

743832

Thüringer Oberlandesgericht

Az.: 1 U 268/13
10 O 1939/09 LG Erfurt



IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

C--- St---

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **mak**

Streithelfer der Klägerin:
B--- M---

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Sp--- & Coll---**

gegen

1) **W--- A--- W---**
- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Sp--- & H---**

2) **K--- Sch---**
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt **T--- H---**

Streithelfer der Beklagten zu 1.1. **Fa. G--- T---**

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **S--- & Coll.**,

2. Dipl.-Ing. (FH) T--- **Sch---**

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **B---**, **W---**, **H---**

hat der 1. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch
den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Schwerdtfeger,
den Richter am Landgericht Dr. Biewald und
den Richter am Oberlandesgericht Drews
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2014

f ü r R e c h t e r k a n n t :

-

1. Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten zu 1 wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 22. Februar 2013, Az.: 10 O 1939/09, wie folgt abgeändert:

a) Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an die Klägerin 71.062,17 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen.

b) Die Beklagte zu 2 ist verpflichtet, der Klägerin jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der sich erst nach Aufnahme der Behebung des eingetretenen Wasserschadens herausstellt und der nicht in dem Betrag gemäß Ziffer 1 lit a) enthalten ist, sofern dieser Schaden auf eine mangelhafte Leistung der Beklagten 2 bezogen auf die Errichtung des Einfamilienhauses, ---, 99100 Erfurt-Schaderode, zurückzuführen ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten tragen die Klägerin zu 73 % und die Beklagte zu 2 zu 27%. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin trägt die Beklagte zu 2 zu 27 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 tragen die Beklagte zu 2 zu 54 % und die Klägerin zu 46 %. Die außergerichtlichen Kosten des Streithelfers der Klägerin trägt die Beklagte zu 2 zu 27 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagte zu 1 sowie die

jeweiligen außergerichtlichen Kosten der Streithelfer der Beklagten zu 1 trägt die Klägerin. Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Schuldner kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des vollstreckbaren Betrages leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldner wegen Mängeln an einem in ihrem Einfamilienhaus errichteten Hallenbad Schadensersatz nebst Feststellung der Eintrittspflicht für weitere Mängelbeseitigungskosten.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte zu 1 mit Generalplanungsvertrag vom 12. September 2003 mit der Erbringung von Architekten- und Ingenieurleistungen im Rahmen der Errichtung ihres Einfamilienhauses.

In § 2 Abs. 4 lit. d) des Vertrages war u.a. vereinbart:

„Hinsichtlich der technischen Gebäudeausrüstung (Elektro- Sanitär und Heizung) soll die Planung und die Erstellung von Leistungsverzeichnissen durch die jeweiligen Unternehmen erfolgen. Der Auftragnehmer prüft diese Planung/Leistungsverzeichnisse und führt die Bauüberwachung und Objektüberwachung gemäß §§ 68, 73 HOAI Leistungsphase 8 und 9 durch.“

Die Beklagte zu 1 übertrug ihrem Streithelfer zu 2 im Subunternehmerverhältnis die Leistungsphasen 8 und 9.

Am 6. Februar 2004 schloss die Klägerin mit der Beklagten zu 2 unter Einbeziehung der VOB/B einen Werkvertrag über die Erbringung von Leistungen für die Schwimmbadtechnik. Der Streithelfer zu 1 der Beklagten zu 1 erbrachte im Bereich des Schwimmbades die Fliesenarbeiten. Der Streithelfer der Klägerin war verantwortlich für die Estricharbeiten.

Am 22. März 2005 wurde das Schwimmbad in Betrieb genommen. Am 23. März 2005 legte die Beklagte zu 2 für ihre Arbeiten Schlussrechnung gegenüber der Klägerin. Aus dieser

Schlussrechnung ist ein Restwerklohn in Höhe von 19.826,46 EUR bislang nicht vergütet worden.

In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zum Streit über von der Klägerin behauptete Mängel und deren Verursachung im Zusammenhang mit dem Schwimmbad und der Schwimmbadumgebung. Dabei ging es im Wesentlichen um aufgetretene Feuchtigkeitsschäden. Die Klägerin führte deshalb vor dem Landgericht Erfurt, Az. 7 OH 24/06, ein selbständiges Beweissicherungsverfahren durch, in dem der von dem Landgericht bestellte Sachverständige S--- - unter teilweiser Hinzuziehung des Sachverständigen E--- - ein schriftliches Gutachten vom 4. November 2006 sowie Ergänzungsgutachten vom 18. April 2007, vom 1. März 2008 und vom 18. November 2008 erstellte.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2009 forderte die Klägerin die Beklagte zu 2 auf, die in dem selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel zu beseitigen. Die Beklagte zu 2 unterbreitete der Klägerin mit Schreiben vom 2. Juli 2009 drei Terminvorschläge für die Durchführung der Nachbesserungsarbeiten. Die Klägerin teilte der Beklagten zu 2 zunächst mit, dass die Termine zu kurzfristig seien. Dann erklärte sie der Beklagten zu 2 gegenüber, dass sie kein Vertrauen mehr in deren fachliche Kompetenz habe und erteilte ihr ein Hausverbot.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, eine Abnahme des Schwimmbades habe nicht stattgefunden. Sie hat behauptet, der Beklagten zu 1 habe die Planung des Schwimmbades obliegen. Sowohl bei der Planung als auch bei der Ausführung der Arbeiten an dem Schwimmbad durch die Beklagte zu 2 seien Fehler geschehen. Durch die Fehler seien die in dem selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel verursacht worden. Die Klägerin hat sich dabei auf die in dem selbständigen Beweisverfahren und in dem Verfahren vor dem Landgericht getroffenen ergänzenden Feststellungen des Sachverständigen S--- und des hinzugezogenen Sachverständigen E--- berufen. Die Beklagte zu 2 habe die Arbeiten mangelhaft erbracht und die Beklagten zu 1 die Arbeiten der Beklagten zu 2 nicht ausreichend überwacht. Die Klägerin hat zuletzt behauptet, im Einzelnen aufgeführte Schadensersatzpositionen in einer Gesamthöhe von 103.300,60 EUR seien deshalb von den Beklagten als Gesamtschuldner zu tragen. Dabei hat die Klägerin jeweils die von den Sachverständigen ermittelten Sanierungskosten mit dem Bruttobetrag zugrundelegt. Zudem müssten die Beklagten auch weitere noch nicht absehbare Folgeschäden und einen verbleibenden merkantilen Minderwert ersetzen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 103.300,60 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen;

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtliche Kosten in Höhe von 2.118,44 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen;

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin jeden weiteren Schadens ersetzen, der sich erst nach Aufnahme der Behebung des eingetretenen Wasserschadens herausstellt und der nicht im Betrag gemäß Ziffer 1 enthalten ist, sofern dieser Schaden auf eine nicht ordnungsgemäße Leistung der Beklagten zurückzuführen ist bezogen auf das Objekt Einfamilienhaus, ----, 99100 Erfurt-Schaderode;

4. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner auch den nach einer Reparatur möglicherweise verbleibenden merkantilen Minderwert an dem Objekt Einfamilienhaus in Erfurt-Schaderode, ----, zu ersetzen haben, soweit er auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistung der Beklagten zurückzuführen ist.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1 hat behauptet, sie sei nicht mit der Planung des Schwimmbades beauftragt worden. Hiermit sei vielmehr die Beklagte zu 2 betraut worden. Die Beklagte zu 1 sei nur für die bauliche Hülle zuständig gewesen. Hinsichtlich der technischen Gebäudeausrüstung habe sie nur die Planung und das Leistungsverzeichnis der bausausführenden Unternehmer zu prüfen gehabt. Dies folge aus den Vereinbarungen des Generalplanervertrages. Die Beklagte zu 1 hat deshalb die Auffassung vertreten, für etwaige Fehler bei der Planung oder bei dem Bau des Schwimmbades nicht verantwortlich zu sein. Zudem habe eine Abnahme am 22. März 2005 stattgefunden. Dies ergebe sich aus dem Inbetriebnahme- und Abnahmeprotokoll. Die in der Anlage zum Abnahmeprotokoll aufgelisteten Mängel seien unbedeutende Kleinigkeiten. Im Übrigen hat die Beklagte zu 1 die Auffassung vertreten, die Klage sei unschlüssig, da die Klägerin die geltend gemachten Schadenspositionen nicht konkreten Mängeln zugeordnet habe. Die Beklagte zu 2 hat behauptet, die geltend gemachten Mängel seien in dem selbständigen Beweisverfahren im Wesentlichen nicht bestätigt worden. Zur Beseitigung der festgestellten Mängel habe die Beklagte zu 2 sich mehrfach bereit erklärt. Zu einer Mängelbeseitigung sei es wegen des Verhaltens bzw. der Untätigkeit der Klägerin aber nicht gekommen.

Die Beklagte zu 2 hat behauptet, die Planung des Schwimmbades habe die Beklagte zu 1 erstellt. Die Beklagte zu 2 hat die Auffassung vertreten, die Beklagte zu 1 sei als Erfüllungsgehilfin der Klägerin anzusehen, soweit es um Planungsfehler gehe. Insoweit komme daher eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten nicht in Betracht. Wegen der noch offenen Werklohnforderung der Beklagten zu 2 gegenüber der Klägerin in Höhe von 19.846,46 EUR und mit einer weiteren Forderung in Höhe von 7.970,24 EUR hat die Beklagte zu 2 jeweils

hilfsweise die Aufrechnung mit der Klageforderung erklärt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Hilfsaufrechnungen seien wegen §§ 215, 390 BGB unbeachtlich.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens, welches der Sachverständige S--- unter Mitwirkung des Sachverständigen E--- unter dem 16. November 2011 erstattete und welches ein Teilgutachten des Sachverständigen E--- vom 11. November 2011 enthält. Zudem wurden die Sachverständigen S--- und E--- durch das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 22. Mai 2012 angehört.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils ergänzend Bezug genommen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 22. Februar 2013 unter Abweisung der Klage im Übrigen die Beklagte zu 1 verurteilt, an die Klägerin 77.237,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Dezember 2009 und außergerichtliche Kosten in Höhe von 1.880,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Dezember 2009 zu zahlen. Das Landgericht hat weiter festgestellt, dass die Beklagte zu 1 verpflichtet ist, der Klägerin jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der sich erst nach Aufnahme der Behebung des eingetretenen Wasserschadens herausstellt und der nicht in dem ausgeurteilten Zahlungsbetrag enthalten ist, sofern dieser Schaden auf eine mangelhafte Leistung des Beklagten zu 1 bezogen auf die Errichtung des Einfamilienhaus, ----, 99100 Erfurt-Schaderode zurückzuführen ist, und dass die Beklagte zu 1 auch den nach einer Reparatur verbleibenden Minderwert an dem Objekt, ----, 99100 Erfurt-Schaderode zu ersetzen hat, soweit er auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistungen der Beklagten zu 1 beruht. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 sei überwiegend erfolgreich. Die Beklagte zu 1 habe die ihr nach dem Generalplanervertrag obliegend Pflicht zur Bauüberwachung verletzt. Dadurch seien der Beklagten zu 1 die Versäumnisse der Beklagten zu 2 nicht aufgefallen. Die Beklagte zu 1 habe auch nicht auf Feuchtigkeitsprobleme geachtet. Die Beklagte zu 1 sei daher zum Ersatz der Mängelbeseitigungskosten nebst Kosten zur Schadensermittlung in einer Gesamthöhe von 77.237,80 EUR verpflichtet. Das Landgericht ist bei den Mängelbeseitigungskosten den Feststellungen der Sachverständigen gefolgt, beschränkt auf die Nettobeträge, da die Mängelbeseitigung noch nicht durchgeführt worden sei. Dagegen bestehe ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 nicht, weil es die Klägerin der Beklagten zu 2 trotz deren Bereitschaft zur Mängelbeseitigung durch das ausgesprochene

Hausverbot nicht ermöglicht habe, die Mängel zu beseitigen.

