
Datum: 05.02.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 44/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0205.24U44.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 7 O 147/07

Tenor:

Die Berufung des Beklagten zu 2. gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 10. Februar 2012, Az. 7 O 147/07, wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass er nach von der Klägerin erklärter Teilklagerücknahme verurteilt ist, an die Klägerin 67.350,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.4.2008 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Teilbetrag in Höhe von 60.922,58 € vom 6.1.2007 bis zum 17.4.2008 zu zahlen, wobei die Verpflichtung hinsichtlich des Hauptbetrages und der Zinsen ab dem 8.6.2007 als Gesamtschuldner neben der Beklagten zu 1. besteht.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden wie folgt verteilt: Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen der Beklagte zu 2. und die Streithelferin der Beklagten zu 1. zu 94% als Gesamtschuldner, zu 2% trägt sie der Beklagte zu 2. allein. Die Klägerin trägt 4% der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens und der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin der Beklagten zu 1. und des Beklagten zu 2.. Im Übrigen tragen die Parteien und die Streithelferin der Beklagten zu 1. ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Hinsichtlich der Verteilung der Kosten erster Instanz bleibt es bei der Kostenentscheidung des Landgerichts im angefochtenen Urteil.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien und die Streithelferin der Beklagten zu 1. können die Vollstreckung durch die jeweils andere Seite durch Sicherheitsleistung in Höhe von

120% des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Seite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 2. als von ihr beauftragten Architekten auf Schadensersatz in Anspruch, weil es im Rahmen von von der Beklagten zu 1. unter Aufsicht des Beklagten zu 2. ausgeführten Sanierungs- und Renovierungsarbeiten im Schwimmbad der Klägerin zu Putzablösungen kam. Als Haftuntergrund für den Putz hatte die Beklagte zu 1. mit Billigung des Beklagten zu 2. das von der Streithelferin der Beklagten zu 1. hergestellte Produkt „maxit multi 280“ verwendet, während nach dem zwischen der Beklagten zu 1. und der Klägerin geschlossenen Werkvertrag die Ausführung eines Spritzbewurfs als Haftuntergrund vorgesehen war. Wegen des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat der gegen die Beklagten gerichteten Klage überwiegend stattgegeben und die auf Erstattung seiner im selbständigen Beweisverfahren LG Köln, 7 OH 18/06, angefallenen außergerichtlichen Kosten gerichtete Widerklage des Beklagten zu 2. abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Der Anspruch gegen die Beklagte zu 1. ergebe sich aus § 4 Nr.7 VOB/B iVm § 8 Nr.3 Abs.2 VOB/B (UA S.8). Die von der Beklagten zu 1. ausgeführten Putzarbeiten seien mangelhaft gewesen, weil eine andere als die vertraglich vereinbarte Putzuntergrundbehandlung – Verwendung von maxit multi 280 bzw. 285 statt des ausgeschriebenen Spritzbewurfs - ausgeführt worden sei (UA S.8 f.). Dies gelte schon generell, ohne Rücksicht auf die Gebrauchstauglichkeit an sich, erst recht aber, wenn - wie hier nach den Feststellungen der Sachverständigen anzunehmen - der verwendete Werkstoff zur Erfüllung des Vertragszwecks ungeeignet sei (UA S.9). Darüber hinaus habe die Beklagte zu 1. die Putzarbeiten auch mangelhaft ausgeführt, weil entweder die bei Aufbringung von maxit multi 280 erforderliche Kammzahnung nicht ordnungsgemäß erfolgt oder aber die erforderlichen Trocknungszeiten nicht eingehalten worden seien (UA S.9 f.). Darüber hinaus falle der Beklagten auch hinsichtlich zum Teil festgestellter Verwendung von maxit multi 285 und Bitumen ein Verschulden zur Last, weil diese Stoffe als Putzuntergrund erkennbar ungeeignet gewesen seien (UA S.10). Der Beklagte zu 2. hafte gem. §§ 634 Nr.4, 280 Abs.1 BGB. Seine Pflichten habe der Beklagte zu 2. schon dadurch verletzt, dass er in Abweichung vom vertraglichen Leistungsverzeichnis ohne Zustimmung der Klägerin das Produkt maxit multi 280 zur Verwendung freigegeben habe, zumal dieses vorliegend zur Verwendung als Haftuntergrund nicht gleichermaßen geeignet gewesen sei (UA S.10). Im Hinblick auf die Ausführungsfehler der Beklagten zu 1. falle dem Beklagten zu 2. ein Überwachungsverschulden zur Last. Die Putzarbeiten seien hier ausnahmsweise überwachungsbedürftig gewesen, weil der Beklagte zu 2. von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abgewichen sei und die Funktionstauglichkeit des verwendeten Produkts überhaupt nur bei spezieller Aufbringungsweise gewährleistet werden konnte. Bei einer danach gebotenen Überwachung hätte auffallen müssen, dass keine ausreichende Kammzahnung vorgenommen oder die

