OLG München, Endurteil v. 09.04.2024 – 9 U 4221/23 Bau e

Titel:

Zur Anwendbarkeit der Regelung zur Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f BGB in einem gemischten Vertrag

Normenketten:

BGB § 650a Abs. 1 S. 1, § 650f Abs. 1 S. 1
ZPO § 48

Leitsätze:

1. Geothermiekraftwerk als Bauwerk iSv § 650a BGB. (Rn. 35 – 40)
2. Die Regelung zur Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f BGB ist auf einen gemischten Vertrag anwendbar, wenn der Schwerpunkt des Vertrags im Bauvertragsrecht liegt, es sei denn die Eigenart des Vertrags wäre hierdurch nicht richtig gewürdigt. (Rn. 41 – 51)
3. Grundsätze der Auslegung eines Errichtungs- und Pachtvertrages (Rn. 52 – 57)
Eine Bauhandwerkersicherheit gem. § 650f BGB kann nicht aufgrund eines Vertrages verlangt werden, durch den sich eine Partei zur Errichtung eines Geothermiekraftwerks auf eigene Kosten und zur anschließenden Verpachtung des Kraftwerks an die andere Vertragspartei verpflichtet, die sich ihrerseits zur Zahlung monatlich über 15 Jahre gleichbleibender Pachtzahlungen verpflichtet, deren Gesamthöhe sich anhand der Investitionssumme für das Kraftwerk zuzüglich eines Generalunternehmerzuschlags und unter Zugrundelegung eines bestimmten jährlichen Zinssatzes berechnet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich aus den weiteren Vertragsbestimmungen nichts anderes ergibt. (Rn. 52 – 82) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Geothermiekraftwerk, Begriff des Bauwerks, gemischter Vertrag, Bauhandwerkersicherheit, Vertragsschwerpunkt, Baufinanzierung, Pachtkomponente, Finanzierungsleasing, Vertragsauslegung

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 12.10.2023 – 5 O 2885/23

Rechtsmittelinstanz:

BGH vom -- – VII ZR 85/24

Fundstellen:

MDR 2024, 894
BauR 2025, 128
LSK 2024, 10700
ZfBR 2024, 414

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 12.10.2023, Az. 5 O 2885/23, aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Parteien streiten über die Stellung einer Bauhandwerkersicherheit nach § 650f BGB.

2
Die Parteien schlossen am 27.11.2019 einen „Errichtungs- und Pachtvertrag“ bezüglich zweier Organic Rankine Cycle Geothermiekraftwerke auf dem Grundstück einer Tochtergesellschaft der Beklagten in E., … . Wegen des Wortlauts des Vertrags wird auf die Anlage K1 verwiesen.

3
Auf dem Grundstück befindet sich eine künstlich per Förderbohrung hergestellte Thermalwasserquelle. Mittels der Kraftwerke wollten die Parteien aus dem Thermalwasser Strom erzeugen.

4
Nach der vertraglichen Vereinbarung hatte die Klägerin die beiden Geothermiekraftwerke zu errichten, ein sog. Modulkraftwerk und das hier streitgegenständliche nichtmodulare sog. Großkraftwerk. Die Herstellungskosten für die Kraftwerke hatte zunächst die Klägerin aufzubringen. Nach dem Wortlaut des Vertrags verpflichtete sich die Klägerin, die auf dem Grundstück errichteten ORC-Anlagen nach deren Fertigstellung an die Beklagte zu verpachten. Die Beklagte sollte Pacht in monatlich gleichen Teilbeträgen über einen festen Zeitraum von 15 Jahren ab Abnahme zu zahlen haben. Die Pachtzahlung berechnete sich anhand der Investitionssumme der Klägerin zuzüglich eines GU-Zuschlags von 13,5% und unter Zugrundelegung eines Zinsatzes von 6% p.a. Für das Großkraftwerk belief sich der Bestellwert laut GU-Vertrag vom 20.08.2020 auf 27.500.000 EUR. Der streitgegenständliche Vertrag umfasste damit auch die Finanzierung der Kraftwerke durch die Klägerin.

5
Das Großkraftwerk sollte zunächst im Eigentum der Klägerin verbleiben, die Erlöse aus der Stromproduktion sollten dem Firmenverbund, dem die Beklagte angehört, zufließen. Nach Ablauf des Pachtzeitraums sollte das Eigentum am Großkraftwerk automatisch und ohne weitere Zahlung in das Eigentum der Beklagten übergehen, sofern nicht die Beklagte von der vorgesehenen Möglichkeit der Ablösung des Pachtvertrages nach 5 Jahren Gebrauch machte. Zugunsten der Klägerin wurde auf dem Betriebsgrundstück ein umfassenden Nutzungs- und Zutrittsrecht mitsamt entsprechender grundbuchrechtlicher Dienstbarkeiten vereinbart.

6
Wie den Parteien bei Vertragsschluss bekannt war, war das Bohrloch der Thermalwasserquelle beschädigt, so dass die Sollmenge an zu förderndem Thermalwasser nicht erreicht werden konnte. Diesbezüglich vereinbarten die Parteien, dass die Beklagte für die Reparatur des Bohrlochs zuständig sei, die Klägerin hierauf aber keinen Anspruch habe. Das defekte Bohrloch wurde bislang nicht repariert.

7
Die Klägerin ließ die Kraftwerke errichten mit Montageabschluss des Großkraftwerks im April 2022. Eine Abnahme des Großkraftwerkes ist bisher nicht erfolgt, das Kraftwerk steht seit Durchführung eines Probebetriebs still. Die Beklagte beruft sich auf einen unzureichenden Probebetrieb und auf Mängel des Kraftwerks.

8
Mit Schreiben vom 02.02.2023 forderte die Klägerin von der Beklagten über ihren anwaltlichen Vertreter eine Sicherheit nach § 650f BGB in Höhe von 52.616.956,70 EUR bis zum 13.02.2023 in Bezug auf das Großkraftwerk (Anlage K12). Die Beklagte stellte keine Sicherheit.

9
Mit ihrer Klage hat die Klägerin letztlich eine Sicherheit gemäß § 650f BGB in Höhe von 40.857.162,50 € in Bezug auf das Großkraftwerk geltend gemacht und sich dabei insbesondere darauf berufen, dass der streitgegenständliche Vertrag ein Bauvertrag mit Finanzierungsverpflichtung und Eigentumsvorbehalt sei, so dass § 650f BGB zur Anwendung komme. Dem hat die Beklagte entgegengehalten, dass ein Bauvertrag nicht vorliege.

