den Werklohn nicht mindern könne. Mängelbeseitigung habe die Alpine von der Klägerin insoweit nicht verlangt. Andere Mängel seien nach Überzeugung des Gerichts entweder beseitigt oder nicht weiterverfolgt worden.

38
Die in der Schlussrechnung ausgewiesene offene Werklohnforderung der Klägerin sei um den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag von € 390.000,00 zu kürzen. Aus dem Schreiben der A. vom 10. Juni 2013 (B 11), in dem sie mitgeteilt habe, der Bauherr habe beschlossen, die noch offenen Arbeiten selbst zu erledigen, ergebe sich, dass die A. nunmehr nicht mehr Fortsetzung der Mängelbeseitigungsarbeiten, sondern Schadensersatz statt der Leistung verlangt habe. Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch hätten wegen der vielfachen ergebnislosen Fristsetzungen zur Beseitigung der Mängel der Beschichtung auch vorgelegen. Die Zinsforderung sei erst ab dem auf die jeweilige Klagezustellung folgenden Tag begründet.

39
Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung erstrebt der Beklagte die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und die vollständige Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage. Er macht unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags insbesondere weiterhin geltend, dass ihm kein vorsätzlicher Verstoß gegen das BauFordSiG angelastet werden könne und dass die Klägerin keinen Schaden erlitten habe, weil Zahlungen der Alpine an die Klägerin mangels Fälligkeit insolvenzrechtlich anfechtbar gewesen

wären. Das Landgericht habe fehlerhaft das Vorliegen einer prüffähigen Schlussrechnung angenommen, obwohl die Werkleistung weder am 14. Juni 2012 noch am 8. Dezember 2012 fertiggestellt oder abnahmefähig gewesen sei und auch keine Fristsetzung gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B vorgelegen habe. Die Aufstellung vom 8. Dezember 2012 sei lediglich eine rechnerische Kontenabstimmung gewesen und von der Alpine mit „Final Account“ auch so bezeichnet worden.

40
Die Annahme einer fiktiven Abnahme scheitere schon daran, dass die Parteien die förmliche Abnahme vereinbart hätten, wie auch an den noch vor der Durchführung des S. C. im Mai 2012 erfolgten Rügen wesentlicher Mängel. Entgegen der Ansicht des Landgerichts hindere die Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Anwendbarkeit von § 320 BGB nicht; das Vorliegen von Mängeln führe daher dazu, dass Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht eintrete. Wegen der erheblichen Mängel ihrer Werkleistung, die nur mit Kosten von mehreren Millionen Euro zu beseitigen gewesen wären, habe der Klägerin zum Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Zahlung zugestanden. Jedenfalls aber habe zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Beklagten kein fälliger Anspruch der Klägerin vorgelegen, weshalb seine Haftung ausscheide.

41
Daneben rügt der Beklagte Fehler der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere dass das Landgericht den Beweisbeschluss hinsichtlich des Zeugen A. nicht aufgehoben habe, obwohl die Klägerin auf dessen Einvernahme nicht verzichtet habe. Hätte die Klägerin dies getan, hätte der Beklagte den Zeugen für die Beweisthemen benannt. Darüber hinaus habe das Landgericht verkannt, dass die von ihm angenommene Mängelbeseitigung in der Kürze der Zeit nicht möglich gewesen sei. Auch die Bewertung des Landgerichts, die Parteien hätten sich darauf geeinigt, dass die Mängel der Beschichtung nur an einzelnen Stellen beseitigt werden sollten, gehe fehl. Das Landgericht habe - was für sämtliche gerügten Mängel gelte - entgegen jeglicher objektiven Beweiswürdigung den unglaubwürdigen Aussagen des Zeugen F. Glauben geschenkt und die Aussagen der anderen Zeugen und das vorgelegte Bildmaterial negiert. Zu Unrecht sei es den Beweisantritten, dass die Beseitigung der der Bauherrin bekannten Mängel erheblich mehr als von der Bauherrin angenommen gekostet hätte, nicht nachgegangen. Hinsichtlich des der Bauherrin unbekannten Mangels der unzureichenden Befestigung des Dachs habe das Landgericht fehlerhaft ein jedenfalls bis zum Antrag auf Insolvenzeröffnung bestehendes Leistungsverweigerungsrecht der A. in Höhe von mindestens € 1 Mio. verneint und nicht bedacht, dass die vom Zeugen R. berichtete Entlassung der Alpine aus der Gewährleistung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt sei. Auch hinsichtlich der sonstigen gerügten Mängel und Abzugsposten habe das Landgericht fehlerhaft ein Leistungsverweigerungsrecht verneint. Dass das Landgericht zur Bewertung der Mängel allein auf die Anlage B 2 - 3 abgestellt habe, sei tatsächlich und rechtlich fehlerhaft und überraschend gewesen. Grundsätzlich habe das Landgericht verkannt, dass es für die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch der Klägerin bestehe, nicht darauf ankomme, ob ein Mangel gerügt worden sei, sondern nur darauf, ob ein solcher objektiv vorliegt.

42
Im Übrigen sei das Urteil des Landgerichts widersprüchlich, wenn es feststelle, dass die von der Bauherrin mit Schreiben vom 10. Juni 2013 (B 1 - 12) erklärte Untersagung der weiteren Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten nicht in die Tat umgesetzt worden sei, allerdings hierin dann doch die Ablehnung weiterer Mängelbeseitigung und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen erkenne. Dabei habe das Landgericht verkannt, dass die Alpine von der Klägerin nach wie vor die Herstellung eines vertragsgerechten Zustands verlangt habe; die Klägerin sei dementsprechend auch nach dem 10. Juni 2013 noch auf der Baustelle tätig gewesen sei.

43
Die Zurückweisung des Vortrags zur Erklärung der Aufrechnung mit den Gegenforderungen sei falsch und überraschend gewesen; das Landgericht habe übersehen, dass der Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 7. Februar 2014 (K 13) die Aufrechnung erklärt habe. Spätestens mit Stellen der Schlussrechnung wären diese Gegenforderungen in Abzug gebracht worden, so dass auch aus diesem Grund ein Schadensersatzanspruch der Klägerin ausscheide.