Wegen der weiteren Einzelheiten der landgerichtlichen Argumentation - insbesondere in Bezug auf die einzelnen Positionen der Schadenshöhe - wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergänzend Bezug genommen.

Hiergegen wenden sich die Berufungen der Klägerin und der Beklagten zu 1.

Die Klägerin ist der Ansicht, das Landgericht habe unzutreffend die Klage gegen die Beklagte zu 2 abgewiesen. Soweit das erstinstanzliche Gericht die Ansicht vertreten habe, die Klägerin habe das Nachbesserungsrecht des Beklagten zu 2 vereitelt, habe es wesentlichen Sachvortrag der Klägerin übergangen. Denn die Klägerin habe vorgetragen und durch Vorlage von Schreiben unter Beweis gestellt, dass die Beklagte zu 2 aufgefordert worden sei, die Mängel zu beseitigen. Durch das Schreiben vom 3. Februar 2006 habe die Klägerin wegen der Nichtbeseitigung der Mängel eine Entziehung des Auftrags angedroht. Der Streithelfer zu 2 der Beklagten zu 1 habe durch die Schreiben vom 1. Juni 2007 und vom 26. Juni 2007 die Beklagte zu 2 aufgefordert, die Mängel binnen der darin genannten Fristen zu beseitigen. In den Schreiben sei der Beklagten zu 2 sei auch angedroht worden, dass der Auftrag entzogen werde, wenn die Mängel nicht innerhalb der gesetzten Frist beseitigt würden. Mit dem erfolglosen Ablauf der gesetzten Frist sei der Anspruch der Beklagten zu 2 auf Durchführung der Nachbesserung entfallen. Eine Nachbesserung der funktionslosen Mess- und Regelanlage habe die Beklagte zu 2 bereits am 10. November 2005 abgelehnt. Soweit die Beklagte zu 2 durch das Schreiben des Klägervertreters vom 11. Mai 2009 aufgefordert worden sei, die in dem selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel zu beseitigen, habe die Klägerin die angebotene Nachbesserung ablehnen dürfen, da diese nur darauf gerichtet gewesen sei, die Sekundärentwässerung und die unzureichende Anarbeitung einer neuen Folie mit sichtbaren Rückständen zu überarbeiten. Für eine ordnungsgemäße Beseitigung der Mängel sei aber eine Neuverlegung der Folie erforderlich. Dies habe die Beklagte zu 2 wegen Unverhältnismäßigkeit zu Unrecht abgelehnt. Deshalb sei das Verhalten der Klägerin insgesamt nicht treuwidrig gewesen, denn sie habe die von der Beklagten zu 2 angebotene (Teil-)Nachbesserung nicht annehmen müssen. Das Landgericht habe auch unzutreffend in dem Tatbestand festgestellt, dass die Klägerin der Beklagten zu 2 ein Hausverbot nach Zugang des Schreibens vom 11. Mai 2009 erteilt habe. Die Beklagte zu 2 habe es auch abgelehnt, der Klägerin die Mangelfolgeschäden in Höhe von 52.591,50 € netto zu erstatten. Das Landgericht habe zudem verkannt, dass selbst bei einer Vereitelung des Nachbesserungsrechts durch die Klägerin eine Haftung der Beklagten zu 2 hinsichtlich des Mangelfolgeschadens gegeben sei. Dieser hätte auch nicht durch eine Nachbesserung verhindert werden können, da die Schäden schon vor Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Werkleistungen entstanden seien. Der Vorrang der

Nacherfüllung beziehe sich nur auf die Mangelbeseitigung am Werk der Beklagten zu 2 und nicht auf die weiteren Schäden, welche durch die Mängel verursacht worden seien. Im Übrigen verteidigt die Klägerin das angefochtene Urteil als richtig. Nunmehr macht die Klägerin neben den für die Schadensbeseitigung aufzuwendenden erforderlichen Nettokosten auch den auf die Nettokosten entfallenden Umsatzsteuerbetrag als Vorschuss geltend.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgericht Erfurt vom 22. Februar 2013, Az. 10 O 1939/09,

1. die Beklagte zu 2 zu verurteilen, als Gesamtschuldnerin neben der Beklagten zu 1 an die Klägerin 77.237,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen;
2. die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Klägerin 8.465 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen;
3. die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Klägerin 16.283,53 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen;
4. die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Klägerin außergerichtliche Kosten in Höhe von 2.118,44 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. Dezember 2009 zu zahlen;
5. festzustellen, dass die Beklagte zu 2 als Gesamtschuldnerin neben der Beklagten zu 1 verpflichtet ist, der Klägerin jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der sich erst nach Aufnahme der Behebung des eingetretenen Wasserschadens herausstellt und der nicht in dem Betrag gemäß Ziffer 1 enthalten ist, sofern dieser Schaden auf eine mangelhafte Leistung der Beklagten zu 1 und zu 2 bezogen auf die Errichtung des Einfamilienhaus, ----, 99100 Erfurt-Schaderode zurückzuführen ist;
6. festzustellen, dass die Beklagte zu 2 als Gesamtschuldnerin neben der Beklagten zu 1 verpflichtet ist, auch den nach einer Reparatur verbleibenden Minderwert an dem Objekt, ----, 99100 Erfurt-Schaderode zu ersetzen hat, soweit er auf die Mangelhaftigkeit der Werkleistungen der Beklagten zu 1 und zu 2 beruht;

Die Beklagten und der Streithelfer zu 2 der Beklagten zu 1 beantragen,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte zu 1 und der Streithelfer zu 2 der Beklagten zu 1 beantragen,

unter Abänderung des Urteils des Landgericht Erfurt vom 22. Februar 2013, Az. 10 O 1939/09, die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zu 1 zurückzuweisen.

Die Beklagte zu 1 ist der Ansicht, dass die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen unrichtig und unvollständig seien. Das Landgericht habe nicht ausreichend aufgeklärt, durch welche Werkleistungen die aufgetretenen Mängel verursacht worden seien. In dem selbstständigen Beweisverfahren habe der Sachverständige S--- zunächst festgestellt, dass die Undichtigkeit des Schwimmbeckens darauf zurückzuführen sei, dass die Schwimmbadfolie undicht sei. Bei seiner Anhörung habe der Sachverständige S--- ausgeführt, dass die von der Beklagten zu 2 verlegte Folie den Einlauf der Sekundärentwässerung verdeckt und ein Abfließen des Wassers verhindert habe. Dadurch drücke das hinter der Folie stauende Wasser nach oben und dringe in die Fußbodenkonstruktion ein. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- sei dies ein Ausführungsfehler der Beklagten zu 2. Im Widerspruch zu diesen Ausführungen stünden die Erläuterungen des Sachverständigen E--- anlässlich seiner Anhörung durch das Landgericht. Danach beruhe die Undichtigkeit des Schwimmbeckens nicht darauf, dass die Folie den Einlauf der Sekundärentwässerung verdecke. Nach Auffassung des Sachverständigen E--- sei Ursache des Schadens das aus dem Becken herausschwappende Wasser, welches dann in die Beckenumgebung eindringe. Worin der Mangel an dem Anschluss der Beckenumgangsdichtung an den Beckenkörper liege, habe der Sachverständige E--- trotz wiederholter Nachfragen nicht beantworten können. Demnach könnten die Schäden entweder infolge der Undichtigkeit der verlegten Folie oder durch die Estrichkonstruktion verursacht worden sein. Liege es an der Estrichkonstruktion, so sei der Estrichleger verantwortlich. Im Übrigen könne auch eine Leckage in der Fußbodenheizung zu den aufgetretenen Wasserschäden geführt haben. Da das Landgericht es unterlassen habe, die Schadensursache festzustellen, könne auch eine Verantwortlichkeit des bauüberwachenden Architekten für die Ausführungsmängel nicht abschließend festgestellt werden, so dass es bereits an einem Anspruch dem Grunde nach fehle. Soweit die Schäden durch eine Überdeckung der Sekundärentwässerung durch die Folie

verursacht worden seien, sei dieser Mangel für die Beklagte zu 1 im Zeitpunkt der Ausführung der Werkleistungen nicht erkennbar gewesen. Das Landgericht habe das rechtliche Gehör der Beklagten zu 1 verletzt, da es unterlassen habe, den durch Einholung eines Sachverständigengutachtens dazu angebotenen Beweis zu erheben. Die Klägerin könne zudem Schadensersatz allenfalls in einer den Betrag von 19.826,46 € übersteigenden Höhe verlangen. Denn schließlich habe die Klägerin von der Werklohnforderung der Beklagten zu 2 einen Betrag in Höhe von 19.826,46 € nicht gezahlt. Die Klägerin könne auch nicht die für die Ergänzung und Anpassung der Regelungstechnik anfallenden Kosten erstattet verlangen, da diese Leistungen nicht kausal durch eine mangelhafte Bauüberwachung entstanden seien. Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz erstmals einen Kostenvorschuss hinsichtlich der Umsatzsteuer geltend mache, berücksichtige sie nicht, dass ein vor der Mängelbeseitigung geltend gemachter Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen der Mängel an einem Bauwerk nicht die auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten entfallende Umsatzsteuer erfasse. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Klägerin die geschätzten Kosten für die Vergabe-, Regie- und Abnahmarbeiten nicht geltend machen könne. Bei diesen Feststellungen habe es nicht beachtet, dass der mit der Beklagten zu 1 bestehende Architektenvertrag noch bestehe und sie daher diese Überwachungsleistungen selbst erbringen könne. Allein der Umstand, dass der Auftragnehmer in der Vergangenheit mangelhaft gearbeitet hat, rechtfertige für sich keine vorbeugende Beauftragung eines Sachverständigen zur Abklärung von vermuteten Mängeln. Eine Kontrolle der Nachbesserungsarbeiten durch einen Sachverständigen auf Kosten des Unternehmers komme allenfalls dann in Betracht, wenn konkrete Umstände gegeben seien, welche vermuten lassen, dass auch die Mängelbeseitigung fehlschlagen werde. Dazu fehlten jegliche Anhaltspunkte. Die mit der Klage geltend gemachten Feststellungsanträge seien unzulässig, da sie nicht hinreichend bestimmt seien.