Trocknungszeit nicht eingehalten worden sei, wobei für eine mangelhafte Bauüberwachung auch das Auffinden von Flächen spreche, die mit maxit multi 285 und Bitumen behandelt worden seien (UA S.10-12). Die Klägerin müsse sich im Verhältnis zur Beklagten zu 1. das Verschulden des Beklagten zu 2. nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen, weil eine Zurechnung im Rahmen von Überwachungsfehlern ausscheide (UA S.12). Der Anspruch der Klägerin bestehe hinsichtlich der zur Behebung der fehlerhaft durchgeführten Putzarbeiten ausgeführten Nachbesserungsarbeiten in voller Höhe (UA S.12). Ausgehend von den Feststellungen der Sachverständigen müsse von einer insgesamt mangelhaften Aufbringung des Putzuntergrundes ausgegangen werden (UA S.12 f.). Hinsichtlich der als Schadensersatz geltend gemachten weiteren Kosten sei der Anspruch nur teilweise gerechtfertigt (UA S.13-16). Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil haben zunächst die Klägerin, die Streithelferin der Beklagten zu 1. und der Beklagte zu 2. Berufung eingelegt. Die Klägerin wollte die Verurteilung der Beklagten zu einer weiteren Zahlung in Höhe von 3.569,26 € nebst Zinsen erreichen; Ziel der Berufung der Streithelferin der Beklagten zu 1. war die Abweisung der Klage. Die Klägerin und die Streithelferin der Beklagten zu 1. haben ihre Berufungen im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat zurückgenommen. Der Beklagte zu 2. hat seine Berufung, die nach Zustellung des Urteils am 14.2.2012 am 12.3.2012 bei dem Oberlandesgericht Köln eingegangen und mit am 21.6.2012 bei dem Oberlandesgericht Köln eingegangenem Schriftsatz nach mehrmaliger Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist, zuletzt bis zum 21.6.2012, begründet worden ist, aufrechterhalten.

Der Beklagte zu 2. rügt mit seiner Berufung Folgendes:

Die Feststellung des Landgerichts, dass das Produkt maxit multi 280 im konkreten Fall als Haftuntergrund nicht geeignet gewesen sei, sei verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Das Landgericht habe insoweit keine Hinweise erteilt und in der letzten mündlichen Verhandlung sogar erklärt, dass diese Frage nicht Gegenstand der Beweisaufnahme sei. Mit dem entgegen stehenden Vorbringen des Beklagten zu 2. und der Streithelferin setze sich das Urteil nicht auseinander (GA Bl.1165 f.).