44

Die Streithelfer schließen sich dem Antrag des Beklagten an und führen in Ergänzung seines Vortrags insbesondere aus, dass das Landgericht nicht bedacht habe, dass die Durchgriffsfälligkeit gemäß § 641 Abs. 2 Satz 2 BGB an der fehlenden Sicherheitsleistung der Klägerin gegenüber der A. scheitere. Die Alpine habe Aserbaidschan eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von € 12 Mio. und eine Mängelgewährleistungsbürgschaft in Höhe von € 6 Mio. gestellt. Im Übrigen sei § 641 BGB im VOB/B-Vertrag nicht anwendbar; jedenfalls aber sei zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung die Stellung einer Schlussrechnung. Eine solche liege hier schon deshalb nicht vor, weil dem final account keine Mengenberechnungen, Aufmaße oder sonstigen Belege beigefügt gewesen seien; die Unterlage sei auch nicht prüfbar gewesen. Die von der A. übersandten Berechnungen hätten sämtlich unterschiedliche Salden aufgewiesen, die Klägerin habe sie sich nicht zu eigen gemacht, sondern sei selbst mit ihrer Klage aus den Abschlagsrechnungen vorgegangen.

45
Hinsichtlich der Haftung des Beklagten nach dem BauFordSiG habe das Landgericht verkannt, dass sich der Beklagte in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe. Es fehle an Feststellungen dazu, dass der Beklagte gewusst habe, welche konkreten Pflichten bestanden haben. Eine zweckwidrige Verwendung von Baugeld vor Erhalt der Auskunft der D. & T. GmbH scheide schon deshalb aus, weil die erste unbezahlte Abschlagsrechnung der Klägerin erst vom Februar 2012 datiere. Im Übrigen zeige sich daran, dass bis zum Ausscheiden des Beklagten sämtliche fälligen Rechnungen der Nachunternehmer bei dem Bauvorhaben bezahlt worden seien, dass das Baugeld in der Amtszeit des Beklagten zweckgemäß verwendet worden sei; die Auffassung, dass der Beklagte „Mittel zurücklegen“ hätte müssen, gehe fehl.

46
Das Landgericht habe zudem berücksichtigen müssen, dass durch die Inanspruchnahme der Bürgschaft ein Rückfluss der bezahlten Vergütung stattgefunden habe. Entgegen seiner Bewertung sei für die Beurteilung, ob ein Schadensersatzanspruch bestehe, allein auf das objektive Vorliegen von Gegenforderungen abzustellen; darauf, ob bereits die Aufrechnung erklärt worden sei, komme es nicht an.

47
Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung. Sie weist insbesondere darauf hin, dass nicht sie, sondern der Beklagte für die ordnungsgemäße Verwendung des Baugelds darlegungs- und beweisbelastet sei. Der Beklagte aber habe im Verlauf des gesamten Rechtsstreits zur konkreten Verwendung des Baugelds nichts vorgetragen. Hinsichtlich der Beseitigung der Mängel der Beschichtung übergehe der Beklagte, dass die konkrete Art und Weise der Nachbesserung zwischen den Parteien abgestimmt gewesen sei (K 41, K 42, K 43, K 44, K 26). Dass das Landgericht keinen Abzug des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 641 Abs. 3 BGB vorgenommen habe, sondern nur die Mängelbeseitigungskosten selbst, begegne keinen Bedenken, denn dass nach der Mitteilung vom 10. Juni 2013 (B 2 - 11) weitergearbeitet worden sei, sei allein dem Umstand geschuldet gewesen, dass die Arbeiten an der Beschichtung kurz vor dem Abschluss gestanden hätten und es irrational gewesen wäre, diese abzubrechen.

48
Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze und auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 2. März 2022 Bezug genommen.

II.

49
Die zulässige Berufung des Beklagten zu 1) hat im tenorierten Umfang Erfolg. Das landgerichtliche Urteil war dahingehend abzuändern, dass die vom Landgericht ausgesprochene Zahlungsverpflichtung des Beklagten zu 1) nur in Höhe von € 945.229,72 nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung der Insolvenzforderung in gleicher Höhe besteht; im Übrigen war die Berufung zurückzuweisen.

50
1. Zutreffend hat das Landgericht bejaht, dass der Beklagte der Klägerin grundsätzlich gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm § 1 BauFordSiG (in der ab 1. Januar 2009 geltenden Fassung, vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2013, VII ZR 47/11, juris) haftet.

51

a) Die Alpine war als Generalunternehmerin für das Bauvorhaben in Baku hinsichtlich der von Aserbaidschan an sie geleisteten Zahlungen Empfängerin von Baugeld iSd BauFordSiG (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 24. November 1981, VI ZR 47/80, juris Rn. 14 ff.; BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999, VII ZR 39/99, juris Rn. 13). Ist der Empfänger von Baugeld eine juristische Person, so haftet im Fall eines Verschuldens auch ihr gesetzlicher Vertreter, wobei die Aufgabenverteilung im Vertretungsorgan zu berücksichtigen ist (Esser/Rübenstahl, Wirtschaftsstrafrecht, § 2 BauFordSiG Rn. 5, 9 f.; vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1981, VI ZR 47/80, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012, VII ZR 187/11, juris Rn. 38 f. mwN).

52
Nach diesen Grundsätzen ist der Beklagte haftungsrechtlich verantwortlich, denn er war Mitglied des Vorstands der A. und damit Mitglied des Vertretungsorgans, § 78 AktG. Als Finanzvorstand bestand seine Aufgabe u.a. in der Organisation der Verwaltung, Verwahrung und Verwendung des von Aserbaidschan für das fragliche Bauvorhaben erlangten Baugelds.

53
b) Nach gefestigter Rechtsprechung haftet der Baugeldempfänger jedem einzelnen Baugläubiger mit dem gesamten Baugeldbetrag für dessen Bauforderung, bis das Baugeld für Bauforderungen verbraucht ist (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012, VII ZR 187/11, juris Rn. 33 mwN). Im Verfahren ist unstreitig geblieben, dass die A. ab Juli 2011 bis zum Ausscheiden des Beklagten aus dem Vorstand im September 2012 für das fragliche Bauvorhaben Baugeld in Höhe von € 131.300.000,00 erhalten hat (vgl. Anlage K 19), mithin in einer die Werklohnforderung der Klägerin von € 23.5 Mio. deutlich übersteigenden Höhe. Ebenso unstreitig hat die A. die von der Klagepartei behauptet noch offene Werklohnforderung für ihre Subunternehmerleistungen in Höhe von rund € 1.7 Mio. bislang nicht bezahlt.