Der Streithelfer zu 2 der Beklagten zu 1 ist der Ansicht, dass eine Pflichtverletzung hinsichtlich der Bauüberwachung nicht gegeben sei. Es seien im Auftrag der Beklagten zu 1 alle im Rahmen der Bauüberwachung festgestellten Mängel in der Arbeit der Beklagten zu 2 dieser schriftlich angezeigt worden. Durch die gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten sei nicht festgestellt worden, dass die Feuchtigkeitserscheinungen eine kausale Folge einer mangelhaften Bauüberwachung seien. Aus den Gutachten ergebe sich nicht, wodurch und an welchem konkreten Schadensort die Wasseraustritte stattgefunden haben oder noch stattfinden und hierdurch kausal eine Durchfeuchtung von Teilen des Fußbodenaufbaues in dem Schwimmbadraum aufgetreten sei oder auftrete. Während der Bauüberwachung habe weder eine Undichtigkeit der Schwimmbeckenfolie noch eine Undichtigkeit im Zufluss- oder Abflusssystem der Anlagentechnik bestanden. Das Landgericht habe zu der Erkennbarkeit der Mängel während der Bauüberwachung keine Tatsachenfeststellungen getroffen, wodurch das rechtliche Gehör der Beklagten zu 1 verletzt worden sei, da das erstinstanzliche Gericht das in

dem Schriftsatz vom 3. Juli 2012 gemachte Beweisangebote auf Einholung eines Sachverständigengutachtens und durch Vernehmung des Zeugen Merten übergangen habe. Im Bereich der Anlagentechnik seien für die Beklagte zu 1 hinsichtlich der Planungsleistungen durch die Beklagten zu 2 keine Mängel erkennbar gewesen. Soweit die Klägerin die Beklagte zu 1 wegen einer mangelhaften Bauüberwachung in Anspruch nehme, müsse sie sich das Verschulden der Beklagten zu 2 als planendes Unternehmen zurechnen lassen. Die Klägerin könne auch die Sanierungskosten nicht als Schadensersatzforderung gegenüber der Beklagten zu 1 geltend machen, da die Beklagte zu 2 noch zur Nachbesserung der Mängel berechtigt sei. Das Landgericht habe unzutreffend die in dem Angebot der Fa. M.A.S. aufgeführten Leistungen zur Anpassung und Ergänzung der Anlagentechnik und zur Neuverlegung der Schimmbadfolie in Höhe 16.301,80 € der Klägerin zuerkannt. Bei diesen Feststellungen habe das erstinstanzliche Gericht nicht berücksichtigt, dass die Klägerin in Höhe eines Betrags von 19.826,46 € den an die Beklagte zu 2 zu zahlenden Werklohn einbehalten habe. Im Übrigen fehle es an Feststellungen dazu, ob diese Leistungen im Rahmen des Vertrags von der Beklagten zu 2 geschuldet waren oder ob es sich um zusätzliche Leistungen bzw. Sowiesso-Kosten handele. Die Klägerin könne auch nicht die Kosten verlangen, die für die Bauleitung, Überwachung und Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten entstünden, da die Beklagte zu 1 gegenüber der Klägerin berechtigt und verpflichtet sei, die in den Leistungsphasen 8 und 9 geschuldeten Leistungen selbst zu erbringen. Für die Feststellungsanträge fehle der Klägerin das Rechtsschutzinteresse. Die Anträge seien auch nicht hinreichend bestimmt.

Die Beklagte zu 2 verteidigt das landgerichtliche Urteil als richtig. Sie wiederholt und vertieft im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Zudem müsse sich die Beklagte zu 2 etwaige Versäumnisse von Fremdgewerken nicht zurechnen lassen. Die Beklagte zu 2 meint, die Ursache der Feuchtigkeitsschäden sei nicht nachgewiesen. Es sei auch unberücksichtigt geblieben, dass die Klägerin das Schwimmbad „kräftigst“ genutzt habe, was sich aus der hohen Betriebsstundenzahl ergebe. Ferner wiederholt die Beklagte zu 2 ihre schon erstinstanzlich erklärten Hilfsaufrechnungen. Die Beklagten zu 2 meint weiterhin, ihr stehe ein Nachbesserungsrecht zu, und sie vertieft ihren Vortrag zu den behaupteten Planungsleistungen der Beklagten zu 1. Schließlich folge ein Mitverschulden der Klägerin auch aus dem Unterlassen des Abschlusses eines Wartungsvertrages und einer fehlerhaften Behandlung der Schwimmbadfolie.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der Berufungsinstanz wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und Streithelfer sowie auf dem weiteren Akteninhalt ergänzend Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben gemäss Beschluss vom 17. Februar 2014 durch Einholung einer

ergänzenden schriftlichen Stellungnahme der Sachverständigen S--- und E---, welche unter dem 28. April 2014 erstellt wurde. Zudem hat der Senat die Sachverständigen S--- und E--- in der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2014 ergänzend mündlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Ausführungen der Sachverständigen vom 28. April 2014 und die Sitzungsniederschrift vom 20. November 2014 Bezug genommen.

Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens, Az.: 7 OH 24/06 LG Erfurt, waren beigezogen.

II.

Die Berufungen der Klägerin und der Beklagten zu 1 sind zulässig. Die Rechtsmittel sind statthaft, § 511 ZPO, und auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Die Berufungen sind insbesondere form- und fristgerecht eingelegt sowie form- und fristgerecht begründet worden, §§ 517, 519, 520 ZPO.

Die Berufung der Klägerin ist nicht deshalb unzulässig, weil die Klägerin vor dem Landgericht die Zahlung von Schadensersatz verlangt hat und nunmehr in der Berufungsinstanz - auch - einen Vorschussanspruch in Bezug auf die im Falle der Schadensbeseitigung anfallende Mehrwertsteuer geltend macht. Eine Berufung ist dann zulässig, wenn der Berufungskläger mit dem Rechtsmittel die Beseitigung einer in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwer erstrebt (BGH, Urteil vom 30. November 1995 – III ZR 240/94, NJW 1996, 527). Eine Berufung ist dagegen unzulässig, wenn sie den in erster Instanz erhobenen Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiterverfolgt, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen, bislang nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt (BGH, Urteil vom 23. November 2000 - VII ZR 242/99, NJW 2001, 435 mwN). Deshalb kann die Erweiterung oder Änderung der Klage in zweiter Instanz nicht alleiniges Ziel des Rechtsmittels sein; vielmehr setzt ein derartiges Prozessziel eine zulässige Berufung voraus (BGH, Urteil vom 30. November 1995 – III ZR 240/94, NJW 1996, 527 mwN). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist das Rechtsmittel der Klägerin insgesamt zulässig. Die Klägerin beschränkt den Schadensersatzanspruch nunmehr auf den Nettobetrag der zur Mängelbeseitigung notwendigen Aufwendungen, während die Klägerin den Schadensersatzanspruch in erster Instanz zuzüglich der Umsatzsteuer geltend gemacht hat. Soweit daher der Schadensersatzanspruch in Form des Nettobetrages weiter verfolgt wird, ist die Berufung der Klägerin ohne weiteres zulässig. Dies führt dazu, dass auch der nunmehr neben dem Nettobetrag als Kostenvorschuss geltend gemachte Umsatzsteuerbetrag als weiterer Klageanspruch zulässig ist. Denn dieser Vorschussanspruch ist nicht ausschließlich Gegenstand des Berufungsverfahrens, sondern wird neben dem ohnehin dem Berufungsgericht zur Überprüfung angefallenen Nettoschadensersatz geltend gemacht. Ob der Kostenvorschuss in der Sache begründet ist, ist im Rahmen der Zulässigkeit des Rechtsmittels unbeachtlich.

In der Sache hat die Berufung der Klägerin teilweise, die Berufung der Beklagten zu 1 in vollem Umfang Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 2 einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 71.062,17 EUR für die durch die Werkleistung der Beklagten zu 2 verursachten sogenannten Mangelfolgeschäden, während der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 wegen der Mängel an dem von der Beklagten zu 2 erbrachten Werk selbst lediglich ein Nachbesserungsrecht zusteht. Ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1 besteht indes insgesamt nicht.

