

OLG Düsseldorf

Urteil

vom 11.03.2016

22 U 176/14

BGB § 199 Abs. 1 Nr. 2, §§ 214, 631, 812, 818 Abs. 3; VOB/B § 14 Nr. 3, § 16

1. Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags (hier: durch Einbeziehung der VOB/B) Abschlagszahlungen nach Baufortschritt sowie eine Restzahlung auf eine Schlussrechnung, muss der Auftragnehmer seine Leistungen abrechnen und einen etwaigen Überschuss an den Auftraggeber auszahlen.

2. Der Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers wegen zu viel geleisteter Abschlagszahlungen wird nach Fertigstellung der Leistung und Ablauf der in § 14 Abs. 3 VOB/B genannten Fristen fällig. Voraussetzungen sind weder die Abnahme der Leistungen noch die Stellung einer Schlussrechnung.

3. Der Anspruch des Auftraggebers auf Rückzahlung verjährt innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.03.2016 - 22 U 176/14

vorhergehend:

LG Duisburg, 14.10.2014 - 22 O 18/11

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 07.02.2018 - VII ZR 66/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14. Oktober 2014 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg (Az.: 22 O 18/11) wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das am 14. Oktober 2014 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg (Az.: 22 O 18/11) ist ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung von nach Darstellung der Klägerin zu viel geleisteter Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 56.214.396,74 Euro brutto (= 109.945.750,76 DM brutto) zum Bauabschnitt BA 2 ("Köln-Ehrenfeld Personenbahnhof") und zu den Bauabschnitten BA 10 und BA 11 ("Merzenich / Düren") des Bauvorhabens "Ausbaustrecke ABS 4 (Köln-Aachen) / S 13 (Köln-Düren)" in Anspruch.

Die Klägerin ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen und betreibt im Konzern der A-AG das Schienennetz. Um auf der Bahnstrecke Köln - Aachen die maximale Streckengeschwindigkeit für Personenzüge des Fernverkehrs auf 250 km/h zu erhöhen ("Ausbaustrecke ABS 4") und zwischen Köln und Düren den Schienenpersonenfern- und den Schienenpersonennahverkehr ("S-Bahn S 13") durch den Bau zusätzlicher Gleise zu entflechten, hatte sich die Klägerin zusammen mit der A1-AG, einem weiteren Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das im Konzern der A-AG die Bahnhöfe betreibt, entschlossen, sowohl das Schienennetz als auch die Personenbahnhöfe auf diesem Streckenabschnitt auszubauen. Bei der Gesamtbaumaßnahme "Ausbaustrecke ABS 4" handelte es sich um ein 16 Bauabschnitte zwischen Köln und Aachen umfassendes Großbauprojekt mit einem Auftragsvolumen von über 500 Millionen Euro. Die ersten 10 Bauabschnitte zwischen Köln und Düren haben eine Gesamtlänge von 38,8 km und beinhalteten auch den Ausbau der S-Bahn-Strecke S 13.

Im August 1999 beauftragte die Klägerin die Bau-Arbeitsgemeinschaft "ARGE Stadt 1" (ARGE) mit den Ausbauleistungen zum Bauabschnitt BA 2 über eine Auftragssumme in Höhe von 66.756.138,27 DM. Dieser Bauabschnitt liegt innerhalb des Stadtgebiets von Köln und betrifft den Bereich von km 2,050 bis km 4,488 der Bahnstrecke Köln - Aachen. Er umfasst die S-Bahn-Gleise Köln - Düren, die F-Bahn-Gleise Köln - Aachen, die Gz-Gleise Köln-West - Köln-Ehrenfeld und den Abzweig der Gz-Strecke nach Köln-Nippes. Die Baumaßnahme wurde losweise auf Einheitspreisbasis vergeben. Inhalt dieses Vertrages sind die VOB/B, "Ausgabe 1992 mit Ergänzungsband 1996". Gegenstand des Auftrags sollten vornehmlich Tiefbau- und Oberbauarbeiten einschließlich Kabelbau, Herstellung von Kunstbauwerken, Lärmschutzwänden und Landschaftsbau sein.

Die beauftragte ARGE bestand aus der zwischenzeitlich insolventen X1 Bauunternehmung GmbH und der zwischenzeitlich formungsgewandelten X2-Bau GmbH & Co. KG mit Firmensitz in Stadt 3. Diese Bau-Arbeitsgemeinschaft firmierte auch unter "X2-Bau GmbH & Co. KG / X1 Bauunternehmung GmbH" sowie unter "ARGE Stadt 2". Die ehemals im Rechtsstreit erster Instanz als Beklagte zu 1) bezeichnete Beklagte, bei der es sich um ein mittelständisches Gleis- und Tiefbauunternehmen handelt, ist Rechtsnachfolgerin der X2-Bau GmbH & Co. KG. Bei dieser handelte es sich um die letzte verbliebene Gesellschafterin der "ARGE Stadt 1" bzw. der "X2-Bau GmbH & Co. KG / X1 Bauunternehmung GmbH" bzw. der "ARGE Stadt 2". Bei der ehemals im Rechtsstreit erster Instanz als Beklagte zu 2) bezeichneten Beklagten, die zunächst als X2-Bau GmbH verklagt worden war, handelt es sich ursprünglich um die Komplementär-GmbH der formungsgewandelten X2-Bau GmbH & Co. KG. Die X2-Bau GmbH wurde zwischenzeitlich mit der ehemals als Beklagte zu 1) bezeichneten Beklagten verschmolzen und existiert nicht mehr als eigenständiger Rechtsträger. Im Rubrum der vorliegenden Entscheidung wird daher die ehemalige Beklagte zu 1) nunmehr als - einzige - Beklagte aufgeführt. Ferner wird nachfolgend von den ehemals als Beklagte zu 1) und Beklagte 2) bezeichneten Beklagten nur noch als "der Beklagten" gesprochen.

Im Dezember 1999 beauftragte die Klägerin die vorgenannte ARGE, die in diesem Zusammenhang als Bau-Arbeitsgemeinschaft "X2-Bau GmbH & Co. KG / X1 Bauunternehmung GmbH" firmierte, mit den Bauleistungen zum Bauabschnitt BA 10. Gegenstand dieses Vertrages war der Ausbau des Teilstücks von km 33,000 bis 36,400

(Kilometrierung von Ost nach West) auf 250 km/h, von km 36,400 bis 38,000 auf 220 km/h, von km 38,000 bis 39,600 auf 200 km/h und von km 39,600 bis km 39,900 auf 160 km/h. Ferner sollte die S-Bahn der Gleisanlage der ABS 4 angepasst und für eine maximale Geschwindigkeit von 120 km/h trassiert werden. Die Auftragssumme für den Bauabschnitt BA 10 belief sich auf 22.462.876,04 DM. Inhalt dieses Vertrages sind die VOB/B, "Ausgabe 1992 mit Ergänzungsband 1998". Gegenstand des Vertrages waren auch hier vornehmlich Tiefbau- und Oberbauarbeiten am Bahnkörper einschließlich Kabelbau, Herstellung von Kunstbauwerken, Lärmschutzwänden und Landschaftsbau.

Auf Veranlassung der Klägerin erbrachte die Beklagte ab Beginn des Jahres 2001 auch die Bauleistungen zum Bauabschnitt BA 11 ("Derichsweiler" - km 42 bis km 49,812). Gegenstand der ursprünglichen Planung war, das Stellwerk im Bahnhof Düren bei km 39,104 (also innerhalb des Bauabschnittes BA 10) in Alttechnik zu ertüchtigen bzw. anzupassen. Nach Beginn der Arbeiten im Bauabschnitt BA 10 kam es zu Umplanungen bei der Sicherheitstechnik, aufgrund derer ein vollständig neues Stellwerk in Düren (ESTW (Z)) und ein neues Stellwerk in Langerwehe (ESTW (A)) bei km 48,863 und damit außerhalb des Bauabschnittes BA 10 benötigt wurde. In diesem Zusammenhang war auch der Neubau der signaltechnischen Anlagen erforderlich. Der Bauabschnitt BA 11 umfasst die in diesem Zusammenhang anfallenden Leistungen des Bauabschnittes BA 10 von km 39,900 aufwärts. Ein Vergabeverfahren, eine gesonderte Projektierung und eine Ausschreibung fanden insoweit nicht statt. Einen gesonderten schriftlichen Vertrag über diesen Bauabschnitt schlossen die Parteien ebenfalls nicht ab, wobei die Leistungen einvernehmlich erbracht wurden. Einzelheiten erörterten die Parteien in einer gemeinsamen Baubesprechung am 23. April 2001. Die Parteien waren sich insoweit darüber einig, dass die Bauleistungen im Bauabschnitt BA 11 auf vertraglicher Grundlage gegen Entgelt durchgeführt werden sollte, wobei Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind.

Aufgrund von bei einer Routineüberprüfung im Frühjahr des Jahres 2003 festgestellten Unregelmäßigkeiten bei der Abrechnung der Beklagten sowie aufgrund der sich bereits aus einzelnen Abschlagsrechnungen abzeichnenden Erhöhungen der Abrechnungssummen leitete die Niederlassungsleitung der A2-Bau GmbH, die A-konzerninterne Bauprojektgesellschaft, eine umfassende Überprüfung der Bauabschnitte BA 2 und BA 10/11 ein, indem sie im Juni 2003 zwei Arbeitskreise installierte. Der erste Arbeitskreis, der zur Aufarbeitung der bis dahin festgestellten Unregelmäßigkeiten in der Abrechnung und Dokumentation (z.B. Aufmaßblätter, Bautagesberichte, Bautagebücher) der ARGE eingesetzt wurde, bestätigte aus seiner Sicht bestehende gravierende Mängel in den Abrechnungen der Beklagten, d.h. insbesondere durch Abrechnung nicht erbrachter Leistungen sowie überhöhter Mengen und Leistungen, Doppelabrechnungen und die Abrechnung von Leistungen zu überhöhten Einheitspreisen. Im Oktober des Jahres 2003 wurde zudem die konzerninterne Revisionsabteilung der A-AG hinsichtlich compliancerelevanter Sachverhalte eingeschaltet, die die Überprüfung der Falschabrechnungen der Beklagten vertiefte. Bei dieser Überprüfung stellte sich wiederum heraus, dass von der Beklagten teilweise Leistungen und Mengen in Rechnung gestellt worden waren, ohne dass diese Leistungen und Mengen tatsächlich vor Ort auf der Baustelle erbracht worden waren. Über die Leistungen und Mengen waren von Mitarbeitern der Beklagten Aufmaßblätter angefertigt worden, die sodann von Mitarbeitern der Klägerin gegengezeichnet worden waren. Die in den Aufmaßblättern ausgewiesenen Leistungen und Mengen waren durch die Beklagte mit Abschlagsrechnungen abgerechnet worden, welche wiederum von den Mitarbeitern der Klägerin zur Zahlung freigegeben worden waren. Im Namen der Klägerin, die aufgrund dieser Feststellungen davon ausging, überhöhte Abrechnungen erhalten und daher Überzahlungen geleistet zu haben, ordnete die A2-Bau GmbH im November 2003 zur Abwendung weiteren ihrer Auffassung nach entstehenden Schadens einen Zahlungsstopp an. Zahlungen an die Beklagte sollten nur noch dann vorgenommen werden dürfen, wenn die

betreffenden Leistungen nachweislich erbracht worden seien. Der zweite Arbeitskreis sollte die festgestellten Schwächen in der Abrechnung und Dokumentation der Beklagten weiter aufarbeiten. Insofern ging es auch hier darum, Implausibilitäten und Unzulänglichkeiten in der Abrechnung der ARGE zu lokalisieren. Dieser Arbeitskreis bestätigte die von dem ersten Arbeitskreis und der Revision festgestellten Sachverhalte.

Im Bauabschnitt BA 2 leistete die Klägerin letztmalig eine Abschlagszahlung am 8. Oktober 2003 auf die Abschlagsrechnung Nr. 43 09/2003, was insgesamt zu geleisteten Abschlagszahlungen für den Bauabschnitt BA 2 in Höhe von 103.711.898,79 DM führte. Auf die Abschlagsrechnungen 42, 44 bis 49 - diese datieren unter dem 2. August 2004 - erfolgten keine Zahlungen mehr. In den Bauabschnitten BA 10 und BA 11 leistete die Klägerin letztmalig eine Zahlung auf die Abschlagsrechnung Nr. 38 aus 07/2003 am 13. Oktober 2003. Dies führte insoweit zu Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 73.722.481,57 DM. Auf die Abschlagsrechnungen 34, 37, 39 und 40 - diese datierend unter dem 2. März 2004 - erfolgten keine Zahlungen mehr. Auf die Arbeiten im Bauabschnitt BA 11 hatte die Klägerin bis zum Zahlungsstopp Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 4.658.962,00 DM geleistet. Wegen der Einzelheiten der geleisteten Abschlagszahlungen wird auf die Aufstellung in den Schlussrechnungen (Anlagen K 54, 282 und 486) Bezug genommen. Das Verhältnis zwischen Auftragssummen und Abschlagszahlungen stellte sich dementsprechend im November 2003 wie folgt dar:

Bauabschnitt Auftragssumme Abschlagszahlungen

BA 2 66.756.138,27 DM 103.711.898,79 DM

BA 10 22.462.876,04 DM 73.722.481,57 DM

BA 11 4.658.962,00 DM

Die Klägerin erstellte zum 12. Dezember 2003 Sicherungspläne und wandte diese an. In allen Bauabschnitten fand ab dem 14. Dezember 2003 Schienenverkehr statt. Am 14. Dezember 2003 gab die Klägerin die Strecken für den Verkehr für bis zu 250 km/h frei.

Der letzte Bautagesbericht für den Bauabschnitt BA 2, dessen Ausführung im Juli 1999 begann, datiert auf den 4. Oktober 2004.

Wegen der festgestellten Unregelmäßigkeiten in den Bauabschnitten BA 2, BA 10 und BA 11 erstatteten die A-AG, die Klägerin und die A1-AG im Juni 2004 Strafanzeige gegen Mitarbeiter der Beklagten sowie gegen Mitarbeiter der Klägerin, die ab Januar 2003 in die A2-Bau GmbH überführt worden waren. In der Strafanzeige wurde unter Darlegung von Einzelheiten ausgeführt, dass sich der aus den bisher von der A-AG recherchierten Sachverhalten festgestellte Schaden auf immerhin ca. 2,5 Millionen Euro belaufe, wobei die Revision der A-AG begründeten Anlass habe davon auszugehen, dass sie mit ihren Recherchen bisher nur einen kleinen Ausschnitt der Manipulationen festgestellt habe. Dies beruhe darauf, dass sie sich aus Gründen der Vertraulichkeit und Kapazität bisher nur auf punktuelle stichprobenartige Prüfmaßnahmen beschränkt habe. Sie beabsichtige, die Abrechnung des gesamten Vorhabens zu den bisherigen Bauabschnitten 2, 10 und 11 einer erneuten, vor allem vollständigen Detailprüfung zu unterziehen. Dies setze voraus, dass sie sämtliche Unterlagen zusammenstelle, dies gelte vor allem für diverse Aufmaßunterlagen, die bisher trotz Recherchen nicht vollständig hätten aufgefunden werden können. Nach einem anonymen Hinweis habe die Revision mit ihren Recherchen bisher nur "an der Spitze des Eisberges" gearbeitet und allenfalls ein Volumen von 5

- 10 % festgestellt; es spreche einiges dafür, dass dieser Hinweis zutreffe. Wegen des weiteren Inhalts der Strafanzeige wird auf die Anlage K 1 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 30. Juli 2004 teilte der Bevollmächtigte der Klägerin der Staatsanwaltschaft darüber hinaus mit, dass zwischenzeitlich seitens der bei der Bahn verantwortlichen Projektleitung eine detaillierte Sondierung eingesetzt habe. Zu diesem Zweck sei ein erweiterter bahninterner Arbeitskreis eingesetzt worden mit dem Ziel, systematisch überhöhte Zahlungen bzw. Aufmaße zu ermitteln. Der Umfang der überhöhten Abrechnungen habe selbst die interne Bahnrevision überrascht, die bisher nur Stichproben gezogen habe.

Die Strafanzeige führte zu mehreren Ermittlungs- und Strafverfahren, in denen sich ergab, dass Mitarbeiter der Beklagten die Abrechnung nicht erbrachter Leistungen und Mengen systematisch betrieben hatten. Unterstützt wurden sie dabei von Mitarbeitern der Klägerin bzw. der A2-Bau GmbH, denen im Gegenzug Geld- und Sachzuwendungen von Mitarbeitern der Beklagten gewährt worden waren. Im Zeitraum von Oktober 2008 bis Juli 2009 - nach Anklageerhebung ab Juni 2007 - verhängte das Landgericht Duisburg Freiheitsstrafen gegen Mitarbeiter der Beklagten und der Klägerin bzw. der A2-Bau GmbH in Höhe von bis zu vier Jahren.

Von 2005 bis 2009 ließen die Klägerin und die A1-AG mit Unterstützung der "B Sachverständige Bau + Institut für Baumanagement GbR" (im Folgenden: B) die überhöhten Abrechnungen der Klägerin bzw. Überzahlungen der Beklagten im Einzelnen aufarbeiten.

Mit dem in der Anlage K 57 vorgelegten Schreiben vom 16. November 2005 begründete die A2-Bau GmbH gegenüber der Beklagten zum Bauabschnitt BA 2 die Ursachen - fehlende Aufmaßblätter / Unterlagen, Verstoß gegen Abrechnungsvorschriften, nicht abgerufene Eventualpositionen, unberechtigte Nachtragsangebote, unberechtigte Stundenlohnarbeiten, nicht prüffähige Oberbauleistungen und unberechtigte Vergleichspositionen der Oberbauleistungen der Lose 38 und 39 - für die aus ihrer Sicht fehlende Prüffähigkeit einer etwaigen Schlussrechnung.

Die Schlussrechnungsforderung der Beklagten aus der korrigierten Schlussrechnung vom 13. April 2006 - die erste Schlussrechnung datierte vom 17. Januar 2006 - für den Bauabschnitt BA 2 beläuft sich auf 136.624.199,44 DM (K 59). Mit ihrer Klage macht die Klägerin, die hierauf - wie ausgeführt - Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 103.711.898,79 DM geleistet hatte - eine Überzahlung in Höhe von 21.181.713,70 Euro brutto (41.427.831,11 DM brutto aus 35.713.647,51 DM netto) geltend. Die Schlussrechnungsforderung der Beklagten aus der Schlussrechnung vom 11. September 2006 (K 282) beläuft sich für den Bauabschnitt BA 10 auf 97.348.863,23 DM und für den Bauabschnitt BA 11 auf 7.140.305,89 DM. Hinsichtlich des Bauabschnitts BA 10 macht die Klägerin - unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen in Höhe von 73.722.48,57 DM - eine Überzahlung in Höhe von 32.607.477,29 Euro brutto (63.774.682,30 DM brutto aus 54.978.174,40 DM netto) und hinsichtlich des Bauabschnitts BA 11 macht sie - unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen in Höhe von 4.658.962,71 DM - eine solche in Höhe von 2.425.178,74 Euro (4.743.237,34 brutto aus 4.088.997,71 DM) geltend.

Eine Abnahme zum Bauabschnitt BA 2 wurde - Einzelheiten sind zwischen den Parteien streitig - jedenfalls im Jahr 2008 durchgeführt. Für die Arbeiten in den Bauabschnitten BA 10 und BA 11 fand keine förmliche Gesamtabnahme statt.

Vom 11. Juli 2008 bis zum 23. März 2009 fanden zwischen den Parteien Verhandlungen statt. Hierzu richteten sie einen Arbeitsgruppenkreis ein, der zwischen dem 8. August und jedenfalls dem 3. März insgesamt 13 Mal tagte. An dessen Sitzungen nahmen Vertreter der Klägerin,

Vertreter der B und Vertreter der Beklagten sowie Vertreter der im Namen der Beklagten handelnden C Bau AG teil. Ziel dieser Sitzungen war es, die aus Sicht der Klägerin und der B überhöhten Abrechnungen sowie die aus Sicht der Beklagten offen stehenden Werklohnansprüche zu den Bauabschnitten BA 2 und BA 10 zwischen den Parteien zu erörtern und eine gütliche Einigung dazu zu erzielen. Den für den 17. März 2009 angesetzten Besprechungstermin setzte die Klägerin ab. Die Parteien stellten in diesem Zusammenhang fest, dass eine einvernehmliche Lösung nicht erzielbar war und beendeten die Vergleichsverhandlungen, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Beklagte - so die Klägerin - oder die Klägerin - so die Beklagte - die Verhandlungen abbrach.

Ursprünglich hatte die Klägerin zusammen mit der A1-AG im vorliegenden Rechtsstreit einen Betrag in Höhe von insgesamt 59.381.694,92 Euro (= 116.140.500,38 DM) mit einer einheitlichen Klage bei dem Landgericht Fulda (Az.: 2 O 555/09 bzw. 7 O 73/10 nach Verweisung an die Kammer für Handelssachen) - dort eingegangen am 29. Dezember 2009, beiden Beklagten zugestellt am 15. Januar 2010 - geltend gemacht. Mit Beschluss vom 18. März 2011 hat sich das Landgericht Fulda für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Duisburg für die Rückzahlungsansprüche der Klägerin und an das Landgericht Düsseldorf für die Rückzahlungsansprüche der A1-AG verwiesen.

