

Fundstelle

openJur 2022, 15846

Rkr: AmtlSlg:

Ein in erster Instanz unterlaufener Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aufgrund einer fehlenden und nicht mehr nachholbaren Unterschrift unter den Übertragungsbeschluss auf den Einzelrichter nach § 348a ZPO führt nur bei Vorliegen auch der übrigen Voraussetzungen nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zur Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Ausgangsgericht.

Tenor

- ¹ Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 10. November 2021 wird zurückgewiesen.
- ² Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- ³ Das Berufungsurteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin in entsprechender Höhe des zu vollstreckenden Betrages Sicherheit geleistet hat.
- ⁴ Die Revision wird zugelassen.

Gründe

- ⁵ I.
- ⁶ Die Klägerin als Bestellerin begehrt von dem Beklagten als Werkunternehmer den Ersatz von Mehrkosten und Schadensersatz nach fünf Teilkündigungen eines zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages.
- ⁷ Die Klägerin, für die die X tätig war, errichtete das Y-Center in Stadt1. Mit Auftragsschreiben vom 22. Dezember 2016 beauftragte die Klägerin den Beklagten als Inhaber der Firma Z unter Einbeziehung der VOB/B und einem entsprechenden Leistungsverzeichnis mit diversen Bodenbelagsarbeiten in den von ihr errichteten Gebäuden, wobei insoweit auf die Anlage K1 Bezug genommen wird.
- ⁸ Der Beklagte teilte nach vorangegangenem Schriftverkehr zwischen den Parteien mit Schreiben vom 5. Juli 2017 (Anlage K9, Bl. 145 d. A.) gegenüber der Klägerin mit, dass er bis spätestens zum 24. Juli 2017 mit der Bauausführung beginne. An diesem Tag erschien der Beklagte jedoch nicht auf der Baustelle. Die Klägerin wies mit E-Mail vom selben Tag den Beklagten darauf hin, dass er nach dem Terminplan an diesem Tag mit seinen Arbeiten beginnen solle (Anlage K10). Der Beklagte meldete mit Schreiben vom 26. Juli 2017 Bedenken hinsichtlich der Restfeuchte des Estrichs an und teilte mit, dass das vorgesehene Parkett derzeit nicht lieferbar sei, wobei insoweit auf die Anlage B2 Bezug genommen wird. Mit Schreiben vom 1. August 2017 forderte die Klägerin den Beklagten erfolglos auf, mit den Bodenbelagsarbeiten im Bereich der Säle im 2. OG in Halle 2 mit Frist bis zum 4. August 2017 zu beginnen. Ferner wurde der Beklagte aufgefordert, die Baustelle mit Arbeitskräften, Geräten und Baustoffen so zu bestücken, dass mit der Arbeit in der Frist begonnen werden könne (Anlage K2). Mit E-Mail vom 4. August 2017 teilte die BGG mit, dass die vom Beklagten ebenfalls gerügten Aufschüsselungen beseitigt worden seien. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte sie wegen der Restfeuchte des Estrichs dem Beklagten ferner ihre Messergebnisse mit und stellte die Belegreife fest (Anlage B5).
- ⁹ Mit Schreiben vom 9. August 2017 forderte die Klägerin den Beklagten sodann erneut auf, bis zum 11. August 2017 mit den Bodenbelagsarbeiten im 2. OG der Halle 2 zu beginnen und die Arbeiten bis zum 28. August 2017 fertig zu stellen. Die Klägerin führte aus, dass der Estrich die für den Baubeginn erforderliche Restfeuchte aufweise, und wies die Bedenken des Beklagten zurück (Anlage K3). Mit Schreiben vom 15. August 2017 setzte die Klägerin dem Beklagten eine Frist zum Beginn der Verlegearbeiten und zur Lieferung des Eichenparketts für die Säle im 2. OG der Halle 2 bis zum 17. August 2017. Die Klägerin wies den Beklagten nach erneuten Messungen darauf hin, dass die Belegreife des Estrichs aufgrund geringer Restfeuchte gegeben sei. Die Restfeuchte betrage nur 1,7 %. Die Klägerin kündigte für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist die Kündigung des Vertrags an sowie die Beauftragung von Drittfirmen und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen (Anlage K4). Mit Schreiben vom 16. August 2017 meldete der Beklagte erneut Bedenken an (Anlage B4), teilte aber mit Schreiben vom 17. August 2017 der Klägerin mit, dass er trotz Bedenken "heute" die Arbeiten aufnehmen werde (Anlage B9). Die Klägerin wies die Bedenken zurück und kündigte mit Schreiben vom 18. August 2017 dem Beklagten den Auftrag im Bereich der Säle im 2. OG in Halle 2 (Anlage K5).