Auch die Begründung, der verwendete Haftgrund weiche von den vertraglichen Vorgaben ab, sei überraschend. Nicht gewürdigt werde, dass die Vorgabe vom Beklagten zu 2. selbst gestammt habe, ohne dass die Klägerin hierauf Einfluss genommen habe; daher fehle es im Verhältnis Klägerin/Beklagter zu 2. an einer entsprechenden Vereinbarung betreffend die Verwendung gerade eines Spritzbewurfs. Einen erforderlichen Hinweis, die Entscheidung auch hierauf stützen zu wollen, habe das Landgericht nicht erteilt (GA Bl.1166 f.).

Die Angaben der Sachverständigen T seien unpräzise und unbrauchbar gewesen, so dass mit einer Entscheidung auf der Grundlage ihrer Ausführungen nicht habe gerechnet werden müssen. Nicht ausreichend präzise sei festgestellt, auf welcher Fläche welcher Haftgrund – Bitumen, maxit multi 280 oder maxit multi 285 -aufgebracht sei, was bereits erstinstanzlich gerügt worden sei. Offen geblieben sei, ob die Aufbringung des Haftuntergrundes nicht mit Kammzahnung, mit nicht ausreichender Kammzahnung, mit zu dünnem Material oder unter Missachtung der Trocknungszeiten erfolgt sei. Das Gericht habe nicht zu erkennen gegeben, dass es auf dieser unzureichenden Grundlage entscheiden werde, so dass der Beklagte zu 2. von einer Fortsetzung der Beweisaufnahme habe ausgehen dürfen. Nur am Rande seien die o.a. Fragen im Rahmen der Anhörung der Sachverständigen thematisiert worden. Ergänzend werde nochmals die Einholung eines Obergutachtens angeboten (GA Bl.1167-1169).

- Soweit dem Beklagten zu 2. eine Verletzung von Überwachungspflichten vorgeworfen werde, habe das Gericht ebenfalls gebotene Hinweise, insbesondere zur Würdigung des Beweisergebnisses, nicht erteilt, obwohl der Beklagte zu 2. auf die Fehlerhaftigkeit der Ausführungen der Sachverständigen T bereits ausführlich hingewiesen habe (GA Bl.1169 f.).
- Der Beklagte zu 2. habe davon ausgehen dürfen, dass die Klage zumindest ihm gegenüber abgewiesen werde. Das Unterlassen der gebotenen Hinweise habe dazu geführt, dass der Beklagte zu 2. in erster Instanz nicht weiter vorgetragen habe (GA Bl.1171). 12
- Weitere Verfahrensverstöße des Landgerichts ergäben sich daraus, dass die Beweisaufnahme auf der Grundlage unvollständiger, teils fehlender Beweisbeschlüsse durchgeführt worden sei. Die durchgeführte Beweisaufnahme sei völlig unbrauchbar. Das Gutachten der Sachverständigen T basiere auf einer lückenhaften Grundlage. Das Urteil des Landgerichts enthalte Pauschalierungen und Verallgemeinerungen, die weder vorgetragen, noch von der Sachverständigen, die sich weit gehend nur auf Vermutungen stütze, überhaupt bestätigt worden seien (GA Bl.1172-1174). 13
- Das Landgericht habe auch das Recht fehlerhaft angewendet (GA Bl.1174). 14
- Eine Verletzung der Überwachungspflicht könne dem Beklagten zu 2. nicht angelastet werden (GA Bl.1174-1196). 15
- Der Beklagte zu 2. sei berechtigt gewesen, in Abweichung von der Ausschreibung die Verwendung des Haftuntergrundes maxit multi 280 freizugeben (GA Bl.1174-1177). Im Verhältnis Klägerin/Beklagter zu 2. habe es kein „vereinbartes Leistungsverzeichnis“ gegeben. Der Klägerin sei das verwendete Produkt völlig egal gewesen bzw. habe sie die Verwendung von maxit multi 280 sogar geduldet und ihr Einverständnis mit dessen Verwendung erklärt (GA Bl.1175 f.). Daher fehle es schon an einer Vertragspflichtverletzung. Selbst wenn man von einer Pflichtverletzung ausgehe, sei diese nicht ursächlich geworden für den entstandenen Schaden, weil vermeintliche Mängel oder Schäden nicht auf der Verwendung dieses zur konkreten Verwendung geeigneten Produktes beruhten (GA Bl.1176 f.). Soweit das Landgericht auf die in der Ausschreibung vorgesehene Dicke des Untergrunds verweise, könne nicht auf angebliche Herstellervorgaben abgestellt werden, denn die Streithelferin selbst habe als Hersteller unter Hinweis auf die Ausführungen des Privatsachverständigen Prof. G erklärt, dass das Produkt auch für die vorgesehene Verwendung geeignet gewesen sei (GA Bl.1177 f.). Insoweit sei zumindest weitere Aufklärung erforderlich gewesen (GA Bl.1179). Selbst wenn aber das Produkt ungeeignet wäre, sei nicht feststellbar, dass die geltend gemachten Mängel gerade hierauf beruhten; eine entsprechende Feststellung habe die Sachverständige, die maßgeblich auf Ausführungsfehler abstelle, nicht getroffen (GA Bl.1179). Selbst wenn man einmal unterstelle, dass die Verwendung des Produkts maxit multi 280 ursächlich für die Schäden und als vertragswidrig anzusehen sei, fehle es am Verschulden des Beklagten zu 2., der sich fachkundig über die Verwendung des Produktes informiert habe (GA Bl.1180 f.). 16
- Der Beklagte zu 2. hafte auch nicht für Ausführungsfehler der Beklagten zu 1.; solche Ausführungsfehler seien schon nicht feststellbar, jedenfalls fehle es aber an einer schuldhaften Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. (GA Bl.1181-1196). 17
- Von einer Verwendung des Haftgrundes maxit multi 285 gerade in den schadensbetroffenen Bereichen könne nicht ausgegangen werden. Die Sachverständige habe nur in Bezug auf eine Stelle einen kalkhaltigen Untergrund festgestellt, der – insbesondere angesichts der Nähe zu einer Türzarge - auch andere Ursachen haben könne. Ein Flächenkataster sei nicht 18