Neben dem vorliegenden Rechtsstreit gibt bzw. gab es weitere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien:

- Die - wie oben ausgeführt - vom Landgericht Fulda abgetrennte und an das Landgericht Düsseldorf verwiesene Rückforderungsklage der A1-AG betreffend den Bauabschnitt BA 2 über rund 500.000 Euro - der genaue Betrag ist zwischen den Parteien streitig - (Az.: 40 O 22/11) gegen die Beklagten ist zwischenzeitlich durch Klagerücknahme erledigt.
- Die zum BA 10 vor dem Landgericht Düsseldorf erhobene Restwerklohnklage der Beklagten gegen die A1-AG (Az.: 35 O 119/09) über 86.232,83 Euro wurde mit der vom Landgericht Fulda an das Landgericht Düsseldorf verwiesenen Rückforderungsklage der A1-AG (Az.:35 O 109/11) über rund 2.500.000 Euro - der genaue Betrag ist zwischen den Parteien streitig - zunächst verbunden. Die Parteien haben hier sodann einen "Vergleich auf Null" geschlossen.
- In der zum BA 2 vor dem Landgericht Düsseldorf erhobenen Restwerklohnklage der Beklagten gegen die A1-AG (Az.: 40 O 73/07) auf Zahlung von 2.216.041,10 Euro haben die Parteien einen Vergleich geschlossen, der unter Erledigung zur Aufrechnung gestellter Rückforderungsansprüche aus dem BA 10 eine Zahlung in Höhe von 860.000 Euro an die Beklagte (unter Vorbehalt der Verrechnung mit etwaigen Gegenforderungen der Klägerin) vorsieht.
- Das Verfahren der Beklagten ./.. Klägerin, Bauabschnitt BA 2, über eine Klageforderung in Höhe von rund 16.000.000 Euro - der genaue Betrag ist zwischen den Parteien streitig - (Landgericht Duisburg, Az.: 21 O 25/08) ist mit Beschluss des Landgerichts Duisburg vom 15. August 2013 bis zur Erledigung des vorliegenden Rechtsstreits ausgesetzt worden.
- In dem Restwerklohnrechtsstreit der Beklagten ./.. Klägerin betreffend den Bauabschnitt BA 10 mit einer Klageforderung über 7.845.208,00 Euro (Landgericht Duisburg, Az.: 22 O 146/09) wird derzeit Beweis erhoben.

Darüber hinaus hatte die Klägerin gegen ihren ehemaligen Mitarbeiter, Herrn Z1, sowie gegen Mitarbeiter der Beklagten eine Schadensersatzklage in Höhe von 2.668.884183 Euro zum

Bauabschnitt BA 10 vor dem Landgericht Duisburg erhoben (Az.: 13 O 131/09 - Anlage B 82), die mit Urteil vom 21. September 2010 (Anlage B 893) wegen Verjährung abgewiesen wurde. Das Oberlandesgericht Düsseldorf wies mit Urteil vom 20. Juli 2011 (Az.: 18 U 186/10, Bl. 6913 ff. d.A.) die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin zurück. Die gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2011, Az.: VI ZR 216/11, Bl. 6949 ff. d.A.) nahm die Klägerin zurück.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe in Höhe der Klageforderung durch Abschlagszahlungen mehr geleistet, als der Beklagten an Werklohn zustehe. Die überhöhten Zahlungen seien in erheblichem Maße auf vertragswidriges und strafrechtlich relevantes Verhalten zurückzuführen, wobei ihre Mitarbeiter und die Mitarbeiter der Beklagten kollusiv zusammengewirkt und so die eklatant überhöhten Abrechnungen der Beklagten ermöglicht hätten. Sie hat gemeint, bereits aus diesem Grund enthielten die Aufmaßblätter und Abrechnungsunterlagen der Beklagten keinen glaubhaften Nachweis hinsichtlich der tatsächlich erbrachten Leistungen. Durch die gutachterlichen Prüfungen des B habe sich ergeben, dass die abgerechneten Leistungen in erheblichem Umfang nicht erbracht worden seien. Schließlich seien für weite Teile der Leistungen von der Beklagten keine schlüssigen und prüffähigen Nachweise für die tatsächlich erbrachten Leistungen vorgelegt worden. In Ermangelung prüffähiger und schlüssiger Nachweise müsse sie, die Klägerin, davon ausgehen, dass diese Leistungen durch die Beklagte tatsächlich nicht erbracht worden seien. Konkret, so ihre Behauptung unter Darlegung umfangreicher Einzelheiten, wegen der insoweit auf die von ihr eingereichten Schriftsätze verwiesen wird, ergebe sich für den Bauabschnitt BA 2 unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen eine Überzahlung in Höhe von 35.713.647,51 DM netto. Hinsichtlich des Bauabschnittes BA 10 ergebe sich unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen eine Überzahlung in Höhe von 54.978.174,40 DM netto und bezüglich des Bauabschnittes BA 11 eine solche in Höhe von 4.088.997,71 DM netto.

Die Klägerin hat gemeint, dass die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht durchgreife. Sie hat behauptet, die Leistungen zum Bauabschnitt BA 2 seien von Juli 1999 bis Oktober 2004 erbracht worden. Soweit sich die Beklagte auf die Beendigung der Arbeiten aufgrund des letzten Bautageberichts vom 4. Oktober 2004 berufe, sei klarzustellen, dass die Kernleistungen schon vorher, nämlich bereits am 16. September 2004, abgeschlossen gewesen seien. Die Leistungen zum Bauabschnitt BA 10 einschließlich des als Nachtragsauftrag zum Bauabschnitt BA 10 beauftragten Bauabschnitt BA 11 seien von Februar 2000 bis Juli 2004 erbracht worden. Soweit das Landgericht mit Beschluss vom 5. März 2014 allerdings darauf hingewiesen habe, dass unter diesen Umständen der jeweilige Rückzahlungsanspruch im Oktober 2004 bzw. Juli 2004 entstanden sei, sei darauf hinzuweisen, dass die Beklagte in der Schlussrechnung vom 17. Januar 2006 (Anlage K 54) den Ausführungszeitraum auf "bis September 2005" angegeben habe, was gegen eine Fertigstellung und Abnahmefähigkeit und somit Schlussrechnungsreife bereits im Jahre 2004 spreche.

Jedenfalls, so die Behauptung der Klägerin, habe sie die Überzahlungssituation nicht gekannt. Bis zur Vorlage der Schlussrechnungen sowie Aufarbeitung des Leistungs- und Zahlungsstandes durch die Sachverständigen des B habe bei ihren maßgeblichen Mitarbeitern keine Kenntnis darüber bestanden, dass der zwischenzeitlich aufgelaufene Leistungsstand nicht habe ausreichen sollen, mit Verrechnung der Abschlagszahlungen zu einem Guthaben zugunsten der Beklagten zu führen. Noch im Jahr 2004 seien diese Mitarbeiter davon ausgegangen, dass der Zahlungsstopp ausreiche, um eine Überzahlung zu vermeiden. Erst im Laufe der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen und der weiteren Überprüfung ihrerseits habe sie, die Klägerin, feststellen müssen, dass sich ein erheblicher Saldo zu ihren Ungunsten ergeben habe. Dies sei aber erst im Jahr 2006 der Fall gewesen.

Die Arbeitsgruppensitzungen, die von August 2008 bis März 2009 gedauert hätten, seien von der Beklagten als nicht zielführend eingestuft und deshalb eingestellt und abgebrochen worden.

Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 ZPO auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Die Beklagte hat gerügt, dass die Klage nicht wirksam zugestellt worden sei, weil der Klageschrift näher aufgeführte Anlagen nicht beigelegt gewesen seien. Darüber hinaus hat sie beantragt, das Verfahren nach § 148 ZPO wegen Vorgeflichkeit auszusetzen. Sie hat behauptet, die Bauleistungen für den Bauabschnitt BA 2 seien am 16. September 2004 abgenommen worden. Spätestens mit der ersten Fassung der Schlussrechnung vom 17. Januar 2006 habe sie der Klägerin alle Abrechnungs- und Aufmaßunterlagen vorgelegt. Auch die Bauleistungen für den Bauabschnitt BA 10 seien abgenommen worden (Anlage B 40). Unter Darlegung umfangreicher Details zu Nachtragsaufträgen und der Richtigkeit der vorhandenen Aufmaßunterlagen hat sie weiter behauptet, dass nicht der Klägerin ein Rückzahlungsanspruch, sondern ihr ein offener Werklohnanspruch zustehe.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Sie hat die Ansicht vertreten, der vermeintliche - und von ihr nach wie vor bestrittene - Rückzahlungsanspruch der Klägerin sei im Zeitpunkt der Beendigung der Bauarbeiten entstanden und fällig, weil zu diesem Zeitpunkt durch Vergleich der geleisteten Abschlagszahlungen mit den tatsächlich ausgeführten Bauleistungen feststellbar gewesen sei, ob und ggf. in welcher Höhe der vermeintliche Rückgewähranspruch tatsächlich valutiert habe. Der Ausführungszeitraum für den Bauabschnitt BA 2 habe ausweislich des Bestellscheins und des letzten Bautagesberichts vom 15. Juli 1999 bis zum 4. Oktober 2004, derjenige für den Bauabschnitt BA 10 habe ausweislich des Bestellscheins und der Bautagesberichte vom 22. Dezember 1999 bis zum 14. Oktober 2004 gedauert. Der Ausführungszeitraum für den Bauabschnitt BA 11 schließlich habe ausweislich der vorliegenden Stundenlohnzettel, Aufmaße und Bautagesberichte von Januar 2002 bis April 2004 gedauert. Nach den Ausführungen der Klägerin, die sie sich zu eigen mache, hätten sich die Ausführungszeiträume der bauvertraglichen Leistungen im Bauabschnitt BA 2 von Juli 1999 bis September 2004 und in den Bauabschnitten BA 10/11 von Februar 2000 bis Juli 2004 erstreckt. Dem stehe insbesondere nicht entgegen, dass die Schlussrechnungen in den einzelnen Verträgen erst mit einiger Verzögerung im Jahre 2006 vorgelegt worden seien. Denn die Entstehung und Fälligkeit der behaupteten Rückzahlungsansprüche wegen angeblicher Überzahlungen setzten die vorherige Schlussrechnungslegung nicht voraus. Ungeachtet der Tatsache, dass die Schlussrechnungen von der Klägerin hätten eingeklagt oder aber selbst erstellt werden können, sei die Klägerin bereits 2004 weder rechtlich noch faktisch daran gehindert gewesen, Leistungsklage auf Rückzahlung des angeblichen Überschusses zu erheben. Bereits 2004 habe die Klägerin zudem, so die Behauptung der Beklagten, alle vermeintlich anspruchsbegründenden Umstände gekannt. Ausweislich des eigenen Vortrages (S. 47, 62, 83 und 1214 der Klageschrift) habe die Klägerin sogar bereits 2003 umfänglich Kenntnis von angeblich überhöhten Abschlagsrechnungen und eigenen Überzahlungen gehabt. Diese Erkenntnisse hätten die Klägerin nach eigenem Vorbringen veranlasst, die Bauabschnitte einer umfassenden Prüfung durch einen bahninternen Arbeitskreis zu unterziehen. Bei diesen Überprüfungen habe sich herausgestellt, dass, so das Vorbringen der Klägerin in der Klageschrift, in den Bauabschnitten BA 2 und BA 10/11 von Seiten der Beklagten der Klägerin in erheblichem Umfang Leistungen in Rechnung gestellt worden seien, ohne dass diese Mengen tatsächlich vor Ort auf der Baustelle erbracht worden seien. Sie, die Klägerin, habe diese Kenntnisse zum Anlass genommen, bereits im Juni 2004 Strafanzeige gegen Mitarbeiter der Beklagten sowie gegen ihre eigenen Mitarbeiter bzw. der A2-Bau GmbH zu erstatten. Insoweit sei, so die Ansicht der Beklagten, für die

Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht erforderlich gewesen, dass die Klägerin alle Einzelheiten der dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen gekannt habe; es reiche - wie hier - aus, dass der (vermeintliche) Gläubiger den Sachverhalt in seinen Grundzügen erfasse und wisse, dass sich daraus gewichtige Anhaltspunkte für einen Anspruch ergäben. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin sei dies unzweifelhaft bereits bei Beendigung der Bauarbeiten 2004 der Fall gewesen.

Hinsichtlich der von dem Arbeitsgruppenkreis geführten Verhandlungen hat die Beklagte behauptet, es sei die Klägerin gewesen, die die Verhandlungen abgebrochen habe; die Klägerin habe den für den 17. März 2009 vorgesehenen Termin ohne Begründung einseitig abgesetzt; es sei nach der Arbeitskreissitzung vom 3. März 2009 am 11. März 2009 in Stadt 4 zu einem persönlichen Gespräch zwischen ihrem Vertreter, dem Zeugen Z2, und dem Vorstandsmitglied der Bahn, Herrn Z3, gekommen, in dem festgestellt worden sei, dass eine einvernehmliche Lösung auf Basis der in den Arbeitsgruppensitzungen diskutierten Punkte nicht erzielbar sei und deshalb die Gespräche zu beenden seien. Schlusspunkt der Verhandlungen sei ein Gespräch am 23. März 2009 gewesen.

Mit Urteil vom 14. Oktober 2014 hat das Landgericht nach Erteilung von Hinweisen die Klage mit der Begründung abgewiesen, eine etwaige Forderung der Klägerin sei verjährt. Gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB habe die Verjährungsfrist am 31. Dezember 2004 begonnen und sei am 31. Dezember 2007 geendet. Dies gelte zunächst für einen sich aus den Werkverträgen ergebenden Rückzahlungsanspruch. Ein eventueller Rückzahlungsspruch sei 2004 entstanden. Nach zutreffender Auffassung beginne objektiv die Verjährungsfrist für einen Anspruch auf Rückzahlung von Abschlags- und Vorauszahlungen bei Anwendung der VOB/B dann, wenn Schlussrechnungsreife eingetreten sei. Die Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung sei für den Verjährungsbeginn dagegen ohne Bedeutung. Vorliegend sei seit 2004 von Schlussrechnungsreife auszugehen. Diese trete dabei mit der Abnahmereife, spätestens aber mit der Abnahme der Werkleistung ein. Vorliegend sei von einer Abnahmereife im vorgenannten Jahr auszugehen. Denn nach eigenem klägerischen Vorbringen seien der Bauabschnitt 2 bis zum September 2004 und der Bauabschnitt 10/11 bis Juli 2004 ausgeführt worden. Soweit die Klägerseite mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014 darauf hinweise, dass in der Schlussrechnung vom 17. Januar 2006 der Ausführungszeitraum auf "bis September 2005" angegeben worden sei und geltend gemacht werde, dass dies gegen eine Annahmefähigkeit und somit gegen eine Schlussrechnungsreife spreche, sei dieser Vortrag allgemein gehalten und daher unsubstantiiert. Welche Leistungen, deren Nichterbringung der Annahmefähigkeit des Werkes der Beklagten 2004 entgegen gestanden haben soll, erst 2005 ausgeführt worden sein sollen, lasse sich dem klägerischen Vortrag nicht entnehmen. Hinzu komme, dass die Klägerin bereits in der Klageschrift hinsichtlich des Bauabschnittes 10/11 vorgetragen habe, der Ausführungszeitraum habe von Februar 2000 bis Juli 2004 gedauert. Für den Bauabschnitt BA 2 habe sie angegeben, die Arbeiten seien bis September 2004 ausgeführt worden. Dem Vortrag der Beklagten in der Klageerwiderung, wonach für den Bauabschnitt BA 2 der letzte Bautagesbericht auf den 4. Oktober 2004 datiere, habe die Klägerin mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2011 sogar widersprochen und ausgeführt, dass die Kernleistungen bereits am 16. September 2004 abgeschlossen gewesen seien.

Auch die subjektiven Voraussetzungen von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB lägen vor. Der Klägerin sei zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Maßgeblich sei die Kenntnis bzw. ein Vorwurf grober Fahrlässigkeit hinsichtlich solcher anspruchsbegründender Umstände, die notwendig seien, um eine Klage erfolversprechend, wenn auch nicht risikolos, erheben zu können. Die Kenntnis aller Tatsachen sei nicht erforderlich, da bereits dann, wenn ein Prozesserfolg hinreichend wahrscheinlich sei, die Geltendmachung des Anspruchs verlangt werden könne. Es

genüge, wenn der Gläubiger eine Feststellungsklage erheben könne, die bei verständiger Würdigung der ihm bekannten Tatsachen so viel Aussicht auf Erfolg biete, dass sie ihm zumutbar sei. Grobe Fahrlässigkeit setze dabei einen objektiv schwerwiegenden und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt voraus. Zwar treffe den Gläubiger keine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schuldners Nachforschungen zu betreiben; etwas anderes gelte jedoch, wenn geradezu unverständlich sei, keine Ermittlungen anzustellen. Danach sei der Klägerin jedenfalls grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Nach eigenem, zudem allgemein gehaltenen Vortrag der Klägerin wurden bereits im Frühjahr 2003 wegen Unregelmäßigkeiten umfassende Überprüfungen der Bauabschnitte BA 2 und BA 10/11 eingeleitet, weil sich herausgestellt habe, dass die Beklagte in erheblichem Maße Falschabrechnungen in diesen Bauabschnitten durchgeführt haben soll. Für eine vertiefte Überprüfung der Abrechnung dieser Bauabschnitte sei sodann im Juni des Jahres 2003 ein bauinterner Arbeitskreis eingerichtet worden. Im Oktober des gleichen Jahres sei die konzerninterne Revisionsabteilung der A-AG hinsichtlich compliance-relevanter Sachverhalte eingeschaltet worden, die die Überprüfung der angeblichen Falschabrechnung der Beklagten weiter vertieft habe. Daraufhin habe die Niederlassungsleitung der A2-Bau GmbH im Oktober 2003 festgelegt, dass aufgrund angeblicher Überzahlungen keinerlei Zahlungen mehr an die Beklagte hätten vorgenommen werden sollen, was in der Folge auch geschehen sei. 2004 habe die A sodann Strafanzeige gegen Mitarbeiter der Beklagten sowie der Klägerin und der A2-Bau GmbH hinsichtlich der streitgegenständlichen Bauabschnitte eingereicht. Vor diesem Hintergrund habe die Klägerin jedenfalls grob fahrlässig verkannt, dass eine Überzahlungssituation bestanden habe. Jedenfalls 2004 habe sich ihr eine solche Situation geradezu aufdrängen müssen. Denn sie war nach umfangreichen Ermittlungen, die letztlich zu der Strafanzeige vom 1. Juni 2004 geführt hätten, zu der Schlussfolgerung gekommen, dass weit überhöht abgerechnete Leistungen nicht erbracht worden seien. Der Umstand, dass die Klägerin gemäß der Klageschrift schon Abschlagszahlungen in Höhe von über 93.000.000 Euro geleistet habe, stehe dem nicht entgegen. Denn ausweislich der Strafanzeige vom 1. Juni 2004 habe sich der festgestellte Schaden zunächst zwar auf lediglich 2,5 Millionen Euro belaufen. Gleichzeitig lasse die Klägerin jedoch ausführen, dass mit begründetem Anlass davon auszugehen sei, dass mit den Recherchen bisher nur ein kleiner Ausschnitt der Manipulation festgestellt worden sei. Dann habe die Überzahlungssituation trotz der gezahlten Abschläge für die Klägerin eine ganz naheliegende Überlegung sein müssen. Da strafrechtlich unter dem Begriff des Vermögensschadens der Unterschied zwischen dem Wert des Gesamtvermögens vor und nach einer Vermögensverfügung zu verstehen sei, also sich im Rahmen einer Gesamtsaldierung der Wert der Aktiva verringern müsse, lasse sich der Begriff des "Schadens" aus der Strafanzeige ohne Weiteres auf den vorliegenden Zivilrechtsfall übertragen. Denn ein Schaden in strafrechtlicher Hinsicht liege gerade dann vor, wenn ein Getäuschter mehr leiste, als er letztlich zu leisten verpflichtet wäre. Ein derartiger Sachverhalt werde mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Dass die Klägerin im Hinblick auf die bereits ermittelten und in grob fahrlässiger Weise nicht ermittelten Tatsachen nicht in der Lage gewesen wäre, mit hinreichend großer Erfolgswahrscheinlichkeit zumindest eine Feststellungsklage zu erheben, könne nicht angenommen werden. Die positive Feststellungsklage sei begründet, wenn die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs vorlägen. Da bei einer hier in Rede stehenden Rückzahlungsklage Anspruchsvoraussetzung das Vorliegen einer Überzahlung sei, habe daher lediglich eine hinreichend große Erfolgsaussicht dahingehend bestehen müssen, überhaupt das Vorliegen einer solchen, ggf. sogar geringfügigen Überzahlung nachweisen zu können. Davon, dass die Klägerin hierzu aber in der Lage gewesen wäre, könne nach dem Vorgesagten ausgegangen werden.

Die Beklagte sei mit dem Einwand der Verjährung nicht ausgeschlossen. Sie habe auf die Einrede der Verjährung durch ihr Verhalten im Rahmen der Arbeitsgruppensitzungen im

Zeitraum August 2008 bis März 2009 nicht verzichtet. Sie habe dort auch kein deklaratorisches Schuldanerkennnis abgegeben. Die Erhebung der Einrede der Verjährung sei ferner nicht widersprüchlich. Entsprechendes folge insbesondere nicht aus der Teilnahme der Beklagten an den Sitzungen der Arbeitsgruppen. Denn nach Auffassung der Beklagten stünden ihr aus den Bauvorhaben noch erhebliche eigene Ansprüche zu. Warum die Erhebung der Einrede der Verjährung schließlich prozessual unbeachtlich sein soll, sei nicht erkennbar. Aus den vorgenannten Erwägungen heraus seien auch eventuelle deliktische Ansprüche der Klägerin verjährt.

Die Klägerin macht mit der Berufung geltend, der Rückforderungsanspruch sei entgegen der Annahme des Landgerichts nicht verjährt.

Das Landgericht verkenne zum einen, dass der Rückzahlungsanspruch im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB frühestens 2006 mit Vorlage der Schlussrechnungen entstanden sei, denn nur nach der Schlussrechnung könne der Auftraggeber beurteilen, ob eine Überzahlung bestehe. Das Landgericht übersehe, dass der Auftragnehmer nach § 14 VOB/B verpflichtet sei, durch Schlussrechnung seine Leistungen prüfbar und fristgemäß gegenüber dem Auftraggeber abzurechnen. Der Auftraggeber erlange erst mit der Schlussrechnung Kenntnis davon, welchen endgültigen und konkreten Werklohnanspruch der Auftragnehmer geltend mache. Daher sei es allein interessengerecht anzunehmen, dass der Rückzahlungsanspruch erst mit Vorlage der Schlussrechnung entstehe. Das Landgericht habe sich insoweit nicht mit der maßgeblichen Rechtsprechung auseinandergesetzt, wonach Abschlagsrechnungen und -zahlungen lediglich vorläufigen Charakter hätten, woraus folge, dass ein Anspruch auf Rückzahlung von überzahlten Abschlagsrechnungen erst mit der durch die Schlussrechnung vorzunehmenden endgültigen Abrechnung entstehen könne. Die Klägerin behauptet in diesem Zusammenhang, die Beklagte habe ihr erst mit den Schlussrechnungen aus 2006 die aus ihrer Sicht verbindlichen und endgültigen Aufmaßblätter und Abrechnungsunterlagen übermittelt. Soweit das Landgericht auf die Schlussrechnungsreife abstelle, sei dies - so die Ansicht der Klägerin - unzutreffend, weil die Schlussrechnungsreife allein den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers betreffe. In der Rechtsprechung werde der Begriff der Schlussrechnungsreife nur im Zusammenhang mit der Frage erwähnt, wann ein Auftragnehmer verpflichtet sei, seine Ansprüche auf Grundlage einer Schlussrechnung zu verfolgen. Die Schlussrechnungsreife sei für das Entstehen eines Rückforderungsanspruches nicht maßgeblich, da sie in keinem Zusammenhang mit einem negativen Schlussrechnungssaldo stehe. Voraussetzung für die Schlussrechnungsreife sei außerdem die Abnahme. Selbst wenn man die Abnahme nicht als Voraussetzung für die Schlussrechnungsreife, sondern insoweit die Fertigstellung der Leistungen durch den Auftragnehmer als ausreichend ansehen würde, könne ein Auftraggeber damit nicht beurteilen, ob und in welcher Höhe ein Rückforderungsanspruch entstanden sei. Voraussetzung hierfür sei die Vorlage der Aufmaß- und Abrechnungsunterlagen.

