
Datum: 19.11.2019
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 208/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:1119.23U208.18.00

Vorinstanz: Landgericht Duisburg, 3 O 98/17
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 2) gegen das am 26.11.2018 verkündete Urteil des Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg wird dieses unter Zurückweisung der Berufungen der Beklagten zu 1) und 3) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten zu 1) und 3) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 22.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.03.2017 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) und 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche über die vorstehende Verurteilung hinausgehenden Mängelbeseitigungskosten, die bezüglich der nur ca. 50 Grad zu öffnenden Drehfenster an dem Bauvorhaben der Klägerin in der A... in B... anfallen, zu ersetzen.

Die Beklagten zu 1) und 3) werden als Gesamtschuldner verurteilt, die Klägerin von Rechtsanwaltskosten des Rechtsanwalts C..., D..., E... in Höhe von 1.358,86 € freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Klägerin zu 1/3, die Beklagten zu 1) und 3) als

Gesamtschuldner zu 2/3. Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2). Im Übrigen findet keine Kostenerstattung zwischen den Parteien statt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

1

A.

2

Die Klägerin macht gegen die Beklagten als Gesamtschuldner Gewährleistungsrechte aus einem Auftrag über die Durchführung von Fensterarbeiten an einem Neubauvorhaben in B... geltend. Der Beklagte zu 1) führte auf der Grundlage des Fensterbauauftrags vom 29. bzw. 30.10.2009, GA Bl. 64 ff., die Fensterlieferung einschließlich Einbau durch. Die Fertigstellung der Arbeiten erfolgte im Frühjahr 2010. Die Beklagte zu 2) war aufgrund des Bauvertrags vom 09./10.11.2010, Anlage zur Klageschrift, für die Innenputzarbeiten zuständig. Der Beklagte zu 3) war aufgrund eines mündlich geschlossenen Architektenvertrags als bauleitender Architekt, der das Bauvorhaben geplant, ausgeschrieben und überwacht hat, für die Klägerin tätig.

3

Die Klägerin rügt Mängel an sechs im 1. Obergeschoss und im Spitzboden eingebauten Schrägfenstern. Diese lassen sich nur um ca. 50 Grad öffnen. Der Mangel sei, hat die Klägerin zunächst behauptet, darauf zurückzuführen, dass die Scharniere der reinen Drehfenster eine andere Bewegungsgeometrie, nämlich eine zu weit außen liegende Drehachse, aufwiesen als die übrigen verbauten Dreh-Kipp-Fenster. Zudem sei die Dichtigkeitsfolie, statt sie seitlich auf den Blendrahmen zu kleben, mit einer Dicke von 7,5 mm vorne auf diesen aufgeklebt worden. Die Beklagte zu 2) habe sodann auf die auf den Rahmen geklebte Folie noch aufgeputzt. Sowohl das Aufkleben der Dichtigkeitsfolie vorne auf den Blendrahmen als auch das anschließende Aufputzen auf diese stellten eine nicht sach- und fachgerechte Leistung dar, die den Öffnungswinkel der Fenster weiter beeinträchtigt habe. Der Beklagte zu 2) hätte, so die Ansicht der Klägerin, dem Beklagten zu 3) als bauleitendem Architekten Meldung machen müssen, dass sich aufgrund des mangelhaften Vorgewerks durch die sich hieran anschließenden Putzarbeiten Beeinträchtigungen im Öffnungswinkel der Drehfenster ergeben könnten. Der Beklagte zu 3) habe, vertritt die Klägerin die Ansicht, seine Objektüberwachungspflicht verletzt, indem er den Öffnungswinkel der Fenster nach Abschluss der Arbeiten nicht wie geboten überprüft habe.

4

Mit vorgerichtlichem Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 06.07.2012, Anlage zur Klageschrift, forderte die Klägerin den Beklagten zu 1) unter Fristsetzung bis zum 20.07.2012 erfolglos zur Mängelbeseitigung auf. Gegenüber der Beklagten zu 2) forderte die Klägerin nach Abschluss der Innenputzarbeiten die aus der E-Mail des Beklagten zu 3) vom 11.10.2011, GA Bl. 109 ff., ersichtlichen Nachputz- und Restarbeiten. Mit Schreiben vom 11.01.2012, GA Bl. 108, teilte die Beklagte zu 2) mit, dass die Mängel an dem Bauvorhaben am 04.01.2012 beseitigt worden seien, und bat darum, ihr die Restzahlung zukommen zu lassen. Die Klägerin glich den Schlussrechnungsbetrag aus.

5

6

Mit Antragschrift vom 31.12.2012 leitete sie gegen den Beklagten zu 1) ein selbständiges Beweisverfahren bei dem Amtsgericht Oberhausen ein, das unter dem Aktenzeichen 37 H 41/12 geführt wurde. Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 10.12.2015 verkündete sie den Beklagten zu 2) und 3) den Streit. Die Beklagten zu 2) und 3) sind dem Verfahren weder auf Antragsteller- noch auf Antragsgegnerseite beigetreten. Nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens forderte die Klägerin die Beklagten zu 1) und 3) mit vorgerichtlichem Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 02.03.2017, Anlage zur Klageschrift, erfolglos unter Fristsetzung bis zum 16.03.2017 zur Zahlung der seitens des Sachverständigen G... in dem selbständigen Beweisverfahren festgestellten voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten auf. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 02.03.2017, Anlage zur Klageschrift, forderte sie den Beklagten zu 2) unter Fristsetzung bis zum 23.03.2017 erfolglos zur Mängelbeseitigung und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs zur Zahlung fiktiver Mängelbeseitigungskosten auf.

Ausgehend von dem in dem selbständigen Beweisverfahren erstatteten Ergänzungsgutachten des Sachverständigen G... vom 18.03.2015, das voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 20.000 € netto bzw. 23.800 € brutto ermittelt hat, hat die Klägerin gegen die Beklagten erstinstanzlich einen auf die Zahlung voraussichtlicher Mängelbeseitigungskosten gerichteten Gewährleistungsanspruch in Höhe von 22.000 € geltend gemacht, wo sie zuletzt offen gelassen hat, ob sie einen Kostenvorschussanspruch oder einen Schadensersatzanspruch geltend macht. Darüber hinaus hat sie beantragt festzustellen, dass die Beklagten ihr gesamtschuldnerisch sämtliche Mängelbeseitigungskosten, die bezüglich der nur ca. 50 Grad offenbaren Drehfenster an dem Bauvorhaben der Klägerin, A..., B... anfallen, zu ersetzen haben. Denn der Sachverständige G... habe für eine für den Fall, dass die Fensterelemente nicht passgenau für die Rohbauöffnungen vorgenommen worden sein sollten, erforderlich werdende Komplettisanierung der Fenster Mehrkosten in Höhe von 39.027,20 € ermittelt. Der Feststellungsantrag sei zudem, vertritt die Klägerin die Ansicht, vor dem Hintergrund der anfallenden Mehrwertsteuer begründet. Schließlich hat sie Freistellung von ihr entstandenen außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.358,86 € gemäß dem Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 13.04.2018, GA Bl. 178 ff.

7

Der Beklagte zu 1) hat das Vorliegen eines Mangels bestritten. Er hat unstreitig gestellt, dass für die Drehfenster andere Scharniere verwendet worden seien als für die Dreh-Kippfenster. Indes sei der eingeschränkte Öffnungswinkel darauf zurückzuführen, dass die Blendrahmen vollständig eingeputzt worden seien, so dass keine ausreichende Wandluft mehr verblieben sei. Nach dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen G... vom 18.03.2015 sei der seitliche Putzanschluss indes grundsätzlich auf die Aufkante der Blendrahmen zu begrenzen. Das Aufkleben der Winddichtigkeitsfolie links und rechts 7,5 mm auf die Blendrahmen sei auf Anweisung des Prozessbevollmächtigten und Ehemannes der Klägerin geschehen, obwohl dieser ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass dies nicht sach- und fachgerecht sei.

8

Die Beklagte zu 2) hat ebenfalls die Ansicht vertreten, die von ihr geschuldeten Arbeiten mangelfrei durchgeführt zu haben. So habe der Sachverständige G... in seinem Ergänzungsgutachten vom 09.09.2016, GA Bl. 73 ff., ausgeführt, dass es unterschiedliche Einbaukonstruktionen für die Abdichtung der Fenster auf der Innenseite zum Baukörper gebe. Welche Einbaukonstruktion ausgeführt werde, sei von der Planungsstelle anzugeben. Ob und wie weit der innere Verputz der Wange auf dem Blendrahmen ausgeführt werden müsse, sei abhängig von der Konstruktion und der Beschlagenauswahl. Es sei kein Mindestmaß der Überdeckung in einem Regelwerk vorgegeben. Diese sei vielmehr individuell nach den

9

baulichen Gegebenheiten auszuführen. Auch in seinem Ergänzungsgutachten vom 26.01.2017 habe der Sachverständige G... eine mangelhafte Ausführung der Putzarbeiten nicht bestätigt. Zudem fehle es an einer Mangelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung. Bei entsprechender Aufforderung hätte er den Putz abgeschliffen. Abschließend hat er die Einrede der Verjährung erhoben.

Der Beklagte zu 3) hat geltend gemacht, ihm sei weder ein Planungsfehler zur Last zu legen noch habe er seine Objektüberwachungspflicht verletzt. Die Auswahl des Profils, der Beschläge und der Bänder, die in dem von ihm erstellten Leistungsverzeichnis, das Grundlage der Ausschreibung gewesen sei, nicht ausgewiesen gewesen seien, habe dem Beklagten zu 1) obliegen. Diese Detailplanung sei als handwerkliche Selbstverständlichkeit von ihm nicht zu überwachen gewesen. Auch ein Bauüberwachungsfehler sei ihm nicht zur Last zu legen gewesen. Die Auswahl der Bänder durch den Beklagten zu 1) habe dazu geführt, dass zwischen den Flügeln und der inneren Fasche mehr Platz benötigt werde. Andererseits sei die Dichtigkeitsfolie auf den Blendrahmen aufgeklebt worden und habe die Beklagte zu 2) in Folge den Wandputz bis zur äußeren Kante der Abdichtung aufgebracht. Beides habe im Zusammenspiel dazu geführt, dass der Öffnungswinkel eingeschränkt worden sei. Die Abklebung der Dichtigkeitsfolie auf dem Blendrahmen habe er kontrolliert, darüber hinaus durch einen Blow-Door-Test die Dichtigkeit der Folie überprüft. Nach Abschluss der Fensterarbeiten habe er stichprobenartig überprüft, ob sich die Fenster ausreichend öffnen ließen, was der Fall gewesen sei. Vor dem Aufbringen des Wandputzes seien sämtliche Fenster von innen von der Beklagten zu 2) mit einer Schutzfolie verklebt gewesen, die bis zum Abschluss der Malerarbeiten dort verblieben sei. Eine weitere Prüfung der Fenster direkt nach Abschluss der Verputzarbeiten sei deshalb nicht möglich gewesen. Ohnehin sei sein Gewerk schon deshalb nicht mangelhaft, weil er nicht mit der Leistungsphase 9 (Mängelbeseitigung) beauftragt worden sei. 10

Das Landgericht Duisburg hat der Klage mit am 26.11.2018 verkündetem Urteil, GA Bl. 279 ff., auf das hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hinsichtlich der geltend gemachten Hauptforderung stattgegeben und die Beklagten darüber hinaus als Gesamtschuldner zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in geltend gemachter Höhe verurteilt. Der Klägerin stünden gegen sämtliche Beklagten Schadensersatzansprüche zu. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass ein Mangel an den Drehfenstern vorliege. Zwar habe der in dem selbständigen Beweisverfahren beauftragte Sachverständige G... überzeugend ausgeführt, dass es keine entsprechenden DIN-Vorschriften gebe, die besagten, wie sich ein solches Fenster öffnen lasse. Andererseits habe er überzeugend geschildert, es sei anerkannt und Regel der Technik, dass sich ein Fenster zu mindestens 70 bis 80 Grad öffnen lasse. Die streitgegenständlichen Fenster ließen sich hingegen nur zu 50 Grad öffnen, was unter anderem zu Problemen beim Reinigen der Fenster führe. Dies sei der Beklagten zu 1) zuzurechnen, die das Band so aufgeklebt habe, dass es später habe verputzt werden müssen, um nicht mehr sichtbar zu sein. Dass dies auf Anordnung des Ehemanns der Klägerin geschehen sei, sei nicht von Relevanz. Denn die Aussagen der vernommenen Zeugen hätten nicht ergeben, dass die Beklagte zu 1) ihrer Bedenkenhinweispflicht genügt habe. Die Aussage des Zeugen H... sei nicht glaubhaft, die des Zeugen I... unergiebig. Auch die Beklagte zu 2) hafte für den Mangel, da sie über die Folie geputzt habe. Hierbei hätte ihr auffallen müssen, dass die Fenster dann nicht weiter zu öffnen seien. Die Haftung des Beklagten zu 3) ergebe sich aus dem Architektenvertrag. Gerade bei dem Einbau von Fenstern habe der Architekt besondere Fürsorge walten zu lassen. Daher hätte dem Beklagten zu 3) rechtzeitig auffallen müssen, dass sich die betroffenen Fenster nicht öffnen ließen. Der Anspruch sei nicht verjährt. Durch das selbständige Beweisverfahren und die 11

Streitverkündung gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) sei die Verjährung rechtzeitig unterbrochen worden. Eine Unterbrechung sei auch dann anzunehmen, wenn der Streit weiteren gesamtschuldnerisch Haftenden verkündet werde.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Beklagten mit ihren zulässigen Berufungen.

12

Der Beklagte zu 1) macht geltend, dass die Fenster nicht mangelhaft eingebaut worden seien. Unmittelbar nach dem Einbau sei eine Öffnung um 90 Grad noch möglich gewesen. Auch das Aufkleben der Dichtigkeitsfolie auf dem Blendrahmen habe nach den in dem selbständigen Beweisverfahren getroffenen Feststellungen des Sachverständigen G... eine sach- und fachgerechte Ausführung dargestellt. Der Sachverständige habe zudem in seiner Anhörung bestätigt, es sei nicht notwendig gewesen, die Fenster einzuputzen. Vielmehr hätte das notwendige Wandluftmaß von 52 bis 55 mm verbleiben können und hätte man die Folie mittels einer Deckleiste in Rahmenfarbe abdecken können. Wären die Beklagten zu 2) und 3) vor dem Aufbringen des Putzes ihrer Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen, hätte die Folie zudem ohne größeren Aufwand neu geklebt bzw. hätte der Putz dünner aufgebracht werden können, so dass der ursprüngliche Öffnungswinkel von 90 Grad hätte beibehalten werden können. Die Entscheidung, die Fenster derart weit einzuputzen, hätten die Klägerin bzw. die Beklagte zu 2) getroffen. Der Beklagte zu 1) bestreitet einen Konzeptionsmangel in Gestalt der Verwendung von Bändern mit einem versetzten Drehpunkt. Vielmehr hätten die Fenster unter Berücksichtigung der bauseits bedingten Gegebenheiten wegen der Schräge und der Bautiefen nur mit diesen Bändern montiert werden können. Mit anderen Bändern hätten die Fenster nur als Kippfenster ausgeführt werden können.

13

Die Beklagte zu 2) wiederholt mit ihrer Berufung die bereits erstinstanzlich erhobene Einrede der Verjährung. Sie habe erstmals mit der Streitverkündung in dem selbständigen Beweisverfahren von der Problematik der Nichteinhaltung des Mindestöffnungswinkels der Fenster erfahren. Diese habe die Verjährung indes nicht gehemmt. Denn eine Streitverkündung sei, so ihre Ansicht, wegen solcher Ansprüche unzulässig, die nach Lage der Dinge voraussichtlich sowohl gegenüber dem Beklagten des Vorprozesses als auch gegenüber einem Dritten geltend gemacht werden können. Die Klägerin hätte sie als weitere Antragsgegnerin in das selbständige Beweisverfahren einbeziehen müssen. Auch sei ihr Gewerk nicht kausal für die behaupteten Mangelerscheinungen. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten verweist sie auf das Ergänzungsgutachten des Sachverständigen G..., ausweislich dem der gewünschte Öffnungswinkel nur zu erzielen gewesen wäre, wenn die Beklagte zu 1) die innere Folienabdichtung nicht auf die Fläche der Blendrahmen aufgebracht hätte. Zudem fehle es an einem Verschulden, da es, so ihre Ansicht, abwegig sei, dass ein Putzunternehmen im Rahmen der durchgeführten Arbeiten die eingebauten und noch nicht funktionierenden Fenster, an denen noch alle Fenstergriffe fehlten, darauf überprüfen müsse, ob sich ein ausreichender Öffnungswinkel ergebe.

14

Der Beklagte zu 3) wendet mit seiner Berufung ein, seine Objektüberwachungspflicht erfüllt zu haben. Der Einbau der Fenster betreffe einfache, gängige Tätigkeiten, die für die Funktionalität der Werkleistung nicht wichtig seien und nur stichprobenartig hätten überprüft werden müssen. Dem Gutachten des Sachverständigen G... vom 23.11.2013 lasse sich entgegen der Ansicht des Landgerichts entnehmen, dass Ursache für den stark eingeschränkten Öffnungswinkel sei, dass von der Beklagten zu 1) Bänder mit einem versetzten Drehpunkt verbaut worden seien. Durch diesen versetzten Drehpunkt werde zwischen dem Flügel und der inneren Fiasche mehr Platz benötigt. Die Auswahl der Bänder habe dem Beklagten zu 1) obliegen und sei in dem von ihm erstellten Leistungsverzeichnis nicht vorgegeben gewesen. Unmittelbar nach dem Einbau hätten sich alle Fenster unstreitig

15

bis zu einem Winkel von 90 Grad öffnen lassen, was er im Rahmen einer stichprobenartigen Überprüfung so auch festgestellt habe. Der Mangel sei erst nach dem Überputzen der auf den Blendrahmen aufgeklebten Dichtigkeitsfolie aufgetreten. Der Sachverständige G... habe festgestellt, dass ein Aufbringen der Folie auf den Blendrahmen ebenso wie ein Anbringen an der Innenseite eine sach- und fachgerechte Ausführung darstelle. Dies habe er überprüft und zudem einen Blow-Door-Test“ durchgeführt, ob die Folie dicht sei. Im Anschluss habe er von einer sach- und fachgerechten Ausführung der Arbeit des Beklagten zu 1) ausgehen dürfen, zumal er die von dem Beklagten zu 1) ausgewählten Bänder nicht gekannt habe. Unmittelbar nach dem Aufbringen des Putzes habe er keine Überprüfung durchführen können, da alle Fenster mit einer Folie verklebt gewesen seien. Darüber hinaus wäre eine solche Überprüfung, so die Ansicht des Beklagten zu 3) von ihm auch nicht zu verlangen.

Die Beklagten beantragen, 16

unter Abänderung des am 26.11.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Duisburg, Az. 3 O 98/17, die Klage abzuweisen. 17

Die Klägerin beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. In der mündlichen Verhandlung vom 08.10.2019 hat sie klargestellt, dass sie gegen die Beklagten einen Kostenvorschussanspruch in Höhe ihr voraussichtlich entstehender Mängelbeseitigungskosten geltend macht. 20

B. 21

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 2) hat in der Sache Erfolg. Die Berufungen des Beklagten zu 1) und des Beklagten zu 3) bleiben hingegen ohne Erfolg. 22

1. 23

Der Klägerin steht gegen die Beklagten zu 1) und 3) als Gesamtschuldner ein Anspruch aus §§ 634 Nr. 3, 637 Abs. 3 BGB auf Zahlung eines Kostenvorschusses in geltend gemachter Höhe zu. 24

Die Werkleistung des Beklagten zu 1) war mangelhaft. Zwar ist der Einbau der Fenster als solcher nicht zu beanstanden. Dem Beklagten zu 1) ist weder zur Last zu legen, dass er Bänder mit versetztem Drehpunkt verwendet hat noch dass er die Winddichtigkeitsfolie auf die Blendrahmen der Fenster aufgeklebt hat. Zwar hat der Sachverständige G... in seinem Ergänzungsgutachten vom 09.09.2016 ausgeführt, dass Bänder mit einem anderen Drehpunkt hätten verarbeitet werden müssen, sofern der erforderliche Platzbedarf nicht vorhanden sei. Seinem Ergänzungsgutachten vom 10.09.2014 lässt sich jedoch entnehmen, dass bei der gegebenen Blendrahmenbreite von 86 mm zwischen Blendrahmenaußenkante und Flügelaufschlagkante ein für eine Gewährleistung eines ausreichenden Öffnungswinkels gerade noch ausreichender Abstand von 52 mm vorhanden gewesen ist. Auch in seinem Ergänzungsgutachten vom 18.03.2015 hat der Sachverständige festgestellt, dass zwar die in den Drehflügeln angebrachten Scharniere mit versetztem Drehpunkt auf der Innenseite einen ausreichend großen Platzbedarf erforderten. Bei entsprechender Ausführung der Anschlussarbeiten werde der erforderliche Öffnungswinkel indes erreicht. Auch das Aufkleben der Folie außen auf die Blendrahmen war für sich betrachtet nicht zu beanstanden, 25

da diese Ausführungsart nach dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen G... vom 09.09.2016 ebenso als sach- und fachgerecht zu bewerten ist wie das Anbringen der Folie auf der Innenseite der Rahmen. Dem Beklagten zu 1) ist jedoch zur Last zu legen, dass er weder die Beklagte zu 2) als für das Folgegewerk zuständige Werkunternehmerin noch den Beklagten zu 3) als bauleitenden Architekten darüber informiert hat, dass der erforderliche Öffnungswinkel nicht mehr erreicht werden wird, wenn die entgegen der ursprünglichen Planung außen auf den Rahmen angebrachten Folien verputzt und nicht lediglich mit einer Leiste abgedeckt werden würden.

Zwar ist es in der Regel nicht die Aufgabe des Vorunternehmers, auf eine hinreichende Koordinierung der Arbeiten hinzuwirken (OLG Köln, Urteil vom 22.06. 1989 – 18 U 96/88 – FHZivR 36 Nr. 1974, beck-online). Anderes gilt hingegen, wenn der Vorunternehmer mit eventuellen Risiken rechnen muss, beispielsweise weil dem nachfolgenden Unternehmer nicht hinreichend bekannt ist, welche Materialien von dem Vorunternehmer verwandt worden sind (OLG Bamberg, Beschluss vom 23.11.2005 – 4 U 182/05 – NJW-RR 2006, 891, beck-online) oder seine Leistung als Grundlage für die auf ihr aufbauenden Nachfolgeleistungen nicht geeignet ist. In diesem Fall kann schon hierin ein Mangel in Form der Funktionsuntauglichkeit seines Werkes liegen. Der Auftragnehmer ist dann nach Treu und Glauben ausnahmsweise verpflichtet, den nachfolgenden Handwerker oder Architekten darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden muss (OLG München, Urteil vom 17.07.2012 – 3 U 658/11 – IBR 2012, 512; OLG Zweibrücken, Urteil vom 02.05.2011 – 7 U 77/09, BeckRS 2012, 16868; BGH, Urteil vom 19.05.2011 - VII ZR 24/08, IBR 2011, 508). Eine Hinweispflicht ist dabei immer dann anzunehmen, wenn erkennbar die Gefahr besteht, dass der zweite Unternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht zu erkennen vermag, ob die Vorleistung des anderen Unternehmers für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage ist und in welcher Weise er seine eigene Leistung fachgerecht der Vorleistung anzupassen hat, um Mängel zu vermeiden (Werner/Pastor – Der Bauprozess – 15. Auflage, 2015 – Rn. 2051).

26

Vorliegend handelte es sich um besondere Fenster, die statt einer Standardmaß-Rahmenbreite von 72 mm breitere Blendrahmen mit einer Breite 86 mm aufwiesen. Zudem bestand eine besondere Einbausituation insbesondere deshalb, da die Fenster durch die Verwendung von Bändern mit einem versetzten Drehpunkt bereits weniger Spiel hatten. So haben die verarbeiteten Bänder nach den Feststellungen des Sachverständigen G... in dessen Erstgutachten vom 24.11.2013 einen um ca. 15 mm versetzten Drehpunkt gemessen von der Aufschlagkante der Flügel. Innerhalb des Blendrahmens liegt der Drehpunkt ca. 12 mm von der Fläche des Blendrahmens gemessen. Durch den versetzten Drehpunkt wird zwischen dem Flügel und der inneren Fiasche mehr Platz benötigt. Zwar wurde das erforderliche Abstandsmaß zwischen Blendrahmenseitenkante und Flügelaufschlagkante mit 52 mm dessen ungeachtet gerade noch erreicht, wie der Sachverständige G... in seinem Ergänzungsgutachten vom 09.09.2016 festgestellt hat. Das entgegen der ursprünglichen Planung auch des Beklagten zu 1) selbst vorgenommenen Aufkleben der Folien außen auf die Blendrahmen bedingte indes, dass diese verputzt werden mussten, um nicht mehr sichtbar zu sein, wie der Sachverständige G... im Rahmen seiner persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 01.10.2018 auch bekundet hat. Dabei ist dem Beklagten zu 1) zuzugestehen, wie er mit seiner Berufung vorträgt, dass er zwar nicht wusste, wie die Folie im Anschluss abgedeckt werden sollte, insbesondere ob diese vollständig eingeputzt werden sollte. Nach dem Ergebnis der persönlichen Anhörung des Sachverständigen G... hätten auch verschiedene alternative Möglichkeiten zur Abdeckung der Folie gegenüber deren vollständigem Einputzen in der erfolgten Dicke bestanden, die einen ausreichenden Öffnungswinkel der Fenster sichergestellt hätten. Dies hätte zum einen

27

dadurch erreicht werden können, die Folie mit einer Putzstärke von lediglich 10 mm einzuputzen und die entsprechende Fuge mit Silikon zu verschließen. Alternativ hätte die Folie mit einer Leiste abgedeckt und der Putz entsprechend zurückgelegt werden können. Selbst wenn damit für den Beklagten zu 1) nicht offensichtlich gewesen ist, dass die Folie noch verputzt werden musste, durfte er andererseits nicht davon ausgehen, dass die Beklagte zu 2), die die besondere Einbausituation der Fenster nicht kannte, von sich aus oder auf Anweisung des Beklagten zu 3) für ihre Putzarbeiten eine den erforderlichen Öffnungswinkel nicht beeinträchtigende Ausführungsart wählen würde. Stattdessen hätte er sich als Fachunternehmer der Gefahr des Aufbringens einer zu dicken Putzschicht auf die Folien bewusst sein und entweder die Beklagten zu 2) oder 3) oder die Klägerin entsprechend informieren müssen.

Mithin kommt es – anders als die Berufung des Beklagten zu 1) meint – nicht darauf an, dass die Fenster sich hätten ausreichend öffnen lassen, sofern der Putz im Anschluss an die Putzarbeiten abgeschliffen worden wäre, bzw. ergibt sich daraus keine Mangelfreiheit des Gewerks des Beklagten zu 1). Denn wenn dieser vor dem Beginn der Putzarbeiten seiner Hinweispflicht genügt hätte, wäre es gar nicht erst zu einem den erforderlichen Öffnungswinkel beeinträchtigenden Einputzen der Fenster gekommen. Ebenso wenig ist maßgeblich, dass der Beklagte zu 1) die Folie hätte neu kleben können, wenn die Beklagte zu 2) vor Beginn der Putzarbeiten einen entsprechenden Hinweis gegeben hätte. Denn es oblag dem Beklagten zu 1) als für das Gewerk Fenster zuständigem Fachunternehmer, eine mögliche Einschränkung der Öffnungswinkel im Blick zu behalten und die weitere Vorgehensweise abzusprechen. 28

Auch gegen den Beklagten zu 3) steht der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB zu, da dessen Gewerk mangelhaft gewesen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Beklagte zu 3), wie er vorträgt, nur bis zur Leistungsphase 8 beauftragt gewesen ist. Denn ihm ist kein Mangel im Rahmen einer Tätigkeit zur Mängelbeseitigung, sondern eine unzureichende Koordinierung der einzelnen auf der Baustelle tätigen Gewerke im Rahmen seiner Pflicht zur Objektüberwachung zur Last zu legen, die zur Leistungsphase 8 gehört. 29

Im Rahmen seiner Koordinierungspflicht hat ein Architekt das harmonische Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer und den zeitlich richtigen Ablauf der einzelnen Baumaßnahmen sicherzustellen (Werner/Pastor – Der Bauprozess – 15. Auflage, 2015 – Rn. 2008 m.w.N.). Die Koordinierungspflicht besteht auch bei der Bauüberwachung (Werner/Pastor – aaO – Rn. 2009). In deren Rahmen muss der Architekt die Arbeiten auf der Baustelle gezielt überwachen und koordinieren, um zu erreichen, dass das Bauwerk frei von Mängeln und wie geplant durchgeführt wird. Der die Bauaufsicht führende Architekt ist nicht verpflichtet, sich ständig auf der Baustelle aufzuhalten. Er muss jedoch die Arbeiten in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch häufige Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden. Bei wichtigen oder bei kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein hohes Mängelrisiko aufweisen, ist der Architekt zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer intensiveren Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet (BGH, Urteil vom 09.11.2000 – VII ZR 362/99 – NZBau 2001, 213, beck-online). Gleichermaßen hat er solchen Baumaßnahmen besondere Aufmerksamkeit zu widmen, bei denen sich im Verlauf der Bauausführung Anhaltspunkte für Mängel ergeben (BGH, Urteil vom 10.02.1994 – VII ZR 20/93 – NJW 1994, 1276, beck-online). Angesichts der Tatsache, dass der Beklagte zu 3) ursprünglich das Anbringen der Folie innen auf den Blendrahmen geplant hatte, wie er mit seiner Berufung unter Bezugnahme auf die Ausführungszeichnung GA Bl. 400 f. selbst vorträgt, und es sich zudem um besondere 30

Fenster mit einer besonderen Einbausituation handelte, hätte ihm bewusst sein müssen, dass ein Problem entstehen könnte, wenn die Folien eingeputzt würden, und hätte er auf alternative Lösungen hinweisen müssen. Dass er die Folie auf ihre Dichtigkeit hin überprüft hat und bei der von ihm durchgeführten stichprobenartigen Kontrolle einen ausreichenden Öffnungswinkel auch der Schrägfenster festgestellt hat, entlastet ihn nicht. Ebenso wenig kann er sich darauf berufen, dass diese Art der Ausführung auch bei den rechtwinkligen Drehfenster zur Anwendung gekommen ist und diese sich bis zu einem Öffnungswinkel von ca. 90 Grad öffnen ließen. Denn bei den streitgegenständlichen Schrägfenstern handelte es sich gerade um besondere Fenster mit einer besonderen Einbausituation, die einer besonderen Kontrolle bedurften. Weiter kommt es nicht darauf an, dass das Aufkleben der Folie außen auf die Rahmen auf Anweisung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin ohne Beteiligung des Beklagten zu 3) geschehen ist. Da es sich um eine von seiner ursprünglichen Planung abweichende Ausführungsart handelte, hätte vielmehr bei der anschließenden Überprüfung gerade eine vertiefte Kontrolle und Überlegung hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise nahegelegen.

Der Anspruch ist auch der Höhe nach begründet. Der Sachverständige G... hat in seinem Ergänzungsgutachten vom 18.03.2015 festgestellt, dass die Anschlüsse der auf den Blendrahmen aufgeklebten Foliendichtung zu erneuern seien, und hierfür Kosten von voraussichtlich 2.000,- € netto ermittelt. Hinzu kommen in dem Erstgutachten des Sachverständigen vom 23.11.2013 festgestellte Kosten für das Herausschneiden der Verkleidung im Faschenbereich und deren Neuerstellung von insgesamt 20.000,- € netto. Diese Kosten fallen nach den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen G... immer an, sofern Änderungen im Anschlussbereich vorgenommen werden müssen. 31

Die Ansprüche gegen die Beklagten zu 1) und 3) sind durchsetzbar. Die Einrede der Verjährung hat lediglich der Beklagte zu 2) erhoben. Der Tatbestand des mit der Berufung angegriffenen Urteils, nach dem dies alle Beklagten getan haben, ist insoweit offensichtlich unrichtig. 32

Gegen den Beklagten zu 2) steht der Klägerin hingegen aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht aus §§ 634 Nr. 3, 637 Abs. 3 BGB, der geltend gemachte Kostenvorschussanspruch zu. Das Werk des Beklagten zu 2) war nicht mangelhaft. Zwar hat das Einputzen der Blendrahmen den erforderlichen Öffnungswinkel der Fenster eingeschränkt. Zudem ist ein Unternehmer verpflichtet, die Leistungsbeschreibung und die sonstigen bindenden Anordnungen des Auftraggebers, die vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile und die Vorleistungen anderer Unternehmer auf ihre Eignung für eine mangelfreie Herstellung zu prüfen (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rn. 40 - 54, beck-online). Der Umfang der Prüfungspflicht hängt dabei von den Umständen im Einzelfall ab (OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.2007 – I-5 U 6/07, BeckRS 2008, 12037; OLG Brandenburg, Urteil vom 03.04.2008 – 12 U 162/07, BeckRS 2008, 8083). Es kommt auf das von dem Unternehmer zu erwartende Fachwissen, die sonstigen Umstände der Vorgaben und Vorleistungen und die Möglichkeiten zur Untersuchung an. Spezialkenntnisse der jeweiligen Fachplaner muss er in der Regel nicht haben, es sei denn, es sind Lücken und Mängel der Fachplanung erkennbar (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rn. 40 - 54, beck-online). 33

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze hat der Beklagte zu 2) seiner Prüfungspflicht genügt. Er kannte weder die besondere Einbausituation der Fenster noch war 34

ihm bekannt, dass die Folien gemäß der ursprünglichen Planung eigentlich an der Innenseite der Blendrahmen hätten angebracht werden sollen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen G... war auch das Aufkleben der Folien außen auf die Rahmen für sich betrachtet sach- und fachgerecht. Da dem Beklagten zu 2) nicht bekannt war, dass die Fenster über Bänder mit versetztem Drehpunkt verfügten, die den vorhandenen Platzbedarf bereits einschränkten, konnte er nicht wissen, dass er eine andere Ausführungsart hätte wählen müssen, um den Öffnungswinkel der Fenster durch das vollständige Einputzen der Folien nicht weiter zu gefährden. Da ihm die beschriebenen Vorkenntnisse fehlten, musste er entgegen den Feststellungen des Sachverständigen G... nach der Auffassung des Senats auch nicht erst ein Fenster einputzen und dann überprüfen, ob sich dieses öffnen lässt.

2. 35

Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Dies ergibt sich aus den Feststellungen des Sachverständigen G... in dessen Ergänzungsgutachten vom 18.03.2015, ausweislich dessen eine Erneuerung der Fenster erforderlich werden könnte, wenn die Fensterelemente nicht passgenau für die Rohbauöffnungen vorgenommen worden seien. In diesem – wenn auch nach dem Sachverständigen selbst unwahrscheinlichen – Fall fielen Gesamtkosten von voraussichtlich 39.027,20 € netto an. 36

3. 37

Der Zinsanspruch ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verzugs. Die Beklagten zu 1) und 3) befanden sich jedenfalls ab dem 24.03.2017 mit der Zahlung des Kostenvorschusses in Verzug. Ein Anspruch der Klägerin auf Freistellung von ihr entstandenen Rechtsanwaltskosten ergibt sich hinsichtlich des Beklagten zu 1) ebenfalls aus dem Gesichtspunkt des Verzugs. Der Beklagte zu 1) befand sich zu dem Zeitpunkt der Beauftragung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit der Mängelbeseitigung im Verzug, nachdem ihm mit dessen Schreiben vom 06.07.2012 erfolglos eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 20.07.2012 gesetzt worden war. Der Beklagte zu 3) schuldet eine Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als Schadensersatz neben der Leistung. Rechtshängigkeitszinsen sind indes nicht geschuldet, weil ein Freistellungsanspruch keine Geldforderung und deshalb nicht zu verzinsen ist (vgl. BAG, Beschluss vom 16.04.2003 – 7 ABR 29/02 –, juris Rn. 20). 38

Soweit der nicht nachgelassene Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1) vom 14.10.2019 rechtlich neues Vorbringen enthält, ist eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO nicht geboten. Die von der Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1) in Bezug genommene Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17.4.2015, Az. I-22 U 157/14, NJW 2016, 721, beck-online, gebietet keine andere Beurteilung des Sachverhalts. Denn nach dieser darf der Werkunternehmer zwar davon ausgehen, dass ein Nachfolgeunternehmer, der auf seine Werkleistung aufbaut, diese ebenfalls nach den anerkannten Regeln der Technik ausführt. Wenn der Vorunternehmer indes – ausnahmsweise – Anhaltspunkte dafür habe, dass die Nachfolgearbeiten nicht einwandfrei ausgeführt werden könnten, sei er verpflichtet, den nachfolgenden Unternehmer bzw. den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wie bei den nachfolgenden Arbeiten verfahren werden müsse. Ein solcher Hinweis könne gemäß § 242 BGB verlangt werden, wenn erkennbar die Gefahr bestehe, dass der zweite Unternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht erkennen könne, ob die Vorleistung des ersten Unternehmers für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage sei und in welcher Weise er seine eigene Leistung fachgerecht an die Vorleistung anzupassen habe, um Mängel bzw. Schäden zu vermeiden. So lag der Fall hier. Zwar ist zutreffend, dass der Sachverständige G... in seiner Anhörung am 39

01.10.2018 vor dem Landgericht bekundet hat, die Fenster hätten nicht so weit eingeputzt werden dürfen. Das Einputzen der Folie mit der entsprechenden Putzstärke ist aber deshalb erfolgt, weil die Folie außen auf die Blendrahmen aufgeklebt worden ist und abgedeckt werden musste. Wäre sie gemäß der ursprünglichen Planung innen an den Rahmen angebracht worden, hätte die Beklagte zu 2) die Rahmen anders eingeputzt. Es war der Beklagte zu 1), der die wesentliche Ursache für den weiteren Geschehensablauf gesetzt hat. Nach dem in dem vorgenannten Schriftsatz weiter zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.10.1986, VII ZR 267/85, NJW 1987, 644, beck-online, kann das auf der Vorarbeit eines anderen Unternehmers aufbauende, an sich ordnungsgemäße Werk des Nachunternehmers auch diesem anzulastende Mängel aufweisen, wenn er die vom Vorunternehmer verursachten Mängel bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen. Dies schließt aber die Haftung des Beklagten zu 1) für sein eigenes Gewerk nicht aus.

Gleichermaßen war eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO aufgrund des Schriftsatzes des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 3) vom 06.11.2019 nicht geboten. Denn darauf, dass der Beklagte zu 3) eine nicht mehr sach- und fachgerechte Einschränkung des Öffnungswinkels der Fenster bei einem Überprüfen derselben nach dem Einputzen der Blendrahmen hätte feststellen können, kommt es nicht an. Ebenso wenig ist erheblich, dass dem Beklagten zu 3) nicht bekannt war, dass die von dem Beklagten zu 1) eingebauten Schrägfenster über Bänder mit versetztem Drehpunkt verfügen. Die Mangelhaftigkeit der Werkleistung des Beklagten zu 3) liegt vielmehr darin begründet, dass er vor dem Hintergrund, dass seine ursprüngliche Planung kein Aufkleben der Folie auf die Blendrahmen, sondern deren Anbringung auf der Innenseite vorsah, der Beklagte zu 1) aber entgegen dieser Planung gearbeitet hat, die Ausführung des Folgegewerks hätte überdenken und gegebenenfalls eine abweichende, einen ausreichenden Öffnungswinkel der Fenster nicht gefährdende Ausführungsart hätte anordnen müssen. 40

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 4 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 41

Streitwert für das Berufungsverfahren: 30.000 € (Klageantrag zu 1): 22.000 €, (Klageantrag zu 2): 8.000 €) 42

			43
--	--	--	----