erstellt worden. Die Sachverständige stelle lediglich hypothetische Überlegungen an. Den Beweisangeboten des Beklagten zu 2. dazu, dass maxit multi 285 nicht verwendet worden sei, sei nicht nachgegangen worden (GA Bl.1181-1183, 1189).

Auch von der Verwendung von Bitumen als Haftuntergrund könne nicht ausgegangen werden 19
(GA Bl.1183-1185, 1189). Dass die Sachverständige auf der Wandfläche von WC-Räumen Bitumen festgestellt habe, erlaube nicht den Schluss, dass Bitumen allgemein als Haftuntergrund verwendet worden sei. Tatsächlich sei Bitumen nicht verwendet worden, wozu auch Beweis angetreten worden sei. Bei den von der Sachverständigen aufgefundenen Flächen handele es sich um nicht beseitigtes Altbitumen. Dass auf diesem der Haftuntergrund nicht hätte aufgebracht werden können, stehe überdies nicht fest, so dass sich ein Ausführungsmangel insoweit nicht feststellen lasse. Selbst wenn man dies anders sehe, rechtfertige ein etwaiger, sich nur auf einzelne Flächen beziehender Mangel keine ganzflächige Sandstrahlbehandlung, so dass der geltend gemachte Schaden nicht in Gänze hierauf beruhe. Entsprechendes gelte für wenige m² bitumenbestrichener Wandfläche.