54
Der bei dieser Sachlage gemäß § 1 Abs. 4 BauFordSiG für die ordnungsgemäße Verwendung des in seiner Amtszeit vereinnahmten Baugelds darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1990, VI ZR 230/89, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012, VII ZR 187/11, juris Rn. 33; BGH, Urteil vom 17. Mai 2018, VII ZR 92/16, juris Rn. 23; Brandenburgisches OLG, 13 U 80/06, juris Rn. 18 mwN; OLG Celle, 9 U 61/17, juris Rn. 12 mwN) hat zur konkreten Verwendung dieser Baugeldbeträge nichts vorgetragen, mithin eine bestimmungsgemäße Verwendung des Baugelds in keiner Weise dargelegt. Allein das pauschale Vorbringen, dass bis zum Ausscheiden des Beklagten die bis dahin fälligen Werklohnforderungen der Subunternehmer befriedigt worden seien, genügt hierfür schon mangels Darstellung ihres Umfangs und dem des konkret zugeflossenen Baugelds offensichtlich nicht. Selbst wenn - was sich aus Anlage K 19 nicht im Ansatz ergibt - die behaupteten Gesamtkosten für das fragliche Bauvorhaben von € 109.7 Mio. sämtlich bis zum Ausscheiden des Beklagten bezahlt worden wären, gelingt auch damit der Nachweis einer ordnungsgemäßen Verwendung nicht, denn in diesem Fall wäre der Verbleib der Differenz zu den während der Amtszeit des Beklagten vereinnahmten € 131.3 Mio. darzulegen, mithin von ca. € 21.6 Mio.

55
Das zum Zeitpunkt des tatsächlichen Ausscheidens des Beklagten im September 2012 von Aserbaidschan auf das Hauptkonto der A. Nr. …400 bei der U.C./H.V.bank überwiesene Baugeld in Höhe von ca. € 131.300.000,00 war dort zu diesem Zeitpunkt nicht mehr vorhanden. Der Kontostand des „Baugeldkonto Baku“ der A. Nr. …430 bei der U.C./H.V.bank belief sich zum 28. September 2012 auf € 312,84, zum 2. Oktober 2012 bestand ein Minussaldo von € 20,95 (K 22). Das weiter mitgeteilte Konto der A. Nr. …202 bei der U.C./H.V.bank wies zum 20. September 2012 einen Kontostand von € 0,00 auf (Anlage K 21, dort letzte Seite). Dies steht im Einklang mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme in erster Instanz, wonach das von Aserbaidschan gezahlte Baugeld zur Bezahlung laufender Forderungen verwendet bzw. an die Muttergesellschaft überwiesen wurde.

56
Dass die A. ständig eigene Mittel in Höhe des nicht für die Bezahlung von Bauforderungen verwendeten Baugeldes bereitgehalten hätte, behauptet auch der Beklagte nicht. Eventuell bei der Muttergesellschaft vorhandene Gelder stellen mangels gesichertem Zugriff der A. keine Mittel dar, die in die Betrachtung miteinbezogen werden könnten.

57

c) Dass, wie der Beklagte behauptet, bei seinem Ausscheiden auf dem Konto Nr. …400 genügend Mittel zur Befriedigung der klägerischen Forderung vorhanden gewesen seien, ergibt sich entgegen seiner Darstellung nicht aus den vorgelegten Kontounterlagen. Zwar trifft es zu, dass ausweislich der beiden Auszugsblätter für die Zeit vom 24. - 27. August 2012 bzw. vom 8. - 9. Oktober 2012 (Anlagenkonvolut K 21) auf diesem Konto am 24. August 2012 und am 9. Oktober 2012 Guthaben in Höhe von € 3.7 Mio. bzw. € 4.1 Mio. vorhanden waren. Mangels Darstellung des gesamten Kontenverlaufs - schon der Kontoauszug für die Zeit vom 28. August 2012 bis 7. Oktober 2012 fehlt - lässt sich hieraus allerdings nicht der Schluss ziehen, dass ständig genügend Mittel zur Bedienung der Forderungen der Subunternehmer des Bauvorhabens in Aserbaidschan vorgehalten worden seien. Im Gegenteil ergibt sich bereits aus den beiden fraglichen Kontoauszugsblättern, dass das Guthaben vom 24. August 2012 zu einem großen Teil auf eine Baugeldüberweisung aus Aserbaidschan von ca. € 2 Mio. an diesem Tag zurückzuführen ist, das Guthaben vom 9. Oktober 2012 auf zwei Baugeldüberweisungen in Höhe von ca. € 3.7 Mio. und € 250.000,00 aus Aserbaidschan vom Vortag. Ohne diese Überweisungen hätte das Guthaben am 9. Oktober 2012 lediglich € 107.478,00 betragen, mithin deutlich weniger als die klägerische Forderung.

58
d) Darauf, ob die Forderung der Klägerin bereits bei Ausscheiden des Beklagten aus dem Vorstand der A. fällig war, kommt es für die Frage der Haftung des Beklagten nicht an (Esser/Rübenstahl, Wirtschaftsstrafrecht, § 2 BauFordSiG Rn. 19 mwN; vgl. Brandenburgisches OLG, 4 U 202/10, juris LS und Rn. 58, 63; Hanseatisches OLG Hamburg, 14 U 205/98, juris LS und Rn. 50). Denn der Beklagte hat weder dargelegt noch bewiesen, dass die A. während seiner Amtszeit jedenfalls in Höhe des empfangenen Baugeldes Zahlungen an am Bau beteiligte Handwerker geleistet hat bzw. dass diese Gelder seinem Nachfolger für noch nicht fällige Forderungen der Subunternehmer zur Verfügung gestanden haben (vgl. OLG Bamberg, 1 U 49/00, juris Rn. 10).

59
e) Nach den Feststellungen des Landgerichts war dem Beklagten die Baugeldeigenschaft der Mittel und seine Verantwortlichkeit bekannt und wurden von dem Konto, auf das Aserbaidschan das Baugeld einzahlte, und das nicht das Konto war, das für Auszahlungen an die bei dem Bauvorhaben tätigen Subunternehmer verwendet wurde, Zahlungen geleistet, die nichts mit dem Bauvorhaben zu tun hatten. Bei dieser Sachlage hat es der Beklagte jedenfalls als möglich und nicht völlig unwahrscheinlich erkannt und gebilligt, dass die Alpine die in seiner Amtszeit erhaltenen Baugelder nicht zur Bezahlung der Subunternehmer verwendet und damit zumindest bedingt vorsätzlich die Baugeldverwendungspflicht verletzt (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1981, VI ZR 47/80, juris Rn. 18; OLG München, 9 U 1574/17 Bau, juris Rn. 88).

60
f) Dass das Landgericht einen tatbestandsausschließenden Irrtum des Beklagten verneint hat und vom Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums ausgegangen ist, begegnet ebenfalls keinen Bedenken.

