

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

16 U 41/15

3 O 262/11 Landgericht Stade

Verkündet am
27. August 2015

...,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Nordseeheilbad C. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer ...,

Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro ...,

gegen

1. Dipl.-Ing. H. B., Inhaber des Architekturbüros B., ...,

Beklagter und Berufungskläger,

2. C. Ingenieur-Gesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer ...,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1:

Anwaltsbüro ...,

Prozessbevollmächtigte zu 2:

Anwaltsbüro ...,

hat der 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 13. August 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Landgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... für Recht erkannt:

Die Berufungen der Klägerin und des Beklagten zu 1 gegen das am 10. Dezember 2014 verkündete Urteil des Landgerichts Stade werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten tragen die Klägerin und der Beklagte zu 1 je zur Hälfte. Der Beklagte zu 1 trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zur Hälfte. Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 allein. Im Übrigen tragen die Parteien ihre eigenen außergerichtlichen Kosten selbst.

Das angefochtene Urteil und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht jeweils der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Berufungswert: 1.875.000 €.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadensersatz und Feststellung weiterer Ersatzpflicht in Anspruch. Der Beklagte zu 1 war als Architekt beauftragt mit Archi-

tektenleistungen für den Neubau, Umbau und die Renovierung des Meerwasserbrandungsbades in C.-D. Die Beklagte zu 2 war als Projektsteuerer beauftragt, wobei beide Verträge jedenfalls Ende der 1990er Jahre abgeschlossen worden sind. Die im Schwimmbad durchzuführenden Fliesenarbeiten wurden der Fa. V. in Auftrag gegeben. Die Arbeiten wurden durchgeführt und das Schwimmbad im September 2000 wieder eröffnet.

Sodann traten Mängel im Bereich der Fliesenarbeiten auf (abgelöste Fliesen, Auftreten von öliger und stinkender Flüssigkeit unter den Fliesen und im Estrich). Statt der Verwendung des ausgeschriebenen Abdichtungssystems auf Epoxidbasis war wegen des nicht ausreichend ausgetrockneten Untergrundes nach mehreren Besprechungen der Beteiligten ein Abdichtungssystem auf mineralischer Grundlage des Herstellers Botament eingesetzt worden, wobei die Einzelheiten streitig bzw. ungeklärt sind.

Wegen der aufgetretenen Mängel leitete die Klägerin schließlich am 21.05.2003 ein selbständiges Beweisverfahren ein (LG Stade 3 OH 6/03), in dem der Sachverständige Dr.-Ing. N. unter Einschaltung des weiteren Gutachters (Chemiker) B. seine Gutachten erstattete.

Die Klägerin hat behauptet, beide Beklagten seien für die aufgetretenen Schäden an den Fliesen verantwortlich und haftbar. Es handele sich um Planungsfehler bzw. Aufsichtsfehler, die zu den Mängeln geführt hätten. Für diese Mängel habe auch die Beklagte zu 2 als Projektsteuerer einzustehen. Es sei ein vollständiger Austausch der Abdichtungsebene der Schwimmbecken erforderlich, was zumindest einen Kostenaufwand von 1.075.615,75 € erfordere und die Feststellung der weiteren Ersatzpflicht rechtfertige. Verjährung sei nicht eingetreten.

Das Landgericht hat nach nochmaliger Anhörung des Sachverständigen der Klage gegen den Beklagten zu 1 stattgegeben und die Klage gegen die Beklagte zu 2 abgewiesen.

Das Landgericht hat gestützt auf die Beweisaufnahme Mängel der Abdichtungsebenen in den drei Becken des Schwimmbades festgestellt. Diese seien in ihrer

Funktionalität unbrauchbar (hohlliegende Fliesenbereiche, eindringende Feuchtigkeit unter die Abdichtungsebenen). Zwar sei ein Planungsfehler des Beklagten zu 1 im Hinblick auf die Verwendung des geänderten Abdichtungssystems der Fa. Botament nicht gegeben, weil nicht sicher festzustellen sei, dass das verwendete System grundsätzlich nicht für das Bauvorhaben geeignet gewesen sei. Dagegen falle dem Beklagten zu 1 ein Überwachungsfehler zur Last, denn die aufgetretenen Mängel beruhten auf Fehlern der handwerklichen Leistung des Fliesenlegers V., dessen Arbeiten der Beklagte zu 1 nicht hinreichend geprüft und beaufsichtigt habe. Die Schadenshöhe sei mit den Ausführungen des Sachverständigen hinreichend feststellbar. Es müsse ein Austausch und fachgerechter Einbau des Abdichtungssystems in den betroffenen Becken erfolgen. Ein Abzug „neu für alt“ komme nicht in Betracht. Auch die Einrede der Verjährung greife nicht durch.

Ein Anspruch gegen die Beklagte zu 2 sei dagegen nicht begründet. Der Beklagten sei eine positive Vertragsverletzung (pVV) nicht anzulasten, denn zu ihren Aufgaben als Projektsteuerer habe es nicht gehört, den Architekten oder den Unternehmer in technischer Hinsicht zu überwachen. Gegenteiliges lasse sich jedenfalls nicht feststellen.

Gegen dieses Urteil, auf das wegen weiterer Einzelheiten gemäß § 540 ZPO verwiesen wird, richten sich die Berufungen der Klägerin und des Beklagten zu 1. Die Klägerin begehrt auch die Verurteilung der Beklagten zu 2 als Gesamtschuldnerin neben dem Beklagten zu 1. Der Beklagte zu 1 verfolgt mit seiner Berufung die vollständige Klagabweisung.

Berufung der Klägerin:

Sie beanstandet, dass das Landgericht bei der Beurteilung der Vertragspflichten der Beklagten zu 2 den vorgetragene Sachverhalt nicht ausgeschöpft und einen Hinweis nach § 139 ZPO unterlassen habe (Bl. 528). Dazu gehöre das Angebot der Beklagten zu 2 vom 09.09.1996 (Bl. 214) und das weitere Honorarangebot vom 05.12.1997 (Bl. 310) sowie das Schreiben der Klägerin (Rechtsvorgängerin) vom 26.06.1998 (Bl. 312). Dies belege das Zustandekommen des Projektsteuerungsvertrages mit der Beklagten zu 2 zu einem Gesamtpauschalpreis von

375.000 DM (nicht €, wie Bl. 529!) zuzüglich 10 % NK nebst weiteren Rechnungen für die Phase 5. Damit seien auch die konkreten der Beklagten zu 2 übertragenen Leistungen hinreichend dargestellt, wozu nach Auffassung der Klägerin dann auch die Oberbauleitung und Qualitätsüberwachung gehört habe. Diese Pflichten habe die Beklagte zu 2 verletzt.

Das Landgericht habe auch unter Verstoß gegen §§ 142, 421 ZPO nicht der Beklagten zu 2 die Vorlage der Vertragsunterlagen und der Leistungsbeschreibung aufgegeben. Dementsprechend hätte nach Ansicht der Klägerin die Beklagte zu 2 auch die Qualität des Einbaus der Abdichtung überwachen müssen, was sich auch bereits aus deren eigenen Angebot vom 09.09.1996 ergebe.