Das Landgericht habe auch nicht von einer mangelhaften technischen Ausführung der 20
Arbeiten ausgehen dürfen (GA Bl.1186-1189). Dass der Haftuntergrund maxit multi 280 mit einer Dicke von 10mm mit horizontaler Kammzahnung habe aufgebracht werden müssen, habe das Landgericht zu Unrecht angenommen; weder habe die Sachverständige dies überhaupt so allgemein erklärt, noch sei eine solche Annahme belegt. Eine zu dünne Auftragung des Haftuntergrundes sei nicht für die gesamte Fläche festgestellt. Die Sachverständige habe auch ausdrücklich offen gelassen, ob nicht das Material mit ausreichender und zutreffender Kammzahnung aufgebracht worden sei. Dafür, dass dies in der Weise geschehen sei, dass der Untergrund bei einer Dicke von 10mm mit einer Tiefe der Kammzahnung von 5mm aufgebracht worden sei, werde Beweis angetreten durch Vernehmung des Herrn W und Inaugenscheinnahme und Prüfung der genommenen Proben (GA Bl.1187). Zum Abriss gekommen sei es innerhalb des Bereichs der Zementputzschicht und nicht an den Kontaktstellen zwischen dem Haftuntergrund einerseits und der darauf aufgetragenen Beschichtung andererseits. Die Annahme des Landgerichts, ggf. seien die erforderlichen Trocknungszeiten nicht eingehalten worden, sei wiederum spekulativ; auch bei Einhaltung der erforderlichen Trocknungszeit werde eine – ursprünglich vorhandene und ausreichende - Kammzahnung hinuntergedrückt. Im Übrigen sei für die Einhaltung erforderlicher Trocknungszeiten auch Beweis angetreten worden.

Selbst wenn man aber Ausführungsfehler der Beklagten zu 1. unterstelle, fehle es an einem 21
Überwachungsverschulden des Beklagten zu 2. (GA Bl.1190-1196). Wie bereits erstinstanzlich vorgetragen, habe der Zeuge W als örtlicher Bauleiter des Beklagten zu 2. die Ausführung regelmäßig und gewissenhaft überprüft. Drei bis viermal täglich sei der Zeuge auf der Baustelle erschienen, habe die gerade in Bearbeitung befindlichen und die schon bearbeiteten Flächen in Augenschein genommen und – auch durch stichprobenartige Freilegungen – geprüft. Dabei sei festgestellt worden, dass maxit multi 285 nicht verwendet worden sei; soweit es in geringem Umfang doch verwendet worden sei, sei dies nicht erkennbar gewesen. Soweit an einigen Stellen Bitumenuntergrund verblieben sei, beruhe dies darauf, dass die Mitarbeiter der Beklagten zu 1. den Zeugen W getäuscht hätten, der in anderen Bereichen die – ausdrücklich angemahnte - Entfernung des Bitumenuntergrundes selbst wahrgenommen habe. Auch die Aufbringung des Haftuntergrundes maxit multi 280 in ausreichender Dicke und mit grober Kammzahnung – ungeachtet des Umstandes, dass eine Kammzahnung von bis zu 5mm nicht erforderlich sei - unter Einhaltung erforderlicher Trocknungszeiten habe der Zeuge W selbst wahrgenommen. Abrisse an der Haftbrücke seien nicht feststellbar gewesen. Dem Beweisangebot durch Vernehmung des Zeugen W

habe das Landgericht nachgehen müssen. Die Sachverständige habe sich zur Frage eines Überwachungsverschuldens gerade nicht geäußert; die Entscheidung des Landgerichts beruhe insoweit lediglich auf Hypothesen. Keinesfalls könnten insoweit wegen der Verwendung des Haftuntergrundes maxit multi 280 erhöhte Anforderungen an die Überwachung gestellt werden, wie das Landgericht meine, ohne dass die Sachverständige hierzu nähere Ausführungen gemacht habe. Soweit vereinzelte Ausführungsmängel vorhanden seien, machten diese nur einen geringen Anteil aus; im Rahmen der vom Beklagten zu 2. geschuldeten stichprobenartigen Kontrollen seien sie jedenfalls nicht erkennbar gewesen.