Ferner habe das Landgericht das Urteil des Oberlandesgerichts Saarbrücken (OLG Saarbrücken, Urteil vom 13. Juli 2010, 4 U 569/09) zu Unrecht herangezogen. Dieses sei weder einschlägig, denn es betreffe einen anderen Sachverhalt, noch inhaltlich zutreffend. Dasselbe gelte auch für die weiteren vom Landgericht in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen. Weiter meint die Klägerin, das Landgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass bereits 2004 Schlussrechnungsreife bestanden habe. Dies sei nicht möglich, weil die vertraglich vorgesehene förmliche Abnahme zum Bauabschnitt BA 2 erst 2008 durchgeführt worden sei und in den Bauabschnitten BA 10 und BA 11 überhaupt keine - vertraglich aber vorgesehene - förmliche Abnahme durchgeführt worden sei. Darüber hinaus könne keine Schlussrechnungsreife eingetreten sein, weil auf der in der Anlage K 59 vorgelegten Schlussrechnung vom 13. April 2006 zum Bauabschnitt BA 2 als Ausführungszeitraum "Juli 1999 - September 2005" vermerkt

sei. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe sie, die Klägerin, auf den Seiten 216 bis 217 des Schriftsatzes vom 28. Dezember 2011 lediglich vorgetragen, dass nur die Kernleistungen im Bauabschnitt BA 2 am 16. September 2004 beendet gewesen seien. Darüber hinaus könne von Schlussrechnungsreife 2004 nicht ausgegangen werden, da mit den Schlussrechnungen zum Bauabschnitt BA 2 vom 13. April 2006 und zum Bauabschnitt BA 10/11 vom 11. September 2006 erhebliche Leistungszuwächse im Vergleich zu den Abschlagsrechnungen geltend gemacht worden seien. Daraus werde deutlich, dass die Beklagte im Zeitraum zwischen den Abschlagsrechnungen und den Schlussrechnungen noch in erheblichem Maße Leistungen erbracht und abgerechnet habe. Selbst wenn man die Schlussrechnungsreife nur an die Fertigstellung der Leistungen knüpfen wollte, ergebe sich aus den mit den Schlussrechnungen in Ansatz gebrachten Leistungszuwächsen, dass 2004 nicht von einer Beendigung des Vertrages auszugehen gewesen sei. Darüber hinaus habe sie, die Klägerin, auch klaggestellt, dass ihr bei der Bauabwicklung - also noch vor Schlussrechnungslegung - nicht sämtliche Aufmaßblätter und Abrechnungsunterlagen übermittelt worden seien. Weiterhin verkenne das Landgericht, dass die Beklagte selbst 2004 noch nicht in der Lage gewesen sei, die Schlussrechnungen vorzulegen. Vielmehr habe diese etwa 1,5 bis 2,5 Jahre - gerechnet von der Vorlage der letzten Abschlagsrechnung an - benötigt, um die Schlussrechnungen vorlegen zu können. Dies deshalb, weil die Beklagte 2004 und danach noch Bauleistungen erbracht habe und so weitere Leistungszuwächse angefallen seien. Ungeachtet dessen übersehe das Landgericht grundlegend den Kern des Rechtsstreits: Zwar habe die Beklagte ihr, der Klägerin, 2006 die Schlussrechnungen nebst Aufmaßblättern und Abrechnungsunterlagen übermittelt. Allerdings seien, so ihre Behauptung, diese Unterlagen wegen eklatanter formaler und materieller Defizite nicht geeignet gewesen, Art und Umfang der tatsächlich erbrachten Leistungen nachzuweisen. Insbesondere die Aufmaßunterlagen seien nicht prüffähig gewesen.

Zum anderen verkenne das Landgericht, dass sie, die Klägerin, Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB frühestens mit Vorlage der Schlussrechnungen hätte haben können. Die Entscheidung des Landgerichts widerspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB voraussetze, dass dem Auftraggeber Aufmaße und Schlussrechnung bekannt seien. Hiervon gingen auch die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Kommentarliteratur aus.

Das Landgericht gehe weiter zu Unrecht davon aus, dass ihr grob fahrlässige Unkenntnis vorzuwerfen sei. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Sinne einer groben Fahrlässigkeit habe sie 2004 nicht verletzt. Zu diesem Zeitpunkt hätten sich lediglich erste Unregelmäßigkeiten in der Abrechnung gezeigt, die keinen Anlass für eine vertiefte Rechnungsprüfung ergeben hätten. Auch habe sie, die Klägerin, mit dem Zahlungsstopp im November 2003 alles unternommen, um eine eventuelle Überzahlung zu vermeiden. Entsprechendes gelte für die Einschaltung der externen Sachverständigen B, die erforderlich gewesen sei, da die Baumaßnahmen besonders umfänglich und komplex gewesen seien. Die Klägerin meint ferner, die Rechnungsprüfungen vor Schlussrechnungslegung würden belegen, dass 2004 keine grob fahrlässige Unkenntnis bestanden haben könne. Das Landgericht habe sich nämlich mit ihrem Vortrag auf Seiten 277 bis 292 des Schriftsatzes vom 28. Dezember 2011 nicht auseinandergesetzt. Wäre dies geschehen, hätte es erkennen müssen, dass bis zur Feststellung der ersten Unregelmäßigkeiten in den Abrechnungen der Beklagten Anfang 2003 kein Anlass für eine vertiefte Rechnungsprüfung bestanden habe. Hierzu behauptet die Klägerin, lediglich eine Routineüberprüfung des Bauvorhabens ABS 4 / S 13, einschließlich der Bauabschnitte BA 2 und BA 10, habe zu der Feststellung geführt, dass von der Beklagten Leistungen abgerechnet worden seien, deren bauliche Umsetzung vor Ort nicht habe nachvollzogen werden können. Die systematischen Falschabrechnungen oder gar strafrechtlich relevantes Verhalten seien zu diesem

Zeitpunkt ebenso wenig feststellbar gewesen wie Überzahlungen. Auch der danach installierte erste bahninterne Arbeitskreis sei nicht von systematischen Falschabrechnungen oder gar strafrechtlich relevantem Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten bzw. der Mitarbeiter der Klägerin oder A2-Bau GmbH ausgegangen. Bei diesem Arbeitskreis sei es ausschließlich darum gegangen, Implausibilitäten in der Abrechnung der Beklagten zu lokalisieren. Im Anschluss daran sei ein zweiter bahninterner Arbeitskreis eingerichtet worden, der die festgestellten Schwächen in der Abrechnung und Dokumentation der Beklagten weiter aufarbeiten sollte. Insofern sei es ebenfalls nur darum gegangen, einzelne Implausibilitäten in der Abrechnung der Beklagten zu lokalisieren. Bei Erstattung der Strafanzeige habe eine Gesamtübersicht über sämtliche Implausibilitäten noch nicht vorgelegen und eine Überzahlung sei nicht feststellbar gewesen. Außerdem, so die Ansicht der Berufung, interpretiere das Landgericht die Strafanzeige unzutreffend. Deren Gegenstand seien strafrechtlich relevante Handlungen, wobei sie sich auf die Darstellung einzelner möglicherweise strafrechtlich relevanter Handlungen beschränke, ohne dabei eine dezidierte Aussage zu den Vergütungsverhältnissen, insbesondere zu einer eventuellen Überzahlung, treffen zu können. Dadurch, dass 2004 die Schlussrechnungen noch nicht vorgelegen hätten, sei es mit der Strafanzeige überhaupt nicht möglich gewesen, eine Überzahlung zu beurteilen. Soweit darin die Rede sei, dass sich der bisher festgestellte Schaden auf 2,5 Millionen Euro belaufe und dass möglicherweise davon auszugehen sei, dass die Recherchen bisher nur einen kleinen Ausschnitt der Manipulationen darstellten, werde dies in der Strafanzeige damit begründet, dass nur die Bauabschnitte BA 2 und BA 10/11 überprüft worden seien. Darüber hinaus handele es sich bei dem in der Strafanzeige erwähnten Schaden ausschließlich um einen Schaden im strafrechtlichen Sinne, der nicht auf die zivilrechtliche Betrachtung übertragen werden könne. 2004 habe sie, die Klägerin, sich nicht vorstellen können, dass sich trotz des Zahlungsstopps und der weiter erbrachten Bauleistungen nach Vorlage der Schlussrechnungen ein Rückforderungsanspruch zu ihren Gunsten ergeben könne. Auch der Zahlungsstopp im November 2003 belege kein grob fahrlässiges Verhalten. Grund hierfür seien lediglich einzelne festgestellte Implausibilitäten gewesen. Unberücksichtigt gelassen habe das Landgericht in diesem Zusammenhang auch ihren, der Klägerin, Vortrag auf den Seiten 3236 bis 3240 des Schriftsatzes vom 28. Dezember 2011.

Soweit das Landgericht feststelle, dass sie, die Klägerin, zur Verjährungshemmung eine Feststellungsklage hätte einreichen können, sei eine solche tatsächlich unzulässig gewesen. Gegenstand einer Feststellungsklage könne die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses sein. Ein solches Rechtsverhältnis habe indes vor Klageerhebung noch nicht bestanden. Es habe zwar vorher möglicherweise wegen einzelner Abschlagsrechnungen ein Überzahlungssachverhalt vorgelegen. Dieser sei aber weder abschließend noch endgültig gewesen, da die Beklagte trotz des Zahlungsstopps weiter gebaut habe, wodurch sich ein eventueller Überzahlungssachverhalt stündlich habe ändern können. Ein konkreter, feststellungsfähiger Sachverhalt habe daher nicht bestanden.

Schließlich meint die Klägerin, dass die Beklagte aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB mit dem Einwand der Verjährung ohnehin ausgeschlossen sei. Dies bereits deshalb, weil die Beklagte durch ihre strafrechtlich relevanten systematischen Falschabrechnungen die Überzahlungssituation selbst herbeigeführt und dadurch sowohl die Überprüfung der Abschlagsrechnungen als auch die Überprüfung der Schlussrechnungen in erheblichem Maße erschwert habe.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie insgesamt 56.214.369,74 Euro nebst Zinsen aus einem

Betrag in Höhe von 21.181.713,70 Euro in Höhe von fünf Prozent seit dem 13. April 2006 bis Rechtshängigkeit und Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit sowie aus einem Betrag in Höhe von 35.032.656,03 Euro in Höhe von fünf Prozent seit dem 11. September 2006 bis Rechtshängigkeit und in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. hilfsweise die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung ihrer Annahme, dass die behaupteten Rückforderungsansprüche nicht bestünden und ihr, der Beklagten, erhebliche Restwerklohnansprüche gegenüber der Klägerin über insgesamt 24.000.344,38 Euro (Bauabschnitt BA 2: 16.153.136,38 Euro; Bauabschnitt BA 10: 6.766.490,20 Euro; Bauabschnitt BA 11: 1.078.717,80 Euro), zustünden, tritt die Beklagte dem Berufungsvorbringen unter Hinweis auf ihre erstinstanzlichen Ausführungen und insbesondere unter Aufrechterhaltung der Einrede der Verjährung entgegen.

Sie meint, der Anspruch des Auftraggebers auf Rückzahlung überhöhter Abschlagszahlungen sei - wie auch der Anspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlung - ein selbständiger Anspruch im Sinne von § 241 Satz 1 BGB. Er entstehe und werde zu dem Zeitpunkt fällig, in dem die Überzahlung des Auftragnehmers objektiv eintrete. Beurteilungsgrundlage der Überzahlung und der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs seien der Leistungsstand und die Abschlagszahlungen. Sobald die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem Auftragnehmer zustehende Gesamtvergütung übersteige, sei dieser aufgrund der stillschweigend getroffenen Abrede zur Rückzahlung des Überschusses an den Auftraggeber verpflichtet. Die Aufstellung einer Rechnung sei demgegenüber grundsätzlich keine Fälligkeitsvoraussetzung und daher auch keine Voraussetzung für den Verjährungsbeginn. Es entspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Auftraggeber auch ohne (oder vor) Erteilung der Schlussrechnung durch den Auftragnehmer Klage auf Rückzahlung eines Überschusses von Abschlagszahlungen erheben könne und nicht auf eine Auskunftsklage verwiesen sei. Die Verjährungsfrist beginne, wenn - wie hier - keine besondere Regelung vorliege, unabhängig von der Rechnungserteilung, selbst wenn die genaue Forderungshöhe erst mit der Rechnung feststehe. Da mithin der Rückforderungsanspruch mit der Überzahlung entstehe, sei der vorliegend geltend gemachte Anspruch schon 2003 entstanden und fällig geworden, da in diesem Jahr jeweils die letzten Abschlagszahlungen geleistet worden seien. Jedenfalls sei der Anspruch aber mit Fertigstellung entstanden. Es entspreche ständiger Rechtsprechung, dass dann, wenn der Auftragnehmer nicht abrechne, der Auftraggeber die Klage auf Rückzahlung eines Überschusses mit eigener Berechnung begründen könne. Soweit dem Auftraggeber eine nähere Darlegung nicht möglich sei, könne er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspreche. Dabei bestehe der Überschuss in Höhe der Überzahlung. Der Bundesgerichtshof fordere ausdrücklich weder Abrechnungsreife / Schlussrechnungsreife noch Abnahmereife oder Abnahme und auch nicht die Vorlage der Schlussrechnung. Die Fertigstellung sei hier - wie auch die Klägerin vortrage - spätestens 2004 erfolgt. Fertigstellung liege vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglich übernommene Bautätigkeit abgeschlossen habe und er keine weiteren Leistungen erbringe. Zu diesem Zeitpunkt stehe der Saldo aus Leistungsstand und Summe der Abschlagszahlungen endgültig fest. Die

Fertigstellung könne vor oder nach der Abnahme liegen. Dem entsprächen auch die Feststellungen im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, die die Klägerin nicht mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen habe. Dennoch behaupte sie nun, dass die Arbeiten im Bauabschnitt BA 2 erst 2005 fertiggestellt worden seien. Dieser Vortrag sei unsubstantiiert. Vielmehr seien ab Ende 2003 in allen Bauabschnitten - wenn überhaupt - nur noch Restleistungen neben den Betriebsgleisen erbracht worden. Die Klägerin bestätige die Fertigstellung im Bericht der Bundesregierung zum Ausbau der Schienenwege 2004 (Bundestagsdrucksache 15 / 4621 vom 19. Dezember 2004). Soweit die Klägerin den Eindruck erwecken wolle, sie, die Beklagte, habe im BA 2 noch nach Abschluss der von ihr nicht weiter definierten "Kernleistungen" im Jahr 2004 weiter "vor sich hin gewerkelt", sei dies falsch. Während die Klägerin erstinstanzlich noch sehr konkrete Vorstellungen über ihre eigene Bahnstrecke gehabt habe, flüchte sie sich zweitinstanzlich ins Ungefähre. Dem Protokoll über die 52. Baubesprechung vom 10. März 2004 lasse sich dazu entnehmen, dass für Anfang / Ende April 2004 die Abnahme angestrebt worden und bei der Projektleitung beantragt worden sei. Im Übrigen habe in allen Bauabschnitten Schienenverkehr seit dem 14. Dezember 2003 auf den von der Beklagten errichteten Bauwerken stattgefunden. Auch habe sie, die Beklagte, für den BA 10 zuletzt mit Schreiben vom 3. Juni 2004 zur Abnahme aufgefordert und zugleich Fertigstellung angezeigt.

Es sei falsch anzunehmen, dass die Klägerin frühestens mit Vorlage der Schlussrechnungen Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen eines Überzahlungsanspruchs gemäß § 199 Abs.1 Nr. 2 BGB hätte haben können. Entgegen der Darstellung des Landgerichts sei vorliegend sogar von positiver Kenntnis der Klägerin auszugehen. Ausweislich des eigenen Vortrags der Klägerin habe diese bereits 2003 nach Durchführung des sog. ersten bahninternen Arbeitskreises umfängliche (positive) Kenntnis von eigenen Überzahlungen und damit von einem Rückzahlungsanspruch gehabt. In der Klageschrift habe diese selbst vorgetragen, bei der internen Überprüfung habe sich herausgestellt, dass in den Bauabschnitten BA 2 und BA 10 / 11 von der Beklagten in erheblichem Umfang Leistungen und Mengen in Rechnung gestellt worden seien, ohne dass diese Leistungen und Mengen tatsächlich vor Ort auf der Baustelle erbracht worden seien. Auch die vermeintlichen Gründe hierfür habe der erste bahninterne Arbeitskreis bereits ermittelt, wie sich aus den Seite 47 ff. der Klageschrift ergibt, nämlich die Abrechnungen nicht erbrachter Leistungen, überhöht abgerechnete Mengen und Leistungen, Doppelabrechnungen und Abrechnungen überhöhter Einheitspreise. Bereits im November 2003 habe die Klägerin daraufhin sämtliche Zahlungen an die Beklagte eingestellt. Hätte die Klägerin im November 2003 keine konkrete Kenntnis davon gehabt, dass ihre, der Beklagten, Forderungen in der bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemachten Höhe nicht berechtigt gewesen seien, hätte sie den Zahlungsstopp nicht ausgesprochen. Auch die erhebliche Differenz zwischen Auftragssummen und Abrechnungssummen, an die die Klägerin den Vorwurf von Unregelmäßigkeiten geknüpft habe, sei dieser bereits im November 2003 bekannt gewesen. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin habe der Zeuge Z4 in seiner Eigenschaft als Leiter der A2-Bau GmbH im November 2003 festgelegt, dass "zur Abwendung weiteren Schadens" aufgrund von Abschlagsrechnungen an die Beklagte nur noch dann gezahlt werden durften, "wenn die betreffenden Leistungen durch die Beklagte tatsächlich erbracht worden seien und die Erbringung dieser Leistungen durch die Beklagte nachgewiesen worden sei.". Dieses Verhalten der Klägerin könne nur so interpretiert werden, dass im November 2003 Kenntnis von der behaupteten Überzahlung von Abschlagsforderungen bestanden habe und die Klägerin mit allen weiteren Abschlagsrechnungen davon ausgegangen sei, dass die Überzahlungssituation fortbestanden habe.

Jedenfalls habe - wie das Landgericht zutreffend festgestellt habe - die Klägerin zum Zeitpunkt der Strafanzeige vom 1. Juni 2004 die "unrechtmäßigen Zahlungen" an die Beklagte gekannt und

daher gewusst, dass ein Rückforderungsanspruch bestanden habe. Die Strafanzeige sei nicht anders als der Zahlungsstopp mit Abrechnungen nicht erbrachter Leistungen, überhöht abgerechnete Mengen und Leistungen, Doppelabrechnungen und Abrechnungen übererhöhter Einheitspreise begründet worden. Die Klägerin sei daher nicht nur davon ausgegangen, dass bereits Überzahlungen in Höhe von mindestens 2,5 Millionen Euro erfolgt seien, sondern auch, dass die von ihr behaupteten Falschabrechnungen "systematisch" erfolgt seien und auch andere - bis zu diesem Datum noch nicht überprüfte - Abschlagsrechnungen betroffen hätten. Dass sich die Klägerin, wie von ihr vorgetragen werde, 2004 nicht habe vorstellen können, dass sich trotz des Zahlungsstopps und der weiter erbrachten Bauleistungen nach Vorlage der Schlussrechnung ein Rückforderungsanspruch zu ihren Gunsten durch Leistungsmehrung hätte ergeben können, widerlege nicht ihre Kenntnis von einer Überzahlungssituation, sondern belege diese. Was nach dem Vortrag der Klägerin lediglich gefehlt habe, sei die Vorstellung gewesen, dass die Beklagte diese Überzahlung nicht mehr "abarbeiten" werde. Selbst wenn es zuträfe, dass die Klägerin zum damaligen Zeitpunkt der Auffassung gewesen sei, ihr werde aufgrund des erfolgten Zahlungsstopps und weitergehender Leistungsmehrung am Ende "kein Schaden entstehen", so sei ihr doch bewusst gewesen, dass zum Zeitpunkt des Zahlungsstopps jedenfalls eine Überzahlungssituation vorgelegen hätte. Ungeachtet dessen habe zu diesem Zeitpunkt bei der Klägerin keine Ungewissheit mehr über das Fortbestehen der behaupteten Überzahlungssituation bis zur Fertigstellung der Baumaßnahme bestanden. Denn damals habe die Strecke kurz vor der Inbetriebnahme gestanden, weshalb die Klägerin gewusst habe, dass nur noch Restleistungen offen gestanden hätten. Sie habe den Leistungsstand und ihr eigenes Leistungsverzeichnis gekannt und daher vorausblickend gewusst, dass es nicht mehr zu einer "Abarbeitung" der Überzahlung bis zur Fertigstellung habe kommen können. Soweit die Klägerin behaupte, sie, die Beklagte, habe ihr "erst mit den Schlussrechnungen 2006 die aus Sicht der Berufungsbeklagten verbindlichen und endgültigen Aufmaßblätter und Abrechnungsunterlagen übermittelt", sei dies nicht zutreffend. Die Klägerin habe bei über 100 Abschlagsrechnungen im Gesamtkomplex den Einwand fehlender Prüfbarkeit nicht erhoben. Das Verhalten der Klägerin sei dabei umso unverständlicher, als sie dieselben Aufmaße, die als Leistungsnachweise untauglich sein sollen, für die Ermittlung des aus ihrer Sicht zutreffenden Saldos in der Klageschrift selbst heranziehe. Mit jeder Abschlagsrechnung habe sie, die Beklagte, der Klägerin - baubegleitend - die sog. REB-Mengenermittlung ("Regelung für die elektronische Bauabrechnung") übergeben, in der der Leistungsstand unter Bezugnahme auf Aufmaße angegeben worden sei. In der Strafanzeige selbst belege die Klägerin anhand der REB-Mengenermittlung und den vorliegenden Aufmaßblättern detailliert, bei welchen Leistungspositionen ihrer Ansicht nach von ihr, der Beklagten, fehlerhafte Aufmaße vorgelegt, überhöhte Mengen abgerechnet, nicht erbrachte Leistungen abgerechnet und überhöhte Einheitspreise angesetzt worden seien.