Die Klägerin rügt weiter einen Verstoß des Landgerichts gegen §§ 133, 157 BGB, weil ohne die Leistungsbeschreibung nicht habe beurteilt werden können, ob die Beklagte zu 2 neben dem Architekten (Beklagter zu 1) mit gleichlautenden Pflichten beauftragt gewesen sei. Auf den Vertrag mit der Beklagten zu 2 sei mithin auch Werkvertragsrecht anzuwenden. Die Beklagte zu 2 hätte daher auch und vor allem die Ausführung der Abdichtungsarbeiten überprüfen müssen.

Zumindest hätte die Beklagte zu 2 die Klägerin auf die Risiken eines alternativen Abdichtungssystems hinweisen müssen. Auch hier habe die Beklagte zu 2 ihre Pflichten verletzt. Verjährung sei auch im Verhältnis zur Beklagten zu 2 nicht eingetreten.

Die Klägerin beantragt,

1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu 2 neben dem Beklagten zu 1 gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an die Klägerin 1.075.615,75 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu verurteilen und
2. es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2 neben dem Beklagten zu 1 als Gesamtschuldnerin verpflichtet ist, der Klägerin alle weiteren Schäden wegen der mangelhaften Abdichtungsarbeiten beim Bauvorhaben

Umbau, Neubau und Modernisierung des Meerwasser-Brandungsbades
in C. zu ersetzen.

Die Beklagte zu 2 beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil als richtig.

Der Beklagte zu 1 beantragt,
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung des Beklagten zu 1 zurückzuweisen.

Berufung des Beklagten zu 1:

Er wendet sich gegen die Feststellungen des Landgerichts zu ihm anzulastenden Bauaufsichtsfehlern. Nach den Feststellungen des Sachverständigen (im Folgenden: SV) sei die funktionale Nutzbarkeit der Schwimmbecken trotz der aufgetretenen Mängel gegeben. Geschädigt sei danach lediglich die Verbundabdichtung und in Teilbereichen abgelöste Fliesen. Die Schwimmbecken seien dagegen dicht. Anderes habe auch der Sachverständige nicht festgestellt. Deshalb komme auch der Verbundabdichtung entgegen der Auffassung des Landgerichts keine existenzielle Bedeutung zu. Die vom Hersteller Botament geforderte Trockenschichtdicke der Abdichtung von wenigstens 2 mm sei auch gar nicht zu überprüfen gewesen. Das Landgericht habe auch nicht geklärt, ob eine zweite Schicht aufgebracht worden sei. Auch das lasse sich nicht ohne weiteres überprüfen; der SV habe dazu keine Feststellungen getroffen. Das Landgericht habe auch keinen Hinweis dazu erteilt, zur Prüfung der Nassschichtdicke weiter vorzutragen (Bl. 611). Diese sei auch gerade nicht überprüfbar. Eine Prüfung der Trockenschichtdicke wäre aber ohne zerstörende Eingriffe nicht möglich gewesen; dies entspreche auch nicht den anerkannten Regeln der Technik. Dazu hätte Beweis erhoben werden müssen (Bl. 611). Ebenso habe das Landgericht einen Hinweis dazu unterlassen, dass der Beklagte zu den Materialmengen hätte vortragen sollen, um dadurch gewisse

Rückschlüsse auf die Schichtdicke zu ermöglichen. Danach könne gerade nicht festgestellt werden, dass die Nassschichtdicke nicht hinreichend überprüft worden sei.

Vor allem sei aber eine Ursächlichkeit der (ggf. unzureichenden) Abdichtungsdicke für die aufgetretenen Schäden auch vom Sachverständigen gerade nicht festgestellt worden.

Soweit das Landgericht weiterhin meine, es sei nicht ausreichend überprüft worden, welche Materialien der Firma Botament oder anderer Hersteller tatsächlich von der Fa. V. zum Einsatz gekommen seien, betreffe das allein das Außenbecken; hinsichtlich des Wellenbeckens und des Thermenbeckens seien derartige Feststellungen durch den SV nicht getroffen worden. Auch daraus könne gerade nicht auf eine Ursache für das Versagen der Verbundabdichtung geschlossen werden. Solches habe auch der SV nicht festgestellt. Überhaupt habe der SV die konkrete Ursache der Mängel nicht im Detail angeben können. Tatsächlich sei die Ursache für das teilweise Lösen der Fliesen nicht festgestellt.

Dies gelte auch für mögliche alternative Schadensursachen etwa durch Weichmacher in Reinigungsmitteln oder eine zu frühe Inbetriebnahme.

Zur Höhe des Schadens sei ein Rückbau auch des Estrichs nicht erforderlich. Die Schadenshöhe sei zudem bestritten und das Landgericht habe nicht schätzen dürfen (Bl. 616).

Zudem sei entgegen der Auffassung des Landgerichts auch ein Abzug „neu für alt“ vorzunehmen. Der Beklagte zu 1 sei nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet; das habe das Landgericht übersehen. Die Klägerin selbst habe das Verfahren nicht zügig betrieben und das Schwimmbad ständig genutzt und nutzen können. Gebrauchsnachteile habe es nicht gegeben. Deshalb sei ein Abzug von 3/5 der Schadenssumme vorzunehmen.

Anzurechnen seien zudem auch die bestehenden Gewährleistungsbürgschaften der Fa. V.

Schließlich seien etwaige Ansprüche auch verjährt.

Die Klägerin verteidigt demgegenüber das angefochtene Urteil als richtig.

Sie ist darüber hinaus der Auffassung, dass schon die ursprünglich vom Beklagten zu 1 geplante Abdichtung nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprochen habe. Darauf habe der Beklagte hinweisen müssen. Auch die letztlich eingebaute Abdichtung nach dem System Botament habe nach den Feststellungen des SV nicht das erforderliche bauaufsichtsrechtliche Prüfzeugnis gehabt, weil das System lediglich für trinkwasserähnliche Wässer geprüft war, nicht jedoch für das hier vorliegende Meerwasser. Hierauf hätte der Beklagte die Klägerin hinweisen müssen. Der Beklagte zu 1 hätte dazu vorliegend eine Einzelfallprüfung vornehmen müssen. Auch dies sei nicht erfolgt, so dass im Ergebnis bereits ein Planungsfehler vorliege. Bei einem gebotenen Hinweis an die Klägerin wäre der Einbau dieses Systems unterblieben.

Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 1 hätte er auch und vor allem die Abdichtungsarbeiten intensiv überprüfen müssen und auch können. Ein Mangel liege bereits in der nicht ausreichenden Schichtdicke der Abdichtung vor, ohne dass es noch darauf ankäme, ob dies auch die Ursache für das Ablösen von Fliesen gewesen sei. Der SV habe zudem eindeutig ausgeführt, dass die von ihm skizzierten Mängel in ihrer Gesamtheit zu den letztlich festgestellten Schäden geführt hätten. Der Beklagte zu 1 habe schließlich bis jetzt nicht einmal dargetan, ob und wie er überhaupt Überprüfungen im Hinblick auf die aufgebrachte Abdichtung vorgenommen habe (Bl. 730).