10
Mit Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 18.08.2023, eingetragen im Handelsregister am 04.10.2023, übertrug die Klägerin sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Errichtungs- und Pachtvertrag vom 27.11.2019 im Wege der Ausgliederung auf die E. Business Solutions D. GmbH. Am 25.01.2024, eingetragen im Handelsregister am 15.02.2024, beschloss die Gesellschafterversammlung der Klägerin eine Änderung der Firma der Klägerin in E. Energy Infrastructure Solutions GmbH.

11
Im Übrigen nimmt der Senat hinsichtlich des Sach- und Streitstandes auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils vom 12.10.2023 Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Weitere Änderungen oder Ergänzungen haben sich in der Berufungsinstanz nicht ergeben.

12
Das Erstgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Leistung einer Sicherheit gemäß § 650f BGB in Höhe von 40.857.162,50 € verurteilt. § 650f BGB sei anzuwenden. Die Parteien hätten jedenfalls auch einen Bauvertrag nach § 650a BGB geschlossen. Das Großkraftwerk sei ein Bauwerk. Der geschlossene Vertrag sei ein Bauvertrag und nicht etwa ein Pachtvertrag oder Immobilienleasingvertrag, da der Schwerpunkt des vertraglich Vereinbarten in der Herstellungspflicht liege. Die Sicherheitshöhe ergebe sich aus dem vertraglich vereinbarten Werklohn.

13
Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufungsbegründung vom 06.11.2023 (Bl. 1/33, Bd. II). Sie rügt eine fehlerhafte Vertragsauslegung. Maßgeblich sei eine Auslegung nach der Interessenlage und nach Sinn und Zweck des Vertrags, danach komme § 650f BGB nicht zur Anwendung. Der Schwerpunkt des Vertrags liege zudem nicht auf bauvertraglichen Leistungen, sondern in seiner Finanzierungsfunktion. Der Vertrag weise typische Aspekte eines Immobilienleasingvertrags auf, auf den Baurecht nicht zur Anwendung komme. Das Erstgericht habe Beweisangebote zur Auslegung des Vertrags übergangen. Zudem liege kein Bauwerk im Sinne des § 650a BGB vor. Die Beklagte rügt weiterhin die fehlende Aktivlegitimation infolge der Ausgliederung auf Seiten der Klägerin. Schließlich habe der erstinstanzlich zuständige Einzelrichter entgegen § 48 ZPO nicht angezeigt, dass er zusammen mit der Ehefrau des auf Klägerseite verantwortlichen Projektleiters im Berufsgericht für die Mitglieder der B.

14
Ingenieurekammer-Bau tätig sei.

15
Die Beklagte beantragt in der Berufungsinstanz (Bl. 2, 96, Bd. II):

Das Urteil des Landgerichts München I vom 12. Oktober 2023, Az. 5 O 2885/23 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

16
Die Klägerin beantragt (Bl. 39/40, 96, Bd. II):

1. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen, und hilfsweise,

2. das Urteil des Landgerichts München I wird dahingehend abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an die E. Business Solutions D. GmbH eine Sicherheit gem. § 650f BGB in Höhe von EUR 40.857.162,50 zu leisten.

17
Die Klägerin verteidigt hat Ersturteil und verweist insbesondere darauf, dass die für den Vertrag charakteristischen Vertragspflichten für das Vorliegen eines Bauvertrags sprächen.

18
Der Senat hat mit Beschluss vom 27.11.2023 (Bl. 82/85, Bd. II) über den mit der Berufungsbegründung gestellten Vollstreckungsschutzantrag der Beklagten entschieden und die Zwangsvollstreckung aus dem Ersturteil ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt.

19
Der Senat hat am 05.03.2024 mündlich verhandelt. Hinsichtlich des Ergebnisses wird auf das Protokoll (Bl. 94/97, Bd. II) verwiesen.

20
Im Übrigen wird zur Ergänzung auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze der Parteien und die sonstigen Aktenbestandteile verwiesen.

II.

21
Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist begründet.

1. Zulässigkeit der Klage

22
Die Klage ist allerdings weiterhin zulässig, da die von Amts wegen zu prüfende Prozessführungsbefugnis der Klägerin trotz des Verlusts der Rechtsträgerstellung durch die erfolgte Ausgliederung aufgrund gesetzlicher Prozessstandschaft gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO fortbesteht.

23
Durch die Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Errichtungs- und Pachtvertrag vom 27.11.2019 auf die E. Business Solutions D. GmbH im Wege der Ausgliederung gemäß Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 18.08.2023 und Eintragung im Handelsregister vom 04.10.2023 ging dieser Teil des Vermögens der Klägerin auf die übernehmende Gesellschaft über, §§ 123 Abs. 3 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

24
Nach ganz hM handelt es sich bei Ausgliederungen in Aktivprozessen um eine Rechtsnachfolge im Sinne von § 265 ZPO mit der Folge, dass gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO diese auf den Prozess keinen Einfluss hat, die Klägerin wird kraft Gesetzes Prozessstandschafterin. Prozessrechtsverhältnisse sind eigener Natur und können nicht isoliert übertragen werden, sie folgen ausschließlich prozessualen Grundsätzen, so dass § 265 ZPO zur Anwendung kommt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 06. September 2016 – 25 U 9/14, juris Rn. 32 ff.; OLG Hamburg, Urteil vom 09. September 2010 – 3 U 58/09, Rn. 56 ff.; Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, UmwG § 131 Rn. 73 mwN; Semler/Stengel/Leonard/Leonard, 5. Aufl. 2021, UmwG § 131 Rn. 10; Böttcher/Habighorst/Schulte/Fischer, 2. Aufl. 2019, UmwG § 131 Rn. 42; BeckOK ZPO/Bacher, 51. Ed. 1.12.2023, § 265 Rn. 9.1). Die von der Klägerin wegen der Ausgliederung gewünschte Rubrumsberichtigung war daher nicht vorzunehmen. Vielmehr war der Rechtsstreit mit der Klägerin fortzusetzen.

25
Unabhängig von der Ausgliederung hat der Senat aufgrund der zwischenzeitlichen Änderung der Firma der Klägerin das Rubrum auf Seiten der Klägerin berichtigt.