1. Hinsichtlich der eigenen Werkleistung der Beklagten zu 2 besteht kein Schadensersatzanspruch der Klägerin. Dabei kann dahinstehen, ob eine Abnahme der Werkleistung der Beklagten zu 2 erfolgt ist oder nicht. Denn es sind weder die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin aus § 4 Abs. 7 VOB/B im Falle der fehlenden Abnahme noch die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B für den Fall gegeben, dass das Werk der Beklagten zu 2 abgenommen wurde. In beiden Fällen muss sich nämlich die Klägerin daran festhalten lassen, dass sie die Beklagte zu 2 mit Schreiben vom 11. Mai 2009 zur Mängelbeseitigung aufgefordert und der Beklagten zu 2 trotz dieser Aufforderung ein Hausverbot erteilt hat. Dahinstehen kann auch, ob der Beklagten zu 2 vor dem 11. Mai 2009 eine wirksame Frist für die Mängelbeseitigung durch die Klägerin bzw. den Streithelfer zu 2 der Beklagten zu 1 gesetzt wurden. Denn das Nachbesserungsrecht der Beklagten zu 2 ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass vor der Geltendmachung des Nachbesserungsverlangens am 11. Mai 2009 die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Schadensersatzes bereits vorgelegen haben. Zwar erlöschen die mit dem Ablauf einer Frist verbundenen Rechte grundsätzlich nicht mit einem nach Fristablauf erklärten erneuten Verlangen des Gläubigers auf Leistung, so dass es grundsätzlich auch keiner erneuten Fristsetzung bedarf (BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 16). Dennoch kann die Ausübung der mit dem Fristablauf verbundenen Rechte durch den Gläubiger im Einzelfall mit dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren sein, wenn etwa der Gläubiger die durch den Fristablauf begründeten Rechte geltend macht, kurze Zeit nachdem der Gläubiger erneut die Leistung angefordert hat (BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 23). So verhält es sich hier. Die Klägerin hat mit dem Schreiben vom 11. Mai 2009 von der Beklagten zu 2 erneut die Nachbesserung der in dem selbständigen Beweisverfahren durch den Sachverständigen S--- festgestellten Mängel bis zum 30. Juni 2009 verlangt. Auf dieses Schreiben hat die Beklagte zu 2 nach einer von der Klägerin eingeräumten Fristverlängerung bis zum 31. Juli 2009 mit Schreiben vom 2. Juli 2009 drei Termine für ein vorbereitendes Gespräch mit der Klägerin vorgeschlagen, nämlich den 7. Juli 2009, den 8. Juli 2009 oder den 9. Juli 2009. Auf darauffolgende schriftliche Anfragen der Beklagten zu 2 reagierte die Klägerin nicht mehr. Vielmehr erteilte die Klägerin der Beklagten zu 2 nach den für den Senat nach § 529 Abs. 1 Nr.

1 ZPO zugrundezulegenden unstreitigen Feststellungen des Landgerichts ein Hausverbot. Dieses widersprüchliche Verhalten - Anforderung der Leistung, Vereitelung der Durchführung der Mängelbeseitigung - führt hier dazu, dass die Beklagte zu 2 selbst bei vorherigem Eintritt der Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch weiterhin das Recht zur Mängelbeseitigung hat.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus der Behauptung der Klägerin, die vorgeschlagenen Nachbesserungsarbeiten der Beklagten zu 2 seien nicht tauglich gewesen, die Mängel zu beseitigen. Grundsätzlich hat der Auftragnehmer zu entscheiden, welche Maßnahmen zur Herstellung der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit zu treffen sind (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 249/96, NJW-RR 1998, 233). Dabei hat der Unternehmer die Wahl zwischen allen geeigneten Maßnahmen. Insoweit gerät der Auftragnehmer nicht in (Schuldner-)Verzug, sondern der Auftraggeber in (Gläubiger-)Verzug, wenn der Auftraggeber unberechtigt auf einer bestimmten Art der Nacherfüllung beharrt (OLG Düsseldorf BauR 2013, 107; OLG Celle BauR 2009, 1757), solange die Werkleistung nicht vollständig unbrauchbar bzw. untauglich ist (OLG Düsseldorf BauR 2013, 107; OLG Hamm BauR 1995, 413). Von seiner Nachbesserungsverpflichtung wird der Auftragnehmer nicht deshalb frei, weil der Auftraggeber eine bestimmte (sei es zu weitgehende, sei es ganz oder teilweise untaugliche) Nachbesserungsmaßnahme vorschlägt oder gar verlangt. Der Auftragnehmer bleibt vielmehr - auch im Falle des Annahmeverzugs des Auftraggebers - grundsätzlich (ggf. bis hin zur Neuherstellung) zur Herbeiführung eines vertragsgemäßen Zustandes bzw. Werkerfolges verpflichtet (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 249/96, NJW-RR 1998, 233). Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte zu 2 ihr Nachbesserungsrecht nicht verloren. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme können die Mängel der Werkleistung der Beklagten zu 2 im Wege der Mängelbeseitigung behoben werden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- ist die eigentliche Werkleistung der Beklagten zu 1 im Einzelnen wie folgt mangelhaft:

Gutachten vom 4. November 2006, Az.: 7 OH 24/06:

„Die Messwasseranlage ist nicht entsprechend den Vorgaben des Anlagenherstellers angeschlossen, so dass ein Umbau notwendig ist. Daraus folgernde erklären sich pH-Wert-Schwankungen.

Aufgrund der falschen Fortluftkonzeption kommt es zu Gebäudeschäden an der Fassade.“

Gutachten vom 1. März 2008, Az.: 7 OH 24/06:

„Die Abzweigdosen für die Elektrokabelanschlüsse der Unterwasserscheinwerfer sind vor Ort nicht ersichtlich.

Die Nahtversiegelung der Schwimmbeckenfolie ist teilweise nicht fachgerecht.

Punktuelle weiße Flüssigfolienreste sind auf der schwarzen Treppenfolie vorhanden.“

Gutachten vom 18. November 2008, Az.: 7 OH 24/06:

Zusammenfassend hat der Sachverständige S--- unter Hinzuziehung des Sachverständigen E--- folgende Feststellungen getroffen:

„Bei einem Beckenwasserstand von ca. 40 cm unter der Überlaufrinnenkante hat es keinen nennswerten Wasserverlust gegeben. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Folie undicht ist.

Aufgrund einer Faltenbildung in der Schwimmbadfolie wurde festgestellt, dass sich Wasser unter der Folie befindet. Des Weiteren ist die Sekundärentwässerung fehlerhaft. Durch die Sekundärentwässerung soll anfallendes bzw. durch die Schwimmbadfolie diffundierendes Beckenwasser hinter der Schwimmbadfolie abgeleitet werden. Die Sekundärentwässerung erfolgt durch einer eingegossenen PVC-Kondensat-Kunststoffleitung DN 25 mit zwei Abläufen in der Schwimmbad-Bodenplatte. Hier führt die Sekundärentwässerung jedoch nicht separat in den Technikeller, sondern an das dortige PVC-Entlüftungsrohr DN 400. Eine Überprüfung mit Druckluft hat ergeben, dass Kondensatleitung nicht funktioniert. Denn erst nach der Druckluftprüfung floss Wasser ab.“

Gutachten des Sachverständigen S--- vom 16. November 2011, Verfahrensakte:

„Es gibt eine Undichtigkeit im Folien-Beckenboden. Die Eindichtung der Folie in den Reinwasser-Fußboden-Beckeneinlauf mit den gekürzten Schrauben für den Pressflansch ist mangelhaft.“

In seiner mündlichen Anhörung durch das Landgericht am 11. Mai 2012 hat der Sachverständige S--- daran festgehalten, dass das Führen der Sekundärentwässerung in den Lüftungskanal ein Baumangel ist. Sach- und fachgerecht ist die Leitung in einen Schacht, um Kondenswasser oder Leckwasser festzustellen. Zudem ist der Abfluss durch die Folie verdeckt gewesen.

In dem durch den Senat eingeholten Ergänzungsgutachten vom 28. April 2014, nehmen der Sachverständige S--- ebenso wie der Sachverständige E--- nochmals zusammenfassend zu ihren bisherigen Feststellungen Stellung und bekräftigen diese.

Schließlich haben der Sachverständige S--- und der Sachverständige E--- in der mündlichen Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 ihre Feststellungen abermals bestätigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten bezüglich der durch die Sachverständigen festgestellten Mängel in der Werkleistung der Beklagten zu 2 nimmt der Senat auf die genannten schriftlichen Gutachten nebst Ergänzungen und die genannten Anhörungen ergänzend Bezug. Die schriftlichen und mündlichen Ausführungen der Sachverständigen sind für den Senat in allen Punkten nachvollziehbar und überzeugend. Die Sachverständigen sind von den zutreffenden Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen ausgegangen. Den Ausführungen ist eine umfangreiche Text- und Bilddokumentation beigelegt, die sämtliche Feststellungen der Sachverständigen unterstützen. Ferner haben die Sachverständigen scheinbare Widersprüche in ihren jeweiligen Ausführungen in der Anhörung durch das Landgericht am 11. Mai 2012 in der schriftlichen Ergänzung vom 28. April 2014 aufgeklärt und klargestellt. Es kann daher für den Senat keinen ernsthaften Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der gutachterlichen Feststellungen geben. Daher steht für den Senat zusammenfassend fest, dass die Beklagte zu 2 die ihr obliegenden Arbeiten mangelhaft erbracht hat. So ist insbesondere die von der Beklagten zu 2 eingebrachte Folie im Bereich des Ablaufs am Boden des Beckens undicht und die von der Beklagten zu 2 zu erbringende Sekundärentwässerung ist nicht funktionsfähig, da verschlossen. Weiterhin ist die von der Beklagten zu 2 zu erbringende Installation der Messwasseranlage nicht entsprechend den Herstellerangaben erfolgt.

Diese Mängel können nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- allesamt beseitigt werden. Der Sachverständige hat hierzu ein Leistungsverzeichnis durch das Ingenieurbüro W--- GmbH erstellen lassen, auf dieser Grundlage drei Angebote eingeholt, das Leistungsverzeichnis und die Angebote dem schriftlichen Gutachten vom 16. November 2011 beigelegt und diese Feststellungen im Rahmen der mündlichen Anhörung vor dem Landgericht am 22. Mai 2012 ergänzend erläutert.

Soweit die Klägerin der Auffassung ist, sie habe die von der Beklagten zu 2 angebotene Nachbesserung dennoch ablehnen dürfen, steht dies einem Annahmeverzug mit der Nachbesserung nicht entgegen. Ob die Klägerin die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse ihres Annahmeverzuges erkannt hat, ist unerheblich, da der Gläubigerverzug nach § 293 BGB ein Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 117/08, NJW-RR 2011, 21 Rn. 10). Der Gläubigerverzug wird daher auch durch einen Irrtum, aufgrund dessen das Nachbesserungsangebot für nicht ordnungsgemäß gehalten und daher zurückgewiesen wird, nicht berührt (Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 293 BGB Rn. 10). Das Risiko der Fehlbeurteilung trägt der Gläubiger (OLG Hamm, BauR 1996, 123).

Schließlich steht der weiteren Mängelbeseitigung durch die Beklagte zu 2 nicht entgegen, dass sich die Beklagte zu 2 in dem vorliegenden Verfahren gegen ihre Verantwortlichkeit wendet. Denn die Beklagte zu 2 hat ihre Pflicht zur Beseitigung der Mängel nicht schlechthin negiert, sondern die Mängelbeseitigung für die in ihrem Verantwortungsbereich liegende fehlerhafte

Werkausführung weiterhin angeboten. Hierin sieht der Senat keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch die Beklagte zu 2.