II.

Die Berufungen der Parteien haben in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat richtig entschieden.

1. Berufung der Klägerin:

Eine Haftung der Beklagten zu 2 für die aufgetretenen Schäden kann mit dem Landgericht nicht festgestellt werden. Es fehlt bereits an einer festzustellenden Vertragspflichtverletzung.

Zwar ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Beklagte zu 2 als Projektsteuerer beauftragt war und diese Tätigkeiten auch wahrgenommen hat. Indessen hat das Landgericht zutreffend darauf verwiesen, dass unklar geblieben ist, mit welchem konkreten Pflichtenprogramm die Beklagte zu 2 insoweit beauftragt war, insbesondere ob es auch zu ihren Aufgaben gehörte, etwa die Planung des Beklagten zu 1 zu überprüfen und sogar eine Art von Oberbauaufsicht oder auch nur eine weitere begleitende Bauaufsicht neben dem Beklagten zu 1 zu übernehmen, der diese Aufgaben als Architekt unstreitig schuldete.

Soweit die Klägerin insbesondere zur Aufsichtspflicht hinsichtlich der hier vor allem streitigen Vornahme der Abdichtungsarbeiten in den Schwimmbecken behauptet, die Beklagte habe hier ihre Pflichten verletzt, lässt sich gerade eine derartige Vertragspflicht nicht feststellen. Dies hat das Landgericht zutreffend gesehen, so dass auf dessen Ausführungen zur Meidung von Wiederholungen zunächst Bezug genommen werden kann (LGU 29 ff.).

Ergänzend ist Folgendes noch auszuführen:

Ein ausformulierter Vertrag, mit dem der Beklagten zu 2 die Projektsteuerung für das Bauvorhaben übertragen worden ist, ist nicht vorgelegt. Auszuwerten sind daher zunächst allein die dazu vorgelegten Korrespondenzen der Parteien. Dies ist zum einen das Honorarangebot der Beklagten zu 2 vom 09.09.1996 (Anlage K 14 = Bl. 214 f.) und das weitere Angebot vom 05.12.1997 (Bl. 310 f.). Zum anderen ein Schreiben der Stadtwerke C. vom 26.06.1998 (Bl. 312), mit dem der Auftrag zur Projektsteuerung auf der Grundlage des Angebots vom 05.12.1997 angenommen worden ist. Bezug genommen wird dazu auf die genannten Phasen 1 bis 4 „wie in ihrem Angebot detailliert dargelegt“.

Der Senat wertet dieses Schreiben als Auftragsvergabe an die Beklagte zu 2 durch die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerin, im Folgenden wie schon bisher allein Klägerin genannt). Weitere Vertragsunterlagen, die die konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Pflichten der Beklagten zu im Einzelnen festlegen, konnten von der Klägerin nicht vorgelegt werden. Nach der Darstellung der Beklagten gibt es solche auch nicht. Dies hat sie auf entsprechende Auflage durch das Landgericht mit Verfügung vom 16.11.2012 (Bl. 275 R) mitgeteilt (Bl. 295) und ergänzend vorgetragen, dass die Klägerin selbst sämtliche bei der Beklagten zu 2 vorhandene Unterlagen mit einem eigens nach B. geschickten Fahrzeug hat abholen lassen (dies ist zwischen den Parteien auch unstrittig). Das Gericht hat damit bereits die von der Klägerin vermisste Auflage nach § 142 ZPO erteilt. Die Klägerin hat darauf lediglich mit dem Hinweis reagiert, dies sei im Hinblick auf Aufbewahrungsfristen wenig glaubhaft (Bl. 297).

Danach hat der Senat davon auszugehen, dass es weitere Vertragsunterlagen zum Projektsteuerungsvertrag nicht gibt. Etwas anderes hat auch die Klägerin, die unstrittig im Besitz sämtlicher Ordner zu dem Bauvorhaben ist, nicht mit Substanz dargetan und unter Beweis gestellt. In diesem Punkt, der jedenfalls seit Beginn des Prozesses ein zentrales Thema zwischen den Parteien war (vgl. auch mündliche Verhandlung vom 21.08.2012, Bl. 200), war das Landgericht auch nicht gehalten, weitere Hinweise nach § 139 ZPO zu erteilen. Insoweit ist auch nicht ersichtlich, was die Klägerin denn gerade zum strittigen Vertragsinhalt noch hätte vortragen wollen oder können.

Soweit die Klägerin mit der Berufung weitere Honorarrechnungen der Beklagten zu 2 vorlegt, ist denen in Bezug auf die allein maßgeblichen Vertragspflichten nichts Weiteres zu entnehmen. Als Auslegungsmaßstab verbleiben daher die oben genannten Schreiben. Mit Recht hat das Landgericht aber daraus nichts konkretes für eine Beauftragung der Beklagten, die unstrittig als Projektsteuerer eingesetzt worden ist und werden sollte, auch mit Aufgaben der Bauaufsicht oder Überprüfung der Planung des Architekten erkennen können. Als Leistungsbeschreibung kann nur die stichwortartige Auflistung im Angebot der Beklagten zu 2 vom 09.09.1996 angesehen werden (Bl. 214). Die Auftragserteilung erfolgte jedoch unter Bezugnahme auf das Angebot der Beklagten zu 2 vom 05.12.1997 mit

Schreiben der Klägerin vom 26.06.1998, Bl. 312. In dem vorgenannten Angebot der Beklagten, in dem die dann auch beauftragten Phasen 1 bis 4 aufgeführt sind, finden sich ebenso keinerlei Hinweise darauf, dass die Beklagte gerade auch Aufgaben der Bauaufsicht wahrzunehmen hatte. Vortrag mit Substanz zu diesem Gesichtspunkt hat die Klägerin auch in erster Instanz nicht gehalten und unter Beweis gestellt. Es kann daher auch nicht allein aus dem Hinweis auf die Übernahme von Projektsteuerungsleistungen in den genannten Phasen 1 bis 4 darauf geschlossen werden, dass die Bauleitung oder Oberbauleitung hiermit der Beklagten zu 2 obliegen haben sollte. Soweit die Klägerin auf die o. g. Auflistung abstellt, in der die Übernahme der Oberbauleitung bei schlüsselfertiger Vergabe einen Generalunternehmer vorgesehen war, ist dies ebenfalls ohne entscheidende Bedeutung, denn für das Projekt wurde gerade keine Vergabe an einen Generalunternehmer durchgeführt. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, dass - ungeachtet der präziseren Beschreibung der Leistungen für die Phase 1 (Bl. 215) - eine solche auch für die weiteren Phasen jemals erstellt worden ist. Dazu liegt allein das Angebot der Beklagten zu 2 vom 05.12.1997 vor, das allerdings insoweit gerade keine weiteren und vereinzelt Leistungsaufgaben formuliert und schon gar nicht etwa die Aufgaben der Bauaufsicht beschreibt. Etwas anderes kann - entgegen der Auffassung der Klägerin - auch nicht weiteren von der Beklagten zu 2 gefertigten Protokollen über Besprechungen in späterer Zeit entnommen werden (etwa Protokoll Nr. 46 vom 19.01.2000 = Bl. 235 ff.). Soweit dort unter Punkt 46.01 die Fliesenarbeiten angesprochen sind und danach die „Baustellenkoordination Bauleitung“, lässt sich auch daraus nichts für einen entsprechenden Pflichtenkatalog der Beklagten zu 2 entnehmen. Es handelt sich vielmehr auch hier gerade um solche Tätigkeiten, die üblicherweise vom Projektsteuerer, der allgemein als „verlängerter Arm“ des Bauherrn bezeichnet wird, geleistet werden, was aber ebenso nichts für die Übernahme auch der Bauleitung und -aufsicht hergibt.