2. Begründetheit der Klage

26
Die Klage ist unbegründet, die Berufung der Beklagten hat somit Erfolg.

a) Nicht erfolgte Anzeige gemäß § 48 ZPO

27
Der Rechtsstreit war nicht aufgrund der in der Berufungsbegründung gerügten unterbliebenen Anzeige gemäß § 48 ZPO durch den erstinstanzlich zuständigen Einzelrichter unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen, vielmehr hatte der Senat in der Sache selbst zu entscheiden. Im Übrigen hat das Erstgericht die Anzeigepflicht nach § 48 ZPO nicht verletzt.

28
aa) Die Voraussetzungen einer Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und einer Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz liegen nicht vor.

29
Denn auch bei fehlerhafter Mitwirkung eines ablehnbaren Richters in erster Instanz gilt § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO (vgl. BGH, Beschluss vom 17. März 2008 – II ZR 313/06, juris; OLG München, Urteil vom 26. März 2014 – 15 U 4783/12, juris Rn. 23; MüKoZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, § 538 Rn. 37). Hier fehlt schon ein Zurückverweisungsantrag einer der Parteien. Es ist zudem weder vorgetragen noch ersichtlich, dass aufgrund des angeführten Verfahrensmangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Unabhängig von der Berechtigung der erhobenen Rüge hatte der Senat somit gemäß § 538 Abs. 1 ZPO selbst in der Sache zu entscheiden.

30

bb) Im Übrigen hat das Erstgericht die Anzeigepflicht nach § 48 ZPO nicht verletzt.

31
Nach § 48 ZPO hat ein Richter ein Verhältnis anzuzeigen, das aus der maßgeblichen Sicht der Prozessparteien bei vernünftiger Betrachtungsweise geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1994 – I ZR 121/92, juris Rn. 31 ff.; OLG München, aaO, juris Rn. 15).

32
Weder aus dem Vortrag der Parteien noch sonst sind jedoch Umstände ersichtlich, die geeignet sind, aus Sicht der Parteien Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des erstinstanzlich zuständigen Richters zu rechtfertigen. Zwar ist es ausweislich des in Auszügen vorgetragenen Geschäftsverteilungsplans des Landgerichts München I zutreffend, dass der erstinanzlich zuständige Einzelrichter Vorsitzender des Berufsgerichts für die Mitglieder der B. Ingenieurekammer-Bau ist. Nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien ist die Untersuchungsführerin dieses Berufsgerichts die Ehefrau des auf Klägerseite verantwortlichen Projektleiters. Die Parteien behaupten aber schon nicht, dass dem Erstrichter die Ehe seiner Kollegin mit dem Projektleiter der Klägerin überhaupt bekannt war. Dies ist auch nicht offensichtlich und ergibt sich insbesondere nicht aus dem Ehenamen. Wenn der Erstrichter die Verbindung seiner Kollegin zum Projektleiter der Klägerin aber nicht kannte, so konnte er eine Anzeige nach § 48 ZPO nicht vornehmen. Aus Sicht einer vernünftigen Partei bestand dann auch nicht die Besorgnis einer zumindest unbewussten Solidarisierung oder der böse Schein einer möglicherweise fehlenden Unvereingenommenheit und Neutralität (so die Berufungsbegründung S. 22/23) und damit keine Besorgnis der Befangenheit.

b) Aktivlegitimation

33
Die Klage ist allerdings nicht aufgrund fehlender Aktivlegitimation unbegründet.

34
Durch die Ausgliederung hat die Klägerin zwar die Rechte und Pflichten aus dem Errichtungs- und Pachtvertrag vom 27.11.2019 übertragen und damit ihre Aktivlegitimation verloren. Die Klägerin hat jedoch – wie im Falle der gesetzlichen Prozessstandschaft nach § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO erforderlich – jedenfalls hilfsweise Leistung an die Rechtsnachfolgerin verlangt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022 – I ZR 135/21, juris Rn. 15; Urteil vom 19. März 2004 – V ZR 104/03, BGHZ 158, 295, Rn. 21; Zöller/Greger, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 265 Rn. 6a). Eine solche Umstellung des Klageantrags unterfällt den Bestimmungen des § 264 Nr. 2 oder Nr. 3 ZPO und ist daher auch in der Berufungsinstanz unabhängig von den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022, aaO, juris Rn. 39/40 mwN).

c) Bauwerk

35
Die Klage ist auch nicht deshalb unbegründet, da der streitgegenständliche Vertrag kein Bauwerk im Sinne von § 650a BGB betrifft. Vielmehr handelt es sich bei dem Großkraftwerk um ein solches Bauwerk, wovon zu Recht auch das Erstgericht ausgegangen ist.

36
aa) Ein Bauwerk ist – ohne dass es auf die sachenrechtliche Einordnung ankäme – eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 – VII ZR 182/10, juris Rn. 17; Urteil vom 20. Mai 2003 – X ZR 57/02, juris Rn. 8).

37
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können auch technische Anlagen selbst als Bauwerk angesehen werden. Das setzt voraus, dass die technische Anlage mit dem Erdboden unmittelbar oder mittelbar über ein Gebäude fest verbunden ist, ohne dass es sich um wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94 BGB) handeln muss. Es genügt eine Verbindung der Anlage mit dem Erdboden oder dem Gebäude allein durch ihr Gewicht, so dass eine Trennung nur mit einem größeren Aufwand möglich ist. Schließlich muss eine dauernde Nutzung der technischen Anlage beabsichtigt sein. Für die Beurteilung dieser Voraussetzungen ist entscheidend darauf abzustellen, ob Vertragszweck die Erstellung einer größeren ortsfesten Anlage mit den spezifischen Bauwerksrisiken ist, die der gesetzlichen Regelung zur langen

Verjährungsfrist zugrunde liegen (BGH, Urteil vom 07. Dezember 2017 – VII ZR 101/14, BGHZ 217, 103, Rn. 52). Die Beantwortung der Frage nach einer in diesem Sinne festen und dauerhaften Grundstücksverbindung hängt nicht davon ab, ob die Anlage wieder abgebaut und anderweitig verwendet werden kann. Maßgebend ist vielmehr, dass sie ihrer Bestimmung nach ortsfest installiert ist und hinsichtlich des Risikos der späten Erkennbarkeit von Mängeln nicht anders zu beurteilen ist als ein Gebäude (BGH, aaO, Rn. 54).

38
bb) Nach diesem Maßstab betrifft der streitgegenständliche Vertrag ein Bauwerk.