Weiter meint die Beklagte, die Klägerin habe bereits nach Durchführung des ersten bahninternen Arbeitskreises im November 2003 erfolgreich, wenn auch nicht risikolos, eine Leistungsklage mit beziffertem Zahlungsantrag erheben können. Möglich wäre auch eine Leistungsklage mit unbeziffertem Zahlungsantrag oder eine Stufenklage gewesen. Subsidiär hätte der Klägerin die Möglichkeit eine auf Feststellung eines Rückzahlungsanspruchs (dem Grunde nach) zur Verfügung gestanden.

Zu Unrecht berufe sich die Klägerin darauf, sie, die Beklagte, sei nach § 242 BGB mit dem Einwand der Verjährung ausgeschlossen. Schon im Ausgangspunkt sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin ihren Rückzahlungsanspruch in Höhe von über 56 Millionen Euro auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten (ehemaliger) Mitarbeiter der Beklagten stütze. Der Überzahlungsanspruch werde im Kern vielmehr mit unzureichend nachgewiesenen Leistungen begründet. Dass die behauptete Überzahlungssituation durch strafrechtlich relevante Falschabrechnungen von der Beklagten herbeigeführt worden sei, werde von ihr, der Beklagten, ausdrücklich bestritten. Sie

habe alle von der Klägerin jemals aufgeworfenen Zweifelsfälle mit Schriftsatz vom 8. Mai 2012, dort Seite 17 ff., ausgesondert. Unabhängig davon lägen die Voraussetzungen einer unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB nicht vor. Würde man nämlich der Ansicht der Klägerin folgen, würden zivilrechtliche Ansprüche, die aus Straftaten herrühren, nie verjähren. Derartige Ansprüche seien aber nicht schutzwürdiger als andere zivilrechtliche Ansprüche.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

I.

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten keine durchsetzbaren Ansprüche auf Rückzahlung zu viel geleisteter Abschlagszahlungen aus den Bauvorhaben betreffend die Bauabschnitte BA 2, BA 10 und BA 11 in Höhe der Klageforderung hat, weil die Ansprüche verjährt sind.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keine durchsetzbaren vertraglichen Ansprüche aus Überzahlung der Bauverträge betreffend die vorgenannten Bauabschnitte.

a) Die Parteien haben über die Arbeiten der Beklagten an den Bauabschnitten BA 2, 10 und 11 Werkverträge im Sinne von § 631 BGB geschlossen.

Hinsichtlich der Bauabschnitte BA 2 und BA 10 haben sie unstreitig jeweils einen eigenständigen schriftlichen Bauvertrag unter Geltung der VOB/B in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung geschlossen.

Auch für die der Arbeiten der Beklagten betreffend im Bauabschnitt BA 11 sind sie durch einen Werkvertrag miteinander verbunden, wobei für die Entscheidung offen bleiben kann, ob es sich insoweit um Nachtragsleistungen zu den Arbeiten am Bauabschnitt BA 10 oder einen eigenständigen Zusatzauftrag handelt. Die Parteien sind sich - unabhängig von der rechtlichen Einordnung - einig, dass die Beklagte die Leistungen, die sie im Rahmen des Bauabschnitts BA 11 erbracht hat, auf vertraglicher Grundlage und entgeltlich im Sinne von § 631 BGB und nicht im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag erbracht hat. Dies folgt aus dem Vorbringen der Klägerin in der Klageschrift (Bl. 2230 d.A.), wonach die Leistungen zum Bauabschnitt BA 11 im Rahmen der Abwicklung des Bauvorhabens nach dem übereinstimmenden Parteiwillen dem Bauabschnitt BA 10 zugeordnet worden sein sollen. Entsprechenden Vortrag hält sie in der Replik (Bl. 3342 d.A.), wonach die Arbeiten ihrer Ansicht nach rechtlich zutreffend als Nachtragsleistungen zu den Leistungen des Bauabschnittes BA 10 einzuordnen seien. Gleichermäßen folgt das Vorliegen einer werkvertraglichen Verbindung aus dem Vorbringen der Beklagten. In der Klageerwiderung trägt sie vor, dass diese Arbeiten einvernehmlich erbracht worden und rechtlich als Zusatzauftrag, nicht aber als Nachtrag zu den Ausführungen der Leistungen des Bauabschnittes BA 10 einzuordnen seien (Bl. 94 f. der Klageerwiderung). Überdies sind sich die Parteien einig, dass ein Teil der auf die Arbeiten am Bauabschnitt BA 10 geleisteten Abschlagszahlungen auf die Arbeiten am Bauabschnitt BA 11 haben angerechnet

werden sollen. Übereinstimmend gehen sie davon aus, dass die Abschlagszahlungen entsprechend dem prozentualen Verhältnis der Schlussrechnungssummen auf die beiden Bauabschnitte geleistet worden sein sollen, so dass sich für den Bauabschnitt BA 10 Abschlagszahlungen in Höhe von 73.722.481,57 DM und für den Bauabschnitt BA 11 Abschlagszahlungen in Höhe von 4.658.962,00 DM ergeben.

b) Etwaige Ansprüche der Klägerin auf Rückzahlung von Überzahlungen wegen der von ihr auf die Bauverträge geleisteten Abschlagszahlungen ergeben sich nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aus den zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen.

Haben die Parteien - wie hier - Abschlagszahlungen nach Baufortschritt sowie eine Restzahlung auf eine Schlussrechnung vereinbart, folgen daraus wechselseitige vertragliche Pflichten, ohne dass sie in dem Vertrag noch näher geregelt werden müssten. Dazu gehört die Verpflichtung des Auftragnehmers, seine Leistungen abzurechnen und einen Überschuss an den Auftraggeber auszuzahlen. Umgekehrt ist der Auftraggeber aus der Abrede über Voraus- oder Abschlagszahlungen verpflichtet, Zahlungen schon dann zu leisten, wenn die Leistung des Auftragnehmers noch nicht abgenommen ist und die endgültige Vergütung noch nicht feststeht. Solche Zahlungen sind lediglich vorläufig bis zur Feststellung einer entsprechenden endgültigen Vergütung des Auftragnehmers. Grundsätzlich hat der Auftragnehmer die endgültige Vergütung durch eine Schlussabrechnung festzustellen. Voraus- und Abschlagszahlungen sind in die Schlussabrechnung einzustellen. Sie sind darin lediglich Rechnungsposten, die nicht auf einzelne Leistungspositionen des Vertrages bezogen werden können. Wenn die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem Auftragnehmer zustehende Gesamtvergütung übersteigt, ist dieser nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Auffassung in der Literatur aufgrund der stillschweigend getroffenen Abrede aus dem Vertrag selbst zur Zahlung in Höhe des Überschusses an den Auftraggeber verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 1986, IX ZR 46/85, BauR 1986, 361; BGH, Urteil vom 1. Februar 1990, VII ZR 176/88, BauR 1990, 379, 381; BGH, Urteil vom 22. November 2007, VII ZR 130/06, BauR 2008, 540, Rn. 16; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012, VII ZR 10/11; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 12. Teil, Rn. 592; Locher, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl. 2015, § 16 Abs. 3 VOB/B Rn. 39; Kandel, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B 3. Aufl. 2013 vor § 16 VOB/B Rn. 48 ff., jeweils m.w.N.). Für einen Bereicherungsausgleich besteht insoweit also kein Raum, weil sich der Zahlungsanspruch aus der vertraglichen Abrede ergibt. Der Umstand, dass der Auftragnehmer die geschuldete Schlussabrechnung nicht bzw. zunächst nicht vornimmt, ändert daran nichts. Denn der Auftraggeber kann den Überschuss selbst ermitteln. Ihm kommen Darlegungserleichterungen zugute, wenn die Abrechnung dadurch erschwert ist, dass der Auftragnehmer sie nicht selbst durchführt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 26; BGH, Urteil vom 24. Januar 2002, VII ZR 196/00, BauR 2002, 938; BGH, Urteil vom 30. September 2004, VII ZR 187/03; BGH, Urteil vom 8. Januar 2015, VII ZR 6/14).

Etwas anderes gilt im Streitfall nicht aufgrund der Regelung in Ziffer 30.1 der ZVB-DB des Vertrages zum Bauabschnitt BA 2 (vgl. Anlage K 43: "Bei Rückforderungen des Auftraggebers aus Überzahlungen [§§ 812 ff. BGB] kann sich der Auftragnehmer nicht auf den Wegfall der Bereicherung [§ 818 Abs. 3 BGB] berufen."). Soweit darin auf die Regelungen des Bereicherungsrechts verwiesen wird, bedeutet dies nicht, dass die Parteien Überzahlungsansprüche abschließend dem Bereicherungsrecht unterstellt haben bzw. unterstellen wollten. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Parteien mit dieser Regelung vertragliche Rückforderungsansprüche hätten ausschließen wollen. Dies kann aber nicht angenommen werden. Schon der Wortlaut von Ziffer 30.1 ZVB-DB lässt nicht den sicheren Rückschluss zu, dass sich derartige Rückforderungsansprüche zwangsläufig nach den §§ 812 ff.

BGB zu richten hatten. Bei dem Verweis auf die §§ 812 ff. BGB kann es sich auch lediglich um einen - rechtlich unzutreffenden - Hinweis der Klägerin auf die ihrer Ansicht nach geltende Rechtslage handeln. Denn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahr 1999 wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung - vor Erlass der oben aufgeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs - teilweise vertreten, dass der Anspruch auf Rückzahlung zu viel geleisteter Abschlagszahlungen aus §§ 812 ff. BGB folge (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 7. September 1993, 20 U 216/92, BauR 1994, 272; OLG Köln, Urteil vom 17. September 1993, 19 U 190/92, BauR 1995, 583, 584; KG, Urteil vom 26. September 1997, 4 U 3098/95, BauR 1998, 348). Im Übrigen wird ein vertraglicher Rückforderungsanspruch nicht ausdrücklich erwähnt. Im Prozess hat sich die Klägerin ausdrücklich auf das Bestehen eines vertraglichen Anspruchs berufen. Dasselbe gilt für die Beklagtenseite. Jedenfalls im Berufungsrechtszug stellt sie nicht in Frage, dass die Anspruchsgrundlage für etwaige Rückforderungsansprüche nicht aus dem Bereicherungsrecht, sondern aus dem Vertrag folgt. Dies ergibt sich unter anderem aus den Ausführungen auf Seite 10 der Berufungserwiderung, wonach es sich ihrer Ansicht nach bei den Rückforderungsansprüchen um Ansprüche eigener Art im Sinne von § 241 BGB handelt. Auf Bereicherungsansprüche kommt sie nicht mehr zurück. Angesichts dieses übereinstimmenden Verständnisses der Parteien der Regelung in Ziffer 30.1 der ZVB-DB des Vertrages zum Bauabschnitt BA 2 kann mithin nicht davon ausgegangen werden, dass sie mit dieser Regelung eine abschließende Regelung haben treffen und den vorliegend geltend gemachten Anspruch dem Bereicherungsrecht - in Abweichung von der herrschenden Rechtsprechung - unterwerfen wollen.

c) Solche - etwaig bestehenden - vertragliche Rückforderungsansprüche aus den jeweiligen Bauverträgen sind indes, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, verjährt (§§ 214, 199 BGB).

Die regelmäßige Verjährungsfrist begann für alle drei Bauabschnitte jedenfalls mit Ablauf des Jahres 2005 und wäre danach regulär am 31. Dezember 2008 abgelaufen gewesen. Berücksichtigt man eine knapp neunmonatige Verhandlungsphase in der Zeit vom 11. Juli 2008 bis zum 23. März 2009, d.h. eine damit für diesen Zeitraum bewirkte Hemmung der Verjährung nach § 203 BGB, war die Verjährungsfrist sodann jedenfalls im Oktober 2009 abgelaufen. Durch die am erst 29. Dezember 2009 beim Landgericht Fulda erhobene Klage konnte daher die Verjährung (§ 204 Nr. 1 BGB) nicht mehr gehemmt werden.

aa) Die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche richtet sich gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB nach dem seit dem 1. Januar 2002 geltenden Recht. Die behaupteten Ansprüche sind im Sinne dieser Vorschrift erst nach dem 1. Januar 2002 entstanden. Zwar leistete die Klägerin Abschlagszahlungen, aus denen sie Überzahlungen herleitet, sukzessive während der gesamten Bauausführungsphase, d.h. teilweise seit 1999 und damit auch in einem Zeitraum, der vor dem für die Anwendung des neuen Verjährungsrechtes maßgeblichen Stichtag liegt. Jedoch ließen die Abschlagszahlungen allein noch nicht die behaupteten Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte entstehen. Denn zum Zeitpunkt der Abschlagszahlungen, die noch während der Bauausführung erfolgten, war noch offen, ob und ggf. in welchem Umfang es zu Überzahlungen kommen würde. Die behaupteten Ansprüche entstanden - wie sogleich unter Ziffer bb) ausgeführt werden wird - vielmehr erst mit Beendigung der Bauausführung und Fertigstellung der Gewerke sowie dem Ablauf der in § 14 Nr. 3 VOB/B genannten Abrechnungsfristen und damit jedenfalls nach dem 1. Januar 2002. Nach dem damit anwendbaren § 195 BGB in der geltenden Fassung verjährt der Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Werklohns - vorbehaltlich von § 199 Abs. 4 BGB - in der regelmäßigen Verjährungsfrist. Diese dreijährige Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober

2012, VII ZR 10/11; Koeble, a.a.O., 12. Teil Rn. 598).

bb) Die möglichen Rückzahlungsansprüche der Klägerin für die Bauabschnitte BA 10/11 waren Ende des Jahres 2004 und betreffend den Bauabschnitt BA 2 jedenfalls bis Frühjahr des Jahres 2005 entstanden.

Entstanden im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist ein Anspruch, sobald er geltend gemacht und durch Klage durchgesetzt werden kann. Nicht erforderlich ist, dass er bereits beziffert werden und Gegenstand einer Leistungsklage sein kann. Um die Verjährung in Lauf zu setzen, genügt vielmehr die Möglichkeit, eine die Verjährung hemmende Feststellungsklage zu erheben (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980, VII ZR 41/80, BGHZ 79, 176 - 180, Rn. 10; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 199 Rn. 3).

Der Anspruch entsteht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wenn er nach § 271 BGB fällig ist (vgl. BGH, Rechtsentscheid in Mietsachen vom 19. Dezember 1990, VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188-197, Rn. 10), d.h. dann, wenn der Gläubiger die Leistung verlangen kann (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 2007, III ZR 159/06, NJW 2007, 1581 Rn. 16; BGH, Urteil vom 11. Dezember 2013, IV ZR 46/13; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 271 Rn. 1).

Für die Fälligkeit der behaupteten Rückzahlungsansprüche waren entgegen der Ansicht der Klägerin weder die Erstellung einer Schlussrechnung durch die Beklagte (dazu im Folgenden unter Ziffer (1)) noch eine (förmliche) Abnahme (dazu im Folgenden unter Ziffer (2)) noch ihre Kenntnis von den Ansprüchen (dazu im Folgenden unter Ziffer (3)), sondern lediglich die Fertigstellung der Werke und der Ablauf der sich aus § 14 Nr. 3 VOB/B ergebenden Abrechnungsfrist erforderlich (dazu im Folgenden unter Ziffer (4)), wobei die Fertigstellung der Werke nach dem wiederholten eigenen Vorbringen der Klägerin jeweils im Jahr 2004 eingetreten (dazu im Folgenden unter Ziffer (5)) und die Abrechnungsfrist im Dezember 2004 für das Bauvorhaben betreffend die Bauabschnitte BA 10/11 bzw. im Frühjahr 2005 für das Bauvorhaben betreffend den Bauabschnitt BA 2 (dazu im Folgenden unter Ziffer (6)) abgelaufen war. Im Einzelnen gilt Folgendes:

(1) Ausreichend für das Entstehen der Ansprüche ist die sog. Schlussrechnungsreife durch Fertigstellung der Arbeiten und Ablauf der in § 14 Nr. 3 VOB/B genannten Fristen. Die von der Klägerin geforderte Vorlage einer Schlussrechnung durch die Beklagte ist für die Entstehung und Fälligkeit der Ansprüche dagegen nicht Voraussetzung, so dass für den Verjährungsbeginn unerheblich ist, dass die Beklagte die Schlussrechnungen endgültig erst im Jahr 2006 erstellt hat. Zwar ist diese Frage umstritten. Nach zutreffender Auffassung ist die Vorlage einer Schlussrechnung jedoch nicht notwendig, damit der Rückforderungsanspruch fällig wird:

(aa) Teilweise wird vertreten, dass der Anspruch auf Rückerstattung erst mit der Schlussrechnung entstehe (vgl. OLG Bremen, Urteil vom 16. Januar 2014, 3 U 44/13; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. Mai 2013, 8 U 123/09; KG, Urteil vom 16. September 2009, 27 U 157/08; Jousen, in: Vygen/Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013 Rn. 2651; Lakkis in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 199 BGB, Rn. 34). Begründet wird dies damit, dass sich erst aus der prüfaren Schlussrechnung die Gesamthöhe der Vergütung und, nach Abzug der Voraus- und Abschlagszahlungen des Auftraggebers, der ggf. vom Auftraggeber geschuldete Saldo ergebe. Abschlagszahlungen stellen in diesem Zusammenhang lediglich Rechnungsposten dar, die nicht auf einzelne Leistungspositionen des Vertrages bezogen werden können, so dass der Auftragnehmer bis dahin die geleisteten Abschlagszahlungen behalten dürfe. Nur aufgrund der Schlussrechnung könne er

ersehen, welche Ansprüche der Auftraggeber geltend mache (vgl. Jousen a.a.O., Rn. 2651; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. Mai 2013, 8 U 123/09).

(bb) Demgegenüber ist der Bundesgerichtshof - unter anderem bezogen auf die Darlegungs- und Beweislast bei Rückforderung zu viel geleisteter Abschlagszahlungen, was indes Rückschlüsse auf die Klagbarkeit und damit die Fälligkeit dieser Ansprüche zulässt - in ständiger Rechtsprechung der Ansicht, dass der Auftraggeber die Klage auf Zahlung eines Überschusses mit einer eigenen Berechnung begründen könne, wenn der Auftragnehmer keine Schlussrechnung erteilt. Ausreichend sei eine Abrechnung, aus der sich ergebe, in welcher Höhe der Auftraggeber Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet habe und dass diesen Zahlungen ein endgültiger Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nicht entspreche. Soweit dem Auftraggeber eine nähere Darlegung dazu nicht möglich sei, könne er nicht auf eine Auskunftsklage verwiesen werden. Vielmehr könne er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspreche. Eine Pflicht, selbst eine prüffähige Rechnung zu erstellen, bestehe dagegen nicht. Es sei allein Sache des Auftragnehmers, mit einer endgültigen, den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Abrechnung dem Anspruch entgegenzutreten. Jedenfalls beim VOB-Vertrag könne er seiner Darlegungslast regelmäßig nur durch Vorlage einer prüffähigen Rechnung genügen, aus der sich ergebe, dass ihm zumindest in Höhe der erhaltenen Voraus- und Abschlagszahlungen eine endgültige Vergütung zustehe (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 28; BGH, Urteil vom 22. November 2007, VII ZR 130/06; BGH, Urteil vom 8. Januar 2015, VII ZR 6/14). Für einen VOB/B-Vertrag hat der Bundesgerichtshof betont, dass die Schlussabrechnung des Auftragnehmers innerhalb angemessener Frist nach Beendigung des Bauvorhabens zu erfolgen habe, wobei § 14 Nr. 3 VOB/B gelte, sofern nichts anderes vereinbart sei. Bei Kündigung habe der Auftraggeber unverzüglich prüfbar abzurechnen. Lege der Auftragnehmer innerhalb der Frist keine Schlussabrechnung vor, könne der Auftraggeber einen etwaigen Überschuss selbst ermitteln und einfordern [Hervorhebung durch den Senat] (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 25).

Dass ein Rückforderungsanspruch wegen zu viel geleisteter Abschlagszahlungen mangels Regelung in der VOB/B nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fällig werden soll, wenn die Schlussrechnungsreife für den abzurechnenden Vertrags eintritt, folgt auch aus einer weiteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012, VII ZR 10/11), die auf die vorliegende Fallkonstellation übertragbar ist und der sich die überwiegende Meinung im Schrifttum angeschlossen hat (vgl. Kandel, in: Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., vor § 16 VOB/B Rn. 54; Koeble, a.a.O., 12. Teil Rn. 599; Gothe, NZBau 2014, 270, beck-online; Voit, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1. Februar 2015 § 632a Rn. 24 m.w.N.). In dieser Entscheidung über ein Architektenhonorar hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012, VII ZR 10/11) insoweit unter Bezugnahme auf seine oben aufgeführte Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast zwar ausgeführt, dass ein vertraglicher Anspruch aus Überzahlung eines Bau- oder Architektenvertrages grundsätzlich nicht vor dem Zeitpunkt fällig werden könne, zu dem der Vertrag beendet werde, so dass er mit einer Schlussrechnung abgerechnet werden könne [Hervorhebung durch den Senat]. Damit hat der Bundesgerichtshof aber gerade keine Schlussrechnung für die Fälligkeit des Anspruchs auf Rückzahlung zu viel geleisteter Abschlagszahlungen gefordert, da er ansonsten hätte formulieren müssen, dass der Anspruch aus Überzahlung eines Bau- oder Architektenvertrages nicht vor dem Zeitpunkt fällig werden könne, zu dem eine Schlussrechnung vorliege. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass die Fälligkeit bereits mit dem Zeitpunkt der Abrechnungsmöglichkeit, d.h. mit der Schlussrechnungsreife, eintreten kann.