- ¹⁰ Mit Schreiben vom 13. September 2017 aktualisierte die Klägerin gegenüber dem Beklagten die Ausführungsstermine bezüglich der noch ausstehenden Bodenbelagsarbeiten (Anlage B15). Mit Schreiben vom 4. Oktober 2017 teilte der Beklagte unter Bezugnahme auf ein Gespräch vom selben Tag mit, dass er vertragskonform und vertragsgemäß seine Leistungen erbringen werde (Anlage K19, Bl. 119 d. A.).
- ¹¹ Nach weiterem Schriftverkehr setzte die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben vom 20. Oktober 2019 zum Beginn der Arbeiten hinsichtlich der Bodenbelagsarbeiten im 2. OG der Halle 1 (Parkett in Salons) eine Frist bis zum 24. Oktober 2017 unter Fertigstellung der Arbeiten bis zum 10. November 2017. Erneut drohte sie ihm eine Teilkündigung an und wies vorgebrachte Bedenken des Beklagten hinsichtlich der Restfeuchte des Untergrundes zurück (Anlage B19). Nach erneuter Bedenkenanmeldung des Beklagten kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 26. Oktober 2017 den Auftrag hinsichtlich der restlichen Parkettverlegearbeiten, d.h. im 2. OG der Halle 1 (Anlage B23).
- ¹² Ferner setzte sie ihm mit Schreiben vom gleichen Tag - erneut erfolglos - eine Nachfrist bis zum 30. Oktober 2017, um mit den Verlegearbeiten hinsichtlich des Teppichs und des Linoleums im 2. OG der Halle 1 (break out Räume und Büros) zu beginnen und drohte gleichzeitig die Auftragsentziehung an (Anlage B22). Nach dem fruchtlosen Verstreichen der Frist kündigte sie dem Beklagten auch diesen Leistungsteil mit Schreiben vom 2. November 2017 (Anlage K15).
- ¹³ Sie setzte ihm mit weiterem Schreiben vom 2. November 2017 für die Bodenarbeiten unter anderem im Backstage, Lager und den Technikräumen eine Nachfrist bis zum 7. November 2017 (Anlage B24). Der Beklagte rügte das Verhalten der Klägerin und meldete Baubehinderungen an (Anlage B25). Sodann kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 10. November 2017 den Auftrag bezüglich der vorgenannten Arbeiten (Anlage B 28).
- ¹⁴ Hinsichtlich der verbleibenden Restarbeiten, nämlich Linoleum in der Halle 2 im 3. OG (Regieraum/Gang) sowie weiteren Kleinflächen in Halle 2, setzte die Klägerin dem Beklagten für den Beginn der Arbeiten eine Nachfrist bis zum 16. November 2017 (Anlage B28) und kündigte nach erfolglosem Fristablauf mit Schreiben vom 17. November 2017 auch hinsichtlich dieses verbleibenden Leistungsteils (Anlage B29).
- ¹⁵ Die Klägerin hat behauptet, sie habe die vom Beklagten nicht ausgeführten Arbeiten an Drittfirmen vergeben. Die Arbeiten seien ausgeführt und von ihr bezahlt worden. Hierdurch seien ihr Mehrkosten in einer Gesamthöhe von 155.032,23 € entstanden, von denen bereits austitulierte 58.042,64 € abzuziehen seien. Die verbleibenden 96.980,68 € hat sie klageweise neben Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit geltend gemacht. Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und ist der Auffassung, mangels eines Kündigungsgrunds habe es sich nur um freie Kündigungen gehandelt.
- ¹⁶ Das Landgericht hat nach Übertragung auf die Einzelrichterin mit Beschluss vom 19. März 2020, den allerdings nur zwei Mitglieder der Kammer unterschrieben haben (Bl. 67 f. d. A.), mit dem angefochtenen Urteil, und auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, bis auf eine geringfügige Reduktion der Zinshöhe von 9 auf 5 Prozentpunkte der Klage stattgegeben. Die Klägerin habe gegen den Beklagten einen Anspruch gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B iVm § 5 Abs. 4 1. Alt. sowie § 5 Abs. 4 3. Alt., Abs. 3 VOB/B.