39
Es ist unstreitig, dass das Großkraftwerk auf aus Beton bestehenden Fundamenten errichtet wurde und aus diversen technischen Elementen wie Turbine, Generator, einer Vielzahl von Röhren, zahlreichen Lüftern und weiteren Komponenten besteht, die zum Teil in einem Gebäude untergebracht sind und sich überwiegend im Freien befinden, vgl. die von den Parteien vorgelegten Lichtbilder (Bl. 109, Bd. I; Bl. 58/59, Bd. II). Schon durch das Gewicht der Anlage ergibt sich eine feste Verbindung mit dem Erdboden. Nach dem streitgegenständlichen Errichtungs- und Pachtvertrag sollte das Großkraftwerk mindestens 15 Jahre von der Beklagten genutzt werden, woraus sich die Dauerhaftigkeit der beabsichtigten Nutzung ergibt.

40
Hinsichtlich des Risikos der späten Erkennbarkeit von Mängeln ist das Großkraftwerk nicht anders zu beurteilen als ein Gebäude. Es geht dabei vor allem neben Mängeln aus dem Bereich von Planung und Statik typischerweise um die späte Erkennbarkeit aus Gründen der Verdeckung durch aufeinanderfolgende Arbeiten einerseits sowie der Witterung und Nutzung andererseits (BGH, Urteil vom 30. Januar 1992 – VII ZR 86/90, BGHZ 117, 121, Rn. 8; Urteil vom 20. Dezember 2012, aaO, juris Rn. 18). All diese Gesichtspunkte betreffen ein Großkraftwerk nicht anders als ein Gebäude, zumal ein Gebäude sogar Teil der Kraftwerksanlage ist. Auch wenn das Großkraftwerk einer technischen Funktionsprüfung unterliegt, ein Probebetrieb vorgesehen ist und eine ständige technische Überwachung der Funktion durch Sensorik vorliegt, ergibt sich keine abweichende Bewertung. Denn es geht nicht darum, dass Mängel bei Gebäuden – etwa mangels Kontrolle – verspätet erkannt werden, sondern darum, dass Mängel typischerweise erst spät überhaupt erkennbar werden, etwa erst unter dem Einfluss von Witterung oder Nutzung oder aufgrund der Verdeckung durch aufeinanderfolgende Arbeitsschritte. Dieses Risiko ist bei einem Großkraftwerk nicht anders als bei einem Gebäude. Welche Verjährungsvereinbarungen die Klägerin im GU-Vertrag abgeschlossen hat, ist insofern nicht von Bedeutung und sagt nicht darüber aus, ob ein Bauwerk im Sinne des Gesetzes vorliegt.

d) Keine Anwendbarkeit von § 650f BGB

41
Die Klage ist jedoch deshalb unbegründet, da im Rahmen des streitgegenständlichen Errichtungs- und Pachtvertrag vom 27.11.2019 die Regelung zur Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f BGB nicht zur Anwendung kommt.

42
Vielmehr ergibt die Vertragsauslegung, dass es sich um einen gemischten Vertrag handelt, dessen Schwerpunkt nicht im Baurecht liegt. § 650f BGB kommt vor diesem Hintergrund nicht zur Anwendung.

43
Auf eine solche Vertragsauslegung kommt es hier an, denn die von den Parteien vereinbarte Sicherheit (Verpfändung von Geschäftsanteilen an der Geothermie Management GmbH, vgl. Ziff. 23 des Vertrags) könnte einen Anspruch nach § 650f BGB nicht ersetzen, § 650f Abs. 7 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2000 – VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, Rn. 23).

aa) Überprüfbarkeit der Auslegung

44
Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Auslegung einer Individualvereinbarung gemäß §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO – auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen – in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob die Auslegung überzeugt. Hält das Berufungsgericht die erstinstanzliche Auslegung lediglich für eine zwar vertretbare, letztlich aber – bei Abwägung aller Gesichtspunkte – nicht für eine

sachlich überzeugende Auslegung, so hat es selbst die Auslegung vorzunehmen, die es als Grundlage einer sachgerechten Entscheidung des Einzelfalles für geboten hält (BGH, Urteil vom 14. Juli 2004 – VIII ZR 164/03, BGHZ 160, 83, Rn. 13).

bb) Gemischter Vertrag

45
Der streitgegenständliche Vertrag ist ein gemischter Vertrag, also ein Vertrag, in dem Elemente verschiedener gesetzlich geregelter Vertragstypen kombiniert werden (vgl. MüKoBGB/Emmerich, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 29), was die Parteien auch nicht in Frage stellen.

46
Der streitgegenständliche Vertrag enthält Elemente eines Bauvertrags gemäß § 650a BGB, insbesondere die Verpflichtung zur Herstellung des Großkraftwerks (Ziff. 1.1., 1.5. des Vertrags). Darüber hinaus enthält der Vertrag, bauvertragsuntypisch, die weitere Verpflichtung der Klägerin, das Großkraftwerk nach seiner Fertigstellung an die Beklagte zu verpachten (Ziff. 1.2.). Zur Entrichtung der Gegenleistung wurde abweichend von § 632a Abs. 1 S. 1 BGB und § 641 Abs. 1 S. 1 BGB keine Abschlagszahlung und keine Fälligkeit der (gesamten) Vergütung bei Abnahme vereinbart, sondern Pachtzahlungen in monatlich gleichen Teilbeträgen über einen festen Zeitraum von 15 Jahren ab Abnahme (Ziff. 12., 16.).

47
Zudem enthält der Vertrag auch Elemente eines Pachtvertrags gemäß § 581 Abs. 1 BGB im Hinblick darauf, dass nach Errichtung des Großkraftwerks eine Gewährung des Gebrauchs des Kraftwerks und des Genusses der Früchte sowie eine Entrichtung von Pachtzahlungen vereinbart wurde (Ziff. 1.1., 1.5., 12., 13.1., 16). Pachtuntypisch ist jedoch, dass die Parteien anstatt der Rückgabepflicht nach §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 BGB einen Eigentumsübergang am Ende der Pachtzeit vereinbart haben (Ziff. 2.2.) und dass sich die Höhe der Pacht aus den Investitionen der Klägerin errechnet (Ziff. 1.5., 12.).