61
aa) Nach ständiger Rechtsprechung kann der Zweckentfremdende sich nicht damit entlasten, keine Kenntnis von den Vorschriften des BauFordSiG zu haben, da die im Strafrecht anerkannte Schuldrechtstheorie hier für § 823 Abs. 2 BGB angewandt wird (BGH, Urteil vom 10. Juli 1984, VI ZR 222/82, juris Rn. 14 ff.; OLG Bamberg, 1 U 49/00, juris Rn. 13). Ein Irrtum über das Bestehen eines Gesetzes wird als vermeidbar angesehen, wenn das Gesetz - wie hier bei dem unzweifelhaft verantwortlichen Finanzvorstand eines weltweit agierenden Baukonzerns - den Arbeitsbereich des Schädigers betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1984, VI ZR 222/82, juris Rn. 15 ff.; BGH, Urteil vom 17. Mai 2018, VII ZR 92/16, juris Rn. 26).

62
bb) Soweit der Beklagte unter Verweis auf das Schreiben der D. & T. GmbH vom 12. Dezember 2011 (B1 - 42) einen tatbestandsausschließenden Irrtum einwendet, hat ihn dieses Schreiben erst erreicht, als ausweislich der Anlage K 19 bereits € 92.6 Mio. Baugeld an die A. geflossen waren. Hinsichtlich dieses Betrages liegt unabhängig von der Einordnung der in Bezug genommenen Auskunft weiterhin ein vermeidbarer Verbotsirrtum vor, denn insoweit hat der Beklagte sich jedenfalls damit abgefunden, gegen eine bestehende, ihm aber nicht bekannte Verpflichtung zu verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1984, VI ZR 222/82, juris Rn. 16; OLG Bamberg, 1 U 49/00, juris Rn. 18). Dass - wie der Beklagte einwendet -

sich die Erstellung des Schreibens über einen längeren Zeitraum hingezogen habe, ändert an dieser Bewertung nichts.

63
Im Übrigen geht aus dem vorgenannten Schreiben (B 1 - 42) deutlich hervor, dass nach dem BauFordSiG „die Verpflichtung“ besteht, „vom Auftraggeber erhaltenes Baugeld nur zur Bezahlung von Bauleistungen seiner Subunternehmer und Baulieferungen zu verwenden.“ Dass die dort weiter gemachten Ausführungen zur Möglichkeit der Einrichtung eines Treuhandkontos oder der projektbezogenen Kostenrechnung etwas anderes als die Dokumentation der Einhaltung der genannten gesetzlichen Verpflichtung betreffen könnten, liegt damit ersichtlich fern. Denn dass „die Verpflichtung“, Baugeld in bestimmter Weise zu verwenden, sich darin erschöpfen könnte, die (ggf. auch anderweitige) Verwendung sorgfältig zu dokumentieren, scheidet offensichtlich aus.

64
Im Einklang mit der Auslegung des Wortlauts hat auch die Beweisaufnahme vor dem Landgericht ergeben, dass das Schreiben nach der Intention seiner Verfasser nur das Vorliegen einer geeigneten Dokumentation unter dem Aspekt der Einhaltung von Rechnungslegungsvorschriften bestätigen sollte und nicht die tatsächliche Einhaltung der Baugeldverwendungspflicht. Im Übrigen hätte es bei einem anderen Auftragsinhalt auch nahegelegen, nicht eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, sondern eine Rechtsanwaltskanzlei zu beauftragen.

65
cc) Dass die Strafverfolgungsbehörden im Jahr 2014 unter dem Eindruck des vorgenannten Schreibens ein Ermittlungsverfahren gegen Vorstände der A. eingestellt haben (BB 4, BB 5) führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn die Verfügungen berücksichtigen nicht hinreichend, dass - anders als die damalige Aussage des Beklagten im Ermittlungsverfahren zu verstehen sein könnte (vgl. Schriftsatz vom 26. April 2021, S. 24, Bl. 1415) - das BauFordSiG keineswegs erst im Jahr 2009 eingeführt worden ist und kein gesteigerter Beratungsbedarf hinsichtlich etwaiger neuer Erfordernisse zur Baugeldverwendung bestanden hat. Vielmehr gibt es die nunmehr im BauFordSiG kodifizierte Baugeldverwendungspflicht bereits seit dem Jahr 1909; diese besteht seither unverändert darin, dass - wie auch in dem vorgenannten Schreiben der D. & T. GmbH (B 1 - 42) ausgeführt - Baugeld nur zur Bezahlung von Bauleistungen verwendet werden darf. Die im Jahr 2009 erfolgte Gesetzesänderung führte lediglich zu einer Ausweitung des Baugeldbegriffs und - was die Anfrage bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erklärt - einer Änderung der Dokumentationspflichten, insbesondere dem Wegfall des Baubuchs.

66
g) Soweit nach dem Ausscheiden des Beklagten von Aserbaidschan noch Baugeld in einer die Forderung der Klägerin übersteigenden Höhe an die A. bezahlt wurde, ändert dies nichts an dem von dem Beklagten begangenen vorsätzlichen Verstoß gegen die Baugeldverwendungspflicht. Der Umstand, dass möglicherweise auch der Nachfolger des Beklagten gegen die Baugeldverwendungspflicht verstoßen hat, führt nicht zu einer Enthaftung des Beklagten, § 840 BGB. Gleiches gilt dafür, dass der Nachfolger des Beklagten bei Beachtung der Baugeldverwendungspflicht den endgültigen Schadenseintritt möglicherweise hätte verhindern können (vgl. Hanseatisches OLG Hamburg, 14 U 205/98, juris Rn. 50), oder dass gegebenenfalls vorübergehend auf den Konten der Alpine genügend Geld vorhanden war, um die klägerische Forderung zu begleichen.

67
2. Zutreffend hat das Landgericht für den 18. Juni 2013, d.h. den Tag vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A., das Vorliegen einer insolvenzfesten, fälligen und durchsetzbaren Werklohnforderung der Klägerin bejaht.

68
a) Die Fälligkeit der Werklohnforderung ergibt sich aus § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

69
aa) Unstreitig hat die Republik Aserbaidschan den Werklohnanspruch der A., der die Subunternehmerleistung der Klägerin beinhaltete, bereits im Oktober 2012 vollständig bezahlt. Damit hat die A. von dem Dritten die Vergütung für die Herstellung des versprochenen Werks erhalten, so dass ein Fall des § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB gegeben ist. Dies gilt auch dann, wenn insoweit die zum Zahlungszeitpunkt

abweichende Aussage des Zeugen K. (K 17) nebst der von ihm in Bezug genommenen Kontounterlagen gewürdigt werden würden; denn hieraus ergibt sich, dass die letzte Werklohnzahlung seitens Aserbaidschan jedenfalls am 7. Januar 2013 bei der A. eingegangen ist.