Diese Entscheidung nimmt sodann Bezug auf Entscheidungen anderer Senate des Bundesgerichtshofs, die sich ebenfalls mit der Rückforderung zu viel geleisteter Abschlagszahlungen in anderen Rechtsgebieten befassen und die entsprechend entschieden haben:

Insoweit führt der Bundesgerichtshof für die Verjährung eines Anspruchs auf Erstattung von Vorauszahlungen bei Stromlieferungsverträgen in ständiger Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2014, KZR 13/13 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 23. Mai 2012, VIII ZR 210/11, NJW 2012, 2647 Rn. 10 und BGH, Urteil vom 26. September 2012, VIII ZR 279/11, NJW 2013, 1077 Rn. 44) aus, ein Anspruch auf Erstattung von Vorauszahlungen setze voraus, dass feststehe, welche Leistungen insgesamt in Anspruch genommen worden seien und welche Vergütung dafür geschuldet sei [Hervorhebung durch den Senat]. Er, der Bundesgerichtshof, habe daraus für die Rückforderung überhöhter Entgelte für die Lieferung von Gas und Strom die Schlussfolgerung gezogen, dass der Bereicherungsanspruch erst dann entstehe, wenn der Lieferant die Endabrechnung erstelle oder wenn er es in von ihm zu vertretender Weise versäume, die geschuldete Abrechnung nach Fälligkeit der Abrechnungspflicht innerhalb angemessener Frist vorzunehmen [Hervorhebung durch den Senat]. Letzteres entspricht im Baurecht der Schlussrechnungsreife.

Entsprechendes hat der Bundesgerichtshof im Mietrecht zur Frage der Fälligkeit des Erstattungsanspruchs des Mieters bei zu viel geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2005, VIII ZR 57/04). In dieser Entscheidung führt er aus, dass der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten ebenso wie der Anspruch des Mieters auf Erstattung etwaiger Überzahlungen grundsätzlich mit der Erteilung der Abrechnung fällig wird. Für den Erstattungsanspruch des Mieters könne dies jedoch dann nicht gelten, wenn der Vermieter nicht innerhalb angemessener Frist über die Betriebskosten abrechnet, es sei denn, dass er an der Einhaltung der Frist aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert gewesen sei. Andernfalls bliebe die Abrechnungsfrist ohne praktische Bedeutung, und der Vermieter hätte es in der Hand, die Fälligkeit eines Rückzahlungsanspruchs des Mieters nach Belieben hinauszuzögern. Dieser Folge könne nur dadurch wirksam begegnet werden, dass der Mieter die Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen verlangen könne, wenn der Vermieter nicht fristgerecht abgerechnet habe; dieses Ergebnis sei dem Mietvertrag im Wege der ergänzenden Auslegung zu entnehmen (§§ 133, 157 BGB). Der Rückforderungsanspruch des Mieters werde deshalb in einem solchen Fall nicht erst mit der Mitteilung der Abrechnung des Vermieters, sondern bereits dann fällig, wenn die Abrechnungsfrist erfolglos abgelaufen sei [Hervorhebung durch den Senat].

Für das Entstehen des Rückforderungsanspruchs ist somit nach den oben aufgeführten Entscheidungen der Eintritt der Schlussrechnungsreife ausreichend, wobei sich gerade aus der zu einem VOB/B-Werkvertrag ergangenen Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 25) ergibt, dass damit - entgegen den Ausführungen des Landgerichts und der von der Beklagten geäußerten Auffassung - der Zeitpunkt gemeint ist, der sich nach Eintritt der Fertigstellung und Ablauf der in § 14 VOB/B genannten Fristen ergibt.

(cc) Dieser Rechtsprechung ist zu folgen. Wenn der Auftraggeber auch ohne prüffähige Abrechnung den Überschuss selbst ermitteln, fordern und einklagen kann, kann dies nur bedeuten, dass der Rückforderungsanspruch bereits zu diesem Zeitpunkt fällig, weil einklagbar, ist, seine Entstehung keine Schlussrechnung voraussetzt. Hier stellt sich die Situation anders dar als in dem Fall, dass die finale Abrechnung einen endgültigen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ergibt, da für diesen nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B grundsätzlich die Erteilung

der Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist. Diese Regelung gilt aber nicht für Rückerstattungsansprüche bei zu viel geleisteten Abschlagszahlungen. Gegen das Erfordernis einer Schlussrechnung und für den Eintritt der Fälligkeit zum Zeitpunkt der Fertigstellung - und beim VOB/B-Vertrag nach Ablauf der in § 14 Nr. 3 VOB/B genannten Fristen - spricht des Weiteren, dass es für den Rückzahlungsanspruch allein maßgeblich sein kann, ob die erbrachten Leistungen hinter den geleisteten Zahlungen zurückbleiben. Das ist aber - objektiv - bereits zum Zeitpunkt der Fertigstellung feststellbar, ohne dass es dazu der Erstellung einer Schlussrechnung seitens des Auftragnehmers bedarf.

Vor dem Hintergrund dieser BGH-Rechtsprechung kommt es daher nicht mehr auf die zwischen den Parteien diskutierte Frage an, ob auch der Entscheidung des Oberlandesgerichts Saarbrücken (Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 13. Juli 2010, 4 U 569/09, 8/10, 4 U 569/09) zu folgen ist.

Soweit - wie oben aufgeführt - das Oberlandesgericht Bremen (vgl. OLG Bremen, Urteil vom 16. Januar 2014, 3 U 44/13) eine andere Auffassung vertritt, folgt dies allein daraus, dass es - was in seinem Fall ggf. auch nicht erforderlich war - nicht zwischen den Voraussetzungen von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB und denen von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB unterschieden, d.h. beides gemeinsam geprüft hat. Entsprechend verhält es sich mit dem von der Klägerin in dem Schriftsatz vom 12. Februar 2016 zitierten Urteil des Kammergerichts (vgl. KG Berlin, Urteil vom 19. November 2010, 7 U 97/10). Dort wird ausgeführt, dass es "allgemeiner Ansicht in der Rechtsprechung entspräche, dass Kenntnis auf Seiten des Auftraggebers dann vorliege, wenn er die vertragswidrige Abrechnung aus den ihm vorliegenden Unterlagen bei der Schlussrechnungsprüfung ohne weiteres erkennen könne.". Damit bezieht sich das Kammergericht aber nur auf § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, nicht aber auf § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

(2) Die von der Klägerin geforderte Abnahme war weder für die Schlussrechnungsreife noch sonst für das Entstehen der Rückzahlungsansprüche erforderlich.

(aa) Dass die Schlussrechnungsreife eine Abnahme voraussetze, ist der oben zitierten Rechtsprechung nicht zu entnehmen, denn darin ist vom Erfordernis der Abnahme nicht die Rede.

Auch im Übrigen folgt aus der weiteren von der Klägerin zitierten Rechtsprechung nicht, dass es für die Schlussrechnungsreife zu einer Abnahme gekommen sein muss, die hier nach ihrer Darstellung teilweise nicht - betreffend den Bauabschnitt BA 10/11 - und teilweise erst im Jahr 2008 - betreffend den Bauabschnitt BA 2 - stattgefunden haben soll. Ihre Folgerung, dass die Rückforderungsansprüche erst 2008 bzw. überhaupt nicht fällig geworden seien, ist daher nicht zu ziehen. Gerade aus der von der Klägerin in der Berufung zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158-187, Rn. 53 -56) folgt nicht, dass erst die Abnahme die Schlussrechnungsreife herbeiführt. Der Bundesgerichtshof hat in der vorzitierten Entscheidung vielmehr nur ausgeführt, dass die Abnahme ein Indiz für die Fertigstellung ist. Wann eine Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B vorliegt, muss danach unter Berücksichtigung des mit dieser Regelung verfolgten Zweckes ermittelt werden. Sie liegt nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen erbracht hat. Dem steht es gleich, wenn er weitere Vertragsleistungen, die in eine Schlussrechnung einzustellen wären, nicht mehr erbringen muss, etwa weil der Vertrag gekündigt worden, die Leistung unmöglich geworden ist, der Auftragnehmer keine weiteren Leistungen mehr erbringen will oder der Auftraggeber keine weiteren Leistungen mehr verlangt, so dass ein Abrechnungsverhältnis entsteht. Die Abnahme der Bauleistungen ist danach - lediglich - ein Indiz für die Fertigstellung; denn regelmäßig

erfolgt eine Abnahme, weil die Leistungen im Wesentlichen vertragsgerecht erbracht sind. In diesem Fall steht der Annahme einer Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B regelmäßig nichts im Wege. Der Auftragnehmer ist dann berechtigt, die gesamte abgenommene Leistung in Rechnung zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 - 187, Rn. 53 - 56).

Soweit die Berufung sich zur Unterstützung ihrer Rechtsauffassung auf eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006, VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345-352, Rn. 20 f.) bezieht, folgt auch aus dieser Entscheidung nicht, dass Schlussrechnungsreife eine Abnahme voraussetzt. Die dortigen Ausführungen beziehen sich auf die Frage, wann die Vergütungsforderung des Auftragnehmers fällig wird, nicht dagegen darauf, wann Schlussrechnungsreife gegeben ist. In Abänderung der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung entschieden, dass nach Kündigung eines Bauvertrags die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig wird (Änderung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, vgl. beispielsweise BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986, VII ZR 249/85, BauR 1987, 95, Rn.18, 19, 22). Diese Ausführungen spielen indes für den vorliegenden Fall keine Rolle.

Dasselbe gilt für die von der Klägerin mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014 in Bezug genommene Entscheidung (BGH, Urteil vom 10. Mai 1990, VII ZR 257/89), aus der sich ihrer Ansicht nach ergeben soll, dass "Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlussrechnung" die Abnahme sei. Der Bundesgerichtshof hat dort lediglich ausgeführt, der Zeitpunkt der Fälligkeit des Werklohnes bestimme sich - neben der Abnahme des Werkes - nach der Erteilung der Schlussrechnung, was aber nicht bedeutet, dass die Abnahme Voraussetzung für die Bejahung der Schlussrechnungsreife ist.

Auch ansonsten ist nicht überzeugend zu begründen, für die Schlussrechnungsreife die Abnahme zu fordern. Dies wird zwar teilweise in der Literatur vertreten (vgl. Gothe, NZBau 2014, 270, 271). Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die Forderung einer Abnahme als Voraussetzung dafür, Schlussrechnung legen zu können, widerspricht der Regelung des § 14 Nr. 3 VOB/B, die eine Abnahme gerade nicht vorsieht. Zudem ist die Abnahme zwar wesentlich für die Fälligkeit der Schlusszahlung, steht aber in keinem Zusammenhang mit der Möglichkeit, eine Schlussrechnung aufzustellen (vgl. Locher, a.a.O., § 14 Abs. 3 VOB/B Rn. 6). Schließlich trägt diese Ansicht nicht hinreichend dem Umstand Rechnung, wie zu verfahren ist, wenn zwar Abnahmereife, aber keine Abnahme vorliegt, weil der Auftraggeber die Abnahme zu Unrecht verweigert. In diesem Fall würde er auch den Eintritt der Schlussrechnungsreife verhindern und die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Auftragnehmers zu Unrecht hinausschieben.

(bb) Auch im Übrigen ist die Durchführung der Abnahme keine Voraussetzung für das Entstehen des Rückzahlungsanspruchs. Hiergegen spricht, dass es für den Rückzahlungsanspruch - wie ausgeführt - allein maßgeblich sein kann, ob die erbrachten Leistungen hinter den geleisteten Zahlungen zurückbleiben. Das ist aber bereits zum Zeitpunkt der Fertigstellung feststellbar. Zu diesem Zeitpunkt steht der Saldo aus Leistungsstand und der Summe der Abschlagszahlungen final fest. Er kann vor oder auch nach der Abnahme liegen. Mit der Abnahme hingegen nimmt der Auftraggeber das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht entgegen (§ 640 BGB), was mit der Frage, ob zu seinen Gunsten ein Überschuss hinsichtlich geleisteter Abschlagszahlungen besteht, nichts zu tun hat.

(3) Schließlich kommt es entgegen den Ausführungen der Berufung für die Entstehung des Rückzahlungsanspruchs nicht darauf an, ob die Klägerin Kenntnis von der konkreten Höhe des

Anspruchs hatte bzw. hätte haben können. Derartiges folgt aus der oben aufgeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht. Danach kann sich der Auftraggeber bei der Geltendmachung eines Rückzahlungsanspruchs vielmehr bei fehlender Detailkenntnis auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Es ist in diesem Fall dann Sache des Auftragnehmers, mit einer endgültigen, den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Abrechnung dem Anspruch entgegenzutreten (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 28; BGH, Urteil vom 22. November 2007, VII ZR 130/06; BGH, Urteil vom 8. Januar 2015, VII ZR 6/14). Für eine andere Sichtweise besteht auch kein Bedürfnis. Das von der Klägerin geforderte Merkmal der Kenntnis des Auftraggebers von dem Anspruch oder sogar seiner Höhe als anspruchsbegründende Voraussetzung dient allein dazu, den Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs hinauszuzögern, um damit den Lauf der Verjährung später beginnen zu lassen. Dies findet jedoch keine Grundlage im Vertrag oder im Gesetz. Nach § 271 Abs. 1 BGB wird der Fälligkeitszeitpunkt als der Zeitpunkt, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann, objektiv und nicht subjektiv nach dem Bestehen einer Kenntnis von dem Anspruch bestimmt. Dem Interesse der Klägerin, auf ihre Kenntnis abzustellen, wird durch die gesetzlichen Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB bereits hinreichend Rechnung getragen.

(4) Für die für das Entstehen des Rückzahlungsanspruchs somit nach den obigen Ausführungen maßgebliche Schlussrechnungsreife im Sinne von § 14 Nr. 3 VOB/B kommt es also nicht nur nach der Regelung selbst, sondern auch nach der oben zitierten Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009, VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158-187, Rn. 53 - 56) zunächst auf den Zeitpunkt der Fertigstellung der Bauleistung an. Darüber hinaus folgt jedoch weiter aus der oben zitierten Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 25), dass eine Rückforderungsklage erst nach Ablauf der in § 14 Nr. 3 VOB/B genannten Fristen erhoben werden kann. Wie bereits hervorgehoben, hat der Bundesgerichtshof nämlich ausgeführt, die Schlussabrechnung des Auftragnehmers habe innerhalb angemessener Frist nach Beendigung des Bauvorhabens zu erfolgen. Beim VOB-Vertrag gelte § 14 Nr. 3 VOB/B, sofern nichts anderes vereinbart sei; lege der Auftraggeber innerhalb der Frist keine Schlussabrechnung vor, so könne der Auftraggeber einen etwaigen Überschuss selbst ermitteln und einfordern. Dem entspricht auch die oben erwähnte weitere Rechtsprechung, die in vergleichbaren Fällen auf anderen Rechtsgebieten ergangen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2014, KZR 13/13; BGH, Urteil vom 23. Mai 2012, VIII ZR 210/11, NJW 2012, 2647 Rn. 10, BGH, Urteil vom 26. September 2012, VIII ZR 279/11, NJW 2013, 1077 Rn. 44; BGH, Urteil vom 9. März 2005, VIII ZR 57/04).

Damit waren die geltend gemachten Rückforderungsansprüche mit Fertigstellung der Bauabschnitte und nach Ablauf der in § 14 Nr. 3 VOB/B genannten Fristen klagbar und damit fällig. Zu diesem Zeitpunkt waren sie im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden.

(5) Übertragen auf den Streitfall bedeutet dies, dass zunächst der Zeitpunkt der Fertigstellung zu ermitteln ist. Diese war für die Bauabschnitte BA 10/11 im Juli 2004 und für den Bauabschnitt BA 2 im Oktober 2004 gegeben:

(aa) Als Zeitpunkt der Fertigstellung gilt der Tag, an dem der Auftragnehmer die ihm vertraglich obliegende Gesamtleistung vollendet hat, wenn er also fertig ist. Anhaltspunkt dafür ist z.B. die zutreffende Mitteilung von der Fertigstellung der Leistung an den Auftraggeber (§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B) oder der Tag, an dem die endgültige und vollständige, nicht nur teilweise Räumung der Baustelle beginnt, ohne dass nachfolgend noch im Einzelfall ins Gewicht fallende Restarbeiten vorgenommen werden bzw. vorgenommen werden müssen (vgl. BGH, Urteil vom

20. August 2009, VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 - 187, Rn. 53 -56; Locher, in: Ingenstau/Korbion, VOB/B, a.a.O., § 14 Abs. 3 Rn. 6). Die Abnahme ist dagegen nicht Voraussetzung für die Fertigstellung (vgl. Weick, in: Nicklisch/Weick, VOB Teil B, VOB/B § 14 Rn. 26 - 33, beck-online).

(bb) Eine solche Fertigstellung der von der Beklagten geschuldeten Gesamtleistungen war nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts für den Bauabschnitt BA 2 spätestens Anfang Oktober 2004 und für die Bauabschnitte BA 10/11 bis Juli 2004 gegeben. Zu diesen Zeitpunkten lag gleichzeitig - wollte man mit dem Landgericht und dem Oberlandesgericht Saarbrücken (Urteil vom 13. Juli 2010, 4 U 569/09) auf den Zeitpunkt der Abnahmereife als dem Zeitpunkt der Schlussrechnungsreife abstellen - jeweils auch Abnahmereife vor, weil die Beklagte bis dahin nicht nur die von ihr geschuldeten Leistungen erbracht hatte, sondern diese nach den insoweit ebenfalls zutreffenden und von der Berufung unangefochten gebliebenen Feststellungen des Landgerichts im Wesentlichen mangelfrei waren.

(cc) An diese Feststellungen des Landgerichts ist der Senat zwar nicht schon - wie die Beklagte meint - nach § 314 Satz 1 ZPO gebunden. Das Landgericht hat in dem Teil des Tatbestandes, der sich mit dem unstreitigen Vorbringen befasst, festgestellt, dass die Arbeiten am Bauabschnitt BA 2 bis Anfang Oktober 2004 und diejenigen für die Bauabschnitte BA 10/11 bis Juli 2004 abgeschlossen waren. In den Entscheidungsgründen wird diese Frage jedoch als zwischen den Parteien nicht völlig unstreitig dargestellt, wenn das Landgericht auf die Ausführungen der Klägerin mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014, in dem sie auf den in der Schlussrechnung vom 17. Januar 2006 angegebenen Ausführungszeitraum verweist, eingeht und diese als unsubstantiiert bewertet. Die vom Landgericht zu dieser Frage getroffenen Feststellungen sind somit nicht widerspruchsfrei. Widerspruchsvolle Feststellungen sind aber keine Grundlage für die rechtliche Beurteilung, so dass der Tatbestand nicht die Beweiskraft des § 314 ZPO hat (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1996, II ZR 275/94, BGHZ 132, 390 - 400, Rn. 8).

(dd) Der Senat ist aber gemäß §§ 529 Abs. 1, 531 ZPO an die Feststellungen des Landgerichts gebunden.

(aaa) Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass sich der Ausführungszeitraum für die Bauvorhaben über die von der Klägerin selbst in der Klageschrift und im Schriftsatz vom 28. Dezember 2011 angegebenen Zeiten erstreckte. Entsprechend den (tatbestandlichen) Feststellungen des Landgerichts hat die Klägerin dezidiert in der Klageschrift (Bl. 41 d.A. und Bl. 44 d.A.) und im Schriftsatz vom 28. Dezember 2011 (Bl. 3296 d.A., Bl. 3327 d.A.) zu den Ausführungszeiträumen vorgetragen und ausgeführt, dass die Arbeiten am Bauabschnitt BA 2 bis Anfang Oktober 2004 und diejenigen für die Bauabschnitte BA 10/11 bis Juli 2004 abgeschlossen waren. Im letztgenannten Schriftsatz war sie sogar der Darstellung der Beklagten in der Klageerwiderung entgegengetreten und hat noch früher endende Ausführungszeiträume als die Beklagte angegeben. Danach waren die Kernleistungen am Bauabschnitt BA 2 schon am 16. September 2004 abgeschlossen. Dieser Darstellung ist die Beklagte - die als diejenige, der die Einrede der Verjährung zugutekommt, für die Voraussetzungen der Verjährung darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. Grothe, in: Münchener Kommentar, BGB, § 199 Rn. 46, beck-online) - nicht nur nicht entgegengetreten, sondern hat sie sich zu eigen gemacht. Nach ihrem ursprünglichen Vorbringen in der Klageerwiderung (Bl. 49, 72, 101 der Klageerwiderung) war eine Fertigstellung der Arbeiten im Bauabschnitt BA 2 am 4. Oktober, im Bauabschnitt BA 10 am 14. Oktober und im Bauabschnitt BA 11 im April 2004 gegeben. Im weiteren Verlauf der Klageerwiderung (vgl. Bl. 355 ff. der Klageerwiderung) hat sie sich jedoch ergänzend ausdrücklich auf den Vortrag der Klägerin berufen und diesen ihren weiteren Ausführungen zur Verjährung zugrunde gelegt.

Zu Recht hat das Landgericht sodann den auf den Hinweis vom 5. März 2014 erfolgten Vortrag der Klägerin für unsubstantiiert und zu allgemein gehalten und damit als unzureichend angesehen, die von ihr bereits vorgetragenen Fertigstellungszeitpunkte zu bestreiten.

Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hat sich eine Partei grundsätzlich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Sie darf sich also, wenn der Gegner seiner Erklärungslast nachgekommen ist, nicht mit einem bloßen Bestreiten begnügen, sondern muss erläutern, von welchem Sachverhalt sie ausgeht. Der Umfang der erforderlichen Substantiierung richtet sich dabei aber nach dem Vortrag der darlegungsbelasteten Partei. Je detaillierter dieser ist, desto höher ist die Erklärungslast gemäß § 138 Abs. 2 ZPO. Ob ein einfaches Bestreiten als Erklärung gemäß § 138 Abs. 2 ZPO ausreicht oder ob ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist, hängt somit von dem Vortrag der Gegenseite ab (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014, V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 11; BGH, Beschluss vom 20. Mai 2015, IV ZR 34/14). Gemessen daran, ist das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 3. Juni 2014 unzureichend, die von ihr selbst - sehr konkret - vorgetragenen Tatsachen, die sich die Beklagte für ihr Vorbringen zum Verjährungsbeginn zu Eigen gemacht hat, zu bestreiten oder auch nur in Frage zu stellen. Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014 führt sie lediglich aus, dass "der Ausführungszeitraum in der Schlussrechnung der Beklagten auf 'bis September 2005' angegeben sei, was gegen eine Fertigstellung und Abnahmefähigkeit und somit Schlussrechnungsreife bereits im Jahre 2004 spreche". Mit diesen Ausführungen geht sie weder auf ihren bisherigen Vortrag noch auf denjenigen der Beklagten ein, die ihr Vorbringen insbesondere auf Stundenlohnzettel und Bautagesberichte gestützt hat. Noch stellt sie mit dem bloßen Hinweis auf einen an anderer Stelle anders angegebenen Fertigstellungstermin eine ausdrückliche und konkrete anderweitige Behauptung zu einem anderen Fertigstellungszeitpunkt auf. Unabhängig davon, dass unklar bleibt, ob sie mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014 tatsächlich behaupten will, dass die in der Schlussrechnung vom 17. Januar 2006 angegebenen Ausführungszeiten allein zutreffend seien, fehlt es an einer Darlegung dazu, in welchem Verhältnis dies zu ihrer ursprünglichen - viel konkreteren - Behauptung zu den Fertigstellungszeitpunkten im Jahr 2004 steht und warum diese falsch gewesen sein soll. Auf den Hinweis der Beklagten in der Klageerwiderung, der letzte Bautagesbericht betreffend das Bauvorhaben Bauabschnitt BA 2 datiere auf den 4. Oktober 2004, hatte sie nämlich dezidiert vorgetragen, die Kernleistungen seien entgegen dieser Darstellung bereits am 16. September 2004 abgeschlossen gewesen. Dass und welche weiteren Leistungen entgegen dieser Darstellung dann noch bis September 2005 erbracht worden sein sollen, hat sie nicht vorgetragen. Während sich die Beklagte auf Stundenlohnzettel und Bautagesberichte mit entsprechenden Daten bezogen hat, hat die Klägerin keine konkreten Bezugspunkte für ihre Annahme, die Arbeiten könnten bis September 2005 gedauert haben, vorgetragen. Angesichts der Umstände, dass sie als Auftraggeberin aus eigener Anschauung - wie auch ihr vorhergehendes Vorbringen zu den von ihr anderweitig angegebenen Ausführungszeiträumen erweist - ohne Weiteres in der Lage sein muss, konkrete Ausführungszeiträume anzugeben, und dass sie dies auch mit ihrem Vorbringen in der Klageschrift und der Replik bereits getan hatte, war daher die Wertung des Landgerichts, dass sie mit diesem neuen Vortrag ihrer Erklärungslast nicht hinreichend nachgekommen war, zutreffend.

(bbb) Das Berufungsvorbringen führt zu keiner anderen Bewertung.

Für die Bauabschnitte BA 10/11 trägt die Klägerin wiederholt vor, dass die Leistungen im Juli 2004 abgeschlossen gewesen seien (Bl. 6733 d.A.). Soweit sie an anderer Stelle der Berufungsschrift allgemein formuliert, die Vertragsverhältnisse seien im Jahr 2004 noch nicht beendet gewesen, vielmehr seien über das Jahr 2004 hinaus Leistungen bzw. Leistungszuwächse durch die Beklagte erbracht und mit den Schlussrechnungen abgerechnet worden (vgl. Bl. 6732

d.A.), aus den Schlussrechnungen ergebe sich nämlich, dass die Beklagte im Zeitraum zwischen den Abschlagsrechnungen und den Schlussrechnungen noch in erheblichem Maße Leistungen erbracht und abgerechnet habe (Bl. 6738 f. d.A.), ist dieses Vorbringen ungenügend, den von der Klägerin selbst und wiederholt genannten Zeitpunkt der Fertigstellung für die Bauabschnitte 10/11 in Frage zu stellen. Dieses Vorbringen ist - auch soweit es sich auf den Bauabschnitt BA 2 bezieht - wiederum so allgemein gehalten, dass sie damit ihrer Erklärungslast nicht hinreichend nachkommt. Allein der Verweis darauf, dass die Schlussrechnungen höhere Beträge ausweisen als sämtliche Abschlagsrechnungen, enthält kein Vorbringen zu einem anderweitigen Fertigstellungszeitpunkt und lässt auch keinen Rückschluss darauf zu. Der Zahlungsstopp wurde bereits im November 2003 verhängt. Insoweit ist es naheliegend und war auch zu erwarten, dass es seitdem bis zur Fertigstellung der Bauvorhaben noch zu Leistungszuwächsen kommen würde. Wie sich diese auf die jeweiligen Zeiträume verteilen, lässt sich dem Vortrag der Klägerin nicht entnehmen. Nichts an ihrem Vorbringen lässt die Schlussfolgerung zu, dass es zu diesen Leistungszuwächsen in der Zeit nach Juli 2004 bzw. Oktober 2004 bzw. nach September 2005 gekommen ist. Auch hier hätte sie - wie bereits im landgerichtlichen Urteil ausgeführt - dazu vortragen müssen, wann welche Arbeiten noch verrichtet wurden. Dies gilt auch deshalb, weil die Beklagte unstreitig mit Schreiben vom 3. Juni 2004 (Bl. 6960 d.A.) die Fertigstellung angezeigt und mit Schreiben vom 20. Juli 2015 (Anlage B 12) zum wiederholten Mal die Abnahme gefordert hat.

Soweit die Klägerin zur weiteren Substantiierung ihres Vortrags auf ihr diesbezügliches erstinstanzliches Vorbringen auf den Seiten 173 bis 174 des Schriftsatzes vom 28. Dezember 2011 verweist, bleibt dies ohne Erfolg. Dort finden sich lediglich Ausführungen zur unterbliebenen Abnahme und zu unzureichend überlassenen Aufmaßunterlagen.

Hinsichtlich des Bauabschnitts BA 2 trägt die Klägerin in der Berufung erneut unter Bezugnahme auf die Schlussrechnung der Beklagten - wie im Schriftsatz vom 3. Juni 2014 - vor, dass die Arbeiten im September 2005 abgeschlossen gewesen seien (Bl. 6733, 6737 f. d.A.), ebenfalls ohne dieses Vorbringen nach Maßgabe des landgerichtlichen Urteils zu substantiieren und zu ergänzen oder sonst auf die Gründe der landgerichtlichen Entscheidung einzugehen. In der Berufung fehlt daher weiter das vom Landgericht zu Recht vermisste Vorbringen dazu, welche weiteren Leistungen die Beklagte in der Zeit ab Oktober 2004 noch erbracht haben soll, obwohl - unstreitig - das letzte Bautageblatt vom 4. Oktober 2004 datierte.

Hinzu kommt, dass die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, dass die Klägerin sämtliche Strecken, die Gegenstand der Baumaßnahmen waren, bereits im Dezember 2003 in Betrieb genommen und für den Schienenverkehr mit 250 km/h freigegeben hat. Ferner hat die Klägerin - nach dem weiter unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten (Bl. 6826 d.A.) und in der Bundestagsdrucksache 15/4621 vom 19. Dezember 2004 nachprüfbar - in einem Bericht an die Bundesregierung zum Ausbau der Schienenwege 2004 (Bundestagsdrucksache 15/4621 vom 19. Dezember 2004) ausgeführt, dass im Jahr 2003 in den Bauabschnitten 2 bis 10 nur noch Restarbeiten gelaufen seien und hinsichtlich des Bauabschnitts 11 im Jahr 2003 eine Einbeziehung der Signalanlagen erfolgt und Restarbeiten ausgeführt worden seien. Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin selbst für die Veröffentlichung dieser Tatsachen gesorgt hat, hätte es eines konkreten Vorbringens ihrerseits bedurft, aus dem sich hätte ergeben müssen, welche Arbeiten einer Fertigstellung ab Juli 2004 (Bauabschnitte 10/11) bzw. Oktober 2004 (Bauabschnitt BA 2) gleichwohl noch entgegengestanden haben sollen.

Ebenfalls unzureichend ist in diesem Zusammenhang - wie soeben hinsichtlich der Bauabschnitte BA 10 / 11 ausgeführt - der Vortrag zu den Leistungszuwächsen. Soweit die Berufung auch hierzu auf das erstinstanzliche Vorbringen auf den Seiten 141 bis 142 des

Schriftsatzes vom 28. Dezember 2011 verweist, finden sich dort ebenfalls nur Ausführungen zur unterbliebenen Abnahme und zur Unvollständigkeit der während der Bauabwicklung überlassenen Abrechnungsunterlagen.

(ccc) Ein Hinweis an die Klägerin, dass sie auch in der Berufung ihrer Erklärungslast nicht hinreichend nachgekommen ist, war nicht notwendig. Ein Gericht verstößt nur dann gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, wenn es ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt oder auf rechtliche Gesichtspunkte abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Februar 2005, XI ZR 144/03, BeckRS 2005, 02853, beck-online). Ein Hinweis durch das Gericht erübrigt sich dagegen, wenn die Partei schon von anderer Seite oder bei früherer Gelegenheit auf die Mängel ihres Vorbringens aufmerksam gemacht wurde (vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 139 Rn. 11-21, beck-online). Dies insbesondere dann, wenn schon die Vorinstanz die Klage im Hinblick auf die fehlende Substantiierung abgewiesen hatte und diese Tatsachenfrage auch im Berufungsrechtszug stets mit im Vordergrund stand und damit zentraler Gegenstand der Auseinandersetzung war (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1986, VI ZR 202/85, NJW 1986, 2883, beck-online).

So verhält es sich hier. Das Landgericht hat in seinem Urteil bereits umfassend zu diesem auch aus Sicht der Klägerin zentralen Gesichtspunkt des Rechtsstreits ausgeführt, dass und warum der Vortrag der Klägerin unzureichend war. Hinzu kommt, dass auch die Beklagte die Mangelhaftigkeit des Vortrags der Klägerin nachdrücklich gerügt hat. Gleichwohl hat die Klägerin im Berufungsverfahren ihren Vortrag nicht weiter konkretisiert und / oder sich dazu geäußert, dass und warum das Landgericht zu hohe Anforderungen an die Substantiierung gestellt hätte.

(6) Nach den obigen Ausführungen sind für Entstehen und Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs nicht nur die Fertigstellung, sondern auch der Ablauf der in § 14 Nr. 3 VOB/B genannten Fristen erforderlich. Etwaige Rückforderungsansprüche waren für die Bauabschnitte BA 10/11 Ende des Jahres 2004 und für den Bauabschnitt BA 2 jedenfalls im Frühjahr des Jahres 2005 entstanden und fällig. Im Einzelnen:

Zum jeweiligen Fertigstellungszeitpunkt sind gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B die dort genannten 12 Werktage für die ersten 3 Monate der Ausführungsfrist sowie jeweils je 6 weitere Werktage für jeweils weitere 3 Monate der Ausführungsfrist hinzuzurechnen. Welche Ausführungsfristen die Parteien konkret vereinbart haben, ist allerdings unklar. Die ursprünglich in den Verträgen anvisierten Ausführungsfristen wurden jedenfalls weder zu Beginn noch gegen Ende eingehalten. So sprechen die Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis der Verdingungsunterlagen für den Bauabschnitt BA 2 (Anlage K 38) von einem Baubeginn am 1. März 1999 und einer Fertigstellung am 1. Februar 2002, während der Baubeginn unstrittig am 15. Juli 1999 und die Beendigung nicht vor dem Jahr 2004 war. Entsprechendes gilt für den Bauabschnitt BA 10. Dort ist in den Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis (Anlage K 274) von einem Baubeginn "von Januar 1999" und einer "Fertigstellung bis Mai 2002" die Rede, was ebenfalls nicht eingehalten wurde. Für den Bauabschnitt BA 11 gibt es keine gesonderten vertraglichen Regelungen. Jedenfalls die jeweils spätere Beendigung der Bauvorhaben hing auch mit zahlreichen Nachtragsaufträgen und Bauverzögerungen zusammen.

Legt man deshalb wegen dieser Unklarheiten zugunsten der Klägerin bei der Berechnung der Abrechnungsfrist im Sinne von § 14 Nr. 3 VOB/B jeweils die gesamte Bauzeit für die jeweiligen Bauabschnitte zugrunde, ist für die Bauabschnitte BA 10/11 von einem Ausführungszeitraum

von Februar 2000 bis Juli 2004 und damit von einer Ausführungsfrist von viereinhalb Jahren, und für den Bauabschnitt BA 2 von einem Ausführungszeitraum von Juli 1999 bis Oktober 2004 und damit von einer Ausführungsfrist von fünf Jahren und vier Monaten auszugehen. Dies führt bei den Bauabschnitten BA 10/11 zu einer Frist zur Einreichung der Schlussrechnung von weiteren 120 Werktagen nach Fertigstellung (1 x 12 Werktage, 17 x 6 Werktage) und beim Bauabschnitt BA 2 zu einer solchen von weiteren 138 Werktagen (1 x 12 Werktage und 21 x 6 Werktage). Daraus folgt, dass die angemessene Frist zur Schlussrechnungslegung für die Bauabschnitte BA 10/11 jedenfalls Ende Dezember 2004 und für den Bauabschnitt BA 2 im Frühjahr des Jahres 2005 abgelaufen war.

cc) Die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegen seit spätestens Ende des Jahres 2005 vor.

§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB verlangt - neben der Kenntnis von der Person des Schuldners, die hier allerdings ohne weiteres schon aufgrund des Vertragsschlusses besteht - die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen.

(1) Eine solche Kenntnis besteht zwar nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2008, VII ZR 106/07) zu Rückzahlungsansprüchen aufgrund zu viel geleisteter Abschlagszahlungen jedenfalls dann, wenn der Besteller das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung und Masseermittlung ohne weiteres ersichtlich sind. Dieser Entscheidung haben sich die weitere Rechtsprechung und Literatur angeschlossen (vgl. KG, Urteil vom 19. November 2010, 7 U 97/10; OLG Bremen, Urteil vom 16. Januar 2014, 3 U 44/13; Ellenberger, in: Palandt, a.a.O. § 199 Rn. 27; Grothe, in: Münchener Kommentar BGB, a.a.O., § 199 Rn. 26; Locher, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 16 Abs. 3 Rn. 55; Schmidt-Räntsch, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 199 Rn. 3 und 4).

Daraus folgt aber nicht, dass die Klägerin nicht schon 2005 von den anspruchsbegründenden Umständen wusste oder ihr insoweit keine grobe Fahrlässigkeit zur Last zu legen ist. Soweit die Klägerin nämlich meint, sie habe keine Kenntnis und auch keine grob fahrlässige Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen gehabt, weil ihr nicht nur die Schlussrechnung nicht, sondern auch die Aufmaßunterlagen nur unvollständig vorgelegen hätten und diese, soweit sie vorgelegen hätten, auch zum Großteil manipuliert gewesen seien, ist dem nicht zu folgen. Der Bundesgerichtshof hat in der vorgenannten Entscheidung - zu Recht und entgegen dem Verständnis der Klägerin - nur entschieden, dass für den Fall, dass das Leistungsverzeichnis, die Aufmaßunterlagen und die Schlussrechnung vorliegen und dass aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung ohne weiteres ersichtlich ist, jedenfalls die erforderliche Kenntnis des Gläubigers zu bejahen ist. Wie im amtlichen Leitsatz ("Macht ein Besteller im Rahmen eines Werkvertrages Rückforderungsansprüche wegen einer überhöhten Schlussrechnung geltend, so sind die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Regel [Hervorhebung durch den Senat] erfüllt, wenn er das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung und Masseermittlung ohne weiteres ersichtlich sind.") betont, wird in diesem Fall regelmäßig die Kenntnis gegeben sein. Entgegen der Annahme der Klägerin ist diese Rechtsprechung aber nicht so zu verstehen, dass nur dann von Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis auszugehen ist, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

(2) Ob beim Gläubiger Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen vorliegt, richtet sich nach wie vor nach den von der Rechtsprechung zu § 199 Abs. 1 BGB entwickelten allgemeinen Grundsätzen, von denen der Bundesgerichtshof

in der vorgenannten Entscheidung ersichtlich nicht abweichen wollte und nicht abgewichen ist. Dabei ist zu beachten, dass § 195 BGB dem früheren § 852 Abs. 1 BGB nachgebildet ist. Die einheitliche Verjährungsregelung in § 195 BGB für vertragliche und gesetzliche Ansprüche nach dem Vorbild des § 852 Abs. 1 BGB a.F. sollte das Verjährungsrecht in einer Weise vereinfachen, dass es für die Praxis leichter durchschaubar und anwendbar wird (BT-Drucks. 14/6040 S. 104 f., 107 f.). Für die Auslegung der aktuellen Verjährungsvorschriften kann daher - dies übersieht die Klägerin mit ihrer Kritik an dem landgerichtlichen Urteil, das auf entsprechende Urteile Bezug genommen hat, die im Rahmen von § 852 Abs. 1 BGB a.F. ergangen sind - weitgehend auf den Norminhalt des § 852 Abs. 1 BGB a.F. und die dazu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2008, III ZR 220/07; Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., § 199 Rn. 25).

(3) Danach gelten folgende Grundsätze:

(aa) Zum einen sind für die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis die Tatsachen entscheidend, durch die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllt sind; dagegen ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass der Gläubiger hieraus die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2008, III ZR 220/07; BGH, Urteil vom 08. Mai 2008, VII ZR 106/07, jeweils m.w.N.). Anders kann es nur dann zu beurteilen sein, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einschätzen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2008, III ZR 220/07).

(bb) Es ist auf die Kenntnis solcher anspruchsbegründenden Umstände abzustellen, die notwendig ist, um eine Klage Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, erheben zu können (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010, VII ZR 213/07, BauR 2010, 618 Rn. 13; BGH, Urteil vom 14. Oktober 2003, VI ZR 379/02). Darauf, dass der Anspruch zu beziffern ist, kommt es nicht an. Die erforderliche Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis liegt vielmehr schon dann vor, wenn der Gläubiger auch ohne exakte Berechnung wusste oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte wissen müssen, dass überhaupt ein Anspruch besteht. Um eine Forderung mit einer Klage geltend machen zu können, reicht aus, dass eine Feststellungs- oder Stufenklage erhoben werden kann, die Fälligkeit hängt nicht davon ab, dass eine Forderung auch beziffert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2009, VII ZR 167/08; BGH, Urteil vom 19. Juli 2010, II ZR 57/09; Henrich/Spindler, in: BeckOK BGB, § 199 Rn. 5, beck-online). Auch ist nicht die Kenntnis aller Tatsachen erforderlich, da bereits mit einer hinreichend großen Erfolgswahrscheinlichkeit des Prozesses die Geltendmachung des Anspruchs verlangt werden kann. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Gläubiger Beweisschwierigkeiten in einem Prozess hätte oder ob die Durchsetzung des Anspruchs Schwierigkeiten ausgesetzt ist (vgl. Henrich/Spindler, a.a.O., § 199 Rn. 18 - 20, beck-online, m.w.N.).

(cc) Weiter geht die Rechtsprechung vom Grundsatz der Schadenseinheit aus, den sie im Rahmen von § 852 BGB a.F. entwickelt hat. Danach ist zwischen Kenntnis des Schadens und Kenntnis des Schadensumfangs zu unterscheiden. Kenntnis des Schadens bedeutet danach nicht Kenntnis des Schadensumfangs und der Schadenshöhe. Die Verjährungsfrist beginnt vielmehr schon dann, wenn der Geschädigte davon Kenntnis erlangt, dass eine unerlaubte Handlung zu einem Schaden geführt hat; dagegen ist nicht erforderlich, dass er den Schaden in seinen einzelnen Elementen und Ausprägungen vollständig überschaut (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juni 1997, VI ZR 71/96). Dies bedeutet, dass der Geschädigte weder das Schadensbild nach Umfang und Höhe noch Einzelheiten des schadenstiftenden Ereignisses und des weiteren Ursachenverlaufs zu kennen braucht (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1993, IX ZR 84/92).

Der Grundsatz der Schadenseinheit ist überzeugend, weil er die Konzentration der Schadensabwicklung dient und damit die beabsichtigte Befriedung von Streitigkeiten fördert. Er gilt auch im Rahmen von § 199 BGB und damit im Ergebnis auch für - hier betroffene - vertragliche Ansprüche. Denn der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hat ausdrücklich den Grundsatz der Schadenseinheit in § 199 BGB aufrechterhalten wollen (vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040 S. 108; Rechtsausschuss, BT-Drucks. 14/7052 S. 180; BGH, Beschluss vom 19. März 2008, III ZR 220/07; Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., § 199 Rn. 25; Henrich/Spindler, in: BeckOK, a.a.O., § 199 Rn. 26a-26, beck-online).

Anders zu beurteilen ist allerdings die Fallgestaltung, dass ein Schaden auf mehreren Pflichtverletzungen beruht; hier ist die Verjährung für jede einzelne Pflichtverletzung gesondert zu bestimmen. Wird ein Schadensersatzanspruch auf mehrere voneinander abgrenzbare Fehler bzw. offenbarungspflichtige Umstände gestützt, beginnt die Verjährung daher nicht einheitlich, wenn bezüglich eines Fehlers bzw. Umstands Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vorliegt und dem Geschädigten insoweit eine Klage zumutbar wäre. Vielmehr ist jede Pflichtverletzung verjährungsrechtlich selbständig zu behandeln. Dem Gläubiger muss es in einem solchen Fall auch unbenommen bleiben, eine ihm bekannt gewordene Pflichtverletzung hinzunehmen, ohne Gefahr zu laufen, dass deshalb Ansprüche aus weiteren, ihm zunächst aber noch unbekanntem Pflichtverletzungen zu verjähren beginnen (vgl. BGH, Urteile vom 9. November 2007, V ZR 25/07, NJW 2008, 506; BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, XI ZR 171/08, BKR 2009, 372, ; BGH, Urteil vom 24. März 2011, III ZR 81/10).

(4) Gemessen daran ist hier von Kenntnis, jedenfalls aber von grob fahrlässiger Unkenntnis der Klägerin von den die behaupteten Rückzahlungsansprüche begründenden Umständen spätestens im Jahr 2005 auszugehen.