48
Weiterhin enthält der Vertrag Elemente des Finanzierungsleasings im Wege des Immobilienleasings. Das Immobilienleasing stellt eine besondere Form des Finanzierungsleasings dar, um den Erwerb von Grundstücken oder die Errichtung baulicher Anlagen zu finanzieren. Auch für einen Immobilienleasingvertrag ist daher kennzeichnend, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer eine Sache oder eine Sachgesamtheit gegen ein in Raten gezahltes Entgelt zum Gebrauch für eine fest vereinbarte – und beim Immobilienleasing regelmäßig lange – Vertragslaufzeit überlässt, wobei die Gefahr und Haftung für Instandhaltung, Sachmängel, Untergang und Beschädigung der Sache allein den Leasingnehmer trifft. Der Leasingnehmer deckt mit den während der Vertragslaufzeit entrichteten Leasingraten die Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasinggebers, beim Immobilienleasing möglicherweise noch durch ein zusätzlich zu gewährendes Mieterdarlehen, vollständig ab (BGH, Urteil vom 26. November 2014 – XII ZR 120/13, juris Rn. 26). Der Leasinggeber kann Bauherr sein, etwa im Falle des sog. BruttoLeasings (vgl. MüKoBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, Anh. zu § 515 Rn. 10). Wie dargelegt, sollte die Klägerin das Großkraftwerk auf eigene Kosten errichten und es dann der Beklagten für eine feste 15-jährige Vertragslaufzeit gegen ein monatliches Entgelt zum Gebrauch überlassen, wobei sich das Entgelt aus der Investitionssumme zuzüglich GU-Aufschlag und Zinsen berechnen sollte. Der Vertrag umfasste damit auch die Finanzierung des Großkraftwerks durch die Klägerin. Dem Immobilienleasing entspricht es jedoch nicht, dass die Gefahr und Haftung für Instandhaltung, Sachmängel, Untergang und Beschädigung nicht alleine die Beklagte treffen sollten (vgl. etwa Ziff. 1.5., 6.3., 14.1.4.), eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen die die Errichtung ausführenden Firmen erfolgte nicht (vgl. Ziff. 22.), wobei nicht entscheidend ist, ob dies auf Wunsch einer Partei oder ohne nähere Erörterung so geregelt wurde. cc) Anzuwendendes Vertragsrecht Die Auslegung des streitgegenständlichen Vertrags ergibt, dass auf diesen § 650f BGB nicht zur Anwendung kommt.

49
(1) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet ein gemischter Vertrag ein einheitliches Ganzes und kann deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in dem Sinn in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt werden, dass etwa auf den Mietvertragsanteil Mietrecht, auf den Dienstvertragsanteil Dienstvertragsrecht und auf den Kaufvertragsanteil Kaufrecht anzuwenden wäre. Der Eigenart des Vertrags wird vielmehr grundsätzlich nur die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht, nämlich dasjenige, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt. Eine solche rechtliche

Einordnung schließt es freilich nicht aus, auch Bestimmungen des Vertragsrechts heranzuziehen, bei dem der Schwerpunkt des Vertrags nicht liegt, wenn allein hierdurch die Eigenart des Vertrags richtig gewürdigt werden kann (BGH, Urteil vom 02. Oktober 2019 – XII ZR 8/19, BGHZ 223, 225, Rn. 12; Urteil vom 12. Januar 2017 – III ZR 4/16, juris Rn. 10).

50
Die Ermittlung des Schwerpunkts verschiedenartiger Regelungen eines Vertrags ohne hierzu getroffene ausdrückliche Vereinbarungen erfordert eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch der Gesichtspunkte eines gemeinsamen Verständnisses der Vertragsparteien und des Grundsatzes beiderseits interessengerechter Auslegung sowie von Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarungen und der anzuwendenden Gesetzesvorschrift (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – VII ZB 38/20, juris Rn. 26/27; Urteil vom 13. September 2007 – I ZR 207/04, BGHZ 173, 344, Rn. 19).

51
Lässt sich ein Schwerpunkt nicht erkennen, stehen die verschiedenen Leistungen vielmehr im Wesentlichen gleichberechtigt nebeneinander, geht der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien in der Regel dahin, auf die jeweilige Leistungspflicht diejenigen Rechtsvorschriften anzuwenden, die für diese zur Geltung kämen, wenn sie in einem gesonderten Vertrag begründet worden wären (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2007, aaO; Messerschmidt/Voit/Rintelen, 4. Aufl. 2022, BGB § 650a Rn. 30; MüKoBGB/Emmerich, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 31; BeckOK BGB/Gehrlein, 68. Ed. 1.11.2023, § 311 Rn. 23). Sind die Vertragstypen gleichwertig vertreten, ist die Vorschrift anzuwenden, die dem Vertragszweck am besten entspricht (Grüneberg/Grüneberg, 83. Aufl. 2024, Überbl v § 311, Rn. 26).

52
(2) Der Schwerpunkt des streitgegenständlichen gemischten Vertrags liegt nicht im Bauvertragsrecht, vielmehr lässt sich ein Schwerpunkt in einem einzigen Vertragsrecht nicht erkennen.

53
(a) Dafür spricht schon, dass die Parteien den Vertrag als „Errichtungs- und Pachtvertrag“ bezeichnet haben, der Vertrag somit aus zwei Bestandteilen besteht, die nach Ansicht der Parteien in der Überschrift Erwähnung verdienten.

54
Zwar kann aus der von den Vertragsparteien gewählten Bezeichnung eines Vertrags nicht zwingend auf dessen Rechtsnatur geschlossen werden. Die gewählte Bezeichnung stellt aber jedenfalls ein Indiz dafür dar, welchen Zweck die Parteien mit dem Vertrag verfolgen wollten (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 2014, aaO, juris Rn. 28).

55
Auch im weiteren Wortlaut des umfangreichen Vertrags finden sich nicht nur zahlreiche Begrifflichkeiten aus dem Bauvertragsrecht, sondern auch viele aus dem Pachtvertragsrecht, somit ein weiteres Indiz, dass die Parteien nicht nur Zwecke des Bauvertragsrechts verfolgten. Anders als das Erstgericht (Ersturteil S. 7/8) sieht der Senat in dem Umstand, dass die Herstellungsverpflichtung (Ziff. 1.1. des Vertrags) vor der Verpflichtung zur Verpachtung (Ziff. 1.2.) genannt ist, kein entscheidendes Kriterium. Vielmehr ist damit nur der chronologische Ablauf geschildert.

56
(b) Entscheidend ist jedoch, dass nach dem gemeinsamen Verständnis der Vertragsparteien und dem Grundsatz beiderseits interessengerechter Auslegung sowie von Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarungen und der anzuwendenden Gesetzesvorschrift § 650f BGB ein Schwerpunkt im Bauvertragsrecht nicht vorliegt.