70
Anders als der Beklagte meint, bewirkt die - zudem erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte - Inanspruchnahme der Gewährleistungsbürgschaft seitens Aserbaidschan nicht, dass der Werklohn als zurückbezahlt gelten würde. Denn abgesehen davon, dass die Inanspruchnahme der Bürgschaft nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten lediglich zu etwa einem Drittel die Leistung der Klägerin betroffen haben soll, lag insoweit schon keine Leistung der A. an Aserbaidschan vor, sondern eine Zahlung der Bürgin. Eine Rückzahlung von Werklohn seitens der A. hat mithin nicht stattgefunden.

71
bb) In den beiden betroffenen Vertragsverhältnissen liegen Sicherheitsleistungen vor, die sich in Höhe und Art entsprechen, § 641 Abs. 2 Satz 2 BGB. Wie unstreitig geblieben ist, hat die A. der Republik Aserbaidschan bei einer Gesamtvertragssumme von ca. € 135 Mio. eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von € 12 Mio. gestellt, die am 25. April 2013 von einer Bürgschaft für Mängelgewährleistungsansprüche in Höhe von € 6 Mio. abgelöst wurde (B 1 - 2). Den auf den diesbezüglichen Einwand des Beklagten erfolgten Vortrag der Klägerin, dass sie - wie ausdrücklich vertraglich vereinbart (vgl. jeweils Ziffer 11.1 der Verträge K 1, K 3) - eine unwiderrufliche Sicherheit auf erste Anforderung in Höhe von 10% der jeweiligen Vertragssumme in Form einer Bankbürgschaft gestellt habe, die sowohl die Vertragsdurchführung als auch die Mängelgewährleistung abgedeckt habe, hat der Beklagte nicht mehr bestritten. Dass der Vortrag der Klägerin zutrifft, ergibt sich im Übrigen unzweifelhaft aus dem vom Zeugen W. verfassten „Entwurf Interne Notiz“ vom 22. Januar 2014 (B 1 - 40, S. 7), in dem der Zeuge ausführt, dass die A. darauf verzichtet habe, die von der Klägerin gestellten, „Ende Juni ausgelaufenen Bankgarantien“ in Höhe von insgesamt € 2,3 Mio. in Anspruch zu nehmen.

72
cc) Auch die weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen liegen vor:

73
(1) Dass die Klägerin die vertraglich vereinbarte Werkleistung erbracht hat, war zwischen den Parteien des Werkvertrags unstreitig und hat die A. selbst ausdrücklich bestätigt, indem sie mit Schreiben vom 14. Juni 2012 unter Beifügung ins Einzelne gehender Berechnungen und Mengenangaben sowie der Abschlagsrechnungen (K 23) mitgeteilt hat, dass sie nach Überprüfung des Leistungsverzeichnisses damit einverstanden sei, für die von der Klägerin durchgeführten Arbeiten insgesamt € 22.823.000,00 zu zahlen. Vorausgegangen war diesem Schreiben eine Verhandlung zwischen der A. und der Klägerin vom Vortag, dem 13. Juni 2012, auf die sich das Schreiben ausdrücklich bezog. In dieser Verhandlung sollte ausweislich der Tagesordnung (B 1 - 37) anhand weiterer Unterlagen insbesondere Klarheit über die Mengen und die tatsächlich erbrachten Leistungen der Klägerin geschaffen und eine abschließende finanzielle Einigung über die Bezahlung der erbrachten Werkleistung herbeigeführt werden.

74
(2) Zutreffend hat das Landgericht den von der A. unter dem 8. Dezember 2012 erstellten und der Klagepartei unstreitig in engem zeitlichen Zusammenhang zugegangenen „final account“ (Anlage zu K 4) im vorliegenden Fall als Schlussrechnung bewertet. Eine ausdrückliche Bezeichnung als solche war nicht erforderlich (vgl. Ingenstau/Korbion/Locher VOB 21. Aufl. § 16 Abs. 3 VOB/B Rn. 4; Grüneberg/Retzlaff BGB 81. Aufl. § 650g Rn. 9).

75
Die Parteien haben - wie vorstehend ausgeführt - bereits im Juni 2012 gemeinsam die vorhandenen und für das Treffen vom 13. Juni 2012 vorbereiteten Unterlagen, insbesondere Leistungsverzeichnis und Mengen und Massen geprüft, darüber verhandelt und sich sodann auf eine Vertragssumme von € 22.823.000,00 und unter Abzug der bereits geleisteten Zahlungen auf eine noch offene Schlussrechnungssumme von € 1.557.864,69 geeinigt. Dass die Klägerin entgegen der Aufforderung der - unzweifelhaft von Schlussrechnungsreife des klägerischen Gewerks ausgegangenen - A. in dem Schreiben vom 14. Juni 2012 (K 23) zunächst keine Schlussrechnung über diesen Betrag erstellt und die Alpine ihrerseits keine Frist gemäß § 14 Abs. 4 VOB/B gesetzt hat, ändert nichts daran, dass beide Parteien diesen Betrag und die dann erfolgte Rechnungsstellung durch die A. akzeptiert und fortan zugrunde gelegt haben.

76
So nimmt die von der A. in Reaktion auf die Nichtvorlage einer Schlussrechnung durch die Klägerin erstellte eigene Abrechnung vom 8. Dezember 2012 (Anlage zu K 4) die im Juni 2012 vereinbarte Vertragssumme von € 22.823.000,00 zuzüglich einer Bonuszahlung von € 350.000,00, mithin € 23.173.000,00 zum Ausgangspunkt und weist - wie für eine Rechnungslegung ausreichend (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2001, VII ZR 480/00, juris) - neben einer weiteren Forderung der Klägerin in Höhe von € 346.880,00 sowie - bereits bezahlte - € 57.000,00 für Zusatzarbeiten die geleisteten Abschlagszahlungen und weitere Abzugsposten aus sowie eine noch offene Forderung der Klägerin gegen die A. von € 1.825.229,72. In dem Begleitschreiben vom 11. Dezember 2012 (K 4) hat die A. diesen Betrag ausdrücklich als ausstehende Zahlung (“pending payment“) bezeichnet und nicht etwa erneut die Zusendung einer Schlussrechnung verlangt, sondern mitgeteilt, dieser Betrag werde - mit Ausnahme eines Teilbetrags von € 346.880,00, der im Januar 2013 bezahlt würde - wegen bestehender Mängel zurückbehalten, bis Aserbaidschan die von der Klägerin durchgeführten Arbeiten im Wesentlichen abnehme. Unter Abzug der unstreitig im Januar 2013 von der A. bezahlten € 100.000,00 ergibt sich hiernach ein noch offener Betrag von € 1.725.229,72. Dass die Schlussrechnung mit der Bitte um Prüfung und Bestätigung (vgl. K 4) übersandt wurde, ändert an der Qualifizierung dieser Unterlage nichts (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, § 14 Abs. 4 VOB/B Rn. 6).