Deshalb besteht der Nachbesserungsanspruch der Beklagten zu 2 weiterhin fort, soweit die Werkleistung der Beklagten zu 2 betroffen ist. Ein Schadensersatzanspruch scheidet insoweit aus.

2. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 ist aber hinsichtlich der von der Klägerin geltend gemachten Kosten begründet, welche zur Auffindung des zu beseitigenden Mangels notwendig sind. Denn dem Auftraggeber sind die entstandenen Kosten zur Mängelfeststellung oder zur Klärung der Mängelverantwortlichkeit zu ersetzen (BGH, Urteil vom 17. Februar 1999 – X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813, 814 mwN). So verhält es sich hier bei den von der Klägerin geltend gemachten Gutachter- und Untersuchungskosten in einer Gesamthöhe von 3.934,05 EUR. Die Kosten für den Privatgutachter Fleischmann in Höhe von insgesamt 1.570,80 EUR (Rechnungen über 1.078,80 EUR, 260,00 EUR und 232,00 EUR) sind im Zusammenhang mit der Ursachenfindung des Feuchtigkeitsschadens für Untersuchungen in dem Zeitraum zwischen dem 4. April 2006 und dem 22. Juni 2006 entstanden. Zudem sind die von der Klägerin geltend gemachten Kosten für den Privatgutachter Weber in Höhe von 1.613,56 EUR für die Schadensfeststellung in dem Zeitraum zwischen dem 18. August 2005 und dem 17. Oktober 2005 zu ersetzen. Schließlich sind auch die von der Klägerin geltend gemachten Untersuchungskosten in Höhe von insgesamt 749,69 EUR (Institut für Umweltmedizin in Höhe von 119,00 EUR und 241,58 EUR; Ing.-Büro Siefke in Höhe von 63,80 EUR und Dipl.-Ing. Fischer in Höhe von 325,31 EUR) von dem Schadensersatzanspruch umfasst. Bei letzteren Positionen handelt es sich um in den Jahren 2006 und 2007 durchgeführte Untersuchungen in Bezug auf Schimmelpilzbildung, Parasiten, Messung des Differenzdruckes und Überprüfung der Wasserqualität.

3. Die Beklagte zu 2 hat weiterhin für die Mangelfolgeschäden einzustehen und für deren Beseitigung Schadenersatz an die Klägerin zu leisten. Auch in diesem Zusammenhang ist es nicht entscheidungserheblich, ob eine Abnahme des Werkes vorliegt. Mangelfolgeschäden sind sowohl nach § 4 Abs. 7 VOB/B (BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99, NJW 2000, 2997, 2998) als auch nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B zu ersetzen. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 2 wegen der Mangelfolgeschäden einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 61.056,50 EUR.

Nach den Feststellungen der Sachverständigen S--- und E--- ist es in dem Fußbodenaufbau zu einer erheblicher Feuchtesituation als Schaden gekommen. Für diesen Feuchteschaden ist die Beklagte zu 2 jedenfalls mitverantwortlich.

Die Sachverständigen S--- und E--- in dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen S---

vom 18. November 2008, Az.: 7 OH 24/06, haben zunächst folgendes festgestellt:

„Bei einem Beckenwasserstand von ca. 40 cm unter der Überlaufrinnenkante gibt es keinen nennswerten Wasserverlust mehr. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Folie undicht ist und darüber hinaus bis zu dieser Höhe offensichtlich auch die äußere WU-Beton-Beckenkonstruktion undicht ist. Zudem hat das Schwimmbecken keine umlaufende senkrechte Schwimmbecken-Dehnfuge (d.h. keine Abdichtung zum Beckenkopfbereich); die ausgeschriebene und eingebaute Entkoppelungsmatte hat kein allgemeines bauaufsichtliches Prüfungszeugnis; die ausgeschriebene Streichisolierung wurde nicht eingebaut; es liegt keine rechnerischer Nachweis über die eingebaute Fußbodendämmung vor; die Fliesenbelag im Beckenumgang hat kein Gefälle; im Wandanschlussbereich ist die Dichtbandsituation mangelhaft; die bituminöse Feuchtigkeitsabdichtung ist nicht ausreichend.“

In der Anhörung vor dem Landgericht am 11. Mai 2012 hat der Sachverständige E--- seine Feststellungen bekräftigt sowie diese in dem durch den Senat eingeholten Ergänzungsgutachten vom 28. April 2014 und in der mündlichen Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 abermals bestätigt. So hat der Sachverständige E--- in der Anhörung am 11. Mai 2012 zu der Frage, was mit dem Wasser hinter der Folie sei, ausgeführt: „Das hat damit zu tun, dass die untere Abdichtungsbahn direkt vor der Wand aufhört. Wenn der Überlauf nicht ordnungsgemäß angeschlossen ist, kann auch dies dazu führen, dass der Estrich durchfeuchtet und Wasser hinter der Folie zu finden ist.“

Die Sachverständigen haben - auch fotodokumentarisch und mit Messdaten belegt - in dem schriftlichen Gutachten vom 18. November 2008 ganz erhebliche Durchfechtungen in der Beckenumgebung festgestellt.

Insgesamt hat der Senat nach den überzeugenden umfangreichen Feststellungen der Sachverständigen auch hier keinen Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen, so dass wegen der weiteren Einzelheiten der durch die Sachverständigen festgestellten Mangelfolgeschäden zur Vermeidung von Wiederholungen auf das genannte schriftliche Gutachten nebst Ergänzung und die genannten Anhörungen Bezug genommen wird.

Die Beklagte zu 2 hat diese Mangelfolgeschäden schuldhaft verursacht. Ausreichend ist insoweit eine Mitursächlichkeit (OLG Köln, Urteil vom 18. März 2011 – 19 U 5/10, juris Rn. 114). Hat der Auftragnehmer neben dem Fehlverhalten des Auftraggebers oder anderer anlässlich der Bauausführung tätiger Unternehmer auch durch eigene Fehlleistung den Schaden (mit-)verursacht und hätte dies für sich genügt, den Schaden herbeizuführen, ist der Auftragnehmer verantwortlich (OLG Köln, Urteil vom 18. März 2011 – 19 U 5/10, juris Rn. 114). Für das Deliktsrecht wird dies durch das Gesetz in § 830 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB normiert. Lässt sich

danach nicht ermitteln, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Auch wenn diese Vorschrift wegen der Möglichkeit der Begründung einer Haftung allein durch den Anschein einer Mitverantwortung eng zu verstehen ist, insbesondere Zweifel an der Urheberschaft in Fällen alternativer Kausalität nicht betrifft, enthält sie in ihrem Geltungsbereich einen allgemeinen Rechtsgedanken, weil die Regelung kein Spezifikum des Deliktsrechts betrifft, sondern an eine Interessenlage anknüpft, die sich in gleicher Weise in allen Fällen der Haftung, insbesondere auch einer vertraglichen Haftung stellen kann (BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - X ZR 69/99, NJW 2001, 2538, 2539). Die Beklagte zu 2 kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass andere an dem Bau beteiligte Handwerker mit ihren Gewerken (auch) einen Verursachungsbeitrag in Bezug auf die Mangelfolgeschäden geleistet haben.

Der Sachverständige S--- hat eine (Mit-)Verantwortlichkeit der Beklagten zu 2 nicht verneint, auch wenn der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten vom 18. November 2008, Az.: 7 OH 24/06, folgende Feststellungen zu den weiteren Verantwortlichkeiten getroffen hat:

„Anschlusssituation bei der mangelhaften bzw. nicht vorhandenen Anschlusssituation der Beckenumgangs-Flächenabdichtung: Generalplanung, Bauleitung, Fliesengewerk

Fehlende Dehnfuge: Generalplanung, Bauleitung, Fliesengewerk

Fliesen-Verbund-Abdichtungs-Anschlusssituation bei den Hallenwänden: Generalplanung, Bauleitung, Fliesengewerk

Fliesengefälle: Planung, Bauleitung, ausführende Fliesenfirma,

Bitumenabdichtung: Planung, Bauleitung, ausführende Firma für Bitumenabdichtung.“

Diese Feststellungen führen indes nicht zu einer Haftungsentlassung der Beklagten zu 2. Wesentlich sind nämlich die Feststellungen des Sachverständigen S--- in dessen schriftlicher Ergänzung vom 28. April 2014 und anlässlich seiner Anhörung durch den Senat am 20. November 2014:

„Die eingebrachte Folie ist im Bereich des Ablaufs am Boden des Beckens nicht ordnungsgemäß eingedichtet. Dies führt dazu, dass an dieser Stelle Wasser auf die andere Seite der Folie dringen kann. Zum zweiten ist die Sekundärentwässerung nicht funktionsfähig. Die Sekundärentwässerung hat folgende Aufgabe: Eine Schwimmbadfolie ist – auch wenn sie völlig korrekt verlegt worden ist – nicht diffusionsdicht, d.h., eine gewisse Menge Wasser diffundiert durch die Folie hindurch. Damit dieses Wasser, das sich auf dem Beckenboden unterhalb der Folie sammelt und verkeimt, nicht zur Pilzbildung und zur Verfärbung des Schwimmbadenbodens führt, muss dieses Brackwasser, das durch die Folie hindurch

diffundiert ist, irgendwie abgeleitet werden. Dafür hat man hier eine an sich sinnvolle Konstruktion der Sekundärentwässerung gewählt. Die Einläufe der Sekundärentwässerung waren jedoch durch die Folie verschlossen, so dass durch die Sekundärentwässerung kein Wasser durch die Rohre hindurch in den Technikraum gelangen konnte. Da das diffundierende und vor allem das durch den fehlerhaften Anschluss am Ablauf hindurch gelangende Wasser somit nicht durch die Sekundärentwässerung abgeleitet werden konnte, stieg es unterhalb und außerhalb der Folie am Beckenrand nach dem Prinzip der kommunizierenden Röhren hoch und drang im oberen Beckenbereich in den angrenzenden Beckenumgang ein.“

Damit ist die mangelhafte Werkleistung der Beklagten zu 2 jedenfalls mitursächlich für die Mangelfolgeschäden. Schließlich hat der Sachverständige S--- in seiner schriftlichen Ergänzung vom 28. April 2014 auch ausgeführt, dass es keine begründeten Anzeichen für eine Undichtigkeit der Fußbodenheizung gibt.

Hinsichtlich der Mangelfolgeschäden steht der Beklagten zu 2 kein Nachbesserungsrecht zu (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1985 – VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221). Die Mangelfolgeschäden sind allein durch eine Schadensersatzleistung in Geld zu kompensieren.