57
Die Verpflichtung zur Herstellung des Großkraftwerks auf einem fremden Grundstück durch die Klägerin als Generalunternehmerin auf Basis vertraglich vereinbarter Vorgaben und unter Mitwirkung der Beklagten, die dem Bauvertragsrecht zuzuordnen ist, ist ohne Zweifel ein gewichtiger Bestandteil des Vertrags. Dies ergibt sich schon aus den Herstellungskosten, die laut GU-Vertrag 27.500.000 EUR betragen sollten und nach dem Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 05.03.2024 noch deutlich höher ausgefallen sind.

58
Nur weil die Herstellung eines Bauwerks Bestandteil des Vertrags ist, wird ein gemischter Vertrag wie hier jedoch noch nicht zum Bauvertrag. Auch Immobilienleasingverträge können etwa Herstellungsverpflichtungen enthalten, ohne deshalb als Bauverträge qualifiziert zu werden.

59
Zu berücksichtigen ist der gesamte Vertrag. Von eben solchem Gewicht ist nach Ansicht des Senats aber der im Vertrag enthaltene Pacht- und Finanzierungsbestandteil, der nicht dem Bauvertragsrecht zuzuordnen ist. Denn während die Herstellung des Kraftwerks die von der Klägerin zu erbringende Hauptleistung ist, betrifft der Bestandteil des Vertrags zu Pacht und Finanzierung die Hauptleistung der Beklagten. Es besteht kein Anlass, dieser geringeres Gewicht beizumessen als derjenigen der Klägerin. Es ist für die Beklagten von zentraler Bedeutung, wie und unter welchen Umständen sie ihre Leistung zu erbringen hat. Gerade aufgrund der hohen Herstellungskosten ist die Tatsache, dass der streitgegenständliche Vertrag auch die Finanzierung des Großkraftwerks durch die Klägerin umfasste, ein wesentliches Element des Vertrags.

60
Der Senat berücksichtigt, dass jeder Bauvertrag aufgrund der Vorleistungspflicht des Unternehmers eine gewisse Finanzierungskomponente beinhaltet. Die Parteien haben jedoch eine deutlich weitergehende vertragliche Vereinbarung gewählt. Zum einen haben sie abweichend von § 632a Abs. 1 S. 1 BGB und § 641 Abs. 1 S. 1 BGB keine Abschlagszahlungen und keine Fälligkeit der (gesamten) Vergütung bei Abnahme vereinbart, sondern Pachtzahlungen in monatlich gleichen Teilbeträgen über einen festen Zeitraum von 15 Jahren ab Abnahme, somit der Finanzierungsfunktion ein deutlich größeres Gewicht verliehen. Zum anderen haben die Parteien den Vertrag so ausgestaltet, dass die Beklagte vorab kein Eigenkapital und keine Finanzierung durch einen Dritten, etwa eine Bank, benötigte, sondern der Firmenverbund der Beklagten sollte während des laufenden Betriebs des Großkraftwerks durch die Erzeugung und Einspeisung von Strom selbst Einnahmen generieren können und damit Mittel zur Begleichung der monatlich an die Klägerin zu zahlenden Beträge zur Verfügung haben.

61
Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die Gegenleistung der Beklagten aus der Investitionssumme der Klägerin zuzüglich GU-Zuschlag und Zinsen berechnet und zur Vollamortisation führt, verleiht dies alles dem streitgegenständlichen Vertrag eine andere Gewichtung, die in einem typischen Bauvertrag nicht vorzufinden ist.

62
(c) Der Senat verkennt nicht, dass die Finanzierung für die Klägerin aus ihrer Sicht nur ein „durchlaufender Posten“ ist, weil sie sich refinanziert hat, und der wirtschaftliche Schwerpunkt der von der Klägerin zu erbringenden Leistung in der Bauleistung und nicht in der Finanzierung lag (vgl. etwa Berufungserwiderung S. 31). Zeugen sind hierzu nicht zu vernehmen, vielmehr kann der Vortrag der Klägerin als zutreffend unterstellt werden. Der Blinkwinkel der Klägerin ist jedoch nicht allein maßgebend, sondern entscheidend ist das gemeinsame Verständnis der Vertragsparteien und der Grundsatz beiderseits interessengerechter Auslegung. Auch der Klägerin muss angesichts der getroffenen Vereinbarungen bei Vertragsabschluss bewusst gewesen sein, dass die Pacht- und Finanzierungskomponente für ihre Vertragspartnerin von erheblicher Bedeutung ist, schließlich wird hierdurch geregelt, wie und unter welchen Umständen die Beklagte ihre Hauptleistung erbringt. Nimmt der Senat somit die beiderseitigen Interessen und das gemeinsame Vertragsverständnis in den Blick, kommt dem Pacht- und Finanzierungsbestandteil des Vertrags keine untergeordnete Bedeutung zu.

63
Ob der Vertrag ohne die Finanzierung durch die Klägerin zustande gekommen wäre und ob die Beklagte ausreichende eigene Mittel zur Verfügung gehabt hätte (vgl. etwa Berufungserwiderung S. 26/27 und Schriftsatz vom 12.07.2023, Bl. 70/71, Bd. I), ist nicht entscheidungserheblich. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Beklagte entsprechend der vertraglichen Vereinbarung die Finanzierung durch die Klägerin in Anspruch genommen hat. Ebenso ist es nicht von Bedeutung, ob es bei Vertragsschluss einen Konsens zwischen den Parteien gab, dass die Beklagte nicht in der Lage war, eine Sicherheit in zweistelliger Millionenhöhe zu leisten. Auch wenn, wie die Klägerin vorträgt, dieses Thema gar nicht erörtert wurde, ändert dies nichts an den vertraglichen Vereinbarungen und ihrer Bedeutung. Auf die von der Klägerin in diesem Zusammenhang angebotenen Zeugen kommt es somit nicht an.

64
Der Umstand, dass das Investitions- und Verwendungsrisiko des Großkraftwerks bei der Beklagten liegt nebst vereinbarter Vollamortisation der Investitionssumme zuzüglich GU-Zuschlag und Zinsen, führt nicht dazu, dass der Schwerpunkt des Vertrags im Bauvertragsrecht liegt. Auch Finanzierungsleasingverträge sind auf volle Amortisation ausgerichtet, entweder als Vollamortisationsverträge oder als Teilamortisationsverträge in Verbindung mit ergänzenden Ausgleichsmaßnahmen nach Ablauf der Laufzeit (vgl. MüKoBGB/Koch, aaO, Anh. zu § 515 Rn. 6, 10). Auch beim Finanzierungsleasing liegt das Investitions- und Verwendungsrisiko auf Seiten des Bestellers/Leasingsnehmers (vgl. MüKoBGB/Koch, aaO, Anh. zu § 515 Rn. 4). Dieses Kriterium ist somit hier nicht geeignet, maßgeblich auf ein bestimmtes Vertragsrecht zu verweisen.