77
Die Klägerin ihrerseits hat die mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 (K 4) übersandte Rechnung der A. als solche akzeptiert, denn sie hat in ihrem Schreiben an die A. vom 7. Juni 2013 (K 56) ausdrücklich moniert, dass die Zahlung des ausweislich des „quantity final settlement“ offenen Betrags von € 1.725.299,72 „überfällig“ (“overdue payment“) sei. Dass sie in diesem Schreiben zusätzlich die Zahlung von Boni, Zinsen und Kosten der Rechtsverfolgung gefordert hat, ändert nichts daran, dass ersichtlich auch die Klägerin davon ausgegangen ist, dass ohne weitere Rechnungslegung eine fällige Werklohnforderung in - wie dargestellt - vereinbarter Höhe von € 1.725.299,72 besteht.

78
Der Einwand des Beklagten, dass die Berechnungen der Werkvertragsparteien völlig unterschiedlich Beträge aufgewiesen hätten, trifft nach Vorstehendem für die Rechnung der Alpine vom 8. Dezember 2012 (K 4) und das Mahnschreiben der Klägerin vom 7. Juni 2013 (K 56) nicht zu. Aber auch für das Dokument der A. vom 24. Mai 2013 (K 57) gilt nichts anderes. Denn auch dieses hat die „im Juni 2012 vereinbarte“ Summe von € 23.173.000,00 zum Ausgangspunkt genommen; soweit es als Schlussbetrag eine Summe von € 1.655.375,88 statt zutreffend € 1.725.299,72 ausgewiesen hat, liegt dies daran, dass in dieser Berechnung, die im Übrigen deckungsgleich mit der Rechnung vom 8. Dezember 2012 ist, von der A. zusätzlich Abzugsposten in Höhe von insgesamt € 69.853,84 (Rechnungen vom 14. März 2013, 30. April 2013 und Mai 2013) angesetzt worden sind. Entgegen den Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 30.03.2022 (S. 4, Bl. 1628 d.A.) hat diese Rechnungen nicht die Klägerin gestellt; vielmehr hat mit diesen Rechnungen die A. von der Klägerin die Kosten für die Überwachung der Mängelbeseitigung verlangt, was die Klägerin zurückgewiesen hat (vgl. Anlage K 63).

79
Dass die Klägerin selbst nicht die von der A. erstellte Schlussrechnung als solche akzeptiert habe, sondern noch mit ihrer Klage aus einzelnen Abschlagsrechnungen vorgegangen sei, trifft ausweislich der Klageschrift vom 22. Oktober 2015 nicht zu. Dort trägt die Klägerin zwar zu den einzelnen offenen Rechnungsbeträgen vor, präzisiert ihren Vortrag allerdings dann dahingehend, dass sie mitteilt, dass diese Beträge zwischen der Klägerin und der A. unstreitig gewesen seien, wie sich aus dem von ihr vorgelegten Schreiben der A. im Schreiben vom 11. Dezember 2012 nebst Zahlungsaufstellung ergebe.

80
b) Die fällige Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von € 1.725.299,72 war am 18. Juni 2013 in Höhe von € 945.229,72 auch durchsetzbar. Denn in dieser Höhe bestand eine klägerische Forderung, deren hypothetischer Ausgleich einer insolvenzrechtlichen Anfechtung Stand gehalten hätte (vgl. K. Schmidt InsO/Ganter/Weinland InsO, § 131 Rn. 57; vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2013, IX ZR 220/11, juris LS und Rn. 3; Brandenburgisches OLG, 4 U 202/10, juris Rn. 62).

81
aa) Soweit sich das Landgericht aufgrund der von ihm durchgeführten umfangreichen Beweisaufnahme die Überzeugung davon gebildet hat, dass die Klagepartei bis kurz vor der Insolvenzantragstellung am 19. Juni

2013 die von der Schuldnerin gerügten Mängel mit Ausnahme der Positionen 2.1 und 2.3 aus der Aufstellung der SM. LLC vom 4. Juni 2013 (B 2 - 3) beseitigt hat bzw. vom Beklagten aufgeführte Positionen nicht die Klagepartei betrafen, lässt dies keinen Fehler im Sinne von §§ 513, 529 ZPO erkennen. Eine Beweislastentscheidung hat das Landgericht nicht getroffen, so dass es auf die Beweislastverteilung schon nicht entscheidend ankam.

82
(1) Die Rüge der Berufung, dass das Landgericht den Beweisbeschluss vom 15. Februar 2018 (Bl. 491 ff.) hinsichtlich der Vernehmung des Zeugen E. A. nicht aufgehoben und nicht abgearbeitet habe, kann ihr schon deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, weil dieser Zeuge nicht von dem Beklagten, sondern von der Klagepartei zum Beweis der Mangelfreiheit der Rauchklappen und der Freigabe der Türen benannt worden war. Das Übergehen dieses Beweisangebots stellt deshalb keine Gehörsverletzung zum Nachteil des Beklagten dar.

83
(2) Dass sich das Landgericht zur Beurteilung der Frage, ob die Werkleistung der Klägerin am 18. Juni 2013 noch Mängel aufwies, wesentlich auf das von Aserbaidschan bei der nicht am Bauvorhaben beteiligten Fa. SM. LLC in Auftrag gegebene Gutachten (B 2 - 3) gestützt hat, begegnet keinen Bedenken. Denn hierbei handelt es sich um eine von unabhängiger Seite erstellte Zustandsbeschreibung, die auf einer Vor-Ort-Überprüfung vor dem 4. Juni 2013 beruht. Die dort angeführten Mängel, die das Gewerk der Klägerin betreffen, decken sich zudem im Wesentlichen mit der Mängelrüge der A. vom 22. Mai 2013 (B 2 - 2). Daneben hat das Landgericht wesentlich die Aussage des bis Juni 2013 für die A. vor Ort auf der Baustelle tätigen Zeugen F. verwertet, der ausdrücklich mit der Überwachung und Kontrolle der von der Klagepartei vorzunehmenden Mängelbeseitigung betraut war sowie - anders als die Berufung behauptet - die Bilder und Videos, die von der A. zur Vorbereitung der letzten Besprechung mit der Klägerin am 28. Mai 2013 erstellt worden waren.

84
Soweit die Berufung damit argumentiert, dass eine Beseitigung der im Gutachten vom 4. Juni 2013 (B 2 - 3) beschriebenen Mängel bis zum 18. Juni 2013 schon zeitlich nicht möglich gewesen sei, verkennt sie, dass zum einen die Feststellung dieser Mängel denknotwendig vor dem 4. Juni 2013 stattgefunden hat, und dass zum anderen, worauf auch das Landgericht hingewiesen hat, die A. selbst der Klägerin kurze Mängelbeseitigungsfristen gesetzt hatte, mithin selbst davon ausgegangen ist, dass eine Mängelbeseitigung kurzfristig erfolgen könne.