Dieser Schadensersatzanspruch ist in einer Höhe von 61.056,50 EUR begründet.

Hierin enthalten sind zunächst die von dem Sachverständigen E--- festgestellten Beseitigungskosten gemäß dessen schriftlichen Ausführungen in dem Gutachten vom 11. November 2011. Dort hat der Sachverständige unter Bezugnahme auf seine Feststellungen in dem selbständigen Beweisverfahren ausgeführt, dass zur Mängelbeseitigung umfangreiche konstruktionelle Maßnahmen notwendig sind, welche der Sachverständige im Einzelnen unter Angabe der voraussichtlich entstehenden Kosten aufgeführt hat. Zu ersetzen sind aber lediglich die Nettokosten in Höhe von 52.591,50 EUR, da der vor der Mängelbeseitigung geltend gemachte Schadensersatzanspruch die Umsatzsteuer nicht umfasst (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 176/09, NJW 2010, 3085 Rn. 13).

Die Klägerin kann auch die von dem Sachverständigen E--- festgestellten Baunebenkosten verlangen. Zutreffend ist zwar, dass dem Auftragnehmer Regiekosten im Verhältnis zu seinem schädigenden Architekten als Schaden nicht zustehen können, wenn das Vertragsverhältnis nicht beendet, der Architekt weiterhin verpflichtet und auch berechtigt ist, seine vereinbarte Leistung zur Überwachung der Beseitigung von Baumängeln zu erbringen (OLG Hamm, NJW-RR 2013, 593). So verhält es sich hier aber nicht. Nach den Feststellungen des Sachverständigen E--- in seinem Gutachten vom 11. November 2011 muss die Sanierung durch einen Fachplaner geplant werden. Ein solcher Fachplaner ist die Beklagte zu 1 jedoch nicht. Auch der Generalplanervertrag sieht eine solche eigene Fachplanung der Beklagten zu 1 als deren Vertragspflicht nicht vor.

Zudem ist ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 8.465,00 EUR gemäß der Rechnung der Firma H--- vom 1. September 2011 begründet. Diese Positionen hat der Sachverständige E--- nunmehr in der Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 in voller Höhe als erforderlich angesehen. Dies betrifft auch die in der Rechnung der Firma H--- aufgeführte Position 1.01 und die damit einhergehende Innendämmung in einer Höhe von 50 cm. Gegen die Höhe der aufgeführten Positionen bestehen keine Bedenken. Der Sachverständige E--- hat die Kosten für angemessen, auskömmlich und nicht überhöht angesehen. Hiergegen hat die Beklagte zu 2 keine weiteren erheblichen Einwände vorgebracht. Ein Erstattungsanspruch ist nämlich erst dann gemindert, wenn die Grenzen der Erforderlichkeit eindeutig überschritten sind oder der Auftraggeber bei der Auswahl des Drittunternehmers oder bei Abschluss des Reparaturvertrages seine Schadensminderungspflicht verletzt hat (OLG Dresden BauR 2000, 1341). Wählt der Auftraggeber – wie in dem vorliegenden Fall – einen Drittunternehmer auf dem freien Markt aus, obliegt dagegen dem Auftraggeber der Gegenbeweis, dass die von dem Drittunternehmer in Rechnung gestellten Positionen nicht erforderlich waren (OLG Dresden BauR 2000, 1341). Hieran fehlt es. Zu berücksichtigen ist aber auch hier lediglich der zur Beseitigung der Mängel erforderliche Nettobetrag in Höhe von 8.465,00 EUR.

4. Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 2 in Bezug auf die eben aufgeführten Nettobeträge jeweils ein Kostenvorschuss hinsichtlich der auf diese Nettobeträge voraussichtlich anfallende Umsatzsteuer in einer Gesamthöhe von 11.600,74 EUR zu (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 176/09, NJW 2010, 3085 Rn. 16). Dieser Vorschussanspruch beläuft sich bei den Sanierungskosten nach den Feststellungen des Sachverständigen E--- auf 9.992,39 EUR und in Bezug auf die Rechnung der Firma H--- vom 1. September 2011 auf 1.608,35 EUR.

5. Der Klägerin stehen damit gegen die Beklagte zu 2 zunächst Zahlungsansprüche in einer Gesamthöhe von 76.591,29 EUR zu (Untersuchungskosten in Höhe von 3.934,05 EUR zuzüglich Nettobetrag Sanierungskosten gemäß Sachverständigen E--- in Höhe von 52.591,50 EUR zuzüglich Nettobetrag gemäß Rechnung der Firma H--- vom 1. September 2011 in Höhe von 8.465,00 EUR zuzüglich Kostenvorschuss hinsichtlich der Umsatzsteuer bezüglich Sanierungskosten gemäß Feststellungen des Sachverständigen E--- in Höhe von 9.992,39 EUR und in Bezug auf die genannte Rechnung der Firma H--- in Höhe von 1.608,35 EUR).

6. Die Klägerin muss sich unter keinem Gesichtspunkt ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB zurechnen lassen. Es ist nichts für einen kausalen Beitrag der Klägerin bei der Entstehung des Schadens oder bei der weiteren Schadensentwicklung ersichtlich.

Es ist nicht erkennbar, in welcher Weise sich die von der Beklagten zu 2 angeführte Anzahl der Betriebsstunden auf die Entstehung der Mangelfolgeschäden oder deren Vertiefung ausgewirkt haben soll. Denn die Betriebsstundenzahl besagt nichts über eine konkrete Nutzung. Hierfür

reicht die Bezugnahme auf die Betriebsstundenzahl ebensowenig aus wie die Behauptung der Beklagten zu 2, die Klägerin habe das Schwimmbecken „kräftigst“ genutzt oder die weitere Behauptung, der Zeuge Merten habe im Januar 2010 gegenüber der Beklagten zu 2 geäußert, die Klägerin nutze das Schwimmbad weiter. Nur eine behauptete konkrete Nutzung ist einer Beweiserhebung zu der Frage einer Vertiefung der Mangelfolgeschäden zugänglich.

Der Klägerin kann ebenso wenig vorgehalten werden, sie habe die Schwimmbadfolie nicht sach- und fachgerecht gereinigt bzw. ein Wartungsvertrag sei nicht abgeschlossen worden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- in seiner Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 gab es keine Anzeichen für ein unsachgemäße Behandlung der Folie durch die Klägerin. Zudem hat der Sachverständige mündlich nochmals seine Ausführungen in dem Gutachten vom 28. April 2014 bekräftigt, dass im Falle einer ordnungsgemäßen Sekundärentwässerung der Abschluss eines Wartungsvertrages nicht erforderlich ist. Die Klägerin durfte darauf vertrauen, dass die Beklagte zu 2 ihre Arbeiten mangelfrei erbringt. Sie war daher nicht gehalten, einen Wartungsvertrag abzuschliessen. Schließlich hat der Sachverständige S--- bei seiner Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 auch größte Zweifel daran geäußert, dass - selbst für den Fall, dass Fleece im Bereich der Öffnungen der Sekundärentwässerung verlegt war - dieses Fleece ein Abdrücken der Zugänge zu den Entwässerungsrohren der Sekundärentwässerung durch die Schwimmbadfolie verhindert hätte. Auf eine weitere Untersuchung durch den Sachverständigen zu der Frage, ob Fleece zwischen Schwimmbadfolie und Schwimmbadboden vorhanden ist, kommt es daher unabhängig von der Frage, welcher der Beteiligten einer weiteren Bauteilöffnung nicht zugestimmt hat, nicht an.

Der Klägerin ist auch kein etwaiges Verschulden der Beklagten zu 1 bei der Bauüberwachung zuzurechnen. Im Verhältnis des Bestellers zum Bauunternehmer ist der bauaufsichtsführende Architekt nicht Erfüllungsgehilfe; der Bauherr schuldet dem Bauunternehmer keine Bauaufsicht, so dass sich der Bauunternehmer daher nicht auf eine mangelhafte Bauaufsicht durch den beauftragten Architekten berufen kann (BGH, Urteil vom 27. November 2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582 Rn. 29).

Schließlich scheidet auch ein anrechenbares Mitverschulden der Klägerin wegen einer planerischen Tätigkeit der Beklagten zu 1 aus. Zwar ist der planende Architekt Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Verhältnis zum Bauunternehmer (BGH, Urteil vom 27. November 2008 – VII ZR 206/06, NJW 2009, 582 Rn. 29 mwN). Der Auftraggeber muss sich daher das Planungsverschulden des Architekten gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, so dass der Unternehmer berechtigt ist, gegenüber dem Auftraggeber ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB einzuwenden (BGH, Urteil vom 7. März 2002 – VII ZR 1/00, NJW 2002, 3543, 3545 mwN). Ein solches Planungsverschulden der Beklagten zu 1 hat die Beklagte zu 2 aber schon nicht schlüssig vorgetragen. Die Beklagte zu 2 meint, aus der von der Beklagten zu 1 erstellten

Kostenermittlung ergeben sich die für den Schwimmbadbau veranschlagten Kosten, weil die dort unter Positionen 135 bis 144 aufgeführten Elemente die Technik eines vollständigen Schwimmbades umfassen. Hieraus folgt indes für den Senat nicht, dass die Beklagte zu 1 mit der Planung des Schwimmbades beauftragt war. Dass die Beklagte zu 1 die Kosten für die Schwimmbadtechnik für die Kostenermittlung berechnet hat, besagt nichts über eine konkrete Planung der Schwimmbadtechnik bzw. eine Planung des Schwimmbades durch die Beklagte zu 1. Auch aus dem Vortrag der Beklagten zu 2, die Beklagte zu 1 habe eine Datei mit dem Namen „Querschnitt Technik.PLN“ erstellt, besagt nichts über die Beauftragung der Beklagten zu 1 durch die Klägerin mit Planungsleistungen. Vielmehr besagt der Wortlaut des zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 geschlossenen Generalplanervertrages, dass hinsichtlich der technischen Gebäudeausrüstung die Planung und die Erstellung von Leistungsverzeichnissen durch die jeweiligen Unternehmer erfolgen. Dass die Klägerin und die Beklagte zu 1 diesen Vertragsinhalt und die von der Beklagten zu 1 zu erbringenden Leistungen entgegen dem Vertragswortlaut ausdrücklich oder konkludent geändert haben, behauptet die Beklagte zu 2 indes nicht. Zudem kann der Beklagten zu 1 auch nicht vorgeworfen werden, sie habe ihre Pflichten in Bezug auf die ihr in § 2 Abs. 4 lit d) des Generalplanervertrages obliegende Prüfung der Planung und/oder Leistungsverzeichnisse der Beklagten zu 1 verletzt. Denn es ist schon nicht vorgetragen und auch nicht das Ergebnis der Beweisaufnahme, dass der Beklagten zu 1 eine Planung vorgelegt worden wäre, welche die Beklagte zu 1 als einfache Baubetreuerin ohne Fachkenntnisse (vgl. hierzu unten unter Ziffern 7 und 10) ohne Weiteres als fehlerhaft hätte erkennen können und müssen. Vielmehr steht für den Senat nach den Feststellungen der Sachverständigen S--- und E--- fest, dass es sich bei den die Werkleistung der Beklagten zu 1 betreffenden Fehler um Ausführungsfehler und nicht um Planungsfehler handelt.