65
(d) Das vom Erstgericht herangezogene Argument, die Regelungen zu Instandhaltung und Gewährleistung im streitgegenständlichen Vertrag (Ziff. 1.5., 22.) sprächen gegen einen Pachtvertrag (Ersturteil S. 8), überzeugt nicht. Vielmehr hat der Pächter gemäß §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anspruch auf Erhaltung des verpachteten Gegenstands im vertragsgemäßen Zustand und damit einen Anspruch auf Mangelbeseitigung (vgl. Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 83. Aufl. 2024, § 535 Rn. 30 ff.). Aus dem Umstand, dass die Parteien eine Verpflichtung der Klägerin zur Mangelbeseitigung bei Unterschreitung der Bruttoleistung des Großkraftwerks in Ziff. 22 des Vertrags geregelt haben, kann daher nicht gefolgert werden, dies entspräche nicht einem Pachtvertrag. Die Instandhaltung haben die Parteien in Ziff. 1.5. gesondert geregelt, was aber auch in einem Pacht- oder Mietvertrag keine Besonderheit darstellen würde (vgl. Grüneberg/Weidenkaff, aaO, § 535 Rn. 36 ff.).

66
Zutreffend verweist das Erstgericht darauf (Ersturteil S. 8, 9), dass Regelungen zur Leistungsbeschreibung, zur Ausführung der Herstellung und zur Abnahme im streitgegenständlichen Vertrag dem Bau- bzw. Werkvertragsrecht zuzuordnen sind. Diese knüpfen an die Herstellungsverpflichtung der Klägerin an und sind dem bauvertraglichen Bestandteil des Vertrags zuzuordnen. Dass der Vertrag auch andere Bestandteile von gleichem Gewicht enthält, ändert sich hierdurch nicht.

67
(e) Auch aus Sinn und Zweck von § 650f BGB folgt nicht, dass der Schwerpunkt des streitgegenständlichen Vertrags im Bauvertragsrecht zu liegen hat.

68
Sinn und Zweck von § 650f BGB ist es, dem Unternehmer möglichst schnell und effektiv, das heißt insbesondere unabhängig von der gegebenenfalls langwierigen Aufklärung der tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs, eine Sicherheit für den Fall ausbleibender Zahlung des Bestellers zu verschaffen (BGH, Urteil vom 20. Mai 2021 – VII ZR 14/20, juris Rn. 19). § 650f dient damit der Absicherung des Vorleistungsrisikos des Unternehmers (BeckOGK/Mundt, 1.1.2024, BGB § 650f Rn. 2). Der Gesetzgeber hat der Bedeutung von § 650f BGB dadurch Gewicht beigemessen, dass er seine Unabdingbarkeit im Hinblick auf die Absätze 1 bis 5 in Absatz 7 festgelegt hat.

69
Ohne Zweifel wäre eine Anwendung von § 650f BGB für die Klägerin hilfreich, denn diese erhält derzeit von der Beklagten keinerlei Zahlungen. Wie die Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 05.03.2024 ausführten, fehle der Klägerin in der derzeitigen Lage ein Druckmittel, nachdem die Beklagte unter Berufung auf einen behaupteten unzureichenden Probelauf und auf behauptete Mängel die Abnahme verweigere. Allerdings hat die Klägerin bei Vertragsabschluss ihr Vorleistungsrisiko bewusst akzeptiert und durch die Übernahme der Finanzierung noch erhöht. Nach Sinn und Zweck des Vertrags sollte die Beklagte vor der Abnahme gerade nicht verpflichtet sein, die Gegenleistung zu erbringen. Auch mit der Abnahme sollte nicht die gesamte Gegenleistung fällig sein, sondern ein 15-jähriger Zahlungszeitraum beginnen. Die Beklagte sollte vorab kein Eigenkapital und keine Finanzierung durch einen Dritten benötigen, sondern ihr Firmenverbund sollte während des laufenden Betriebs des Großkraftwerks durch die Erzeugung und Einspeisung von Strom selbst Einnahmen generieren können und damit Mittel zur Begleichung der monatlich an die Klägerin zu zahlenden Beträge zur Verfügung haben. Es besteht kein Anlass, entgegen Sinn und Zweck des Vertrags diesen so

auszulegen, dass eine für die Klägerin günstige Norm zur Anwendung kommen kann, die die vertraglichen Vereinbarungen konterkariert.

70
Der Senat teilt nicht die von den Prozessbevollmächtigten der Klägerin geäußerte Befürchtung, dass die zwingende Regelung des § 650f BGB so durch Vertragsgestaltung auf leichtem Weg umgangen werden könne. Vielmehr müsste es sich beim geschlossenen Vertrag zunächst um einen gemischten Vertrag und nicht einen reinen Bauvertrag handeln, um die Frage des anzuwendenden Vertragsrechts überhaupt stellen zu können. Hinzukommen muss sodann – wie hier – eine besondere Ausprägung nicht-bauvertraglicher Elemente. In typischen Bauverträgen ist dies jedenfalls nicht zu bewerkstelligen.

71
(f) Die von der Klägerin herangezogenen Kriterien des EuGH (Urteil vom 22. April 2021 – C537/19, juris) zur Abgrenzung von Mietvertrag und Werkvertrag, nämlich ob der Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen, und ob die vom Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie hinausgehen, sind nicht alleine maßgebend, sondern nur soweit sie im Rahmen der Gesamtbetrachtung von Bedeutung sind.

72
Der EuGH befasst sich damit, ob ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne einer unionsrechtlichen Vergaberichtlinie vorliegt und nimmt daher eine Abgrenzung nach Unionsrecht vor unter Berücksichtigung des Zwecks dieser Richtlinie. Dies ist nicht Gegenstand des hiesigen Rechtsstreits, so dass die dort angewendeten Kriterien keine gesonderte Bedeutung erlangen.

73
Der als zutreffend unterstellte Vortrag der Klägerin zur Einflussnahme der Beklagten auf die Errichtung des Großkraftwerks und die entsprechenden ausführlichen Regelungen dazu im Vertrag lassen zwar darauf schließen, dass der Beklagte die Klägerin insoweit nicht alleine agieren lassen wollte, eine entscheidende Verschiebung des vertraglichen Schwerpunkts kann der Senat deshalb jedoch nicht erkennen. Schließlich verneint der Senat nicht, dass ein gewichtiger Bestandteil des Vertrags dem Bauvertragsrecht zuzuordnen ist. Einer Zeugeneinvernahme hierzu bedarf es nicht.

74
(g) Der Senat hat auch das weitere Vorbringen der Klägerin, insbesondere zu den Vertragsverhandlungen, in den Blick genommen, auch soweit dieses in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung erfolgt ist, so etwa den Vortrag der Klägerin zu ihrem Geschäftsmodell, zu den Verhandlungen zunächst über das Modulkraftwerk und der Erweiterung auf das Großkraftwerk und zu den Unterschieden zwischen Modul- und Großkraftwerk. Hieraus mag ersichtlich sein, wie es zu der verwendeten Terminologie im Vertrag gekommen ist, eine vom bisher Dargestellten abweichende Bedeutung und Gewichtung der Vertragsbestandteile ergibt sich hieraus jedoch nicht. Denn entscheidend ist, worauf sich die Parteien letztlich geeinigt haben.

75
Dies ist aus dem hier streitgegenständlichen Vertrag ersichtlich.

76
(h) Letztlich führt auch der von der Klägerin vorgenommene Vergleich mit einem Kaufvertrag mit Ratenzahlung und Eigentumsvorbehalt nicht zu einem anderen Ergebnis. Maßgeblich ist die hier vorgenommene Auslegung im Einzelfall. Der pauschale Vergleich mit Vertragsgestaltungsmöglichkeiten bei anderen Vertragstypen kann daran nichts ändern.

77
(i) Ob andere gesetzliche Regelungen aus dem Bauvertragsrecht zum streitgegenständlichen Vertrag „passen“ (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 12.07.2023, Bl. 66 ff, Bd. I), muss hier nicht entschieden werden. Streitgegenständlich ist alleine die Regelung des § 650f BGB. Im Übrigen liegt das Vorhandensein von anderen „passenden“ gesetzlichen Regelungen aus dem Bauvertragsrecht in der Natur des Vertrags, befasst sich dieser doch auch mit der Herstellung eines Bauwerks. Dies sagt jedoch nichts darüber aus, wo der Schwerpunkt des Vertrags liegt.

78
(3) Damit liegt der Schwerpunkt des streitgegenständlichen gemischten Vertrags nicht im Bauvertragsrecht. Ein Schwerpunkt in einem einzigen Vertragsrecht ist nicht zu erkennen.

79
Der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien geht damit in der Regel dahin, auf die jeweilige Leistungspflicht diejenigen Rechtsvorschriften anzuwenden, die für diese zur Geltung kämen, wenn sie in einem gesonderten Vertrag begründet worden wären. Die streitgegenständliche Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB betrifft die Vergütung der erbrachten Leistung. Die Vergütung ist im streitgegenständlichen Vertrag jedoch nicht bauvertraglich geregelt, sondern Bestandteil der Pacht- und Finanzierungskomponente des Vertrags. Wäre die Vergütung also in einem gesonderten Vertrag geregelt, wäre dieser kein Bauvertrag. § 650f BGB kommt damit nicht zur Anwendung.

80
Der Senat zieht in Erwägung, dass dies nicht in jedem Fall zutreffen muss („in der Regel“) und berücksichtigt daher zusätzlich den Vertragszweck und die beiderseitigen Interessen der Parteien, kommt hierdurch jedoch zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Parteien haben einen eigens für ihre Bedürfnisse und Interessen gestalteten Vertrag abgeschlossen, mit dem sie sowohl die Herstellung des Großkraftwerks als auch seine Bezahlung und Finanzierung geregelt haben. Die Anwendung von § 650f BGB würde lediglich den Interessen der Klägerin gerecht werden, eine beiderseits interessengerechte Lösung ist damit nicht verbunden.

81
(4) Aber selbst dann, wenn der Senat mit dem Erstgericht und der Klägerin einen Schwerpunkt des streitgegenständlichen Vertrags im Bauvertragsrecht annehmen würde, würde § 650f BGB nicht zur Anwendung kommen, denn hierdurch wäre die Eigenart des Vertrags nicht richtig gewürdigt (vgl. BGH, Urteil vom 02. Oktober 2019, aaO; Urteil vom 12. Januar 2017, aaO).

82
Denn der streitgegenständliche Vertrag zeichnet sich dadurch aus, dass er neben der Herstellungspflicht noch eine bauvertragsuntypische Pacht- und Finanzierungskomponente enthält. Diese betrifft die Hauptleistung der Beklagten. Auch bei Annahme eines Schwerpunkts des Vertrags im Bauvertragsrecht kann nicht ignoriert werden, dass der Vertrag diesen Bestandteil beinhaltet. Die Pacht- und Finanzierungskomponente wäre jedoch bei einer Anwendung von § 650f BGB betroffen. Durch eine Regelung aus dem Bauvertragsrecht würde somit der Bestandteil des Vertrags modifiziert werden, den die Parteien gerade nicht nach typischem Bauvertragsrecht ausgestalten wollten. Vielmehr haben die Parteien dem Vertrag eine besondere Gestaltung verliehen, die durch die Anwendung von § 650f BGB ihre Bedeutung verlieren würde. Dies stünde nicht im Einklang mit der von den Parteien gewählten Eigenart des Vertrags.

dd) Schriftsatz der Klägerin vom 11.03.2024

83
Mit nicht nachgelassenem, nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 11.03.2024 führt die Klägerin unter anderem aus, es gebe keinen Finanzierungsvertrag, schon gar nicht als überwiegendes vertragliches Element. Sollte die Klägerin damit jegliche Finanzierungsfunktion des streitgegenständlichen Vertrags bestreiten wollen, so würde es sich um ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel handeln, das nach § 296a S. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen ist. Denn nach dem bisherigen Vortrag der Klägerin enthält der Vertrag eine Finanzierungskomponente (vgl. etwa Tatbestand des Ersturteils, S. 3), die Parteien waren sich lediglich über deren Bedeutung und Gewichtung nicht einig. Für eine Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß §§ 296a S. 2, 156 ZPO besteht angesichts des wenig substantiierten Vortrags weder nach § 156 Abs. 2 ZPO noch nach § 156 Abs. 1 ZPO Anlass.

ee) Ergebnis

84
§ 650f BGB kommt somit nicht zur Anwendung. Die hierauf gestützte Klage ist folglich unbegründet, die Berufung der Beklagten hat Erfolg.

III.

85
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

86
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.