(aa) Ausgangspunkt dafür, dass die Klägerin bereits im Jahr 2004, spätestens aber im Jahr 2005 Kenntnis von den die behaupteten Rückzahlungsansprüche begründenden Umständen hatte, ist ihre Strafanzeige vom 1. Juni 2004. In dieser hat sie für alle drei Bauabschnitte unter Darstellung der identischen Vorgehensweise der Beklagten anhand diverser von ihr ermittelter Beispiele darlegt, dass ihr durch manipulierte Abrechnungen ein Schaden von bislang ermittelten 2,5 Millionen Euro entstanden ist. Der Strafanzeige lässt sich entnehmen, dass es bei dem Bauvertrag über den Bauabschnitt BA 2 zu einem Schaden von jedenfalls 767.517,89 Euro, bei dem Bauvertrag über den Bauabschnitt BA 10 jedenfalls zu einem solchen von 649.040,11 Euro und hinsichtlich des Bauabschnitts BA 11 jedenfalls zu einem solchen von 431.553,82 Euro gekommen ist. Diese Beträge sollen sich daraus ergeben, dass in allen drei Bauabschnitten nicht erbrachte Leistungen mit den Abschlagsrechnungen abgerechnet worden seien, ferner sollen die Aufmaße über die erbrachten Mengen überhöht und zur Grundlage der Abschlagsrechnungen gemacht worden sein. Weiter sollen in die Abrechnungen für die Bemessung der Abschlagszahlungen überhöhte Einheitspreise eingesetzt und Leistungen doppelt abgerechnet worden sein. Die Klägerin hat ferner ausführen lassen, ihre Revision habe begründeten Anlass davon auszugehen, dass sie mit ihren Recherchen bisher nur einen kleinen Ausschnitt der Manipulationen festgestellt habe. Weitere Prüfungen könnten jederzeit nachgeholt werden. Dies beruhe darauf, dass sie sich aus Gründen der Vertraulichkeit und Kapazität bisher nur auf punktuelle stichprobenartige Prüfmaßnahmen beschränkt habe. Sie beabsichtige, die Abrechnung des gesamten Vorhabens zu den bisherigen Bauabschnitten 2, 10 und 11 einer erneuten, vor allem vollständigen Detailprüfung zu unterziehen. Nach einem anonymen Hinweis habe die Revision mit ihren Recherchen bisher nur "an der Spitze des Eisberges" gearbeitet und allenfalls ein Volumen von 5 - 10 % festgestellt; es spreche einiges dafür, dass dieser Hinweis zutreffe.

(bb) Diese Angaben in der Strafanzeige zeigen aber, dass die Klägerin bereits Mitte des Jahres 2004 - im Sinne einer Kenntnis - davon ausgegangen war, durch genau dieselben Abrechnungsmanipulationen (Abrechnung nicht erbrachter Leistungen, Überhöhung der Aufmaße über die erbrachten Mengen, Einsetzen überhöhter Einheitspreise und Doppelabrechnungen), die sie auch im vorliegenden Prozess geltend macht und die nach ihrer Darstellung in der Klageschrift, wonach die Rückforderungsansprüche auf in erheblichem Maße vertragswidriges und strafrechtlich relevantes Verhalten von Mitarbeitern der Beklagten und eines Mitarbeiters der Klägerin zurückgehe, zu ihrem Rückforderungsanspruch geführt haben, einen Millionenschaden erlitten zu haben. Sie rechnete bereits damals mit einem weit höheren Schaden, konnte diesen jedoch zum damaligen Zeitpunkt nur noch nicht konkret beziffern, weil sie bis dahin lediglich Stichproben genommen hatte. Tatsächlich hat sie sich aber ausweislich der weiteren Ausführungen in der Strafanzeige in der Lage gesehen, jederzeit weitere Prüfungsmaßnahmen nachzuholen.

Diese mit der Strafanzeige belegte Kenntnis von einem Schadenseintritt hinsichtlich aller drei Bauvorhaben ist mit der Kenntnis von den Rückzahlungsansprüchen hinsichtlich aller drei Bauvorhaben gleichzusetzen:

(aaa) Dass die Rückzahlungsansprüche vorliegend als Vertragsansprüche eingeklagt werden und die Klägerin in der Strafanzeige jeweils von einem Schaden spricht, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn die behaupteten Rückzahlungsansprüche sind hier mit dem in der Strafanzeige genannten "Schaden" bzw. daraus folgenden Schadensersatzansprüchen wegen Falschabrechnungen identisch. Ein Vermögensschaden ist entstanden, wenn die Vermögenslage des Betroffenen sich im Vergleich zu früher objektiv verschlechtert hat. Nach der Rechtsprechung ist unter Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB - gleichermaßen wie unter Nachteil i.S.d. § 266 StGB - jede durch die Tat verursachte Vermögenminderung zu verstehen, die nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung durch Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der Tat bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise festzustellen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juli 2011, 3 StR 444/10), was letztlich auf einen Vergleich des Werts des aufgrund des Werkvertrages Geleisteten im Verhältnis zum Gezahlten zu geschehen hat.

Genauso verhält es sich aber mit den Rückforderungsansprüchen bei im Verhältnis zur Leistungserbringung zu viel geleisteten Abschlagszahlungen. Auch hier findet eine Saldierung und damit ein Abgleich zwischen den geleisteten Abschlagszahlungen und den erbrachten Werkleistungen statt. Nach der Strafanzeige rechnete die Klägerin mit jeweils einem nennenswerten Schaden (Bauabschnitt BA 2: jedenfalls 767.517,89 Euro; Bauabschnitt BA 10: jedenfalls 649.040,11 Euro; Bauabschnitt BA 11 jedenfalls 431.553,82 Euro) bei jedem einzelnen Bauvorhaben, was dementsprechend jeweils einem auf jedes Bauvorhaben bezogenen Rückzahlungsanspruch entspricht. Davon, dass diese Schäden / Rückforderungsansprüche durch etwaige ihr in der konkreten Abrechnung nicht bekannte Nachtragsaufträge o.Ä. nach Erstellen einer Schlussrechnung, wieder ausgeglichen würden, geht die Klägerin in der Strafanzeige selbst nicht aus, ansonsten hätte sie nicht sicher von ihr entstandenen Schäden sprechen können. Sie war vielmehr - wie sich anhand der späteren Nachberechnungen des von ihr eingeschalteten Sachverständigenbüros für den Zivilprozess bestätigt hat - davon überzeugt, dass es sich bei den bislang aufgetretenen Schäden nur um die Spitze des Eisbergs handele, ihr mithin jeweils nach einer vorläufigen Gesamtsaldierung jedenfalls die genannten Beträge zur Rückzahlung zustanden.

(bbb) Unerheblich ist, dass der Klägerin die genaue Gesamthöhe des Schadens bzw. der Rückforderungsansprüche noch nicht bekannt war und dass sie nicht jede einzelne von ihr nunmehr behauptete Abrechnungsmanipulation gekannt hat.

Wie oben ausgeführt, reicht bereits die Kenntnis von einem Anspruch dem Grunde nach, der Gläubiger braucht weder das gesamte Ausmaß des Anspruchs erkannt zu haben, noch muss er nach dem oben aufgeführten Grundsatz der Schadenseinheit, der auch für vertragliche Ansprüche gilt, das Schadensbild nach Umfang und Höhe sowie Einzelheiten des schadenstiftenden Ereignisses und des weiteren Ursachenverlaufs kennen.

Für die Annahme, dass der Grundsatz der "Schadenseinheit" auch für vertragliche Ansprüche und damit für Rückzahlungsansprüche gilt, und deshalb für die Kenntnis des Gläubigers nicht auf jede einzelne falsche Abrechnungshandlung abzustellen ist, spricht, dass der Rückzahlungsanspruch - unabhängig davon, dass er sich aus diversen Einzelpositionen zusammensetzt, denen unter Umständen verschiedene Handlungen zugrunde liegen - ein einheitlicher Anspruch ist und - anders als in den oben zitierten Fällen des Zusammentreffens mehrerer Pflichtverletzungen (vgl. BGH, Urteile vom 9. November 2007, V ZR 25/07, NJW 2008, 506 Rn. 14 ff; BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, XI ZR 171/08, BKR 2009, 372 Rn. 14; BGH, Urteil vom 24. März 2011, III ZR 81/10) - nicht schon jede einzelne Pflichtverletzung zu einem Rückforderungsanspruch führt. Erst die Gesamtheit der falschen Abrechnungshandlungen führt zu einem einheitlichen Abrechnungssaldo und Rückforderungsanspruch. Es ist insoweit nicht anders als bei dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers, der sich ebenfalls zwar aus diversen Einzelpositionen zusammensetzt, gleichwohl aber einheitlich verjährt. Insoweit ist nämlich anerkannt, dass mit Abnahme und Vorlage einer prüffähigen Rechnung die gesamte Werklohnforderung fällig wird und auch einheitlich verjährt. Eine irrtümlich vergessene Forderung kann dann mitverjähren. Insoweit ist unschädlich, wenn weitergehende Werklohnansprüche nicht Gegenstand der Schlussrechnung sind, da auch die in der Schlussrechnung nicht aufgeführten Ansprüche des Auftragnehmers zugleich mit den aufgeführten Ansprüchen fällig geworden sind und insofern auch ein einheitlicher Verjährungsbeginn gilt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1970, VII ZR 168/67, NJW 1970, 938, beck-online; OLG Hamm, Urteil vom 21. Februar 2012, I-21 U 93/11, 21 U 93/11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. November 2007, I-21 U 256/06, 21 U 256/06; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, a.a.O., 5. Teil Rn. 296 a.E. m.w.N.).

(ccc) Soweit die Klägerin gegen ihre Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen unter Beweistritt einwendet, sie habe sich im Jahre 2004 nicht vorstellen können und habe sich dies auch nicht vorgestellt, dass trotz des erklärten Zahlungsstopps und der weiter erbrachten Bauleistungen am Ende nach Schlussabrechnung ein Saldo zu ihren Gunsten sich ergeben könnte; dies sei erst im Rahmen der mit sachverständiger Hilfe durch die B vorgenommene Analyse der Abrechnungen und Prüfung der Schlussrechnung im Jahre 2006 tatsächlich möglich gewesen, sind die angetretenen Zeugenbeweise nicht zu erheben. Dies ist durch den Inhalt der Strafanzeige widerlegt. Bei Erstattung der Strafanzeige im Juni 2004 - so hat sie selbst eingeräumt - wusste sie um einen Mindestgesamtschaden bzw. Rückzahlungsansprüche in Höhe von rund 2,5 Millionen Euro, wobei auf den Bauabschnitt BA 2 jedenfalls 767.517,89 Euro, auf den Bauabschnitt BA 10 jedenfalls 649.040,11 Euro und auf den Bauabschnitt BA 11 jedenfalls 431.553,82 Euro entfielen. Dass und warum sie hat annehmen können, dass bis zur Fertigstellung der Arbeiten - entgegen ihrer Einschätzung in der Strafanzeige, wonach sie davon ausging, dass es sich bei dem genannten Schaden von 2,5 Millionen Euro allenfalls um 5 - 10 % des eigentlichen Schadens handle - dieser Schaden gleichwohl durch weitere, noch zu erbringende Leistungen der Beklagten wieder hätte aufgezehrt werden können, hat sie nicht begründet. Dies wäre aber vor dem Hintergrund, dass sie sich in der Strafanzeige gegenteilig geäußert hatte, ihr das Leistungsverzeichnis bekannt war, die Fertigstellung der Arbeiten kurz bevorstand - die Fertigstellung der Bauabschnitte BA 10 und BA 11 erfolgte im Juli 2004, diejenige des Bauabschnitts BA 2 im Oktober 2004 - und die Bahnstrecke längst in Benutzung

genommen worden war, von ihr näher zu erläutern gewesen. Hierfür sprach jedenfalls angesichts der unstrittigen objektiven Umstände nichts. Angesichts dessen erschließt sich daher nicht, wie die Klägerin hat davon ausgehen können, in Wahrheit werde sie keinen Schaden erleiden, weil sie noch hinreichend werthaltige Werkleistungen erhalten werde.

Dass sie tatsächlich nicht davon ausging, dass die von der Beklagten bis zur Fertigstellung noch erbrachten Leistungen die bis Oktober 2003 gezahlten Abschlagszahlungen wertmäßig überstiegen und ihr - entgegen den Ausführungen in der Strafanzeige - kein Schaden entstanden sei und keine Rückzahlungsansprüche zustünden, zeigt ihr weiteres Verhalten nach der Fertigstellung. Denn auch danach hat sie keine Abschlagszahlungen mehr geleistet. Das belegt, dass sie auch rückblickend nicht davon ausging, dass der Beklagten noch ein positiver Saldo zustehen würde.

(ddd) Der in der Berufung wiederholte Hinweis der Klägerin auf die Komplexität des Falles, das Fehlen der Aufmaßblätter bzw. den Umstand, dass die vorhandenen Aufmaßblätter manipuliert gewesen seien, führt zu keiner anderen Bewertung. Denn ihre Stichproben haben trotz der Komplexität des Falles nach eigener Darstellung dazu geführt, dass sie bereits im Jahr 2004 Kenntnis von einem Mindestschaden von 2,5 Millionen Euro bzw. von drei Rückzahlungsansprüchen bei allen drei Bauvorhaben hatte. Die Komplexität des Falles, sein Umfang und die fehlenden bzw. manipulierten Aufmaßblätter hinderten sie allenfalls an der Aufklärung der konkreten weiteren Schadens- bzw. Anspruchshöhe, auf die es aber nach den oben aufgeführten Grundsätzen nicht entscheidend ankommt, wenn schon der Anspruch - wie hier - dem Grunde nach bekannt ist und zumindest teilweise beziffert werden kann. Für die Frage der Kenntnis von diesem und dem Verjährungsbeginn kommt es gerade nicht darauf an, ob der Gläubiger Beweisschwierigkeiten in einem Prozess hätte oder ob die Durchsetzung des Anspruchs Schwierigkeiten ausgesetzt ist.

(eee) Tatsächlich ist auch nach dem weiteren Vorbringen der Klägerin in der Klageschrift (Seite 40 f.) davon auszugehen, dass ihr bereits im Jahr 2003 die Umstände bekannt waren, die zu den jeweiligen Rückforderungsansprüchen führten. Denn dort führt sie wörtlich aus:

"Aufgrund im Rahmen einer routinemäßigen Überprüfung festgestellter Unregelmäßigkeiten bei der Abrechnung der Bauabschnitte BA 2 und BA 10/11 sowie aufgrund der sich bereits aus den Abschlagsrechnungen abzeichnenden immensen Erhöhungen der Abschlagssummen leitete die A2-Bau GmbH Mitte des Jahres 2003 eine umfassende Überprüfung dieser Bauabschnitte ein. [...] Im Rahmen dieser Überprüfungen stellte sich heraus, dass in den Bauabschnitten BA 2 und BA 10/11 von Seiten der Beklagten den Klägerinnen zu 1) und 2) in erheblichem Umfang Leistungen und Mengen in Rechnung gestellt worden waren, ohne dass diese Leistungen und Mengen tatsächlich vor Ort auf der Baustelle erbracht worden waren [...]"

Weiter führt die Klägerin in der Klageschrift (vgl. Bl. 85 und Bl. 1216 d.A.) aus, sie habe bereits im Jahr 2003 erkannt, überhöhte Abrechnungen erhalten zu haben. Im November 2003 stellte die Klägerin sodann jegliche Zahlungen auf weitere Abschlagsrechnungen ein, um - so ihr Vorbringen in der Klageschrift - zu verhindern, dass ein weitergehender "Schaden", d.h. gleichzeitig höhere Rückzahlungsansprüche, eintritt bzw. einträten. Mit anderen Worten: Bereits zu diesem Zeitpunkt ging sie von immensen Überzahlungen und Schäden, d.h. von erheblichen Rückzahlungsansprüchen, aus, wobei ihr das grundsätzliche - nach ihrer Behauptung erfolgte - Vorgehen der Beklagten bei der Erstellung der Aufmaße und Abrechnungen jedenfalls aus Stichproben ebenfalls bekannt war.

Hierin fügt sich auch ein, dass die Klägerin mit Schreiben vom 30. Juli 2004 der

Staatsanwaltschaft mitteilte, dass zwischenzeitlich seitens der bei der Bahn verantwortlichen Projektleitung eine detaillierte Sondierung eingesetzt habe, zu diesem Zweck sei ein erweiterter bahninterner Arbeitskreis eingesetzt worden mit dem Ziel, systematisch überhöhte Zahlungen bzw. Aufmäße zu ermitteln, der Umfang der überhöhten Abrechnungen habe selbst die interne Bahnrevision überrascht, die bisher nur Stichproben gezogen habe. Mit anderen Worten: Auch hier zeigt sich, dass die Klägerin sich mit zahlreichen überhöhten Abrechnungen konfrontiert sah und deshalb von erheblichen Rückforderungsansprüchen ausgegangen ist.

(cc) Selbst wenn man nicht vom Vorliegen der Kenntnis der Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen ausgehen wollte, wäre aber mit dem Landgericht jedenfalls das Vorliegen grob fahrlässiger Unkenntnis spätestens ab Ende des Jahres 2005 zu bejahen.

Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt; ihm muss die Kenntnis deshalb fehlen, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung ("Verschulden gegen sich selbst") vorgeworfen werden können, weil sich ihm die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor aber letztlich die Augen verschlossen hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, III ZR 203/09; BGH, Urteil vom 23. September 2008, XI ZR 262/07). In tatsächlicher Hinsicht trifft den Gläubiger zwar generell keine Obliegenheit, im Interesse des Schuldners Nachforschungen zu betreiben. Bei auf der Hand liegenden Ermittlungsmöglichkeiten ist dem Anspruchsinhaber die Einschaltung von Sachverständigen oder die Einholung anwaltlichen Rats jedoch zuzumuten (vgl. Henrich/Spindler, in: BeckOK, a.a.O., § 199 Rn. 18 - 20, beck-online m.w.N.).

So verhielt es sich hier. Nach dem äußeren Ablauf hätte es sich der Klägerin aufdrängen müssen, dass hinreichende und intensive Nachforschungen zur Aufklärung des gesamten Sachverhaltes notwendig waren, wie sie sie im Übrigen auch in der Strafanzeige aus dem Jahr 2004 ausdrücklich angekündigt hat. Denn nach ihrem Vorbringen hatte sie bei einer Routineüberprüfung bereits im Frühjahr des Jahres 2003 Unregelmäßigkeiten bei der Abrechnung der Beklagten und sich daraus abzeichnende Erhöhungen der Abrechnungssummen festgestellt. Im Juni 2003 wurden zwei Arbeitskreise installiert, die diesen Umständen nachgehen sollten. Der erste Arbeitskreis bestätigte aus seiner Sicht bestehende gravierende Mängel in den Abrechnungen der Beklagten, d.h. insbesondere durch Abrechnung nicht erbrachter Leistungen sowie überhöhter Mengen und Leistungen, Doppelabrechnungen und der Abrechnung von Leistungen zu überhöhten Einheitspreisen. Im Oktober des Jahres 2003 wurde zudem die konzerninterne Revisionsabteilung der A-AG hinsichtlich compliancerelevanter Sachverhalte eingeschaltet, die die Überprüfung der Falschabrechnungen der Beklagten vertiefte. Hierbei bestätigten sich die bereits vorhandenen Ergebnisse. Die Klägerin ging (vgl. Bl. 85 d.A. und Bl. 1216 d.A.) aufgrund dieser Feststellungen davon aus, überhöhte Abrechnungen erhalten und daher Überzahlungen geleistet zu haben. Zur Abwendung weiteren Schadens ordnete sie im November 2003 den Zahlungsstopp an. Der zweite Arbeitskreis sollte die festgestellten Schwächen in der Abrechnung und Dokumentation der Beklagten weiter aufarbeiten. Insofern ging es auch hier wieder darum, Implausibilitäten und Unzulänglichkeiten in der Abrechnung der ARGE zu lokalisieren. Dieser Arbeitskreis bestätigte die von dem ersten Arbeitskreis und der Revision festgestellten Sachverhalte. Schließlich erstattete die Klägerin im Juni 2004 Strafanzeige mit dem oben aufgeführten Inhalt, nach dem sie von einem Mindestschaden von 2,5 Millionen Euro bzw. Rückzahlungsansprüchen hinsichtlich aller drei Bauvorhaben ausging und damit rechnete, dass der bislang ermittelte Schaden nur bis zu 5 % des Gesamtschadens betrug. Darin teilte sie auch mit, dass jederzeit weitere Prüfungsmaßnahmen nachgeholt werden

könnten. Ferner geht aus der Anzeige hervor, dass ihr ursprünglich - entgegen der Darstellung im Prozess - ein Großteil der Aufmaßunterlagen vorgelegen hat, diese hätten von der Revision allerdings "bisher nicht vollständig gefunden werden können". Sie teilte weiter mit Schreiben vom 30. Juli 2004 der Staatsanwaltschaft mit, dass zwischenzeitlich seitens der bei der Bahn verantwortlichen Projektleitung eine detaillierte Sondierung eingesetzt habe, zu diesem Zweck sei ein erweiterter bahninterner Arbeitskreis eingesetzt worden mit dem Ziel, systematisch überhöhte Zahlungen bzw. Aufmäße zu ermitteln, der Umfang der überhöhten Abrechnungen habe selbst die interne Bahnrevision überrascht, die bisher nur Stichproben gezogen habe.

Obwohl also bereits seit Frühjahr des Jahres 2003 erhebliche Unregelmäßigkeiten bekannt waren und sie nach den Angaben der Strafanzeige im Jahr 2004 willens und in der Lage war, umfangreiche weitere Ermittlungen anzustellen sowie ein dritter, erweiterter Arbeitskreis zur Ermittlung des Umfangs der Abrechnungen eingesetzt war, dauerte es nach Darstellung der Klägerin bis zum Jahr 2009, dass es ihr mithilfe der B gelang, die notwendigen Einzelheiten aufzuklären. Dies ist angesichts der Schwere des Verdachts, des erwarteten Umfangs der Rückzahlungsansprüche und der bei der Beklagten bestehenden Ermittlungsmöglichkeiten als ein schwerer Obliegenheitsverstoß in ihrer eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung und als ein schweres Verschulden gegen sich selbst zu werten. Denn bereits im Jahr 2003, spätestens aber im Jahr 2004, mussten sich der Klägerin die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufdrängen. Auch wenn sie generell keine Obliegenheit traf, im Interesse der Beklagten Nachforschungen zu betreiben, gab es hier auf der Hand liegende Ermittlungsmöglichkeiten, die es erforderlich machten, rechtzeitig mit der notwendigen Intensität Nachforschungen anzustellen und / oder Sachverständige in angemessener Anzahl einzuschalten.

Dass bei einem Großbauvorhaben wie dem vorliegenden die Einschaltung weniger Sachverständiger nicht ausreichen würde, war dabei offensichtlich. Daher erschließt sich auch vor dem Hintergrund etwaig fehlender Aufmaßunterlagen nicht, dass eine Aufklärung bei angemessenem Personaleinsatz nicht innerhalb zweier Jahre möglich gewesen sein soll. Der Klägerin musste ihr eigenes Leistungsverzeichnis bekannt sein. Ferner lagen umfangreiche Abschlagsrechnungen vor. Von den von ihr erteilten Nachtragsaufträgen musste sie ebenfalls Kenntnis haben. Dementsprechend hätte sie - wie es auch später geschehen ist - die notwendigen Vergleiche anstellen können. Denn dass sie insoweit auf die Schlussrechnungen und weitere Aufmaßunterlagen angewiesen war, ist nach ihrem Vorbringen nicht erkennbar, weil die Schlussrechnungen aus ihrer Sicht bis heute nicht prüffähig und die Aufmaßunterlagen weitgehend unbrauchbar sein sollen. Diese haben ihr mithin auch bei der erst später betriebenen Aufklärung nicht geholfen. Darüber hinaus kannte sie ausweislich der Strafanzeige bereits im Jahr 2004 die handelnden Personen, die sie hätte befragen können. Dementsprechend ist das Unterlassen weiterer und intensiverer Nachforschungen und Überprüfungen in angemessener Zeit als grob fahrlässig zu bewerten, wobei als angemessener Zeitraum jedenfalls derjenige bis zum Ablauf des Jahres 2005 seit Erkennen der Unregelmäßigkeiten im Frühjahr 2003 anzusehen ist. Dass ihr derartige Nachforschungen nicht unmöglich waren, zeigen die von ihr genommenen Stichproben, die zu der Ermittlung eines vorläufigen Schadens von 2,5 Millionen Euro geführt haben.

(dd) Jedenfalls bis Ende 2005 hätte die Klägerin bei zumutbaren Anstrengungen den Sachverhalt soweit aufklären können und müssen, dass sie eine bezifferte Klage auf Rückzahlung hätte erheben können. Dies deshalb, weil ihr nach der Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379) - wie oben ausgeführt - erhebliche Darlegungserleichterungen zugutegekommen wären: Für den Fall, dass der Auftragnehmer - wie hier - keine Schlussrechnung erteilt, kann der Auftraggeber die Klage auf Zahlung eines Überschusses mit einer eigenen Berechnung begründen. Ausreichend ist danach eine

Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Auftraggeber Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen eine endgültige Vergütung des Auftragnehmers nicht gegenübersteht. Soweit dem Auftraggeber eine nähere Darlegung dazu nicht möglich ist, kann er sich nach der vorgenannten Rechtsprechung auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Es ist dann Sache des Auftragnehmers, mit einer endgültigen, den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Abrechnung dem Anspruch entgegenzutreten. Selbst wenn der Klägerin daher noch nicht der heute geltend gemachte Endsaldo bekannt gewesen wäre, hätte sie mit der vorgenannten Rechtsprechung auf Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Kenntnisse bzw. derjenigen, die sie bei angemessener Aufklärung in eigener Sache hätte haben können, bezifferte Klage erheben können. Eine solche Klage war nicht erst möglich mit einer von ihr selbst abschließend, d.h. bis ins letzte Detail vorgenommenen allumfassenden Aufklärung. Dementsprechend spielte auch die Frage der Komplexität und des Umfangs der Sache keine entscheidende Rolle, weil die Klägerin noch nicht einen vollständig ausermittelten Sachverhalt hätte vorlegen müssen. Auch Gründe der Vertraulichkeit, die sie noch in ihrer Strafanzeige von Juni 2004 bemühte, konnten nach Erstattung der Strafanzeige eine weiterhin nur punktuelle, zurückhaltend ("verdeckt") vorgenommenen stichprobenartige Überprüfung nicht mehr rechtfertigen, ebenso wenig - insbesondere angesichts der für die Klägerin bereits Mitte des Jahres 2004 für feststehend erachteten immensen Schadenshöhe - eine mangelnde "Kapazität" an hierfür eingesetztem Personal. Hätte sie danach aber bereits - nach angemessen vorangetriebenen Ermittlungen ihrerseits - bereits eine bezifferte Klage erhoben, wäre die Beklagte im Gegenzug verpflichtet gewesen, dem Vortrag der Klägerin eine eigene Abrechnung entgegenzusetzen. Dies hätte die Klägerin weiter in die Lage versetzt, konkreter vorzutragen, soweit sie überhaupt noch auf die Informationen der Beklagten angewiesen gewesen wäre. Das war sie im hiesigen Prozess nach eigenem Vorbringen nämlich auch nicht, weil die Schlussrechnung der Beklagten nach Darstellung der Klägerin bis heute nicht prüffähig sein soll und die Klage auf ihren eigenen Ermittlungen beruht.

(ee) Selbst wenn man dies anders sehen und davon ausgehen wollte, dass die Klägerin über den Inhalt der Strafanzeige hinaus keine bezifferte Leistungsklage hätte erheben können, hätte sie diese beschränkte bezifferte Leistungsklage ab Ende des Jahres 2005 jedenfalls mit Aussicht auf Erfolg mit einer den gesamten übrigen Anspruch hemmenden Feststellungsklage verbinden oder sogar nur Feststellungsklage erheben können.

Nach § 256 ZPO kann allerdings - wie die Klägerin mit Recht ausführt - nur auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden, so dass sich die Feststellung von Vorfragen oder von Elementen eines Rechtsverhältnisses nicht durchsetzen lässt (vgl. Becker-Eberhard, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 256 Rn. 10 ff.). Die von der Klägerin zu erhebende Feststellungsklage über das Bestehen von Rückzahlungsansprüchen hätte aber nicht nur Vorfragen oder Elemente eines Rechtsverhältnisses betroffen, sondern selbständige Rechtsverhältnisse im Sinne des § 256 ZPO. Denn unter "Rechtsverhältnis" versteht § 256 ZPO eine aus einem vorgetragenen Sachverhalt abgeleitete rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder zu Sachen. Darunter fallen entgegen der Auffassung der Klägerin auch einzelne Folgen solcher Rechtsbeziehungen, insbesondere einzelne Ansprüche im Sinne von § 194 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1983, VIII ZR 3/82, NJW 1984, 1552; RG, Urteil vom 19. November 1929, RGZ 126, 234, 237; Roth, in: Stein-Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008 § 256 Rn. 24; Becker-Eberhard, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 256 Rn. 14; Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 256 Rn. 4). Auch die Feststellung einer bestimmten Anspruchsgrundlage ist statthaft, vorbehaltlich des Feststellungsinteresses im Verhältnis zur Leistungsklage (vgl. Becker-Eberhard, a.a.O., § 256 Rn. 14).

Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, eine Feststellungsklage sei nicht zulässig gewesen, weil es sich bei dem vorliegenden Rechtsverhältnis nicht um ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis gehandelt habe. Hierbei übersieht sie, dass die Rückzahlungsansprüche spätestens im Jahr 2005 entstanden und fällig waren und somit durchaus ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis vorlag.

Es hätte auch nicht an dem für die Zulässigkeit der Feststellungsklage erforderlichen Feststellungsinteresse gefehlt. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen, wobei durchgängig anerkannt ist, dass die drohende Verjährung eine solche Gefährdung darstellt. Sie rechtfertigt das Feststellungsinteresse - auch ohne Bestreiten durch den Beklagten - regelmäßig (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2010, VII ZR 187/08, NJW-RR 2010, 750, beck-online; BGH, Urteil vom 11. Juli 1989, VI ZR 234/88; Bacher, in: BeckOK ZPO, § 256 Rn. 20-23, beck-online; Becker-Eberhard, a.a.O., § 256 Rn. 37; Greger, a.a.O., § 256 Rn. 8a). Wie das Landgericht zutreffend ausführt, gilt dies nicht nur im Fall von Schadensersatzansprüchen, sondern bei Ansprüchen jeder Art. Dies folgt auch ohne weiteres aus den oben aufgeführten Grundsätzen der Rechtsprechung zu § 852 BGB a.F., die nach dem Willen des Gesetzgebers insgesamt auf § 199 BGB zu übertragen sind.

Eine Klage auf Feststellung des Bestehens von Rückzahlungsansprüchen aus den streitgegenständlichen Verträgen hätte in der Sache bereits Erfolg haben können, wenn die Klägerin ihre Behauptungen zu den Überzahlungen, wie sie sich schon aus der Strafanzeige ergaben, hätte beweisen können. In diesem Fall hätte festgestanden, dass bereits jeweils ein nennenswerter Rückzahlungsanspruch bestand, wobei dessen weitere Höhe noch hätte ausermittelt werden können.

Zulässig und zielführend wäre darüber hinaus auch eine Stufenklage in Form einer Klage auf Schlussrechnungslegung verbunden mit einem noch zu beziffernden Leistungsantrag gewesen (vgl. Gothe, NZBau 2014, 270, 272).

ee) Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Verjährungsfrist für die etwaigen Rückforderungsansprüche wegen zu viel geleisteter Abschlagszahlungen auf die Arbeiten an den Bauabschnitten BA 10 und BA 11 und solche für zu viel geleisteter Abschlagszahlungen auf die Arbeiten am Bauabschnitt BA 2 gemäß § 199 Abs. 1 BGB jedenfalls ab dem 1. Januar 2006 begann. Die dreijährige Verjährungsfrist wäre daher am 31. Dezember 2008 abgelaufen. Allerdings kam es unstrittig seit dem 11. Juli 2008 zu Verhandlungen zwischen den Parteien über die jeweilige Berechtigung der wechselseitig geltend gemachten Ansprüche. Dies führte gemäß § 203 Satz 1 BGB zu einer Hemmung der Verjährungsfrist für die Dauer der Verhandlungen.

Die Hemmung endete am 23. März 2009. Die Verjährungshemmung nach § 203 BGB dauert fort, bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert oder ein Abbruch durch "Einschlafenlassen" der Verhandlungen erfolgt. Wegen seiner Bedeutung für die Durchsetzbarkeit der geltend gemachten Ansprüche muss ein Abbruch durch klares und eindeutiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1998, VI ZR 260/97, VersR 1998, 1295; BGH, Urteil vom 1. März 2005, VI ZR 101/04).

Zwar unterscheidet sich hier die Darstellung beider Parteien dazu, wer die Verhandlungen beendet hat. Die Klägerin hat - ohne nähere Einzelheiten zu schildern - in der Klage ausgeführt,

es sei die Beklagte gewesen, die die Verhandlungen im März 2009 beendet habe, während die Beklagte detailliert ausgeführt hat, dass die Verhandlungen seitens der Klägerin beendet worden seien. Aus beidem folgt indes, dass die Verhandlungen unstreitig im März 2009 scheiterten. Die Beklagte hat insoweit in der Klageerwiderung ausdrücklich zusammengefasst, dass die Verhandlungen im März 2009 im Sinne von § 203 BGB abgebrochen wurden. Dem hat die Klägerin nichts entgegengesetzt, so dass dieses Vorbringen wie auch schon das detaillierte Vorbringen der Beklagten zu den Verhandlungsabläufen als zugestanden anzusehen ist.

Das Landgericht hat zudem im unstreitigen Teil des Tatbestandes seines angefochtenen Urteils festgestellt, dass die bis März 2009 abgehaltenen Gespräche mit dem Ziel einer gütlichen Einigung scheiterten, was aber nichts anderes bedeutet, als dass sie noch im März 2009 derart beendet wurden, dass eine weitere Einigung endgültig ausgeschlossen war. Nur das bringt der Begriff des "Scheiterns" zum Ausdruck. Von diesen landgerichtlichen Feststellungen hat der Senat auch nach § 314 Satz 1 ZPO ausgehen, weil diese Passage des unstreitigen Teils des Tatbestandes nicht im Wege der Tatbestandsberichtigung berichtigt wurde. Diese tatbestandliche Feststellung im Landgerichtsurteil liefert Beweis für das mündliche Parteivorbringen (§ 314 ZPO); eine Unrichtigkeit dieser Feststellung kann grundsätzlich nur im Berichtigungsverfahren (§ 320 ZPO) geltend gemacht und gegebenenfalls behoben werden (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, I ZR 161/08, NJW 2011, 1513, 1514). Ist eine Berichtigung des Tatbestands nach § 320 ZPO beantragt worden, kann eine Unrichtigkeit tatbestandlicher Feststellungen mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden, soweit sich aus der den Berichtigungsantrag zurückweisenden Entscheidung ergibt, dass seine tatbestandlichen Feststellungen widersprüchlich sind; ein solcher Widerspruch kann sich aus Unterschieden zwischen den tatbestandlichen Feststellungen und einem konkret in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vorbringen einer Partei ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, I ZR 161/08, NJW 2011, 1513, 1514). Hierfür ist vorliegend nichts ersichtlich. Die Klägerin hat sich mit der Frage der Beendigung der Verhandlungen nicht weiter befasst.

ff) Die Erhebung der Einrede der Verjährung durch die Beklagte verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Die Verjährungseinrede ist rechtlich unbeachtlich, wenn ihre Erhebung eine unzulässige Rechtsausübung darstellt. Hierzu müssen besondere Umstände vorliegen, die die Einrede als groben Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Anzulegen ist ein strenger Maßstab. Das Verhalten des Schuldners muss ursächlich dafür gewesen sein, dass der Gläubiger die Verjährung nicht rechtzeitig unterbrochen oder gehemmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2008, VI ZR 197/07, NJW 2008, 2776, Rn. 31 beck-online; BGH, Urteil 14. November 2013, IX ZR 215/12, NJW-RR 2014, 1020, beck-online; Henrich, in: BeckOK, BGB, § 214 Rn. 9, beck-online, m.w.N.). Danach verstößt die Verjährungseinrede gegen § 242 BGB, wenn der Schuldner den Gläubiger treuwidrig von einer rechtzeitigen Klageerhebung abhält oder wenn der Gläubiger nach Verhandlungen deshalb nicht klagt, weil er nach objektiven Maßstäben darauf vertrauen durfte, seine Ansprüche würden befriedigt oder jedenfalls nur mit sachlichen Argumenten bekämpft. Die Verjährungseinrede verstößt auch gegen Treu und Glauben, wenn der Schuldner Anlass zur Annahme gegeben hat, es gelte eine längere Verjährungsfrist, oder wenn der Schuldner durch unredliches Verhalten eine rechtzeitige Verjährungshemmung verhindert (vgl. Henrich, in: BeckOK, BGB, § 214 Rn. 10, beck-online, m.w.N.).

Aus Vorstehendem folgt, dass es vom Schuldner nicht allein deshalb treuwidrig ist, sich auf die Einrede der Verjährung zu berufen, weil der gegen ihn gerichtete Anspruch aus einer Straftat herrührt bzw. - hier - herrühren soll. Entscheidend ist das Verhalten des Schuldners nach Entstehung des Anspruchs. Diesbezüglich lässt sich vorliegend indes kein treuwidriges

Verhalten der Beklagten erkennen. Denn der Umstand, dass sie nach Behauptung der Klägerin vertragswidrig und falsch abgerechnet hat, auch unter Manipulation der Abrechnungsunterlagen, hat die Klägerin nicht von der Klageerhebung abgehalten. Die Erhebung einer schon bezifferten Leistungsklage oder auch einer Feststellungsklage wäre ihr - wie ausgeführt - auf Grundlage der vorhandenen Kenntnisse selbst ohne weitere Mitwirkung der Beklagten seit Entstehung der Rückforderungsansprüche möglich gewesen. Dementsprechend spielte auch die Frage der Komplexität und des Umfangs der Sache keine entscheidende Rolle, weil die Klägerin bei Klageerhebung noch nicht einen vollständig ausermittelten Sachverhalt hätte vorlegen müssen.

2. Wie das Landgericht zutreffend und von der Berufung unangefochten ausgeführt hat, sind auch etwaige Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB sowie nach § 826 BGB gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB innerhalb derselben Frist wie die vertraglichen Ansprüche verjährt.

II.

Soweit die Beklagte schließlich erstinstanzlich die fehlende Rechtshängigkeit gerügt hat, weil die Klage aufgrund einzelner ihr nicht zugestellter Anlagen nicht wirksam erhoben worden sei, ist sie in der Berufung hierauf und auf die von ihr in Bezug genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2006, VII ZR 164/05) nicht mehr zurückgekommen. Tatsächlich ist aber auch Rechtshängigkeit eingetreten. Die Klage wurde wirksam zugestellt. Dass das Fehlen einzelner Anlagen im Übrigen nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung führt, folgt aus den zutreffenden und nicht angefochtenen Ausführungen des Landgerichts in dem Hinweisbeschluss vom 5. März 2014 (Bl. 6525 d.A.) sowie der aktuellen und überzeugenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2012, VIII ZR 307/11). Danach gilt Folgendes:

Nach § 253 Abs. 1 ZPO ist mit der Zustellung der Klageschrift die Klage erhoben und damit ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht begründet. Erforderlich hierfür ist nur, dass das zugestellte Schriftstück als Klageschrift erkennbar ist. Weitere Voraussetzungen sind an die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses nicht zu stellen. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus § 253 Abs. 2 ZPO, der den notwendigen Inhalt einer Klageschrift bestimmt. Er besteht in der Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, der Angabe von Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs sowie einem bestimmten Antrag. Fehlt es an hinreichenden Angaben zu Gegenstand und Grund des Anspruchs oder an einem bestimmten Antrag, ist nach allgemeiner Ansicht eine dennoch zugestellte Klage - nach vorangegangenem Hinweis - als unzulässig abzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2012, VIII ZR 307/11; BGH, Urteil vom 28. Februar 1984, VI ZR 70/82, VersR 1984, 538). Eine derartige Abweisung setzt jedoch notwendigerweise voraus, dass zwischen den Parteien und dem Gericht überhaupt ein Prozessrechtsverhältnis besteht, da eine gerichtliche Entscheidung nicht außerhalb eines Prozessrechtsverhältnisses ergehen kann. Hieraus folgt, dass auch die Zustellung einer Klageschrift, die ihrerseits die Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt, wirksam ist und ein Prozessrechtsverhältnis begründet. Gleiches muss gelten, wenn - wie vorliegend - der Klage Teile der Anlagen nicht beigelegt waren (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2012, VIII ZR 307/11; Greger, in: Zöller, a.a.O., § 253 Rn. 26). Für die Beifügung von Anlagen verweist § 253 Abs. 4 ZPO auf die Vorschriften der §§ 131, 134, 135 ZPO. Zwar sind nach § 131 Abs. 1 ZPO Urkunden, auf die in einem Schriftsatz Bezug genommen wird, diesem beizufügen. Dass die Beifügung nicht konstitutiv für die Wirksamkeit der Zustellung sein kann, belegt allerdings der Inhalt der Ausnahmeregelungen. So müssen beispielsweise Urkunden, die von bedeutsamem Umfang sind, dem Schriftsatz nicht beigelegt werden; hier genügt vielmehr die genaue Bezeichnung mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren (§ 131 Abs. 3 Alt. 2 ZPO). Dass im Falle

des Fehlens von Unterlagen von geringem Umfang, die nach § 131 Abs. 1 ZPO beizufügen wären, eine Klagezustellung unwirksam sein soll, wohingegen sie im Falle des Fehlens umfangreicher Unterlagen unter den Voraussetzungen des § 131 Abs. 3 ZPO wirksam ist, erscheint wenig überzeugend. Gleiches gilt im Rahmen des § 135 ZPO, der Rechtsanwälten die Mitteilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung ermöglicht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2012, VIII ZR 307/11).

So verhält es sich auch hier.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Die Revision war nicht zuzulassen.

Die vorliegende Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Eine Sache hat grundsätzliche Bedeutung, wenn sie entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfragen aufwirft, die sich über den Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen können und deshalb für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, oder wenn andere (tatsächliche oder wirtschaftliche) Auswirkungen des Rechtsstreits auf die Allgemeinheit deren Interessen in besonderem Maße berühren (vgl. Kessal-Wulf, in: BeckOK ZPO, 19. Edition, § 543 Rn. 19, beck-online). Das ist hier nicht der Fall, weil die Frage, wann ein Rückzahlungsanspruch eingeklagt werden kann und damit fällig ist, durch den Bundesgerichtshof bereits geklärt ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 28). Darüber hinaus werden allein deshalb, weil der Rechtsstreit einen besonders hohen Streitwert aufweist, nicht tatsächliche oder wirtschaftliche Interessen der Allgemeinheit betroffen.

Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) erfordern keine Revisionszulassung. Der Senat hat die Entscheidung auf Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs getroffen. Dies gilt zunächst für die Frage, wann ein Rückzahlungsanspruch entstanden und fällig ist. Insoweit kann dahinstehen, ob - wie die Klägerin meint - die von ihr zitierten Entscheidungen einiger Oberlandesgerichte von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365-379, Rn. 28) abweichen. Denn auch dies würde nicht dazu führen, dass der Senat, der dieser BGH-Rechtsprechung folgt, die Revision zulassen müsste.

Soweit es darum geht, wann die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin von den Rückzahlungsansprüchen anzunehmen ist, weicht der Senat ebenfalls nicht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab, die entschieden hat, wann im Regelfall von Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2008, VII ZR 106/07). Denn der vorliegende Streitfall weist solche Besonderheiten auf, dass nicht von einem solchen Regelfall ausgegangen werden kann und daher von einer Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis der Klägerin von den Rückzahlungsansprüchen aufgrund zu viel geleisteter Abschlagszahlungen bereits vor dem Zeitpunkt auszugehen ist, zu dem die Klägerin Kenntnis von der Schlussrechnung und den mit dieser überlassenen Aufmaßunterlagen hatte. Das Vorliegen ihrer Kenntnis bzw. ihrer grob

fahrlässigen Unkenntnis hat der Senat sodann auf Grundlage allgemeiner Rechtsprechungsgrundsätze festgestellt. Insgesamt liegt daher keine Abweichung von vorhandener Rechtsprechung vor.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 56.214.369,74 Euro festgesetzt (§ 3 ZPO).

Der - vom Senat berücksichtigte - Schriftsatz der Klägerin vom 12. Februar 2016 bietet keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 4. März 2016 bietet ebenfalls keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.