85
Dass - wie die Berufung behauptet - das Landgericht sich hinsichtlich der Frage der Mängelbeseitigung auf Unterlagen vom Dezember 2012 (B 2 - 9 bzw. K 4) gestützt habe, obwohl das Gutachten vom 4. Juni 2013 (B 2 - 3) diese Mängel noch als vorhanden beschrieben habe, trifft ausweislich der Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils nicht zu. Ähnliches gilt für die vorgelegten Fotos und Videos, mit denen sich das Landgericht ausdrücklich und in nicht zu beanstandender Weise auseinandergesetzt hat. Soweit die Berufung vorbringt, dass die Videos und Bilder vom Mai 2013 erhebliche weitere Mängel der Werkleistung zeigten, verkennt sie, dass in dieser Zeit ausweislich der vorgelegten Unterlagen und Zeugenaussagen fortdauernd Mängelbeseitigungsarbeiten durch die Klägerin durchgeführt wurden. Damit ist das Bildmaterial nicht geeignet, den Zustand des Werks zum 18. Juni 2013 zu beweisen.

86
(3) Wie das Landgericht in seiner Beweiswürdigung, der sich der Senat aus eigener Überzeugung anschließt, ausführlich dargestellt hat, hat der Zeuge F. bestätigt, dass die von der Fa. SM. LLC in dem Gutachten vom 4. Juni 2013 (B 2 - 3, dort Ziffer 2.2) beschriebenen Defekte an den Schrauben bis zum 15. Juni 2013 vollständig beseitigt waren. Gleiches gilt für die in Ziffer 2.6 der Aufstellung (B 2 - 3) angeführten Mängel bei den Treppenhäusern, die ausweislich der Angaben des vormaligen Beklagten zu 2) J. das Gewerk der Klägerin nur teilweise - hinsichtlich der Stufen - betroffen haben. Der Zeuge F., den das Landgericht als glaubwürdig eingeschätzt hat, hat glaubhaft bestätigt, dass - zur Position 2.6 gehörende - Treppenbleche nachjustiert worden sind.

87
Dieser Bewertung schließt sich der Senat aus eigener Überzeugung an. Aus den vorgelegten Urkunden ergibt sich unzweifelhaft, dass noch im Juni 2013 Mängelbeseitigungsarbeiten in den fraglichen Bereichen

durchgeführt wurden; der Zeuge F., der keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat, hat die erfolgreiche Mängelbeseitigung ausdrücklich bestätigt.

88
(4) Hinsichtlich der von der A. im Verlauf der Erbringung der Werkleistung angesprochenen, jedoch vom Besteller niemals gerügten behaupteten mangelhaften Befestigung der Dachmembran und der Dichtigkeit des Dachs hat der vor dem Landgericht für die Klagepartei auftretende Zeuge A. angegeben, dass die Republik Aserbaidschan als Bauherrin die Arbeiten nicht freigegeben habe und die Klagepartei nicht „aufs Dach gekonnt“ hätte. Diesen Vortrag hat der Beklagte nicht bestritten. Damit aber war - das Vorliegen eines Mangels unterstellt - die Mängelbeseitigung jedenfalls unmöglich und scheidet ein diesbezügliches Leistungsverweigerungsrecht aus (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 2013, VII ZR 75/11, juris Rn. 26 mwN).

89
Soweit die Berufung vorbringt, dass die Gründe festgestellt werden müssten, weshalb die Arbeiten am Dach nicht freigegeben worden seien, trifft dies nicht zu. Angesichts dessen, dass Aserbaidschan zu keiner Zeit irgendwelche Ansprüche aus insoweit etwa bestehenden Mängeln geltend gemacht hat, liegt es fern, dass hier ein Zusammenhang mit der Werkleistung oder dem Verhalten der Klägerin hergestellt werden könnte. Andere Gründe aber ändern an der bei dieser Sachlage vorliegenden Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung und dem Nichtbestehen eines Leistungsverweigerungsrechts der Generalunternehmerin nichts.

90
(5) Dass das Landgericht ein Zurückbehaltungsrecht wegen behaupteter Mängel an den Rauchklappen verneint hat, begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Denn ausweislich der Aufstellung zu den vorhandenen Mängeln (Anlage zu K 56) hatte die A. selbst die Funktionstüchtigkeit der Klappen bestätigt; ggf. vorhandene Probleme mit dem Elektroantrieb waren nicht Bestandteil des Gewerks der Klägerin.

91
Im Übrigen führt das Gutachten der SMTS LLC (B 2 - 3), auf das es hinsichtlich des Status der Werkleistung schon wegen der größeren Zeitnähe zu den letzten Mängelbeseitigungsarbeiten entscheidend ankommt, weder Mängel der Rauchklappen noch solche an Türen, Fenstern, Handläufen oder Membran an. Hinsichtlich der Türen legt schon die Anlage K 34 eine mangelfreie Werkleistung nahe, hinsichtlich der Rauchklappen die Anlagen K 32 und K 33. Damit scheidet ein Einbehalt gemäß § 641 Abs. 3 BGB in diesem Zusammenhang aus.

92
(6) Ein Einbehalt wegen zurückgelassenen Mülls kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil insoweit ein Sachmangel nicht gegeben ist. Der Beklagte hat auch nicht bewiesen, dass die Klägerin - wie von ihr bestritten - Verursacherin der Verschmutzung war.

93
(7) Soweit sich das Landgericht keine Überzeugung davon bilden konnte, dass die Mängel an der Beschichtung (Ziffer 2.1 der Aufstellung B 2 - 9) und die fehlerhafte Höhe und Tiefe der Stufen (Ziffer 2.3 der Aufstellung B 2 - 9) am 18. Juni 2013 schon beseitigt waren, führt dies dazu, dass die A. gemäß § 641 Abs. 3 BGB die Zahlung eines Betrages in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten verweigern konnte.

94
Der Argumentation des Landgerichts, dass aus dem Schreiben vom 10. Juni 2013 (B 2 -11) hervorgehe, dass die A. nun nicht mehr Mängelbeseitigung, sondern Schadensersatz statt der Leistung verlangt habe (Ziffer 28 der Entscheidungsgründe), vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Denn dies steht nicht im Einklang mit der eigenen Beurteilung des Landgerichts, dass die Republik Aserbaidschan als Bauherrin ihren aus diesem Schreiben ersichtlichen Entschluss, die Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten zu untersagen, jedenfalls nicht in die Tat umgesetzt hat (vgl. Ziffer 12 der Entscheidungsgründe). Dass bei Insolvenzantragstellung die Nacherfüllungsphase bereits beendet war, hat die Klägerin deshalb nicht nachgewiesen, weshalb das vorgenannte Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB bestand.