7. Die gegen diese Forderungen von der Beklagten zu 2 erklärten Hilfsaufrechnungen mit der Restwerklohnforderung in Höhe von 19.826,46 EUR und die von der Beklagten zu 2 mit Schriftsatz vom 23. Januar 2013 geltend gemachte Werklohnforderung in Höhe von 7.970,24 EUR sind nur in einer Höhe von 5.529,12 EUR fällig und bringen die klägerische Gesamtforderung in Höhe von 76.591,29 EUR nur in diesem Umfang zum Erlöschen. Die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Forderung in Höhe von 7.970,24 EUR ist unstrittig. Denn die Klägerin ist dieser Werklohnforderung mit Schriftsatz vom 31. Januar 2013 unter Ziffer 5 nur allgemein entgegengetreten, in dem die Klägerin die geltend gemachten Leistungen dem Grunde und der Höhe nach bestritten und ausgeführt hat, die Leistungen seien, wenn überhaupt, nur mangelhaft erbracht. Dieser klägerische Vortrag setzt sich mit den einzelnen von der Beklagten zu 2 in dem Schriftsatz vom 23. Januar 2013 aufgeführten Rechnungspositionen nicht auseinander, so dass die Klägerin ihrer nach § 138 ZPO obliegenden Erklärungspflicht in Bezug auf konkrete Einwände nicht Genüge getan hat.

Die von der Beklagten zu 2 geltend gemachte Werklohnforderung in einer Gesamthöhe von

27.796,70 EUR (19.826,46 EUR zuzüglich 7.970,24 EUR) ist lediglich in Höhe von 5.529,12 EUR fällig, weil der Klägerin in Bezug auf die mangelhafte Werkleistung der Beklagten zu 2 ein Zurückbehaltungsrecht in einfacher Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 22.267,58 EUR zusteht.

Aufgrund des vorliegenden Gläubigerverzugs der Klägerin mit der von der Beklagten zu 2 angebotenen Mängelbeseitigung ist abweichend von § 641 Abs. 3 BGB nur der einfache Druckzuschlag anzusetzen (BGH, Beschluss vom 4. April 2002 – VII ZR 252/01, NJW-RR 2002, 1025). Der einfache Druckzuschlag beläuft sich hier auf 22.267,58 EUR.

Die erforderlichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen ergeben sich aus den nachfolgenden Ausführungen, ausgehend von dem von dem Sachverständigen S--- eingeholten bereits benannten Leistungsverzeichnis des Ingenieurbüros W--- GmbH und des hierauf abgegebenen Angebotes der Firma M.A.S. vom 16. September 2011.

Von den in dem Angebot der Firma M.A.S. aufgeführten Kosten in Höhe von 15.616,80 EUR netto ist die Position 01.19 (1.600,00 EUR) abzuziehen, welche den Einbau von Flüstereinläufen betrifft. Der Einbau von Flüstereinläufen ist kein Teil der Mängelbeseitigung. Denn insoweit fehlt es bereits an einer mangelhaften Werkleistung der Beklagten zu 2. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- ist der Einbau von Flüstereinläufen nicht von dem Stand der Technik gefordert. Im Übrigen hat auch der Leistungsumfang der Beklagten zu 2 den Einbau von Flüstereinläufen nicht vorgesehen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 2 sind die Positionen 01.15 (182,00 EUR) und 02.04 (3.300,00 EUR) nicht zu kürzen. Bei der Position 01.15 handelt es sich um folgende Leistung: „PVC-Folienstreifen ca. 15 cm lang an die Überlaufrinne zum Beckenumgang als Anschlußsatz für die Beckenumgangsabdichtung anschweißen“. Diese Arbeiten sind nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- notwendig, um die Dichtigkeit zum Beckenumgang zu erreichen. Es handelt sich bei dieser Position demnach nicht um eine Zusatzposition neben dem Leistungsumfang der Beklagten zu 2, sondern um eine unerlässliche Arbeit im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung. Denn anderenfalls wäre die notwendige Dichtigkeit zur Beckenumgebung nicht gewährleistet.

Auch bei der Position 02.04 verbietet sich eine Kürzung. Hierbei handelt es sich um eine Leistung, welche die Beklagte zu 2 zwar erbracht hat. Denn in dem Angebot der Firma M.A.S. heißt es bei dieser Position: „Poolklar – PBr liefern und montieren, Mess- und Regelgerät für pH-Wert und Redoxspannung zur automatischen Dosierung mittels selbstansaugender Schlauchpumpe zur pH-Senkung und Steuerventil zur Bromzugabe auf PE-Tafel vormontiert. Fabrikat. WDT GmbH“. Das Angebot der Beklagten zu 2 vom 23. Dezember 2003 enthält unter den Positionen 3.10.90 und 3.10.130 eine näher beschriebene pH-Control „S“ Komplett-Anlage

und eine Dosieranlage für Chlor- oder Bromlangzeittabletten. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- ist eine chemische Wasseraufbereitung und Desinfektion auch tatsächlich vorhanden. Der Sachverständige hat aber auch festgestellt, dass die Mess- und Regelanlage mangels Installation gemäß den Herstellerangaben nicht ordnungsgemäß funktioniert und erneuert werden muss. Zudem hat der Sachverständige festgestellt, dass keine Fremdfirma an der installierten Schwimmbeckenwasser-Mess-und-Regelanlage Reparaturarbeiten vornehmen werde, so dass eine Neulieferung und Neumontage erforderlich ist.

Des Weiteren hat der Sachverständige bei seiner Anhörung durch das Landgericht am 22. Mai 2012 folgende Positionen aus dem Angebot der Firma M.A.S. korrigiert:

Position 3.04: 0 EUR anstatt 238,00 EUR brutto (= 200,00 EUR netto),

Position 1.04: 985,00 EUR netto anstatt 250,00 EUR netto (= Differenz: 735,00 EUR netto),

Position 2.03: 350,00 EUR netto anstatt 200,00 EUR netto (= Differenz: 150,00 EUR netto).

Weitere Korrekturen sind nicht vorzunehmen. In der Anhörung durch das Landgericht Erfurt am 22. Mai 2012 hat der Sachverständige S--- zu der Höhe etwaiger Sowiesokosten in Bezug auf die neu einzubauende Mess- und Regelanlage keine Feststellungen treffen können. Ein Abzug ist daher nicht vorzunehmen, weil die Beklagte zu 2 für die Höhe etwaiger Sowiesokosten darlegungs- und beweibelastet ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1988 – VII ZR 272/87, juris Rn. 34). Damit belaufen sich zunächst die voraussichtlichen reinen Kosten der Mängelbeseitigung ohne Nebenkosten auf 17.495,14 EUR brutto (18.583,99 EUR abzüglich 238,00 EUR abzüglich 1.904,00 EUR zuzüglich 874,65 EUR zuzüglich 178,50 EUR).

Auf die weiteren von der Beklagten zu 2 erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 27. Juni 2012 vorgebrachten Einwände gegen die in dem Angebot der Firma M.A.S. enthaltenen Positionen kommt es nicht mehr an, nachdem die Beklagte zu 2 ihre Einwände in der Berufungsinstanz nur In Bezug auf die zuvor aufgeführten und durch den Senat behandelten Positionen wiederholt hat.

Unter Zugrundelegung der bereits aufgezeigten Grundsätze, nach denen sich ein Auftraggeber auf die Überwachung der Mängelbeseitigung durch einen bereits vorhandenen Architekten verweisen lassen muss, sind die von dem Sachverständigen S--- angesetzten Kosten für die Vergabe-, Regie- und Abnahmarbeiten in Höhe von 25 % der anfallenden Endsumme von 17.495,14 EUR brutto, mithin 4.373,79 EUR brutto zu ersetzen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- muss ein mit speziellen Kenntnissen versehener Bauüberwacher eingesetzt werden, wie z.B. ein Technikplanungsbüro. Um ein solches mit speziellen

Kenntnissen versehenes Büro handelt es sich bei der Beklagten zu 1 nicht.

Schließlich sind nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- in seinem schriftlichen Gutachten vom 16. November 2011 für Trink- und Abwasserkosten und Energiekosten für die Schwimmbeckenbefüllung 335,00 EUR netto, mithin 398,65 EUR brutto, zu berücksichtigen.

Insgesamt beläuft sich der einfache Druckzuschlag als Zurückbehaltungsrecht somit auf 22.267,58 EUR (17.495,14 EUR zuzüglich 4.373,79 EUR zuzüglich 398,65 EUR).

Von diesem Zurückbehaltungsrecht ist der Restwerklohn in Höhe von 19.826,46 EUR vollständig und der weitere Werklohn in Höhe von 7.970,24 EUR in einer Höhe von 2.441,12 EUR erfasst, so dass 5.529,12 EUR an Werklohn verbleiben. Dieser Anspruch der Beklagten zu 2 ist auch durchsetzbar.