Aus den vorgenannten Gründen bleibt auch die Rüge der Klägerin, das Landgericht habe der Beklagten zu 2 die Vorlage der Vertragsunterlagen gemäß § 421 ZPO aufgeben müssen, ohne Erfolg.

Die Voraussetzungen für eine Vorlegung der Urkunde durch den Gegner nach §§ 421, 424 ZPO sind schon nicht schlüssig dargetan. Es fehlt schon an einer

konkreten Bezeichnung der Urkunde und der möglichst vollständigen Bezeichnung des Inhalts der Urkunde, deren Besitz die Klägerin bei der Beklagten zu 2 behauptet. Desgleichen sind die Voraussetzungen des § 424 Ziffer 4 und 5 ZPO nicht dargelegt. Es gibt danach keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass eine von der Klägerin vermisste Vertragsurkunde über diejenigen hinaus, die bereits in den Prozess eingeführt und vorgelegt worden sind, überhaupt existiert hat (s. o.). Auch eine Verpflichtung der Beklagten zu 2 nach § 422 ZPO ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat - wie bereits oben ausgeführt - unstreitig sämtliche Projektunterlagen an die Klägerin herausgegeben, die von der Klägerin eigens bei der Beklagten abgeholt worden sind.

Schließlich vermag auch ein Blick auf § 31 HOAI a. F. und die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze zum Projektsteuerungsvertrag (vgl. etwa BGH VII ZR 215/98) nicht für sich genommen die Behauptung der Klägerin zu stützen.

Der BGH (a. a. O.) hat dazu ausgeführt:

„1. Die Rechtsnatur eines Projektsteuerungsvertrages hängt von den getroffenen Vereinbarungen ab. Sie bestimmen, ob der Vertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat und ob er als Dienst- oder Werkvertrag einzuordnen ist. Das Recht des Werkvertrages ist anwendbar, wenn der Projektsteuerer durch seine vertragliche Leistung einen Erfolg im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB schuldet (BGH, Urteil vom 26. Januar 1995 - VII ZR 49/94 = BauR 1995, 572, 573 = ZfBR 1995, 189). Dabei ist es nicht notwendig, daß der Projektsteuerer ausschließlich erfolgsorientierte Pflichten wahrnimmt. Werkvertragsrecht kann auch dann anwendbar sein, wenn der Unternehmer ein Bündel von verschiedenen Aufgaben übernommen hat und die erfolgsorientierten Aufgaben dermaßen überwiegen, daß sie den Vertrag prägen. Das hat der Bundesgerichtshof bereits für den Baubetreuungsvertrag entschieden (BGH, Urteil vom 11. Juni 1976 - I ZR 55/75 = NJW 1976, 1635; Urteil vom 17. April 1991 - IV ZR 112/90 = BauR 1991, 475, 476 = ZfBR 1991, 161; Urteil vom 30. Juni 1994 - VII ZR 116/93 = BGHZ 126, 326, 330). Für den Projektsteuerungsvertrag gilt nichts anderes.

2. Der Senat hat es in seiner Entscheidung vom 26. Januar 1995 dahinstehen lassen, ob ein Vertrag, der die Leistungspflichten nach dem Katalog des § 31 HOAI bestimmt, als Werkvertrag einzuordnen ist. Diese Frage ist in der Literatur umstritten (vgl. dazu Locher/Koebler/Frik, HOAI, 7. Aufl., § 31 Rdn. 13 ff; Pott/Dahlhoff/Kniffka, HOAI, 8. Aufl., § 31 Rdn. 10; Stapelfeld, BauR 1994, 693, 696 jeweils m.w.N.). Sie muß auch jetzt nicht entschieden werden. Die Parteien haben entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keinen Vertrag geschlossen, der die in § 31 HOAI genannten Leistungen enthält. Vielmehr haben sie Leistungen lediglich "in Anlehnung an § 31 HOAI" vereinbart und diese in einem Katalog von 9 Punkten im einzelnen spezifiziert. Diese Spezifikation enthält im wesentlichen erfolgsbezogene Pflichten. Deshalb ist Werkvertragsrecht anzuwenden.“

Weder aus dieser Entscheidung, noch aus § 31 HOAI a. F. (vgl. dazu BGHZ 134, 239) kann für das Begehren der Klägerin Entscheidendes gewonnen werden, denn die Aufgaben eines Projektsteuerers können im Rahmen der Übernahme von Funktionen des Auftraggebers über Termin- und Kostenkontrolle sowie Koordinierung des Gesamtprojekts vielfältig sein. Es gibt kein allgemein gültiges Leistungsbild und keine Beschreibung, die verbindlich die Leistungspflichten regeln würde. Die Einzelheiten sind allein konkreten vertraglichen Absprachen zu entnehmen. Daran fehlt es vorliegend jedoch.

Aus dem Vorstehenden folgt weiter, dass dem Landgericht auch kein Auslegungsfehler gem. §§ 133, 157 BGB unterlaufen ist. Die Beklagte hat wiederholt bestritten, dass ihr nach dem geschlossenen Vertrag (auch) die Kontrolle technischer Details und insbesondere die Bauaufsicht (neben dem Architekten) obliegen habe. Die Klägerin vermochte dies - wie ausgeführt - nicht zu beweisen. Zudem hat sie auch keinen weiteren Beweis dazu etwa angetreten, dass es zusätzlich zu den in den Prozess eingeführten Unterlagen noch weitere Vertragsunterlagen gegeben habe, insbesondere etwa ein Leistungsverzeichnis, aus dem sich Anhaltspunkte für die weiteren Leistungspflichten ergeben sollten.

2. Berufung des Beklagten zu 1:

Die Berufung des Beklagten zu 1 hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat mit Recht einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 BGB a. F. bejaht.

a) Mangel

Das Landgericht hat mit Recht Baumängel an den drei Becken des Schwimmbades festgestellt. Das Vorbringen der Berufung rechtfertigt keine abweichenden Feststellungen. Insoweit kann zunächst auf die Ausführungen des Landgerichts (LGU19 lit. c) verwiesen werden.

Hervorzuheben ist, dass die vom Sachverständigen insoweit bestätigten Mangelerscheinungen (Vielzahl von Hohllagen keramischer Fliesen, Belagsaufbrüchen und Durchfeuchtungen bis unter das Abdichtungssystem und die darunter liegende Estrichschicht) sich gleichermaßen bei allen drei untersuchten Becken gezeigt haben. Ebenso wurde vom Sachverständigen in allen Becken im Untergrund ein stechender, beißender Geruch festgestellt, der nach den Feststellungen des hinzugezogenen Sachverständigen B. auf Zersetzungsrückstände der Grundierung zurückzuführen ist. Zudem ist nach dessen chemischer Untersuchung davon auszugehen, dass bei der Verlegung der keramischen Fliesen unterschiedliche Dünnbettmörtelsysteme zum Einsatz gekommen sind. Der nach dem abweichend von der ursprünglichen Planung an sich zu erwartende Dünnbettmörtel der Fa. Botament (Botact M 22 bzw. Botact M 20) ließ sich jedenfalls bei den untersuchten Proben im Außenbecken nicht feststellen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. N. konnte durch die Verfahrensbeteiligten nicht eindeutig geklärt werden, welche Baumaterialien zur Ausführung der Abdichtung bzw. Verlegung der Fliesen tatsächlich zur Anwendung gekommen sind. Dies ist auch nach dem Prozessvortrag der Parteien vorliegend nicht streitig. Unstreitig ist lediglich, dass abweichend von der ursprünglichen Planung des Beklagten zu 1 (in Absprache der Beteiligten) anstelle eines Abdichtungssystems auf Epoxidharzbasis ein zementhaltiges Abdichtungssystem des Herstellers Botament (Botact MD 28) eingesetzt werden sollte (ErgGA Dr. N. Seite 18).

Das Abdichtungssystem ist danach in allen drei Becken als technisch nicht wirksam einzustufen, was einen Werkmangel begründet. Der Sachverständige Dr. N. hat im Ergänzungsgutachten (dort Seite 18) überzeugend ausgeführt, das tatsächlich ausgeführte Abdichtungssystem habe in der Baupraxis versagt. Aufgrund der im Grundsatz in allen Becken einheitlich und vergleichbar festzustellenden Schadensbilder geht der Senat mithin davon aus, dass - nicht nur im Außenbecken (dort wurden die entnommenen Proben auch chemisch untersucht) - sondern auch in dem Thermalbecken und Wellenbecken letztlich die nämlichen Ursachen zu den aufgetretenen Mängelerscheinungen geführt haben. Dies liegt deshalb besonders nahe, weil sich - so der Sachverständige Dr. N. - die Schadensbilder in allen drei Becken gleichen und dies auch durch die Untersuchungen des Dipl.-Chem. B. bestätigt werde (ErGA N. Seite 16, 26).

Als handwerklichen Ausführungsfehler hat der Sachverständige zudem festgestellt, dass die Abdichtungsschicht fast durchweg die erforderliche Schichtdicke von mindestens 2 mm nicht erreicht (LGu 23 lit. b). Zudem wurde wenigstens teilweise auch nicht durchgängig das Abdichtungssystem Botament verwendet. Dies sind gravierende Ausführungsfehler, die nach den Feststellungen der Sachverständigen zu den Mängeln geführt haben (Anhörung des Sachverständigen Dr. N., Bl. 391). Der Sachverständige konnte zwar die konkrete Ursache der Mängel anhand eines einzelnen Details nicht angeben; er sei sich aber sicher, dass die von ihm skizzierten Mängel in ihrer Gesamtheit letztlich zu den festgestellten Schäden geführt hätten.

Die festgestellten Ausführungsmängel sind danach als repräsentativ für alle drei Becken anzusehen, weil die angetroffenen Mängelerscheinungen vergleichbar sind. Auch dies hat der Sachverständige bestätigt.

In diesem Zusammenhang ist der Einwand des Beklagten, die Schwimmbecken als solche seien dicht, unerheblich, denn darauf kommt es nicht an, wenn die ausgeschriebene und tatsächlich eingebaute Abdichtung letztlich technisch wertlos und funktionsuntüchtig ist. Die Klägerin hatte aber Anspruch darauf, dass die in der Planung des Beklagten zu 1 vorgesehene Abdichtung wirksam ist. Das Gegenteil ist der Fall, so dass ein Werkmangel vorliegt, der sich auf alle drei Becken

erstreckt. Dass das Schwimmbad nach wie vor nutzbar ist und genutzt wird, steht ebenfalls nicht entgegen.

b) Fehler der Bauaufsicht

Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht auch einen Mangel des Architektengewerks angenommen, nämlich eine schuldhafte Pflichtverletzung der dem Beklagten zu 1 unstreitig obliegenden Bauaufsicht (LGu 22 ff.).

Der Beklagte hatte sich bei wichtigen Bauabschnitten im Rahmen seiner Bauaufsicht davon zu überzeugen, dass das letztlich einzubauende Abdichtungssystem fachgerecht nach den Regeln der Technik auch ausgeführt wurde. Dazu gehörten vorliegend vor allem die Abdichtungsmaßnahmen, denn dabei handelte es sich - wie das Landgericht im Anschluss an den Sachverständigen zutreffend erkannt hat - um ein „Schlüsselgewerk“ des ausführenden Unternehmers, von dem der Erfolg der Abdichtung in entscheidender Weise abhängig war. So ist in der Rechtsprechung anerkannt und vielfach entschieden, dass der Architekt typische Gefahrenquellen und kritische Bauabschnitte besonders beobachten und überprüfen muss. Das gilt im Besonderen auch vorliegend für die Schwimmbadabdichtung, die auch nach den Feststellungen des Sachverständigen ein kritisches und vor allem existenzielles Detail darstellt. Die Abdichtungs- und Fliesenarbeiten in dem Nassbereich des Schwimmbades waren ein Bauabschnitt, dem zentrale Bedeutung zukam, gleichbedeutend mit dem Gelingen des gesamten Werkes. Bei dem Gewerk der Fliesen- und Abdichtungsarbeiten in den Nassbereichen des Schwimmbades, anders als in den Trockenbereichen, handelte es sich nicht um handwerkliche Selbstverständlichkeiten. Die erforderliche Aufsicht und Prüfung ist offenbar nicht geschehen, denn anderenfalls hätte dem Beklagten zu 1 auffallen müssen, dass die nötige Schichtdicke nicht erreicht ist. Dabei kann es den Beklagten zu 1 nicht entlasten, wenn er vorträgt, die erforderliche Trockenschichtdicke sei ohne zerstörende Maßnahmen nicht zu kontrollieren. Der Beklagte hat vielmehr schon im Vorfeld der Arbeiten durch hinreichende Kontrollen - etwa auch der Mengen des verbrauchten Materials - und der Nassschichtdicke einschließlich der Kontrolle, ob überhaupt in zwei Schichten - wie erforderlich - gearbeitet wurde, die

geforderte Qualität der handwerklichen Arbeit zu überprüfen. Dies hat er offensichtlich nicht getan, was allein aus der Tatsache der vorliegenden Mängel zu schließen ist. Zu der Art und Weise seiner Überwachung in dieser Hinsicht hat er selbst nichts Entlastendes vorgetragen, geschweige denn überhaupt mitgeteilt, ob und wie er denn die Überwachung vorgenommen hat.

Dass insoweit überhaupt keine hinreichende Kontrolle stattgefunden hat, wird auch dadurch belegt, dass der Beklagte, obgleich ihm dies bei fachgerechter und gerade auch bei diesen Arbeiten nötiger Kontrolle möglich sein müsste, keinerlei Angaben dazu machen konnte und gemacht hat, welche konkreten Materialien des Systemherstellers Botament und in welcher Menge etwa durch Lieferscheine belegbar überhaupt verbaut worden sind. Hinzuweisen ist darauf, dass nach den Feststellungen der Sachverständigen jedenfalls teilweise nicht der nach dem System und den eigenen Vorgaben des Beklagten zu 1 einzubringende Dünnbettmörtel des Herstellers Botament verwandt worden ist.

Insoweit verfängt auch nicht das Argument der Berufung, es sei nicht festgestellt, ob eine zweite Schicht der Abdichtung aufgebracht worden sei. Das ist auch nicht nötig, weil nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts (und des Sachverständigen) jedenfalls die Schichtdicke nicht erreicht ist. Dies spricht schon für sich dafür, dass entweder nur eine Schicht der Abdichtung aufgebracht wurde, oder aber jedenfalls bei zwei Schichten dies immer noch zu wenig war. Beide Varianten ändern nichts an dem Bauaufsichtsfehler und dem davor liegenden handwerklichen Fehler, den der Beklagte zu 1 gerade durch eine, engmaschige Aufsicht hätte verhindern oder aufdecken müssen. Eine weitere Aufklärung durch Sachverständige war in diesem Punkt entgegen der Ansicht der Berufung auch nicht geboten. Insbesondere hat das Landgericht bereits unter Hinweis auf die Ausführungen des Sachverständigen Dr. N. ausgeführt, dass die Nassschichtdicke ohne weiteres hätte überprüft werden können. Wenn der Beklagte zu 1 sodann zu seiner Verteidigung in der Berufung geltend macht, die Nassschichtdicke sei nicht überprüfbar, belegt dies umso mehr die bereits getroffene Feststellung, dass der Beklagte dies nicht einmal im Ansatz selbst überprüft hat oder sonstige Maßnahmen ergriffen hatte, um eine ordnungsgemäße Herstellung durch den Unternehmer zu gewährleisten.

Eine Verletzung der Hinweispflicht durch das Landgericht ist ebenfalls nicht feststellbar. Die Frage der ordnungsgemäßen Bauaufsicht und der erforderlichen Schichtdicke der Abdichtung einschließlich des verwendeten Materials des Systemherstellers war bereits zentraler Streitpunkt im Beweissicherungsverfahren, in dem der Sachverständige Dr. N. seine Gutachten erstattet hatte. Auf besondere Gesichtspunkte, zu denen der Beklagte zu 1 seinen Vortrag hätte ergänzen sollen, war von daher bereits nicht hinzuweisen. Dies vor allem auch im Hinblick auf das sodann angestrebte Klageverfahren. Im Übrigen bleibt es selbstverständlich bei dem Grundsatz, dass die Klägerin einen Bauaufsichtsfehler und damit einen Mangel der Architektenleistung darlegen und beweisen muss. Den Beklagten trifft insoweit nur eine sekundäre Darlegungslast im Hinblick auf die Art und Weise der allein von ihm vorgenommenen (oder nicht vorgenommenen) Bauaufsicht. Dazu hat er - wie mehrfach ausgeführt - nichts vorgetragen.

Dies gilt in gleicher Weise zur Verwendung des vorgeschriebenen Abdichtungssystems, das nach den Feststellungen der Gutachter jedenfalls durch einen nicht systemgerechten Verlegemörtel eines anderen Herstellers ersetzt worden ist. Auch dies hätte der Beklagte zu 1 im Rahmen der ihm obliegenden Bauaufsicht überprüfen müssen. Dazu sind auch keine unzumutbaren Maßnahmen nötig, sondern allein die Kontrolle, ob tatsächlich Produkte des (nach der Planänderung) zu verwendenden Systemherstellers eingebaut werden. Das gleiche gilt auch für die verwandten Mengen des Materials, die im Rahmen der Bauaufsicht durch den Beklagten einfach zu überprüfen gewesen wären. Das hat auch nichts damit zu tun (BB 9 = Bl. 612), dass die Ausschreibung nicht nach Mengen, sondern nach Einheitspreisen erfolgt ist. Denn unabhängig davon war es Sache des Beklagten zu 1, im Rahmen der Bauaufsicht zu gewährleisten und zu überprüfen, ob und in welcher Menge das vorgeschriebene Material auf der Baustelle verwendet worden ist. Auch dies ist keine unzumutbare Tätigkeit, sondern wäre durch einfache Maßnahmen bei regelmäßiger Kontrolle möglich gewesen.

Dass die vorgenannten Pflichtverletzungen auch die aufgetretenen Mängel verursacht haben, ist bereits oben ausgeführt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dies im Einzelnen auch zu den festgestellten Aufbrüchen im Fliesenbelag geführt hat.

Es reicht aus, dass nach den obigen Feststellungen die eingebaute Abdichtung technisch nicht ihre Funktion erfüllt und auch in tatsächlichem Zustand nicht den Vorgaben des einzubauenden Systems entspricht.

Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht auch im Übrigen andere Reser-
veursachen im Anschluss an den Sachverständigen als ausgeschlossen angesehen.

c) Planungsfehler

Das Landgericht hat einen Planungsfehler des Beklagten zu 1 im Hinblick auf die Verwendung des Abdichtungssystems der Fa. Botament als nicht erwiesen angesehen (LGU 20 f. unter Ziffer 1).

Dem vermag der Senat nicht zu folgen, ohne dass es aber darauf noch entscheidend ankäme.

Für die Frage des Vorliegens eines Baumangels und auch für einen Mangel des Architektenwerks hier infolge fehlerhafter Planung ist nach der Rechtsprechung entscheidend der Zeitpunkt der Abnahme. Die Planung oder die Bauleistung ist fehlerhaft, wenn sie zum Zeitpunkt der Abnahme nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht (vgl. etwa BGHZ 139, 16 zum Luftschallschutz; OLG Dresden 1 U 745/09 für Ingenieurleistungen; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1994).

Soweit das Landgericht und auch der Sachverständige in seinem Gutachten im Hinblick auf die Verwendung des alternativen Abdichtungssystems des Herstellers Botament auf das Jahr 1999 als Jahr der Planung abgestellt haben und deshalb letztlich einen Planungsfehler nicht angenommen haben, ist dies im Ansatzpunkt aus rechtlichen Gründen verfehlt, denn es kommt auf den Zeitpunkt der Abnahme an.

Stellt man zugunsten des Beklagten zu 1 nur auf die Abnahme der Bauleistungen ab, so kann von einer Abnahme frühestens im September 2000 ausgegangen

werden, weil zu diesem Zeitpunkt das Schwimmbad in Benutzung genommen worden ist (LGU 27).

Unstreitig lag bis zu diesem Zeitpunkt lediglich das Prüfzeugnis M 7045 der amtlichen Materialprüfanstalt (Anlage B 1 = Bl. 68 ff.) vom 29.01.1997 vor. Dies betraf allerdings lediglich eine Prüfung des Abdichtungssystems Botament für Wasser mit Trinkwassereigenschaft (GA N. Seite 85, 101). Nach den Ausführungen des Sachverständigen war daher für den hier vorliegenden Fall (Verwendung von Nordseewasser im Schwimmbad bei Temperaturen von 28 - 29 Grad Celsius) eine Einzelfallprüfung zum Nachweis der Eignung des Abdichtungssystems zu verlangen (LGU 21). Eine solche lag unstreitig nicht vor. Sie wurde auch vom Beklagten zu 1 nicht verlangt.

Auf die weiteren vom Landgericht genannten Gesichtspunkte kommt es dagegen nicht an. Der Beklagte zu 1 hat (wenn auch in Absprache mit dem Fliesenunternehmer und dem Hersteller) ein alternatives Abdichtungssystem in seine Planung anstelle des zunächst geplanten Systems auf Kunstharzbasis aufgenommen und hat dafür einzustehen, dass diese Planung den allgemein anerkannten Regeln der Technik im Zeitpunkt der Abnahme entsprach. Dies war aber nicht der Fall, weil das System Botament gerade nicht für den hier vorliegenden Fall der Verwendung von Solewasser aus der Nordsee eine amtliche Prüfung bestanden hatte. Diese war aber nach den Ausführungen des Sachverständigen ab 1999 erforderlich. Der Beklagte zu 1 hätte folglich zumindest die Klägerin bei der Erörterung über das einzusetzende Abdichtungssystem darauf hinweisen müssen, dass es nicht normgerecht war und ein allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis gerade für die Verwendung in einem Meerwasserschwimmbad nicht vorlag.

Bei dem zu unterstellenden aufklärungsrichtigen Verhalten der Klägerin ist davon auszugehen, dass sie bei entsprechender und dem Beklagten zu 1 obliegender Aufklärung über diese Umstände von der Verwendung dieses Systems Abstand genommen hätte.

Dies belegt einen Planungsfehler des Beklagten zu 1 und zugleich einen Aufklärungsfehler, der ebenfalls für den entstandenen Schaden ursächlich geworden ist.

d) Schaden

Das Landgericht hat den Schaden auf (zunächst) 1.075.615,75 € ermittelt.

Dies greift die Berufung des Beklagten zu 1 ohne Erfolg an. Das Landgericht hat sich dazu mit Recht auf die Feststellungen des Sachverständigen Dr. N. in seinem Ergänzungsgutachten (dort Seite 30) gestützt. Diese Ermittlung des Schadens ist nicht zu beanstanden. Sie betrifft den erforderlichen Rückbau des Fliesenbelags einschließlich Entsorgung und den Wiederaufbau der Abdichtung einschließlich des Belags in den betroffenen Schwimmbecken. Auf eine Teilsanierung muss sich die Klägerin nicht einlassen. Im Übrigen gilt für die Schadensermittlung § 287 ZPO. Dem wird die Entscheidung gerecht, so dass weitere Ausführungen entbehrlich sind.

Dass darin auch der Abbruch und die Herstellung des Estrichs (unterhalb der mangelhaften Abdichtung) enthalten wäre, wie die Berufung meint, ist unzutreffend und kann nicht festgestellt werden. Im Gegenteil hat der Sachverständige im Anschluss an seine Schadensermittlung ausgeführt, dass eine Schädigung (auch) des Estrichs erst nach Entfernung der Beläge geprüft werden könne; derzeit gehe er davon aus, dass trotz der eingetretenen Feuchtigkeit eine Schädigung des Estrichs nicht eingetreten ist, so dass auch ein Austausch nicht zu erfolgen hat. Nichts anderes hat das Landgericht in seiner Entscheidung festgestellt.

e) kein Abzug neu für alt

Ebenso zutreffend hat das Landgericht auch einen Abzug „neu für alt“ als nicht gerechtfertigt angesehen (LGU 26). Darauf kann auch in Anbetracht der Berufung verwiesen werden.

Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH. Dass der Beklagte zu 1 als Architekt nicht selbst zur Gewährleistung verpflichtet ist, vermag nichts zu ändern. Tatsache ist, dass die aufgetretenen Mängel bereits kurz nach der Ingebrauchnahme des Schwimmbades gerügt worden sind und keine hinreichende Abhilfe erfolgt ist.

Dabei ist auch zu beachten, dass dem Beklagten zu 1 auch die Leistungsphase 9 nach § 15 HOAI a. F. oblag und er auch damit befasst war, Gewährleistungsansprüche im Sinne der Klägerin zu verfolgen und zu überwachen. Dass eine Mängelbeseitigung auch während des nachfolgenden Beweisverfahrens nicht erfolgt ist, liegt an dem eigenen Verhalten des Beklagten zu 1, der seine Verantwortung für die aufgetretenen Mängel in Abrede genommen hat. Eine Verzögerung der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes über Jahre kann daher nicht zu einem Abzug neu für alt führen. Hierdurch tritt auch keine Überkompensation ein, denn die Klägerin erhält nur das, worauf sie von Beginn an einen Anspruch hatte.

Daran ändert es auch nichts, dass die Klägerin das Schwimmbad in der Zwischenzeit weiterhin genutzt hat. Was hätte sie denn sonst tun sollen? Bei einer Stilllegung hätte der Beklagte (bzw. die hinter ihm stehende Haftpflichtversicherung) sofort eingewandt, die Klägerin hätte gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen.

f) Gewährleistungsbürgschaften Fa. V.

Ebenso unbeachtlich ist, dass die Klägerin möglicherweise noch über Gewährleistungsbürgschaften gegenüber dem Fliesenunternehmer verfügt.

Auch dies vermag einem Schadensersatzanspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten nicht entgegen gehalten werden. Denn der Beklagte zu 1 haftet gegenüber der Klägerin ggf. als Gesamtschuldner, so dass die Klägerin jedenfalls nicht gehindert ist, einen Gesamtschuldner auf vollen Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Auch dies hat bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt (LGU 26).

g) Verjährung

Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz gem. § 635 BGB a. F. ist nicht eingetreten, so dass der Beklagte zu 1 sich nicht mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung berufen kann (LGU 26 ff.).

Der BGH (Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 26/12 -, Rn. 13, juris) hat dazu entschieden, dass auf die Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche der Klägerin nach § 635 BGB a. F. wegen eines Planungs- oder Überwachungsverschuldens der Beklagten unter Berücksichtigung der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB grundsätzlich - sofern nicht von einem arglistigen Verschweigen der Mängel ausgegangen werden kann - die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. Anwendung findet (vgl. BGH, Urteile vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12, BauR 2013, 2031 Rn. 16 = NZBau 2013, 779; vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 182/10, BauR 2013, 596 Rn. 24 = NZBau 2013, 161; vom 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10, BauR 2011, 1032 Rn. 17 = NZBau 2011, 310). Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt, wenn die Abnahme erfolgt ist (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F., § 634a Abs. 2 BGB n. F.) oder wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (BGH, Urteile vom 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10, a. a. O. Rn. 16 und vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 Rn. 23 = NZBau 2010, 768).

In Anwendung dieser Grundsätze ist das Landgericht im Ergebnis zutreffend zu der Auffassung gelangt, dass die Verjährung nicht eingetreten ist.

Dabei ist das Landgericht von einer (konkludenten) Abnahme der Architektenleistungen bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung bzw. Inbetriebnahme des Schwimmbades im September 2000 ausgegangen. Das ist aus Rechtsgründen zwar unzutreffend, denn der Beklagte war auch mit den Architektenleistungen nach Leistungsphase 8 und 9 (HOAI a. F., Objektbetreuung und Dokumentation) beauftragt und diese Leistungen war ganz sicher noch nicht bis September 2000 erbracht. Es ist im Übrigen auch nicht strittig, dass der Beklagte zu 1 sich im Jahr 2001 selbst mit den aufgetretenen Mängeln befasst hat, in dem er ein Privatgutachten in Auftrag gab (Bl. 722). Dies kann der Senat aber offenlassen, weil Verjährung auch dann nicht eingetreten ist, wenn man mit dem Landgericht auf den frühest möglichen Zeitpunkt abstellt. Im Übrigen hätte der Beklagte zu 1, der die Verjährungseinrede erhoben hat, selbst darzustellen, wann denn eine Fertigstellung seiner Leistungen und damit wenigstens eine Abnahmefähigkeit eingetreten sein sollte.

Soweit er sich darauf beruft, dass für die Planungsleistungen eine Teilabnahme erfolgt sei, ist dies zum einen unsubstantiiert (wann und durch wen soll insoweit eine Teilabnahme erfolgt sein?). Zum anderen war eine Teilabnahme von bestimmten Leistungen im Architektenvertrag (Anlage K 1) nicht vereinbart und die Klägerin folglich nicht zu einer solchen verpflichtet. Anderes ergibt sich insbesondere nicht aus der Regelung in § 13.2 des Vertrages. Danach sollte die 5-jährige Verjährung mit der Abnahme der zu erbringenden Leistungen, spätestens mit Abnahme der in Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) zu erbringenden Leistung (Teilabnahme) beginnen. Diese Bestimmung ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04 -, Rn. 13, juris) unwirksam; sie enthält insbesondere keine Vereinbarung einer Teilabnahme. In der Entscheidung ist ausgeführt: „Die Klausel legt den Beginn der Verjährungsfrist für den Fall einer Abnahme der bis zur Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistung fest, die als Teilabnahme bezeichnet wird, und regelt des Weiteren den Beginn der Verjährung für die danach noch zu erbringenden Leistungen. Damit wird die Verjährung zwar an die Abnahme der Leistung geknüpft, auch wenn es sich dabei um eine Teilabnahme handelt. Eine Verpflichtung zu einer Teilabnahme wird jedoch nicht begründet. Geregelt ist lediglich der Beginn der Verjährung, sofern eine Teilabnahme stattgefunden hat. Ein Verständnis der Klausel, der Auftraggeber werde auch verpflichtet, Teilleistungen abzunehmen, kommt im Hinblick auf die fehlende Transparenz nicht in Betracht.“

Geht man zugunsten des Beklagten zu 1 weiterhin davon aus, dass eine „Abnahme“ im September 2000 frühestens erfolgt sein könnte, so war der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist gem. § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB frühestens im September 2005 abgelaufen. Zuvor war allerdings Hemmung gemäß § 204 Abs. 1 Ziffer 7 BGB durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens eingetreten.

Die Klägerin stellte den Antrag bei Gericht eingehend am 23.05.2003 (3 OH 6/03 LG Stade), so dass ab diesem Zeitpunkt die Hemmung wirksam wurde, § 167 ZPO. Diese Hemmung betraf den gesamten mit dem Antrag beschriebenen Mängelkomplex, der sich nach den damaligen Angaben der Antragstellerin (Klägerin) in dem Mangelsymptom sich lösender Fliesen und dem Eindringen von

Schwimmbadwasser in die Abdichtungsschicht zeigte. Damit war im Sinne der Rechtsprechung (vgl. nur BGH, BauR 1989, 79 ff.) der gezeigte Mangel hinreichend substantiiert beschrieben (Symptomrechtsprechung), so dass sich auch die Hemmung insgesamt auf das Schwimmbad bezog und nicht etwa zunächst nur auf das Thermalbecken und Wellenbecken. Im Übrigen hat auch der weitergehende Antrag auf Beweissicherung hinsichtlich der nämlichen Mängel bezogen auf das Außenbecken (Eingang bei Gericht am 22.03.2004) ebenso noch rechtzeitig die Verjährung gehemmt.

Das Ende der damit insgesamt eingetretenen Hemmung ist sechs Monate nach Beendigung des Beweisverfahrens eingetreten, § 204 Abs. 2 BGB. Dies war mithin mit dem Ende der mündlichen Anhörung des Sachverständigen am 09.06.2009 der Fall, zuzüglich 6 Monate endete die Hemmung mit Ablauf des 09.03.2010.

Die Klage im vorliegenden Verfahren wurde am 23.09.2011 eingereicht und sodann zugestellt. Damit ist belegt, dass das hinsichtlich der streitgegenständlichen Ansprüche im Ergebnis keine Verjährung eingetreten ist, weil der Anspruch rechtzeitig erhoben und damit erneut die Hemmung eingetreten ist.

3. Feststellungsanspruch

Schließlich ist auch der Feststellungsanspruch begründet.

Es liegt auf der Hand, dass im Zuge der erforderlichen Mängelbeseitigung infolge der festgestellten fehlerhaften Abdichtung weitere Schäden zu besorgen sind, die nicht schon in dem oben genannten Schadensbetrag enthalten sind.

Der Angriff der Berufung, die Feststellung sei zu weit gefasst, geht fehl. Denn es steht zu befürchten, dass aufgrund der festgestellten Mängel (s. o.) zusätzliche Maßnahmen erforderlich werden, die über die reine Sanierung der Schwimmbecken hinausgehen, soweit sie ebenfalls auf die festgestellten und vertragswidrigen Mängel der Abdichtungsarbeiten zurückzuführen sind. Dies betrifft insbesondere

auch die Betriebsausfallkosten, die anfallen werden, wenn die gebotene Sanierung durchgeführt wird und dadurch der Betrieb des Schwimmbades stillgelegt werden muss. Dabei wird natürlich auch die Klägerin ihre Pflichten zur Schadensminderung zu beachten haben. Darüber ist allerdings jetzt nicht zu entscheiden.

4. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

...

...

...

RiLG ... ist
urlaubsbedingt an der
Unterschriftsleistung
gehindert.