95
Bei im Gutachten angenommenen Mängelbeseitigungskosten von € 390.000 AZN und - was von den Parteien ausdrücklich unstreitig gestellt worden ist (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2016, S. 4 Bl. 164) - einer Umrechnung von AZN zu EURO im Verhältnis 1 : 1, ergibt sich

gegenüber dem Werklohnanspruch in Höhe von € 1.725.299,72 ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe eines Betrags von € 790.000,00. Die Bewertung der Mängelbeseitigungskosten durch die Fa. SM. LLC wird, wie das Landgericht im Einzelnen ausgeführt hat, durch die damalige eigene Einschätzung der Vertragsparteien bestätigt.

96
Soweit die Berufung darauf hinweist, dass die Anlage zur Mail vom 29. Mai 2013 (B 1 - 56) höhere Summen nenne, verkennt sie, dass diese Aufstellung ausweislich der dortigen Eingangsbemerkung den Stand Ende April 2013 wiedergibt. Angesichts der vom Zeugen F. bestätigten andauernden Mängelbeseitigungsarbeiten in dieser Zeit aber ergibt sich zwingend, dass sich der Mängelbeseitigungsaufwand Wochen später bei der Inspektion durch die Fa. SM. LLC deutlich geringer dargestellt hat. Dass für die Beseitigung der Mängel der Stufenhöhe und -tiefe der von der Fa. SM. LLC angesetzte Betrag auskömmlich war, wird auch durch das vom Landgericht eingeholte gerichtliche Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dr. P. bestätigt.

97
Dass insbesondere wegen der Mängel der Beschichtung Mängelbeseitigungskosten von „mehreren Millionen“ anfallen würden, trifft nicht zu. Auf die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts wird vollumfänglich Bezug genommen.

98
Soweit die Berufung wegen des Vorhandenseins von Mängeln ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich des gesamten noch offenen Werklohns annimmt, findet dies in der Rechtsprechung keine Stütze.

99
bb) Dass das Landgericht den Vortrag des Beklagten zur behaupteten Aufrechnungserklärung als verspätet zurückgewiesen hat, begegnet keinen Bedenken. Das Landgericht hatte insoweit bereits im Hinweis- und Beweisbeschluss vom 15. Februar 2018 (Bl. 491 ff.) ausgeführt: „Hinsichtlich der sonst gegen die Höhe der Forderung eingewendeten Gegenansprüche der Alpine (3.217.898,44 €) müsste es, damit diese den Schaden reduzieren, eine Aufrechnungserklärung der Alpine gegeben haben, und zwar vor der Insolvenzeröffnung. Dazu ist bisher nichts ersichtlich…“.

100
Dass die A. die Aufrechnung erklärt habe, hat der Beklagte im weiteren Verlauf des Rechtsstreits zunächst nicht behauptet. Erstmals hat er am Tag vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht mit Schriftsatz vom 25. November 2020 (Bl. 1186) vorgebracht, dass in einer Besprechung am 13. Juni 2012 eine Aufrechnungserklärung abgegeben worden sei. Diesen späten Vortrag hat die Prozessbevollmächtigte des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom Folgetag damit begründet, dass sie erst wenige Tage vorher den Zeugen H. kontaktiert und danach gefragt habe (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2020, S. 6, Bl. 1187 ff., 1192). Dieses Vorbringen aber ist nicht geeignet, die Verspätung zu entschuldigen.

101
Anders als der Beklagte meint, hat sich auch aus dem Prozessverlauf bis zum 25. November 2020 nichts dafür ergeben, dass die A. die Aufrechnung erklärt hätte. Insbesondere haben die Zeugen A. und W. derartiges nicht berichtet. Der Zeuge W., der damals für die A. tätig war, hat vielmehr bekundet, dass keine Abrede getroffen worden sei, „wer das bezahlt“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2018, S. 6, Bl. 539) und ausgeführt: „Ich kann jedenfalls nicht bestätigen, dass es im Gespräch vom 13.06.2012 irgendeine Einigung gegeben habe, dass die A. keine Forderungen aus den 3.2 Mio. € anmelden wird. Dieses Thema ist nicht mit einer Einigung oder mit wechselseitigen Forderungen Gegenstand dieser Gespräche gewesen. Es gab also weder das Erheben einer Forderung, noch gab es einen Verzicht. Das war schlicht beim Abschluss dieses Gesprächs offen“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2018, S. 6 f., Bl. 539 f.). Man habe sich weder darauf geeinigt, dass die 3.2 Mio. € in Abzug gebracht werden könnten, noch habe die A. auf diese Forderung verzichtet, ebensowenig wie die Klagepartei auf ihre Forderung (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2018, S. 8, Bl. 541). Der in derselben Verhandlung für die Klagepartei anwesende Zeuge A. hat ebenfalls keine Aufrechnungserklärung bekundet, sondern ausgeführt, dass damals sowohl die Alpine wie auch die jetzige Klagepartei auf ihre jeweiligen Forderungen wegen Mehraufwendungen verzichtet hätten (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2018, S. 8, Bl. 541).

102
Soweit die Berufung darauf hinweist, dass der Zeuge A. eingeräumt habe, dass die Klägerin verstanden habe, dass die € 3.2 Mio. „ein Teil ist, den Alpine nicht bezahlen will“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2018, S. 8, Bl. 541) ändert dies an vorstehender Bewertung nichts. Denn dass, wie der Zeuge A. weiter erläutert hat, beide Seiten Mehraufwendungen geltend gemacht hätten, bedeutet nicht zugleich, dass auch Aufrechnungserklärungen abgegeben worden wären.

103
Auch das Schreiben des Insolvenzverwalters vom 7. Februar 2014 (K 13) stellt keine Aufrechnungserklärung dar, sondern lediglich eine Darstellung von möglichen Verrechnungspositionen, mit der eine Einigung über die Höhe des zur Tabelle festzustellenden Betrages erreicht werden sollte.

104
Ein weiterer gerichtlicher Hinweis auf den bislang fehlenden Vortrag zu einer Aufrechnungserklärung war entgegen der Ansicht der Berufung nicht veranlasst.

105
Mangels nachgewiesener Aufrechnungserklärung scheidet eine Berücksichtigung der behaupteten Gegenforderung aus (vgl. Hanseatisches OLG Hamburg, 14 U 205/98, juris Rn. 67 mwN).

III.

106
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 101 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

107
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat wendet gefestigte Rechtsprechung auf den Einzelfall an.

108
Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 47 GKG.