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang die Einrede der Verjährung erhebt, wird schon nicht deutlich, auf welche der beiden von der Beklagten zu 2 hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Werklohnforderungen sich die Einrede beziehen soll. Zudem sind keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich der Beginn der Verjährungsfrist und der Eintritt der Verjährung ergeben. Vielmehr verweist die Klägerin allein auf die Regelungen der §§ 215, 390 BGB. Diese Einwände sind indes nicht durchgreifend. Die Regelung des § 390 BGB steht der Hilfsaufrechnung schon deshalb nicht entgegen, weil die Aufrechnung den Teil der Forderungen betrifft, welchem ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin in Form des Druckzuschlags nicht entgegensteht. Aber auch ein Ausschluss der Aufrechnung nach § 215 BGB liegt nicht vor. Danach schließt die Verjährung die Aufrechnung nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet werden konnte. So liegt der Fall hier. Dabei kann auch hier dahinstehen, ob es zu einer Abnahme des Werkes durch die Klägerin gekommen ist. Denn auch ohne Abnahme ist der Werklohn dann fällig, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung, sondern wegen der mangelhaften Leistung nur noch Schadensersatz oder Minderung verlangt; es findet dann eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 – VII ZR 315/01, NJW 2003, 288 mwN). So verhält es sich hier. Der Werklohnanspruch der Beklagten zu 2 war ohne Abnahme erst in dem Zeitpunkt fällig, in dem die Klägerin mit der Klage vom 16. Dezember 2009 Schadensersatz verlangt hat. In diesem Zeitpunkt standen sich die zur Hilfsaufrechnung gestellten Forderungen in Höhe von 19.826,46 EUR und in Höhe von 7.970,24 EUR mangels anderweitigem Vortrag erstmals und unverjährt gegenüber. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagten zu 2 hinsichtlich ihrer Werkleistung weiterhin ein Nachbesserungsrecht zusteht. Denn hier geht es um Mangelfolgeschäden, für welche - wie bereits ausgeführt - der Beklagten zu 2 kein Nachbesserungsrecht zusteht.

Durch die begründete hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Forderung in Höhe von 5.529,12 EUR verbleibt von den Zahlungsansprüchen der Klägerin in einer Gesamthöhe von 76.591,29

EUR EUR ein Betrag in Höhe von 71.062,17 EUR, welche sich im Einzelnen aus den nachfolgenden Einzelpositionen ergibt. Denn vor dem Hintergrund, dass die Beklagte zu 2 bei der Erklärung der Hilfsaufrechnungen keine Tilgungsbestimmung vorgenommen hat, verbleibt es nach §§ 396 Abs. 1, 366 Abs. 2 BGB bei der gesetzlichen Tilgungsbestimmung. Dies führt mangels anderweitiger Anhaltspunkte zunächst zu der Tilgung der ältesten Forderungen. Dies betrifft mit Ausnahme der Kosten für die Beseitigung der Mängelfolgeschäden inklusive der Kosten gemäß Angebot der Firma H--- und den jeweils als Kostenvorschuss geltend gemachten Umsatzsteueranteilen sämtliche Untersuchungskosten in einer Gesamthöhe von 3.934,05 EUR, so dass nach deren Abzug von der Aufrechnungsforderung in Höhe von 5.529,12 EUR ein Betrag in Höhe von 1.586,07 EUR verbleibt. Dieser Betrag ist nach § 366 Abs. 2 BGB unter den vier verbleibenden Positionen verhältnismäßig zu teilen, so dass jeweils - unter Berücksichtigung von Rundungsdifferenzen - ein Betrag in Höhe von 396,52 EUR verbleibt.

Hieraus ergibt sich folgende Tilgung:

Rechnung	Betrag	Verhältnis	Tilgungsbetrag
E--- netto	52.591,50	72 %	1.141,97
H--- netto	8.456,00	12 %	190,33
E--- USt.	9.992,39	14 %	222,05
H--- USt.	1.608,35	2 %	31,72
Gesamt	72.648,24	100 %	1.586,07

8. Der Zinsanspruch aus dem Zahlungsbetrag in Höhe von 71.062,17 EUR ist seit Rechtshängigkeit, mithin dem 24. Dezember 2009, begründet aus §§ 291, 288 BGB.

Die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten ist hier nicht geschuldet. Ein solcher Anspruch kann allein unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens nach § 286 BGB begründet sein. An der Darlegung einer Zahlungsaufforderung an die Beklagte zu 2 fehlt es indes. Vorgetragen ist allein die Aufforderung an die Beklagte zu 2, die Mängel zu beseitigen.

9. Die von der Klägerin verfolgten Feststellungsanträge sind teilweise begründet. Der Geschädigte kann neben der Leistungsklage auch die Feststellungsklage erheben, wenn der

entstandene oder noch entstehende Schaden nicht bereits in vollem Umfang durch den Antrag auf Zahlung erfasst wird (BGH, Urteil vom 6. Juni 1991 – VII ZR 372/89, NJW 1991, 2480, 2483). So liegt der Fall hier. Es ist nicht ausgeschlossen, dass weitere Schäden auftreten, welche derzeit nicht bekannt sind. Der Sachverständige E--- hat in seinem schriftlichen Sachverständigengutachten vom 11. November 2011 und nochmals in der Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 ausgeführt, dass erst durch eine genaue Planung verlässliche Schätzungen erreicht werden können. Nicht begründet ist hingegen der Feststellungsantrag hinsichtlich eines etwaig verbleibenden merkantilen Minderwerts. Einen solchen merkantilen Minderwert hat der Sachverständige S--- in seinem schriftlichen Gutachten vom 28. April 2014 ausgeschlossen.

10. Die Klage gegen die Beklagte zu 1 ist unbegründet.

Eine die Schadensersatzpflicht nach § 280 BGB begründende Pflichtverletzung der Beklagten zu 1 liegt nicht vor. Zwar oblag der Beklagten zu 1 nach dem Generalplanervertrag in § 2 Abs. 4 lit d) die Bauüberwachung. Eine fehlerhafte Bauüberwachung der Beklagten zu 1 in Bezug auf die von der Beklagten zu 2 erbrachte Werkleistung liegt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vor. Denn die mangelhaft verlegte Folie und die mangelhafte Sekundärentwässerung waren für die Beklagte zu 1 nicht feststellbar. Nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- in seinem schriftlichen Gutachten vom 28. April 2014 ist eine hydraulisch funktionstechnische Überprüfung hinsichtlich der Folienverlegung nicht Aufgabe der Beklagten zu 1, da eine solche Prüfung Spezialkenntnisse voraussetzt. Diese Feststellungen hat der Sachverständige S--- in der mündlichen Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 nochmals bekräftigt. Danach bedarf es einer Spezialfirma, um etwaige Mängel bei der Sekundärentwässerung und bei der Anbringung der Folie festzustellen. Der Bauüberwacher kann zudem nicht feststellen, ob die Folie die Sekundärentwässerung verschließt. Hierfür wäre es erforderlich gewesen, das Becken zu füllen, über einen Zeitraum von drei Tagen zuzuwarten und im Anschluss zu prüfen, ob Wasser ausgetreten ist. Eine solche Prüfung ist aber nicht verpflichtend vorgeschrieben, anders als etwa bei der Prüfung der Wasserundurchlässigkeit des Beckens selbst. Denn bei einem Betonbecken selbst muss eine Dichtigkeitsprüfung dergestalt erfolgen, dass Wasser 14 Tage in dem Becken stehen muss. Diese Pflicht ist darin begründet, dass ein Schaden aufgrund der erforderlichen Entfernung der Verfließung viel größer ist. Zudem war es der Beklagten zu 1 nach den Feststellungen des Sachverständigen S--- anlässlich seiner Anhörung durch den Senat am 20. November 2014 nicht möglich, den fehlerhaften Ausgang der Sekundärentwässerung im Lüftungsschacht zu erkennen. Schließlich hat der Sachverständige S--- bekundet, dass er selbst die Sensibilität für die Sekundärentwässerung auch erst durch dieses Verfahren entwickelt habe. Deshalb ist insgesamt nicht erkennbar, welche Tätigkeiten die Beklagte zu 1 hätte ergreifen können, um die Mängel in Bezug auf die Sekundärentwässerung und der Anbringung der Folie zu erkennen. Denn die Beklagten zu 1 ist eine einfache

Bauüberwacherin und kein Fachmann auf dem Gebiet des Schwimmbadbaus. Schließlich trifft die Beklagte zu 1 auch kein Überwachungsverschulden im Zusammenhang mit der fehlerhaften Installation der Schwimmbeckenwasser-Mess-und-Regelanlage. Diese Anlage ist Teil der von der Beklagten zu 2 als Fachfirma zu erbringenden Leistungen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte zu 1 über ein solches Fachwissen verfügt, dass ihr die fehlerhafte Installation ohne weiteres hätte auffallen können oder gar müssen. Die Beklagte zu 1 war als einfacher Bauüberwacher tätig und nicht als mit einem Schwimmbadbau speziell betrauter Fachmann. Für den von der Beklagten zu 1 mit der Bauüberwachung eingesetzten Streithelfer zu 2 der Beklagten zu 1 gelten keine anderen Anforderungen, so dass auch ein etwaiges Versäumnis des Streithelfers zu 2 der Beklagten zu 1 nicht vorliegt.

Ob der Beklagten zu 1 Überwachungsfehler in Bezug auf weitere an dem Bau verantwortlich tätige Werkunternehmer vorzuwerfen sind, bedarf hier keiner Entscheidung. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2014 ausdrücklich klargestellt, dass die Beklagte zu 1 allein aus einem Überwachungsverschulden hinsichtlich der Arbeiten der Beklagten zu 2 in Anspruch genommen wird. Zudem fehlte es an notwendigem Vortrag dazu, welche weiteren Werkunternehmer mit welchen konkreten Leistungen beauftragt waren und aus welchen konkreten Gründen sich eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 1 in Bezug auf diese weiteren Werkunternehmer ergibt. Hierfür reicht es nicht aus, dass ein Sachverständige bei seiner Begutachtung ohne Kenntnis der konkreten Vertragsverhältnisse eine Aufteilung der Verantwortlichkeiten vornimmt. Diese Feststellungen des Sachverständigen S--- ersetzen den notwendigen Parteivortrag zu den zugrundeliegenden weiteren schuldrechtlichen Verträgen zwischen der Klägerin und den weiteren Werkunternehmern nicht.

11. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 101 ZPO. Die Kostenquoten folgen aus dem Streitwert erster Instanz von 138.275,00 EUR und dem Streitwert zweiter Instanz von 131,941,33 EUR. Mangels Gebührensprungs wirkt sich die Reduzierung der Forderung in der Berufungsinstanz kostenrechtlich nicht aus. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

12. Die Revision war nicht zuzulassen. Zulassungsgründe im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen.

13. Der innerhalb der nachgelassenen Frist bei Gericht eingegangene Schriftsatz der Klägerin vom 4. Dezember 2014 gab keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung und nach Ablauf der nachgelassenen Frist bei Gericht eingegangenen Schriftsätze der Beklagten zu 2 vom 9. Dezember 2014 und vom 15. Dezember 2014 sowie der Schriftsatz der Beklagten zu 1 vom 23. Dezember 2014 waren nach § 296a ZPO bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen. Sie gaben insbesondere keinen

Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO.

Dr. Schwerdtfeger
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Biewald
Richter
am Landgericht

Drews
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 08.01.2015

Liebmann, JOSin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle