
Datum: 30.04.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 59/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0430.21U59.12.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 300/10

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Berufungsbegehrens das am 16. März 2012 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Der Klageantrag ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Sache wird unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens zur weiteren Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Berufungsverfahrens – an das Landgericht Essen zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A)

Die Klägerin nimmt in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin der J AG die Beklagte zu 5) unter dem Gesichtspunkt eines mangelbehafteten Bauvorhabens auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch.

1

2

3

4

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hatte die Beklagte zu 5) am 13. Februar 1998 unter Bezugnahme auf das Verhandlungsprotokoll vom 27. November 1997 zu einem Pauschalpreis von netto 2.030.000 DM mit der Lieferung und Montage einer "Stahl-Glas-Fassade" für das in der B-Straße 28 in F belegene Bürogebäude "gemäß den vorliegenden Ausführungsplänen und den mit Ihnen geführten Verhandlungen" (Anlage K 3) beauftragt. Der Auftragsvergabe lag das unter dem 3. November 1997 erstellte Leistungsverzeichnis "Fassade" (Anlage K 6) zugrunde. Darin heißt es auszugsweise wie folgt:

"Seite 15, Ziffer 5.5.0, Glaslieferung und Verglasung

5

Die Verglasung gehört zur Leistung. ... Es dürfen nur einwandfreie, plane und unbeschädigte Glaseinheiten eingebaut werden. ... Die Glasdicken sind gemäß der statischen Erfordernisse und der bauphysikalischen Forderungen zu ermitteln, dürfen aber die in den einzelnen Glastypen beschriebenen Minstdicken nicht unterschreiten.

6

Seite 16, Ziffer 5.5.1 ... Typ 5

7

Die Verglasung der Doppelfassade erfolgt mit Einfachglas Planilux o. glw. Stärke nach statischen Erfordernissen, mindestens jedoch 12 mm.

8

Seite 33, Ziffer 9. Gewährleistung

9

Die Gewährleistung richtet sich nach § 13 VOB. Abweichend von § 13 beträgt die Gewährleistungsfrist jedoch 5 Jahre, Die Gewährleistungsfrist beginnt nach Gesamtabnahme des Objektes durch den Bauherrn bzw. behördliche Gebrauchsabnahme".

10

Die Glasfassade wurde "aus optischen und schallschutztechnischen Gründen" im Abstand von etwa 70 cm vor der bereits vorhandenen Klinkerfassade als sogenannte - mit einem zu Wartungszwecken begehbaren Fassadenzwischenraum versehene - "Korridorfassade" errichtet und mit einer zweiseitig gelagerten ESG-Verglasung versehen. Die zu einem größeren Teil etwa 4 m² großen Glaselemente wurden in eine Aluminium-Konstruktion eingesetzt.

11

Die auf Grundlage eines Architektenvertrages mit den Leistungsphasen 1 bis 9 gemäß § 15 HOAI a.F. hinsichtlich der Umbauarbeiten beauftragte (vormalige) Beklagte zu 1), deren Gesellschafter die (vormaligen) Beklagten zu 2) bis 4) waren, vermerkte auf ihrem Prüfvermerk zur Schlußrechnung der Beklagten zu 5), daß die Gesamtabnahme des Bauwerks am 4. Mai 1999 erfolgt sei. Zwischen den Parteien ist streitig, ob eine Abnahme bereits - wie die Beklagte zu 5) vorträgt - am 19. Juni 1998 erfolgt ist.

12

Die seinerzeitige Mieterin des Gebäudes rügte nach der Fassadenerrichtung, es komme insbesondere im Sommer zu unzumutbar hohen Innentemperaturen der Büroräume. Darüber hinaus kam es im Zeitraum vom Oktober 2000 bis zum Mai 2007 zu insgesamt sechs Brüchen der Fassadenverglasung. Die Klägerin ließ der Beklagten zu 5) mit Schreiben vom 20. September 2002 (Anlage K 12) eine Mängelanzeige zukommen. Die Parteien verständigten sich darauf, die Ursachen der Glasbrüche überprüfen zu lassen. Es fanden im Beisein des von der Klägerin hinzugezogenen Sachverständigenbüros Dr. O am 21. November 2002 sowie am 10. Dezember 2002 Ortsbesichtigungen statt, bei denen auch die Beklagte zu 5) vertreten war. Der Sachverständige Dr. O erstattete sodann am 13. März 2003 ein Privatgutachten, in dem er unter anderem ausführlich zu den aus seiner Sicht bestehenden Ursachen der beiden ersten "Spontanbrüche" Stellung nahm. Die Beklagte zu 5) überprüfte sodann, ob die Glaselemente der Fassade - wie vom Privatgutachter empfohlen

13

- auf den Auflagerpunkten ordnungsgemäß aufstanden. Außerdem wurden mehrere Glaselemente mit feststellbaren Kantenbeschädigungen ausgetauscht.