- ¹⁷ Der zwischen den Parteien geschlossene Werkvertrag sei wirksam. Dem stünde die Arbeitszeitregelung im Vertrag nicht entgegen, da die Formulierung zwischen 7:00 Uhr und 20:00 Uhr nicht bedeute, dass 13 h am Tag gearbeitet werden müssten, sondern Arbeiten nicht vor oder nach der angegebenen Zeit ausgeführt werden dürften. Die ausgesprochenen Teilkündigungen seien jeweils als sofortige Kündigungen wirksam erfolgt. Der Beklagte habe die jeweiligen Termine zum Beginn der Arbeiten ausdrücklich bestätigt, ohne sodann die Termine einzuhalten. Ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB stehe ihm nicht zu. Die fachlich versierte Klägerin habe die von ihm ausgesprochenen Bedenken ausdrücklich zurückgewiesen und ihn zur Aufnahme der Arbeiten aufgefordert bzw. angewiesen. Damit sei er insoweit von seiner Haftung befreit gewesen, weswegen ihm auch keine Einrede mehr zugestanden habe. Der Umstand, dass die Kündigungen teilweise vor den vereinbarten Fertigstellungsterminen erfolgt sei, hindere die Ausübung des Kündigungsrechts nach § 5 Abs. 4, 1. Alt. VOB/B nicht, wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe. Zudem habe der Beklagte die Baustelle weder mit Arbeitskräften noch mit Arbeitsgeräten ausreichend versorgt. Auch der Umstand, dass die Beauftragung einer Drittfirma erst ca. 4 Monate nach der Kündigung erfolgt sei, hindere das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht.

- ¹⁸ Rechtsfolge sei, dass die Klägerin von dem Beklagten den erforderlichen Aufwand einer Ersatzvornahme verlangen könne. Den zusätzlichen Aufwand habe die Klägerin ausreichend dargelegt, ohne dass der Beklagte die geltend gemachten Positionen substantiiert bestritten habe, obwohl er dazu in der Lage gewesen sei. Auf die Beauftragung der anderen Firmen vor der Kündigung komme es für die Geltendmachung des Schadens nicht an. Schließlich stünde den außerordentlichen Teilkündigungen auch nicht das bauvertragliche Kooperationsverbot entgegen, nachdem die Klägerin mehrfach und wiederholt alle Möglichkeiten einer Beschleunigung durch entsprechende Nachfristsetzungen und Zugeständnisse ausgenutzt habe.
- ¹⁹ Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 16. November 2021 (Bl. 215 d. A.) zugestellte Urteil hat der Beklagte mit am 21. November 2021 (Bl. 220 d. A.) eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (Bl. 232 d. A.) rechtzeitig mit am 17. Februar 2022 (Bl. 235 d. A.) bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Mit dem Rechtsmittel begehrt er die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Zur Begründung macht er vornehmlich geltend, das Urteil leide an Verfahrens- und materiellen Fehlern. Das Landgericht habe seine chronologische Schilderung des Geschehens außer Acht gelassen und seine berechnete Forderung nach Bauzeitverlängerung nicht hinreichend beachtet. Seinem Vortrag, die Restfeuchte sei zu hoch und Aufschüsselungen seien vorhanden, habe nachgegangen werden müssen. Einen Gewährleistungsverzicht habe die Klägerin gerade nicht ausgesprochen. Das Material für die Bodenarbeiten sei bei ihm im Lager gewesen und es habe keine Verpflichtung bestanden, das Parkett vorzeitig zu präsentieren. Unzutreffend habe das Landgericht ferner die Klausel zur Arbeitszeit ausgelegt. Schon deswegen sei der geschlossene Bauvertrag unwirksam. Aus der Luft gegriffen sei die Behauptung des Gerichts, die Klägerin habe über Sachverstand verfügt. Dies sei an keiner Stelle von den Parteien vorgetragen worden. Zudem sei die Schadenshöhe mitnichten nachvollziehbar von der Klägerin vorgetragen worden. Das erstinstanzliche Gericht habe ihm zumindest einen Hinweis erteilen müssen, wenn es anderer Meinung war. Ergänzend wird mit Blick auf den Vortrag des Beklagten auf Bl. 235 ff. d. A. verwiesen.
- ²⁰ Der Beklagte beantragt,
- ²¹ unter Abänderung des am 10. November 2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Wiesbaden, Az.5 O 145/19 die Klage abzuweisen.
- ²² Die Klägerin beantragt,
- ²³ die Berufung zurückzuweisen.
- ²⁴ Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Der Senat hat den Parteien einen Hinweis erteilt (Bl. 276 f. d. A.), worauf allerdings kein weitergehender Vortrag der Parteien erfolgt ist.
- ²⁵ Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren sowie die ihnen beigefügten Anlagen verwiesen.
- ²⁶ II.
- ²⁷ Der zulässigen Berufung bleibt der Erfolg versagt. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht und mit zutreffender Begründung, die sich der Senat ergänzend zu eigen macht, den Beklagten zur Zahlung in der ausgeurteilten Höhe verurteilt. Eine Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht ist nicht veranlasst. Allerdings ist insoweit die Revision zuzulassen.
- ²⁸ 1. Zu Recht und mit überzeugender Begründung hat das Landgericht der Klage stattgegeben.

- ²⁹ a) Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der ihr entstandenen Mehrkosten aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B iVm § 5 Abs. 4 1. Alt. sowie § 5 Abs. 4 3. Alt., Abs. 3 VOB/B zu. Denn die Klägerin durfte aufgrund des jeweils fruchtlos verstrichenen Baubeginns außerordentliche Teilkündigungen aussprechen. Insbesondere stand dem Beklagten nach den ausdrücklichen Anweisungen der Klägerin zur Aufnahme der Arbeiten kein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite, ohne dass es auf die Höhe der Restfeuchte oder das Vorhandensein von Schüsselungen ankäme. Denn - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - entfiel nach den ausdrücklichen und nachhaltigen Hinweisen des Beklagten dessen Haftung für die aus der Anweisung resultierenden Mängel (vgl. BGH [BauR 2012, 115](#) zit. nach juris Rn. 14). Zwar kann im Einzelfall trotz Haftungsfreizeichnung dennoch ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers fortbestehen. Dann aber muss die Durchführung der Bauarbeiten etwa eine Gefahr für Leib und Leben oder einen vergleichbaren Ausnahmetatbestand beinhalten (vgl. Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rn. 2036 unter Hinweis auf OLG Karlsruhe BeckRS 2004, 16185). Eine Gefahr für Leib und Leben oder ein vergleichbarer Ausnahmetatbestand sind weder vom Beklagten geltend gemacht noch ansonsten ersichtlich, so dass es bei der Pflicht zur Befolgung der Anweisungen des Bestellers verbunden mit einer etwaigen Haftungsfreizeichnung des Unternehmers zu verbleiben hat. Gleichwohl hat der Beklagte die Frist zum Baubeginn jeweils verstreichen lassen, ebenso wie die ihm von der Klägerin gesetzte Nachfrist, so dass diese zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war und einen Anspruch auf Ersatz der hieraus resultierenden Mehrkosten hat.
- ³⁰ b) Die hiergegen von der Berufung geltend gemachten Einwände greifen allesamt nicht durch.
- ³¹ aa) Fehl geht zunächst der Einwand zum Anspruchsgrund, der Bauvertrag sei unwirksam, weil im Leistungsverzeichnis eine Arbeitszeit von 13 h am Tag vorgesehen sei. So heißt es im Leistungsverzeichnis wörtlich "Für die eigene Planung der einzelnen Vorgänge/Bemessung der Manpower und des Geräts, etc./ hat der Bieter eine Montag bis Freitag 5-Arbeitstage-Woche und Arbeitszeiten zwischen 7:00 Uhr bis 20:00 Uhr zu Grunde zu legen" (Anlage K1 S. 4). Sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck der Klausel sprechen eindeutig dafür, dass es sich um Maximalzeiten und nicht um vorgegebene Arbeitszeiten handelte.
- ³² Zu Recht hat das Landgericht ferner festgestellt, dass der Beklagte innerhalb der gesetzten Fristen die ihm obliegenden Arbeiten nicht begonnen hat. Dabei kommt es auf die Gültigkeit des Ausführungsplanes nicht an. Denn aufgrund der Zusage des Beklagten, die Arbeiten am 24. Juli 2017 zu beginnen, bzw. mit der Zusage des Beklagten vom 4. Oktober 2017 nach der Vorlage des geänderten Terminplans, die Arbeiten fristgemäß zu beginnen, haben sich die Parteien jedenfalls auf die vom Beklagten akzeptierten Fristen für den Beginn der Arbeiten geeinigt. Der Einhaltung dieser Fristen ist der Beklagte trotz jeweils vor jeder der einzelnen Teilkündigungen erfolgloser Fristsetzung zur Vertragserfüllung und Androhung einer Kündigung des Auftrags nicht nachgekommen.
- ³³ Dabei ist der Beklagte der Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe keinerlei Arbeiten bis zum Ablauf der jeweils gesetzten Nachfristen durchgeführt, nicht entgegengetreten. Die Klägerin hat insoweit auch nicht widersprüchlich vorgetragen. Soweit der Beklagte hierzu auf ein Schreiben der Klägerin vom 18. August 2017 hinweist (Anlage B 11) und meint, aus der dortigen Ankündigung einer Teilabnahme ergebe sich, dass die Klägerin sehr wohl von der Erbringung von Teilleistungen des Beklagten ausgegangen sei, ist dieser Vortrag unbehelflich. Das Schreiben beinhaltet die erste Teilkündigung, die angekündigte Teilabnahme bezieht sich auf die damals noch zu erbringenden Arbeiten des Beklagten, die dann allerdings durch die weiteren Teilkündigungen ebenso wie die zunächst vorgesehene Teilabnahme obsolet wurden. Gleiches gilt für die von der Klägerin teilweise beglichene und von dem Beklagten für geleistete Arbeiten ins Feld geführte Abschlagsrechnung vom 5. August 2017 (Anlage B0). Die Zahlung erfolgte für die Prüfung der Oberflächenzugfestigkeit. Die Abschlagsrechnung sieht demgegenüber ausdrücklich keine Zahlung für Bodenbelagsarbeiten vor.
- ³⁴ Soweit der Beklagte rügt, es sei nicht ersichtlich, woraus das Gericht ein Verschulden seinerseits für den verzögerten Baubeginn abgeleitet habe, geht der Einwand schon deshalb fehl, weil ein Verschulden regelmäßig vermutet wird. Es hätte daher dem Beklagten obliegen, Gründe für sein fehlendes Verschulden vorzutragen. Unabhängig davon kann sich der Beklagte aber ohnehin nicht darauf berufen, die Verzögerung sei ohne sein Verschulden eingetreten. Die in § 5 Nr. 4 VOB/B vorgesehenen Rechte setzen insoweit, als es um den Beginn der Ausführung der Arbeiten geht, kein Verschulden voraus (vgl. OLG Koblenz [NJW-RR 1989, 1503](#) zit nach juris Rn. 43).

- ³⁵ Soweit der Beklagte weiterhin einwendet, das Landgericht habe seinen Vortrag zur Bedenkenanmeldung und eines daraus resultierenden Anspruchs auf Bauzeitverlängerung gemäß § 6 Abs. 2 VOB/B nicht beachtet, ist der Vortrag unverständlich. Dies gilt auch für die chronologische Schilderung der Abläufe aus Sicht des Beklagten in dessen Schriftsatz vom 30. September 2021 (Bl. 173 ff. d. A.). Das Landgericht hat sich ausführlich mit den Bedenkenanmeldungen des Beklagten auseinandergesetzt - sowohl im Tatbestand als auch in den Entscheidungsgründen. Es hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass aufgrund der Anweisung der Klägerin kein Leistungsverweigerungsrecht und damit zugleich auch kein Anspruch auf Bauzeitverlängerung des Beklagten folgte. Entsprechend stellt es auch keinen Verstoß gegen das rechtliche Gehör dar, dass das Landgericht der Berechtigung der Bedenkenanmeldung etwa durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht nachgegangen ist. Das gilt sowohl für die vom Beklagten behauptete, für Verlegearbeiten angeblich zu hohe Restfeuchte als auch für die behaupteten Schüsselungen. Dabei konnte das Landgericht zu Recht von einer Sachkunde der Klägerin ausgehen, da diese von einem Architektur- und Ingenieurbüro vertreten und beraten wurde und dort ohne Weiteres von einer entsprechenden Fachkunde ausgegangen werden kann.
- ³⁶ Nicht durchzudringen vermag der Beklagte des Weiteren mit dem Einwand, das Landgericht habe nach erfolgter Anweisung der Klägerin zu Unrecht eine Arbeitsaufnahme ohne Haftungsrisiko für den Beklagten unterstellt. So habe die Klägerin etwa in ihrem Schreiben vom 9. August 2017 ausdrücklich formuliert, dass der Beklagte aus dem Gewährleistungsrisiko nicht entlassen sei. Hierbei übersieht der Beklagte, dass die erfolgte Anweisung selbstverständlich nicht zum Ausschluss jeglicher Gewährleistung führt, sondern nur zum Wegfall für solche Mängel, die auf eine überhöhte Restfeuchte bzw. vorhandene Schüsselungen zurückzuführen sind.
- ³⁷ Soweit der Beklagte meint, die Klägerin habe demgegenüber zu Unrecht auf die Fortgeltung von Gewährleistungsrechten bestanden, weswegen ihm aufgrund des damit verbundenen Haftungsrisikos die Aufnahme der Arbeiten unzumutbar gewesen sei und dies aus Anlage K3 schließt, vermag der Senat diesem Ansatz nicht zu folgen. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob im Fall eines unberechtigten Beharrems auf einem tatsächlich nicht gegebenen Gewährleistungsrecht sich daraus für den Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht ergibt. Denn aus dem von dem Beklagten herangezogenen Schreiben der Klägerin ergibt sich gerade, dass die Klägerin sich der Tatsache gewahr war, ihre Anweisung trotz Bedenkenanmeldung bezüglich der vorhandenen Restfeuchte seitens des Beklagten würde zu einer Risikoverlagerung zu ihren Lasten führen. So führte die Klägerin dort aus, dass, sollte es zu einem späteren Zeitpunkt zu Schäden kommen, ein Sachverständiger zu klären habe, ob die Schäden auf zu viel Restfeuchte zurückzuführen sei. Daraus ergab sich für den Beklagten eindeutig, dass im Fall zu hoher Restfeuchte auch aus Sicht der Klägerin das Schadensrisiko bei der Klägerin lag, da andernfalls eine Untersuchung der Schadensursache durch einen Sachverständigen unnötig gewesen wäre. Entsprechend war auch der Nachsatz zu verstehen, dass die Klägerin den Beklagten nicht aus seiner Gewährleistungspflicht entlassen würde, nämlich bezogen auf andere Schadensursachen als eine etwaige Restfeuchte des Estrichs.
- ³⁸ Nicht zum Erfolg führt schließlich auch der weitere Vortrag des Beklagten zum Kündigungsgrund nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B iVm § 5 Abs. 4 3. Alt., Abs. 3 VOB/B. Die Verpflichtung zur Bereitstellung von Arbeitskräften und Arbeitsmitteln ist zwar nicht ausdrücklich im Vertrag geregelt, ergibt sich aber aus dem Gesetz. Dabei handelt es sich auch nicht um eine "Präsentation" des Materials, sondern um die Sicherstellung der Einhaltung der Arbeitsfristen. Diesbezüglich hat die Klägerin unwidersprochen behauptet, der Beklagte sei allein mit einer ungeeigneten Schleifmaschine auf der Baustelle erschienen. Hierdurch konnten offenkundig die Ausführungsfristen nicht eingehalten werden. Das gilt unabhängig von der Behauptung des Beklagten, das Material habe sich im Lager befunden. Denn damit ist etwa das Problem der fehlenden Arbeitskräfte nicht gelöst. Entsprechend brauchte auch dem diesbezüglichen Beweisangebot des Beklagten nicht nachgegangen zu werden.
- ³⁹ bb) Ferner vermag der Beklagte auch mit seinen gegen die Anspruchshöhe gerichteten Angriffen nicht durchzudringen. Soweit der Beklagte insoweit eine Überraschungsentscheidung des erstinstanzlichen Gerichts rügt, versäumt er bereits, näher darzulegen, was er auf einen entsprechenden Hinweis des Landgerichts vorgetragen hätte. Dann aber bleibt es bei der zutreffenden Feststellung des Landgerichts, der Beklagte habe die nachvollziehbar dargestellten Mehrkosten der Klägerin nicht substantiiert bestritten, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre (vgl. zu den Anforderungen an den Vortrag des Bestellers etwa Frechen in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., 2018, Rn. 2328). Dabei fehlt es dem Vortrag der Klägerin auch nicht an einer Nachvollziehbarkeit, weil die Klägerin vorgerichtlich einen niedrigeren Schaden geltend gemacht hat.

- ⁴⁰ 2. Zwar ist das angefochtene Urteil entgegen der gesetzlichen Vorschriften vom Einzelrichter und nicht von der Kammer gefasst worden. Dieser Verstoß gegen den gesetzlichen Richter führt aber nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Stattdessen ist die Berufung zurückzuweisen.
- ⁴¹ Der Verstoß gegen den gesetzlichen Richter ist - der Rechtsprechung des OLG Frankfurt zufolge, der sich der Senat anschließt, - von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. OLG Frankfurt am Main [MDR 2003, 1375](#)). Er ist dadurch begründet, dass gemäß § 348 Abs. 2 c) ZPO grundsätzlich die Zuständigkeit der Kammer gegeben ist, hingegen der Einzelrichter entschieden hat. Zwar hat die Kammer einen Übertragungsbeschluss auf den Einzelrichter gemäß § 348a Abs. 1 ZPO gefasst. Den Beschluss haben aber nur zwei von drei Kammermitgliedern unterschrieben (Bl 67 f. d. A.). Dieser Übertragungsbeschluss ist nicht wirksam geworden. Denn zur Wirksamkeit des Beschlusses ist die Unterschrift aller mitwirkenden Richter erforderlich. § 315 ZPO findet, auch wenn er in §329 Abs. 1 ZPO nicht genannt ist, auf Beschlüsse entsprechende Anwendung (vgl. OLG Koblenz [JurBüro 2011, 493](#); MünchKommZPO/Musielak, 2020, § 329 Rn. 3; Zöller/Feskorn, ZPO, 2022, § 329 Rn. 43; aA OLG Düsseldorf [MDR 1980, 943](#)).
- ⁴² Die fehlende Unterschrift ist auch nicht mehr nachholbar, da dies der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zufolge unter Heranziehung von §§ 517, 548 ZPO nur 5 Monate nach der Entscheidung möglich ist, diese 5 Monate jedoch abgelaufen sind (vgl. BGH [NJW 2006, 1881](#); [NJW-RR 2007, 141](#); OLG Hamm, Urteil vom 25. November 2014 - 24 U 43/15, juris Rn. 15; Zöller/Feskorn, ZPO, 2022, § 315 Rn. 8 für Urteile). Zwar ist die vorgenannte Rechtsprechung mit Blick auf Urteile ergangen. Für den hier vorliegenden (unanfechtbaren) Beschluss gilt hingegen nichts anderes. Denn mit der vorgenannten Fristenregelung wird die Zeit für die nachträgliche Abfassung, Unterzeichnung und Übergabe an die Geschäftsstelle des bei der Verkündung noch nicht vollständig abgefassten Urteils begrenzt; darin kommt die gesetzliche Wertung zum Ausdruck, Fehlerinnerungen der an der Entscheidung beteiligten Richter zu vermeiden und damit zur Rechtssicherheit beizutragen (vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, [NJW 1993, 2603](#), 2604) Das darin enthaltene Argument des abnehmenden Erinnerungsvermögens der erkennenden Richter gilt für Urteile und Beschlüsse gleichermaßen. Damit ist die Übertragung auf den Einzelrichter gescheitert und es hätte die Kammer, statt der Einzelrichterin entscheiden müssen.
- ⁴³ Dem steht § 348a Abs. 3 ZPO nicht entgegen, da die Vorschrift zwar bestimmt, dass eine Entscheidung hiernach unanfechtbar ist, damit aber gleichzeitig einen Beschluss voraussetzt, an dem es vorliegend ermangelt. Eine Heilung nach § 295 Abs. 1 ZPO kommt gleichfalls nicht in Betracht, da es sich bei dem gesetzlichen Richter nicht um eine Vorschrift handelt, auf deren Befolgung eine Partei wirksam verzichten kann, § 295 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH [NJW 1993, 600](#); OLG Koblenz [JurBüro 2011, 493](#)).
- ⁴⁴ Dieser Verstoß führt aber entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Koblenz ([JurBüro 2011, 493](#)) gleichwohl nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 2022, § 538 Rn 14 und 31; MünchKommZPO/Rimmelpacher, 2020, § 538 Rn. 38).
- ⁴⁵ Hiergegen spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Denn hiernach ist für eine Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Ausgangsgericht neben einem wesentlichen Verfahrensmangel, den ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter darstellt (vgl. BGH [NJW 2008, 1672](#); aA MünchKommZPO/Rimmelpacher, 2020, § 538 Rn. 37), zusätzlich ein Antrag auf Zurückverweisung sowie insbesondere eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erforderlich. Hieran fehlt es, da - wie dargelegt - das Verfahren entscheidungsreif ist.
- ⁴⁶ Auch die Systematik der Vorschrift spricht gegen eine Aufhebung und Zurückverweisung. Denn das Gesetz sieht in den weiteren Fällen des § 538 Abs. 2 Nr. 2 bis 7 ZPO eine Zurückverweisung auch dann vor, wenn keine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erforderlich ist. Gleichwohl hat der Gesetzgeber den Fall eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter nicht einem solchen Fall gleichgestellt. Vielmehr geht das Gesetz gemäß § 538 Abs. 1 ZPO im Grundsatz davon aus, dass das Berufungsgericht die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden hat.
- ⁴⁷ Folglich verpflichtet § 538 Abs. 1 ZPO das Berufungsgericht grundsätzlich dazu, die erstinstanzlichen Verfahrens- und Entscheidungsmängel selbst zu beheben. Ziel hiervon ist es, den Aufwand mehrfacher Bearbeitung gering zu halten und Verzögerungen durch Hin- und Herschieben von Fällen zwischen den Instanzen zu vermeiden (vgl. BGH [NJW-RR 2017, 531](#) Rn. 11; Ball in: Musielak/Voit, ZPO, 2022, § 538 Rn. 1). Entsprechend spricht auch der Telos der Vorschrift dafür, den Anwendungsbereich der Ausnahmvorschrift des § 538 Abs. 2 ZPO eng zu gestalten und eine Aufhebung und Zurückverweisung nur in eng begrenzten Fällen und entsprechend unter engen Voraussetzungen zur Anwendung zu bringen.

- ⁴⁸ Auch der Umstand, dass der Verfahrensfehler zu einer nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des erkennenden Gerichts und damit zu einem absoluten Revisionsgrund gemäß § 547 Nr. 1 ZPO geführt hat, impliziert keine Aufhebung und Zurückverweisung. Denn das Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes führt nicht zwingend zu einer Aufhebung und Zurückverweisung, wie etwa ein Verstoß gegen § 547 Nr. 6 ZPO zeigt (vgl. dazu BGH NJW 2011, 769, 770). Soweit das OLG Koblenz seine gegenteilige Ansicht damit zu begründen sucht, dass ein in der ersten Instanz unterlaufener Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch in der Berufungsinstanz unabhängig von dem Vorliegen der weiteren Voraussetzungen in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung führen müsse, weil das erstinstanzliche Urteil überhaupt keine Grundlage für das Berufungsverfahren darstellen könne (vgl. OLG Koblenz JurBüro 2011, 493), vermag dieser Gedanke nach Auffassung des Senats nicht zu überzeugen. Ob ein erstinstanzliches Urteil Grundlage für das Berufungsverfahren darstellen kann, entscheidet sich anhand von § 538 ZPO und kann gerade nicht unabhängig von der Wertung des Gesetzgebers postuliert werden.
- ⁴⁹ Dass der Verstoß gegen den gesetzlichen Richter jedenfalls nicht automatisch einer Berufungsentscheidung in der Sache die Grundlage entzieht, zeigt auch ein Blick in andere Verfahrensordnungen wie etwa das FamFG, wonach die befristete Beschwerde gemäß § 65 Abs. 4 FamFG bereits nicht darauf gestützt werden kann, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.
- ⁵⁰ Dem steht schließlich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen, wonach die Entscheidung durch den Einzelrichter anstelle des Kollegiums des Berufungsgerichts zur Aufhebung und Zurückverweisung führt (vgl. BGH NJW 1993, 600). Denn die Entscheidung ist nach altem Recht ergangen und betrifft insbesondere die Revisions- und nicht die Berufungsinstanz. Die Berufungsinstanz ist aber im Gegensatz zur Revisionsinstanz eigenständige Tatsacheninstanz und ermöglicht damit eigene Feststellungen des die Ausgangsentscheidung überprüfenden Gerichts.
- ⁵¹ 3. Die Kostenentscheidung beruht auf §97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war, worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung am 15. Juli 2022 die Parteien hingewiesen hat, aufgrund der entscheidungserheblichen Abweichung von der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Koblenz (JurBüro 2011, 493) zuzulassen.