Im Juli 2004 leitete die Klägerin ein beim Landgericht Essen sodann unter dem Aktenzeichen 9 OH 13/04 betriebenes Beweissicherungsverfahren ein. Der Sachverständige A erstattete dort unter dem 11. April 2007 ein Gutachten sowie unter dem 25. August 2009 ein Ergänzungsgutachten. Die Akte dieses Beweissicherungsverfahrens wurde zu Beweis Zwecken beigezogen und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Senat. 14

Im Dezember 2011 wurde der Rechtsstreit zwischen der Klägerin und den (vormaligen) Beklagten zu 1) bis 4) durch einen umfassenden Vergleich beigelegt. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 15

Das **Landgericht** hat die nach dem Vergleichsabschluß noch gegen die Beklagte zu 5) gerichtete Klage vollumfänglich abgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt: 16

Die Klägerin habe nicht bewiesen, daß das Gewerk der Beklagten mangelhaft sei. Es könne deshalb auch letztlich dahinstehen, ob als etwaige Anspruchsgrundlage § 13 Ziffer 7 VOB/B a.F. oder § 635 BGB a.F. heranzuziehen sei. Auch wenn nämlich Nickelsulfideinschlüsse in der Verglasung ursächlich für die sechs Spontanbrüche gewesen sein sollten, so sei doch der Gegenbeweis geführt, daß die Beklagte keine mangelhaften Glasscheiben eingebaut habe. Die Vernehmung des Zeugen T habe ergeben, daß das Glas vor dem Einbau den nach der DIN 18516 damals erforderlichen Heißlagerungstest (Heat-Soak-Test) durchlaufen habe. Die Firma M GmbH als Lieferantin der Beklagten zu 5) habe "heat-soak-getestete" Glasscheiben bestellt, von der nach ISO 9000 zertifizierten und ständigen, stichprobenartigen externen Kontrollen unterzogenen Produzentin in Rechnung gestellt bekommen und auch bezahlt. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, daß die Scheiben gleichwohl keinem Heißlagerungstest unterzogen worden seien, bestünden auch in Ansehung der Tatsache, daß die Beklagte keine Protokolle über die Durchführung des Tests vorlegen könne, nicht. Der Sachverständige A habe überzeugend dargelegt, daß das Risiko von Glasbrüchen durch verbleibende Nickelsulfideinschlüsse nach Durchlaufen des damals üblichen Heißlagerungstests zu vernachlässigen gewesen sei und somit ein vom Besteller hinzunehmendes "Restrisiko" darstelle. Insofern genüge die Testdurchführung "zur Mangelfreiheit der eingebauten Scheiben". 17

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der **Klägerin**. Die Klägerin ist der Auffassung, aufgrund der Anzahl der Spontanbrüche sei es nicht denkbar, daß die von der Beklagten zu 5) eingebauten Scheiben den erforderlichen Heißlagerungstest durchlaufen hätten. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei es allenfalls denkbar, daß sich beim Durchlaufen des seinerzeitigen "einfachen" Tests - nach Maßgabe der DIN 18516 (Teil 4) aus dem Jahr 1990 - an der Glasfassade höchstens eine Scheibe befinde, die einen Nickelsulfideinschluß aufweise. Die statistische Wahrscheinlichkeit, daß bei ESG-Scheiben der hier verwendeten Art trotz Durchführung eines Heißlagerungstests ein Nickelsulfideinschluß vorhanden sein könne, liege bei einer Scheibe auf 13.333 m² Glasfläche, wobei die Glasfläche der von der Beklagten zu 5) erstellten Fassade bei lediglich - was unstreitig ist – etwa 2.900 m² liege. Daß die Fassade insgesamt sechs Scheiben mit Nickelsulfideinschlüssen gehabt habe, sei bei Durchführung des Heißlagerungstests unmöglich und damit auszuschließen. Die auf bloßen Vermutungen des Zeugen T beruhende Beweiswürdigung des Landgerichts verstoße daher gegen 18

Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze. Da andere Ursachen als Nickelsulfideinschlüsse äußerst unwahrscheinlich seien und bei realistischer Betrachtung als Ursache der Spontanbrüche ausschieden, sei die Mangelhaftigkeit der Scheiben erwiesen. Das Unterlassen des Heißlagerungstests stelle nämlich einen Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik dar. Die "insoweit beweisbelastete Beklagte" habe nicht den Beweis geführt, daß die Scheiben den Heat-Soak-Test durchlaufen hätten.

Unabhängig davon sei das Gewerk der Beklagten zu 5) aber auch dann mangelhaft, wenn man davon ausgehe, daß Nickelsulfideinschlüsse nicht als Ursache der Spontanbrüche feststünden. Infolge der seinerzeit unabsehbaren Risiken des Gebrauchs weiche die Fassade nämlich jedenfalls von der Beschaffenheit ab, die sie für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch haben müsse. Es seien in unregelmäßigen Abständen sechs Scheiben aus erheblicher Höhe aus der Fassade herausgefallen. Niemand habe einschätzen können, wann und wo aus der offenbar nicht dauerhaft haltbaren Fassade die nächste Scheibe herabfalle. Die Klägerin habe daher in Ansehung des bestehenden Sicherheitsrisikos die streitgegenständlichen Sicherungsmaßnahmen durchführen müssen. 19

Die **Klägerin** beantragt, 20

die Beklagte zu 5) unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu verurteilen, an die Klägerin 2.158.873,10 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. März 2010 zu zahlen. 21

Hilfsweise beantragt die **Klägerin** (sinngemäß), 22

die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens an das Landgericht Essen zurückzuverweisen. 23

Die **Beklagte zu 5)** und die **Streithelferin** beantragen - letztere mit der klarstellenden Maßgabe, daß ihr Beitritt sich auf die Abwehr des geltend gemachten Mietausfallschadens in Höhe von netto 1.259.592,56 € beschränke -, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Die **Beklagte zu 5)** ist der Auffassung, alle etwaigen Ansprüche der Klägerin seien verjährt. Die Beklagte zu 5) habe zu keiner Zeit zugesichert, einen Mangel zu beseitigen. Erst recht habe sie keinen Mängelbeseitigungsanspruch anerkannt. Sie habe nach Erhalt des Privatgutachtens Dr. O lediglich "einige wenige Scheiben mit Kantenbeschädigungen ausgetauscht und einige Scheiben mit problematischer Lagerung neu verklotzt". Ihr Geschäftsführer Dicks habe beim Ortstermin vom 18.12.2002 - was erstmals im Berufungsrechtszug vorgebracht wird - den "Anwesenden" erklärt, "diese Arbeiten lediglich aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht übernehmen zu wollen". Überdies habe der Gutachter Dr. O Nickelsulfideinschlüsse als mögliche Schadensursache mit keinem Wort erwähnt, so daß dieserhalb auch deshalb keine Verjährungshemmung eingetreten sein könne, weil dies nur hinsichtlich solcher Mängel gelte, "die auch Gegenstand der Nachbesserung" gewesen seien. 26

Im übrigen hält die Beklagte zu 5) ihr Gewerk auch nicht für mangelbehaftet. Die Klägerin habe schlicht nicht den Beweis erbracht, daß infolge eines Nickelsulfideinschlusses mehr als eine Scheibe gebrochen sei. Der Behauptung der Klägerin, die "Bruchrate" lasse Rückschlüsse darauf zu, daß kein Heat-Soak-Test durchgeführt worden sei, ermangele es 27

damit einer entscheidenden Grundlage, weil sich der Bruch nur einer Scheibe innerhalb des unvermeidbaren statistischen Restrisikos bewege. Hinsichtlich der fünf anderen gebrochenen Scheiben sei "eine Vielzahl anderer Ursachen denkbar". So sei nicht abwegig, daß etwa durch Fahrzeugbewegungen auf der angrenzenden B-Straße - der vielbefahrenen Bundesstraße ### - verursachte Schwingungen zum Bruch von Scheiben geführt haben könnten. Dies gelte erst recht, wenn an einigen Scheiben möglicherweise auch bei dem im Jahr 2003 erfolgten Austausch unerkannte Kantenbeschädigungen vorgelegen hätten. Auch eine falsche Lagerung oder Montage komme als Schadensursache in Betracht. Es sei reine Spekulation, aus der Tatsache, daß es nach dem Austausch von Scheiben mit Kantenbeschädigungen zu weiteren Brüchen gekommen sei, die Schlußfolgerung herzuleiten, Nickelsulfideinschlüsse seien schadensursächlich gewesen.

Das Landgericht habe die Bekundung des Zeugen T jedenfalls im Ergebnis zutreffend gewürdigt. Für die damalige Durchführung eines Heat-Soak-Testes spreche letztlich auch das - erstmals zweitinstanzlich vorgelegte - Schreiben des Rechtsanwalts G vom 6.4.2011, wonach "in den Unternehmen des Konzerns ... im Falle der Vereinbarung des Heat-Soak-Tests (HST) die Aufnahme in die Auftragsbestätigung" erfolgt sei, "aufgrund derer dann der Herstellerprozeß computergesteuert ... nur so" habe verlaufen können, "daß die hergestellten Glaselemente auch den Heißlagerungstest in den entsprechend vorgerichteten Öfen ... durchlaufen mußten". 28

Die **Streithelferin** verteidigt das angefochtene Urteil. Der Klägerin sei nicht "der Beweis des Mangels" gelungen. Es stehe überdies nicht fest, daß ein etwaiger Mangel für den behaupteten Schaden kausal sei. Es sei nicht bewiesen, daß die gebrochenen Scheiben Nickelsulfideinschlüsse enthalten hätten. Es seien - wie sich der Begutachtung durch den Sachverständigen A entnehmen lasse - auch andere Ursachen denkbar, nämlich zusammengefaßt eine falsche Lagerung der Scheiben, Steinschlag, Gewehrkugeln, Fußball, Vandalismus sowie Kantenbeschädigungen im Rahmen der Montage. Überdies sei das Verhalten der Beklagten zu 5), die etwaige Nickelsulfideinschlüsse bei einer optischen Untersuchung nicht hätte feststellen können, nicht schuldhaft. 29

B) 30

Die Berufung ist (lediglich) im Umfang des Hilfsantrages begründet. Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt. 31

I. 32

Der Klägerin stehen gegen die Beklagte zu 5) dem Grunde nach Ansprüche aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 sowie aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung zu. Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, daß nach der Abnahme erhobene Mängelansprüche im VOB/B-Vertrag abschließend in § 13 VOB/B geregelt sind (BGH BauR 2011, 683 f.; Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 1. Auflage 2012, § 634, Rn. 174). 33

1) 34

Das Gewerk der Beklagten zu 5) war zur tatrichterlichen Überzeugung des erkennenden Senats vertragswidrig und damit mangelhaft. 35

a) 36

37

Zu berücksichtigen ist insoweit, daß der Auftragnehmer nach § 13 Nr. 1 VOB/B a.F. die Gewähr übernimmt, daß seine Leistung zur Zeit der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, den anerkannten Regeln der Technik entspricht und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

b) 38

Den vorstehend skizzierten Anforderungen wird die von der Beklagten zu 5) gelieferte und montierte „Stahl-Glas-Fassade“ nicht gerecht. Dabei kann letztlich dahinstehen, ob das Gewerk der Beklagten zu 5) schon deshalb mangelhaft war, weil die in der Fassade eingebauten Glasscheiben – wie die Klägerin behauptet - den nach den anerkannten Regeln der Technik seinerzeit erforderlichen Heißlagerungstest nicht durchlaufen haben. 39

Ein Auftragnehmer schuldet im Grundsatz die Entstehung eines mängelfreien und zweckgerechten Werks. Entspricht seine Leistung nicht diesen Anforderungen, so ist seine Leistung auch dann fehlerhaft, wenn er die anerkannten Regeln der Technik eingehalten haben sollte. Ausschlaggebend ist allein, daß der Leistungsmangel den angestrebten Erfolg beeinträchtigt (BGH NJW-RR 1995, 472; BGH BauR 1989, 462, 464; BGHZ 91, 206, 212). Ein Mangel kann insoweit auch und gerade dann vorliegen, wenn ein Bauwerk die Gefährdung von Personen und Sachgütern birgt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Gefahr sich bereits realisiert hat. Entscheidend ist insoweit, ob nach objektivem Verständnis - und so lagen die Dinge zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats auch hier - eine Gefahrenlage besteht (Kniffka, Bauvertragsrecht, a.a.O., § 633, Rn.37). 40

aa) 41

Von der aus Stahl und Glas bestehenden Gebäudehülle gingen jedenfalls in der Zeit von 2000 bis 2007 offensichtlich nicht unbeträchtliche und zur Überzeugung des Senats nicht mehr hinnehmbare Gefahren für Besucher und Benutzer des Gebäudes sowie für Passanten aus. 42

(1) 43

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß die zu einem größeren Teil rund vier Quadratmeter großen Glaselemente der Fassade, wie der Sachverständige A bestätigt hat, ein Eigengewicht von gut 140 Kilogramm haben und teilweise – wenn auch in einer Vielzahl von Bruchstücken - aus hoch gelegenen Stockwerken in die Tiefe fielen. Das aus westlicher Richtung gesehen vor dem Gebäude - zur B-Straße hin - gelegene Gelände wurde von den Mitarbeitern der Mieterin des Gebäudes als Parkplatz genutzt. Auch das zur östlich gelegenen H-Straße hin gelegene Gelände diente als Parkplatz. Bei der unmittelbar nördlich an das Gebäude angrenzenden L-Straße handelt es sich um eine belebte Seitenstraße. Nur wenige Schritte von dem Haus der Rechtsvorgängerin der Klägerin entfernt befand sich eine Zeit lang das Finanzamt F. Unter diesen Umständen ist es als glücklicher Umstand zu werten, daß niemand durch die gebrochenen und herunterfallenden Glasscheiben zu Schaden gekommen oder gar schwer verletzt worden ist. 44

(2) 45

Die Tatsache, daß das ESG-Glas nicht als einheitlicher Gesamtkorpus von gut 140 Kilogramm, sondern in einer Vielzahl von Bruchstücken herabfiel, rechtfertigt keine der Beklagten zu 5) günstigere Beurteilung. Der Sachverständige A hat anschaulich unter 46

Vorlage von Photographien dargelegt, daß die gebrochenen Scheiben zwar nicht als Ganzes in der kompletten Ursprungsgröße, sondern vielmehr in Stücken nach unten fielen, dabei aber ausdrücklich hervorgehoben, daß neben eher kleinen und eher „krümelartigen“ Splittern „durchaus auch mehr als handtellergroße Stücke dabei sein können“. Dabei besteht die zusätzliche Gefahr, daß die größeren Bruchstücke senkrecht herabfallen und die Wucht des Aufpralls dadurch stärker wird. Der Sachverständige A hat überzeugend und mit großer Sachkunde dargelegt, daß es durchaus zu Verletzungen kommen kann, wenn eine der hier von der Beklagten zu 5) gelieferten und montierten Scheiben zerspringt und die zersplitterten Teile herabfallen. Auch auf eindringlichen Vorhalt blieb der Sachverständige nachvollziehbar und stringent dabei, daß beim Zerplatzen einer Scheibe „auf jeden Fall ein Risiko“ bestehe, und zwar – wie er ausdrücklich hervorhob – „ein nicht unerhebliches“.

bb) 47

Eine Hausfassade muß so beschaffen sein, daß von ihr keine ständigen, unbeherrschbaren und unabschätzbaren Gefahren für Sachgüter sowie insbesondere für Leib und Leben von Menschen ausgehen. Eine Fassade, die diesen Anforderungen nicht gerecht wird, ist mangelhaft. Das gilt prima facie jedenfalls dann, wenn andere - außerhalb des Pflichtenkreises des Werkunternehmers liegende - Ursachen nicht ernsthaft in Betracht kommen (vgl. insoweit OLG Hamburg BauR 2001, 1749, 1750 f., Tz. 36) und vernünftigen Zweifeln, die Gefahrenlage könne nicht auf einem Mangel des Gewerks beruhen, wie auch im hier zu beurteilenden Fall zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats Schweigen geboten ist. 48

(1) 49

Die Annahme der Berufungserwiderung, die Scheiben könnten infolge von durch Fahrzeugbewegungen auf der B-Straße hervorgerufenen Schwingungen zerborsten sein, hält der Senat für ausgesprochen fernliegend. Abgesehen davon muß ein Unternehmer, der eine Gebäudefassade aus Glas an einer vielbefahrenen Straße errichtet, diese von vornherein so anfertigen, daß ihre Stabilität nicht durch Fahrzeugbewegungen gefährdet wird. Eine Fassade, die diesen Anforderungen nicht gerecht würde, wäre mangelhaft. 50

(2) 51

Sollten - wie die Berufungserwiderung ausführt - unerkannte Kantenbeschädigungen oder eine falsche Lagerung oder Montage schadensursächlich sein, so wäre das Gewerk der Beklagten zu 5) ebenfalls mangelhaft. Denn die Beklagte zu 5) durfte nach Ziffer 5.5.0 des Leistungsverzeichnisses vom 3. November 1997 nur einwandfreie, plane und unbeschädigte Glaseinheiten einbauen und hatte die Gläser überdies auch ordnungsgemäß zu lagern und zu montieren. 52

Daß etwaige – für die Glasbrüche ursächliche - Kantenbeschädigungen unter Umständen durch Dritte hervorgerufen worden sein könnten und damit nicht auf einem Mangel des Gewerks der Beklagten zu 5) beruhen würden, erachtet der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für ganz unwahrscheinlich und praktisch ausgeschlossen. 53

Der Sachverständige A hat zwar theoretisch nicht ausschließen können, daß Kantenbeschädigungen auch durch unsachgemäße Reinigungsarbeiten erfolgt sein könnten. Er hat aber zugleich ausgeführt, daß Beschädigungen durch unsachgemäße Reinigung nach seiner Erfahrung im Verhältnis zu Schäden durch Nickelsulfideinschlüsse selten seien. Der Sachverständige hat insoweit überdies eindrucksvoll dargelegt, daß es für das Hervorrufen 54

eines Glasbruchs nicht etwa ausreicht, wenn ein Fensterputzer mit seinem Wagen bloß vor die Scheibe stößt. Es müßte vielmehr – so der Sachverständige – „ein sehr harter Gegenstand sein, der beim Auftreffen punktuell konzentriert dort anstößt“.

Berücksichtigt man überdies, daß nach den Ausführungen des Sachverständigen vor dem Landgericht bei einer ordnungsgemäß nach den zur Zeit des Einbaus anerkannten Regeln der Technik gefertigten Fassadenverglasung durchschnittlich schätzungsweise nur ein Nickelsulfideinschluß bei etwa 1.000 Tonnen Glasmaterial vorkommt und Beschädigungen durch unsachgemäße Reinigungsarbeiten im Verhältnis zu Schäden durch Nickelsulfideinschlüsse selten sind, so spricht in Anbetracht der relativen Häufigkeit der Glasbrüche in den Jahren 2000 bis 2007 zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats bei lebensnaher Betrachtung nichts dafür, daß Kantenbeschädigungen durch Dritte infolge unsachgemäßer Reinigungsarbeiten zu den Glasbrüchen geführt haben könnten. 55

Dabei kommt – ohne daß dies allerdings noch entscheidungserheblich wäre – ein weiterer Gesichtspunkt hinzu. Der Sachverständige A hat überzeugend dargelegt, daß es bei einer etwaigen Kantenbeschädigung durch Reinigungsarbeiten mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit zu einem spontanen Bruch gekommen wäre. Es ist aber weder vorgetragen noch ersichtlich, daß die im hier zu beurteilenden Fall aufgetretenen Glasbrüche im Zuge von Reinigungsarbeiten an der Glasfassade aufgetreten wären. 56

(3) 57

Die Mutmaßung der Streithelferin, es kämen als Schadensursache auch "Steinschlag, Gewehrku­gel oder Fußball" in Betracht, erachtet der Senat in Anbetracht der Gesamtumstände für lebensfern und gänzlich unwahrscheinlich. 58

Der Sachverständige A hat in sorgfältiger Abwägung der in Betracht kommenden Ursachen ausgeführt, daß Scheiben der hier eingebauten Art Einwirkungen durch spielende Kinder, etwa durch einen Schuß mit einem Fußball, in der Regel standhalten. Auch eine Bleikugel könne eine solche Scheibe nicht zerstören. Es bedürfe insofern eines sehr kleinflächigen Auftreffens relativ harter Gegenstände mit hoher Energie. Auch wenn nach den Ausführungen des Sachverständigen ein mit größerer Wucht auftreffendes Stahlgeschosß die Scheibe zerstören würde, ein Steinwurf als Schadensursache theoretisch "nicht völlig auszuschließen" ist und der Sachverständige überdies nicht vollständig ausschließen wollte, "daß unter Umständen auch ein mit hoher Wucht geschossener Ball eine Scheibe theoretisch zerstören kann", ist zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats vernünftigen Zweifeln, daß "Steinschlag, Gewehrku­gel oder Fußball" ursächlich für die Glasbrüche gewesen wären, Schweigen geboten. 59

Die gebrochenen Scheiben befanden sich überwiegend in den oberen Stockwerken des Gebäudes. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, wie dort - und das gleich in mehreren Fällen sowie jeweils mit der für die Zerstörung einer 12 mm starken ESG-Scheibe erforderlichen Wucht - ein Steinschlag oder ein Fußball hingelangt sein sollten. Für praktisch ebenso ausgeschlossen erachtet der Senat eine über die Jahre hinweg in unregelmäßigen Abständen erfolgte Beschädigung durch mit größerer Wucht auftreffende Stahlgeschosse. Abgesehen davon, daß der langjährig berufserfahrene Sachverständige A dargelegt hat, ihm seien im Rahmen seiner Tätigkeit keine solchen Fälle bekannt geworden, ist auch weder vorgetragen noch ersichtlich, daß auch nur in einem einzigen Fall der hier zu beurteilenden Glasbrüche irgendwelche Spuren eines Stahlgeschosßbeschusses - etwa in der Gestalt von Einschlaglöchern in der ursprünglichen Gebäudefassade oder der hinter der "Stahl-Glas-Fassade" liegenden Gebäudeverglasung - aufgefunden worden wären. 60

(4)	61
Der erkennende Senat ist überdies der tatrichterlichen Überzeugung, daß die Glasbrüche nicht Folge etwaiger mutwilliger Beschädigungen durch Vandalismus gewesen sind. Schon die zeitliche "Taktung" der Schadensereignisse spricht gegen das Vorliegen von Vandalismus. Es erscheint wenig lebensnah, daß ein oder mehrere "Vandalen" sich über einen so langen Zeitraum hinweg jeweils in wechselnden Abständen "austoben" und dabei immer genau eine - zumeist in den Obergeschossen liegende - Scheibe zerstören. Der Sachverständige hat zwar ausgeführt, daß man theoretisch mit einem harten und spitzen Keramikeil auch vom Inneren des Gebäudes her einen Scheibenbruch herbeiführen könnte. Dabei hat er aber zugleich anschaulich dargelegt, daß ihm zum einen im Rahmen seiner Tätigkeit keine solchen Fälle bekannt geworden seien und daß man zum anderen, wenn man etwa wütend in Wut eine Kaffeekanne aus dem Gebäudeinneren herauswerfe, nach seiner Überzeugung mehrere Versuche benötige und überdies "Glück" haben müsse, "bis mal eine Scheibe auf diese Weise zu Bruch ginge". Vernünftigen Zweifeln, die vorhandene Gefahrenlage könne nicht auf einem Mangel der "Stahl-Glas-Fassade", sondern auf außerhalb des Pflichtenkreises der Beklagten zu 5) liegenden Ursachen beruhen, ist in Ansehung dessen auch im Hinblick auf etwaige Vandalismusschäden Schweigen geboten.	62
2)	63
Infolge der Mangelhaftigkeit ihres Gewerks war die Beklagte zu 5) gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B a.F. verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden und auf einer vertragswidrigen Leistung beruhenden Mängel nach fristgerechtem Verlangen zu beseitigen. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte zu 5) nicht hinreichend nachgekommen.	64
a)	65
Die mit Schreiben vom 20. September 2002 (Anlage K 12) übermittelte Mängelanzeige war hinreichend bestimmt. An die Pflicht des Auftraggebers zur Bezeichnung des Mangels dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Es reicht nach der Symptomtheorie aus, wenn die Mängelercheinungen hinreichend genau bezeichnet werden und der Mangel so genau beschrieben wird, daß er beseitigt werden kann (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage 2013, Rn. 2153 m.w.N.).	66
b)	67
Die aus Empfängersicht als Mängelbeseitigungsarbeiten anzusehenden Tätigkeiten der Beklagten zu 5), welche im Anschluß an das Privatgutachten des Sachverständigen Dr. O vom 13. März 2003 mehrere Glaselemente austauschte und die Ordnungsgemäßheit der Auflagerpunkte überprüfte, sind im Ergebnis fehlgeschlagen, da es auch in der Folgezeit zu weiteren Glasbrüchen kam. Eines weiteren Mängelbeseitigungsverlangens bedurfte es zur Überzeugung des Senats in Anbetracht der Gesamtumstände nicht mehr. Es war Gefahr für Leib und Leben im Verzug und insofern Eile geboten. In solchen Fällen ist der Auftraggeber ausnahmsweise berechtigt, die Mängelbeseitigung sofort selbst vorzunehmen (Kapellmann/Messerschmidt-Weyer, VOB, 3. Auflage 2010, § 13 VOB/B, Rn. 268 m.w.N.).	68
Unabhängig davon war die Beklagte zu 5) überdies – ohne daß dies noch entscheidungserheblich wäre - auch der mit Schreiben vom 13. Oktober 2005 (Anlage K 17) unter ordnungsgemäßer Fristsetzung an sie herangetragenen „Mängelbeseitigungsaufforderung betreffend die Durchführung von notwendigen Sicherungsmaßnahmen“ nicht nachgekommen.	69

3)	70
Die Klägerin war daher gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B a.F. berechtigt, die Mängel auf Kosten der Beklagten zu 5) beseitigen zu lassen.	71
Die in Höhe eines Betrages von 540.900 € netto geltend gemachten Mangelbeseitigungskosten sowie die in Höhe eines Betrages von 358.380,54 € geltend gemachten "Kosten für Sicherungsmaßnahmen" waren dem Grunde nach erstattungsfähig.	72
4)	73
Bei den in Höhe eines Betrages von 1.259.592,56 € geltend gemachten Mietausfallschäden handelt es sich um sogenannte „enge“ Mangelfolgeschäden, die dem Grunde nach - über den Wortlaut der VOB/B a.F. hinausgehend - nach ständiger Rechtsprechung und auch heute noch herrschender Meinung in Altfällen nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B a. F. zu ersetzen sind (vgl. Kniffka/Krause-Allenstein, a.a.O., § 637, Rn. 119 m.w.N.). So liegen die Dinge auch hier, wobei - wie auch bei den geltend gemachten Mangelbeseitigungskosten sowie den "Kosten für Sicherungsmaßnahmen" - die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß auch im nachfolgenden Betragsverfahren noch etwas zuerkannt wird.	74
a)	75
Der Mangel des Gewerks der Beklagten zu 5) ist aufgrund der vorstehend geschilderten Umstände als wesentlicher, die Gebrauchsfähigkeit im Sinne des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B a.F. erheblich beeinträchtigender Mangel anzusehen.	76
Es war der Mieterin des Gebäudes in Anbetracht der von der Fassade ausgehenden und aus damaliger Sicht nicht hinreichend beherrschbaren Gefahren für ihre Mitarbeiter und Kunden nicht zumutbar, das Mietverhältnis unverändert fortzusetzen. Unabhängig davon, ob - wovon der Senat überzeugt ist - die Mieterin des Gebäudes damals zu einer fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt gewesen wäre, war jedenfalls das Verlangen nach der - hier sodann auch erfolgten - vorzeitigen Vertragsaufhebung berechtigt. Ebenso stand der Mieterin des Gebäudes jedenfalls dem Grunde nach schon vor der Beendigung des Mietverhältnisses ein Anspruch auf Mietminderung zu.	77
b)	78
Der Mangel war - entgegen der Auffassung der Streithelferin - auch auf ein Verschulden des Auftragnehmers oder seiner Erfüllungsgehilfen zurückzuführen.	79
aa)	80
Das Vorliegen eines Baumangels - und damit erst recht das Vorliegen eines erheblichen Baumangels - deutet nach den Umständen in typischer Weise auf eine Verletzung der Unternehmerpflichten hin (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage 2013, Rn. 3077 m.w.N.). Für die hier maßgebliche Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 gilt folgendes: Soweit dem Schuldner objektiv eine Pflichtverletzung zur Last fällt oder eine Schadensursache in sonstiger Weise aus seinem Verantwortungsbereich hervorgegangen ist, so muß er darlegen und beweisen, daß er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Auflage 2002, § 282, Rn. 8 bis 10 m.w.N.).	81
bb)	82

Diesen Entlastungsbeweis haben die Beklagte zu 5) und ihre Streithelferin weder in hinreichender Weise angetreten noch geführt. Insbesondere genügt insoweit nicht die bloße Angabe, die Mitarbeiter und Organe der Beklagten zu 5) hätten etwaige Nickelsulfideinschlüsse der Verglasung nicht mit bloßem Auge erkennen können.	83
II.	84
Die Ansprüche der Klägerin sind entgegen der Auffassung der Beklagten zu 5) nicht verjährt.	85
Die Beklagte zu 5) nahm nach Entgegennahme der Mängelanzeige vom 20. September 2002 am 21. November 2002 sowie am 10. Dezember 2002 im Beisein des Sachverständigen Dr. O an Ortsbesichtigungen teil, überprüfte sodann nach Erstellung des Sachverständigengutachtens im März 2003 die ordnungsgemäße Auflagerung der Glaselemente und tauschte - den Empfehlungen des Gutachters entsprechend - mehrere Scheiben mit Kantenbeschädigungen aus. Darin ist - wie sich bereits dem landgerichtlichen Hinweisbeschlusses vom 5. Juli 2011 (Bl. 468 f.) entnehmen läßt, auf den insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird - aus Empfängersicht jedenfalls ein Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 BGB zu sehen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Auflage 2013, § 212, Rn. 4). Darauf, ob die Abnahme bereits am 19. Juni 1998 erfolgt ist oder ob die Frist der Verjährung - wofür einiges spricht - ohnehin nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 3 VOB/B a.F. neu zu berechnen gewesen wäre, kommt es daher für die Entscheidung nicht mehr an.	86
Soweit die Beklagte zu 5) - erstmals in der Berufungserwiderung - vorbringt, ihr Geschäftsführer habe beim Ortstermin "den Anwesenden" ausdrücklich erklärt, die Arbeiten lediglich aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht übernehmen zu wollen, unterliegt dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO einem Novenausschluß und ist damit präkludiert.	87
III.	88
Im Rahmen der auch im Falle des § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO gebotenen Ermessensabwägung zwischen einer Zurückverweisung einerseits und einer eigenen Sachentscheidung andererseits (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage 2012, § 538, Rn. 43 m.w.N.) erachtet es der Senat für sachgerecht, die Klage (lediglich) dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und die Sache im übrigen unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens an das Landgericht zurückzuverweisen.	89
Dabei hat der Senat berücksichtigt, daß das Berufungsgericht gemäß § 538 Abs. 1 ZPO im Grundsatz gehalten ist, selbst die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache zu entscheiden. Der Senat hat insbesondere erwogen, daß eine Zurückverweisung der Sache in aller Regel zu einer Verteuerung und Verzögerung des Rechtsstreits führt und dies den Interessen der Parteien entgegenstehen kann (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 928), und auch das Interesse der Klägerin im Auge behalten, in einer angemessenen Zeit einen vollstreckbaren Titel über die geltend gemachten Ansprüche zu erhalten (vgl. BGH, NZBau 2006, 239). Gleichwohl ist der Senat unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des vorliegenden Falles zu der Einschätzung gelangt, daß die Durchführung eines erstinstanzlichen Verfahrens auch im Interesse der Parteien Vorrang verdient.	90
Der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie spricht vorliegend schon deshalb nicht gegen eine Zurückverweisung, weil voraussichtlich ohnehin mit einer erheblichen weiteren Verfahrensdauer zu rechnen sein wird. Es wird eine umfangreiche Beweisaufnahme	91

erforderlich sein. Der Rechtsstreit ist im Hinblick auf die Höhe der der Klägerin zuzuerkennenden Forderung in mehrfacher Hinsicht noch nicht entscheidungsreif.

So wird es unter anderem darauf ankommen, welche konkreten Sicherungsmaßnahmen und Mängelbeseitigungen erforderlich und angemessen waren sowie welche Kosten für diese Arbeiten ortsüblich und angemessen waren. Desweiteren wird es darauf ankommen, für welchen Zeitraum und in welcher Höhe Mietausfallschäden geltend gemacht werden können. Dabei wird unter Berücksichtigung der damaligen Marktverhältnisse vor Ort unter anderem zu erwägen sein, ob die von der Klägerin hingenommenen Mietminderungen der Höhe nach angemessen waren und ob die Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung unter Umständen pflichtgemäße Bemühungen zu einer rascheren anderweitigen Nutzung des Gebäudes unterlassen hat. Den Parteien würde bei einer eigenen Sachentscheidung des Senats insoweit eine Instanz genommen, wobei im Hinblick auf die vor Ort zu erhebenden Beweise hinzukommt, daß das Landgericht wesentlich ortsnäher ist und nur wenige hundert Meter vom streitgegenständlichen Bauwerk entfernt liegt. 92

Eine durch die Zurückverweisung möglicherweise eintretende Verzögerung des Rechtsstreits erweist sich vor diesem Hintergrund nicht als besonders berücksichtigungswert. Überdies hat auch die Klägerin durch den von ihr gestellten Hilfsantrag zu erkennen gegeben, daß sie ihr Anliegen, in einer angemessenen Zeit einen vollstreckbaren Titel über die klageweise verfolgten Ansprüche zu erhalten, im Falle einer Zurückverweisung nicht als maßgeblich beeinträchtigt ansieht. 93

IV. 94

Der Senat hat keine abschließende Sachentscheidung im Berufungsverfahren getroffen. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens war daher dem Landgericht vorzubehalten. 95

V. 96

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO. Erst die Vorlage des für vorläufig vollstreckbar erklärten Senatsurteils kann das Vollstreckungsorgan nach §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO veranlassen, eine eingeleitete Vollstreckung aus dem aufgehobenen Urteil einzustellen und gegebenenfalls getroffene Maßnahmen aufzuheben (Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage 2012, § 538, Rn. 59 m.w.N.). 97

VI. 98

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die zu entscheidenden Rechtsfragen sind entweder in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt oder solche des Einzelfalls. 99