Auch die Berechnung des Schadens durch das Landgericht sei fehlerhaft (GA Bl.1196-1204). 22
Das Erfordernis einer flächendeckenden Sanierung lasse sich aus den Feststellungen des Landgerichts nicht ableiten. Keinesfalls sei an 39 Bohrlöchern festgestellt worden, dass die Arbeiten fehlerhaft ausgeführt seien. Selbst wenn, rechtfertige dies immer noch nicht die Neuverputzung der gesamten Fläche, von der durch die Bohrlöcher allenfalls 5% erfasst worden seien. Das Landgericht habe insoweit unzutreffende Verallgemeinerungen vorgenommen. Nur die Stellen, an denen sich Wölbungen zeigten, hätten nachgearbeitet werden müssen. Dabei hätten Sandstrahlarbeiten nicht vorgenommen werden müssen. Bei den Kosten für die Bitumenentfernung handele es sich um Sowieso-Kosten, die von der Rechnung der Fa. H in Abzug hätten gebracht werden müssen. Die Ortsüblichkeit und Angemessenheit der in der Rechnung angesetzten Preise sei zudem nicht nachgewiesen, der Umfang der Arbeiten unklar. Die Kosten der Fa. K seien angesichts der nachweislich betroffenen Flächen allenfalls zu 5% erstattungsfähig; Ortsüblichkeit und Angemessenheit der abgerechneten Preise seien auch hier nicht nachgewiesen, im Gegenteil habe die Sachverständige auf überdurchschnittliche Preise hingewiesen. Eine Beauftragung der Beklagten zu 1. hätte zu geringeren Kosten geführt; dem Beklagten zu 2. sei die Möglichkeit verwehrt worden, durch Ausschreibung der Arbeiten preiswertere Lösungen zu verfolgen. Die Kosten des Baustoffberatungszentrums S seien nicht erstattungsfähig, weil sie zur Schadensfeststellung nicht erforderlich gewesen seien; die Proben seien insbesondere weder im selbständigen Beweisverfahren noch im Rechtsstreit genutzt worden. Ortsüblichkeit und Angemessenheit seien bestritten. Ein Freistellungsanspruch hinsichtlich der Kosten der Fa. H stehe der Klägerin ebenfalls nicht zu, weil die Sandstrahlung nicht erforderlich gewesen sei; überdies hätte die Klägerin Abrechnung verlangen und Frist setzen können, was einem Freistellungsanspruch entgegenstehe.

Die Widerklage sei begründet. Weil die Klägerin mit der im selbständigen Beweisverfahren erfolgten Streitverkündung vertragliche Nebenpflichten verletzt habe und der Beklagte zu 2. für Schäden nicht hafte, müsse die Klägerin dem Beklagten zu 2. entstandene Rechtsanwaltskosten erstatten (GA Bl.1204). 23

Der Beklagte zu 2. beantragt, 24

das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit der Beklagte zu 2. zur Zahlung verurteilt worden ist und die Widerklage abgewiesen wurde, und die Klage gegen den Beklagten zu 2. insgesamt abzuweisen sowie die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, an den Beklagten zu 2. 1.530,58 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.4.2008 zu zahlen. 25

Die Klägerin beantragt, 26

die Berufung des Beklagten zu 2. zurückzuweisen. 27

28

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit der Beklagte zu 2. zur Zahlung verurteilt und die Widerklage abgewiesen worden ist.

Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens LG Köln, Az. 7 OH 18/06, lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Nach Rücknahme der zunächst eingelegten Berufungen der Streithelferin der Beklagten zu 1. und der Klägerin ist allein noch über die Berufung des Beklagten zu 2. zu entscheiden. Die zulässige Berufung des Beklagten zu 2. ist nicht begründet. Die gegen den Beklagten zu 2. gerichtete Klage ist in dem nach Teilklagerücknahme im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 4.12.2012 verbliebenen Umfang begründet, die Widerklage teils unzulässig, teils unbegründet.

1.

Die Klage ist unter Berücksichtigung der im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 4.12.2012 von der Klägerin im Hinblick auf einen Teil der Zinsforderung erklärten Teilklagerücknahme in dem vom Landgericht zuerkannten Umfang begründet. Der Beklagte zu 2. haftet der Klägerin gem. §§ 280 Abs.1, 634 Nr.4 BGB auf Schadensersatz, weil er pflichtwidrig die Verwendung des vertraglich nicht vorgesehenen Haftuntergrundes „maxit multi 280“ durch die Beklagte zu 1. zugelassen hat.

a.

Eine Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. liegt schon darin begründet, dass er die Verwendung eines Haftuntergrundes zugelassen hat, der nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach.

aa.

Nachdem die Klägerin mit der Beklagten zu 1. den Werkvertrag geschlossen hatte, der unstreitig einen Spritzbewurf und nicht das tatsächlich zur Ausführung gekommene Material „maxit multi 280“ als Haftuntergrund vorsah, durfte der Beklagte zu 2. dessen Verwendung durch die Beklagte zu 1. nicht wie geschehen dulden.

(1)

Wer als Architekt vertraglich die Bauaufsicht übernimmt, hat schon während der Ausführung dafür zu sorgen, dass der Bau plangerecht und frei von Mängeln errichtet wird (BGH, NJW-RR 2000, 1468 f., juris Rn15). Er hat daher insbesondere auch auf die Übereinstimmung der Ausführung mit einer verbindlich vereinbarten Leistungsbeschreibung zu achten (Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 10.Aufl., § 33 HOAI Rn212). Daraus folgt, dass ein Architekt die ihm gegenüber seinem Auftraggeber obliegenden Pflichten verletzt, wenn er im Rahmen der ihm übertragenen Bauaufsicht zulässt, dass der Werkunternehmer von den vertraglich vereinbarten Vorgaben abweicht. So liegt der Fall hier.

(2)

Unstreitig wurde von der Beklagten zu 1. in Absprache mit dem ebenfalls unstreitig von der Klägerin mit der Bauüberwachung betrauten Beklagten zu 2. von der Ausführung der im Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1. enthaltenen Vorgabe, einen „Spritzbewurf“ als Haftuntergrund aufzubringen, abgewichen.

(2.1)

42

Soweit der Beklagte zu 2. behauptet hat, die Verwendung des Produkts maxit multi 280 sei mit der Klägerin abgestimmt worden, ist sein Vorbringen, wie die Klägerin schon mit Schriftsatz vom 13.9.2007 zutreffend gerügt hat, völlig unsubstantiiert geblieben. Entsprechendes gilt für die Behauptungen, er sei „bevollmächtigt gewesen, das fachlich beste Produkt zu verwenden“, ihm sei in Bezug auf den gesamten Putzaufbau „völlig freie Hand“ gelassen worden, oder, die Klägerin habe von der Abweichung gewusst und diese geduldet. In keinem Fall ist auch nur ansatzweise nachvollziehbar, wer hier für die Klägerin wann welche Erklärung abgegeben oder welche konkrete Information entgegengenommen haben soll.

(2.2)

44

Die – zuletzt nochmals im Schriftsatz vom 21.1.2013 ausführlich dargelegte - Rechtsansicht des Beklagten zu 2., er sei auch ohne besondere Ermächtigung der Klägerin zu einer entsprechenden Abweichung von der im Verhältnis der Klägerin zur Beklagten zu 1. unzweifelhaft verbindlich vereinbarten Vorgabe im Leistungsverzeichnis berechtigt gewesen, geht fehl.

(2.2.1)

46

Darauf, dass der Beklagte zu 2. das Leistungsverzeichnis nach eigenem Ermessen gefertigt hatte, kommt es nicht an. Nachdem zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1. ein Werkvertrag auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses zustande gekommen war, bedeutete jede hiervon abweichende Ausführung der Beklagten zu 1. eine Pflichtverletzung. Dass der Beklagte zu 2. insoweit befugt gewesen wäre, den zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1. geschlossenen Werkvertrag abzuändern – und auf nichts Anderes liefe es hinaus, wenn man dem Beklagten zu 2. das Recht zubilligen würde, in Absprache mit der Beklagten zu 1. von den verbindlich vereinbarten Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abzuweichen – kann weder allgemein noch nach den Umständen des vorliegenden Falles angenommen werden. Der Architekt ist grundsätzlich nicht als bevollmächtigt anzusehen, den zwischen Auftraggeber und Unternehmer geschlossenen Werkvertrag abzuändern (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 92 ff., juris Rn57; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14.Aufl., Rn1346). Dafür spricht entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2. auch nicht ein angeblicher mutmaßlicher Wille des Auftraggebers, der vielmehr im Gegenteil ein besonderes Interesse daran hat, dass etwaige Vertragsänderungen nicht ohne sein Zutun vereinbart werden.

(2.2.2)

48

An dieser Beurteilung ändert auch der Hinweis des Beklagten zu 2. auf die angebliche Gleichwertigkeit, wenn nicht Höherwertigkeit des ausgeführten Haftuntergrundes nichts. Insoweit gelten die Erwägungen oben zu (2.2.1) entsprechend.

(2.2.3)

50

51

Auf die Korrespondenz nach dem Schadensereignis kommt es danach nicht mehr entscheidend an.

b. 52

Die danach feststehende Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. hat zu einem Mangel des Werkes der Beklagten zu 1. geführt. Ein Mangel des Werkes der Beklagten zu 1. liegt schon darin begründet, dass der Putzuntergrund nicht wie vertraglich vereinbart mit Spritzbewurf ausgeführt worden ist. Die Angabe eines konkreten Merkmals in der Position eines Leistungsverzeichnisses muss als vereinbarte Beschaffenheit angesehen werden (Wirth, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Auflage, § 13 Nr. 1 VOB/B Rn65). Darin, dass das Werk der Beklagten zu 1. unstreitig nicht dieser Beschaffenheitsvereinbarung entspricht, liegt bereits ein Mangel. Der Mangelbegriff der VOB/B 2002 stellt – wie auch das BGB n. F. – die Parteivereinbarung in den Vordergrund. § 13 Nummer 1 VOB/B enthält eine Definition der mangelhaften Leistung, die auch für § 4 Nummer 7 VOB/B und § 13 Nummer 7 VOB/B gilt. Danach ist eine Leistung frei von Sachmängeln, wenn sie die "vereinbarte Beschaffenheit" hat. Umgekehrt führt eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit zur Mangelhaftigkeit der Leistung, und zwar nach dem klaren Wortlaut der VOB/B ohne Rücksicht darauf, ob die erbrachte Leistung der vereinbarten gleichwertig oder sogar besser ist – worüber die Parteien hier streiten -, und ohne Rücksicht darauf, ob eine Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit vorliegt (vgl. OLG Stuttgart, BauR 2007, 713 ff., juris Rn19; zur Rechtslage nach BGB vgl. BGH, BauR 2002, 1536 ff., juris LS1).

53

c. 54

Die Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. ist für die festgestellten großflächigen Putzablösungen auch kausal geworden. 55

aa. 56

Zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden muss ein kausaler Zusammenhang bestehen; dieser fehlt, wenn der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre (BGH, BGHZ 147, 1 ff., juris Rn19). Bereits eine Mitursächlichkeit der Verletzung der Vertragspflicht des Architekten führt jedoch zu seiner vollen Haftung dem Grunde nach; die Verursachungsbeiträge unterschiedlicher Schädiger für den eingetretenen Schaden haben erst in einem möglichen Regressprozess Bedeutung (BGH, BauR 2002, 1423 f., juris Rn19).

57

bb. 58

Hier hätte der Beklagte zu 2. bei pflichtgemäßem Verhalten dafür sorgen müssen, dass Spritzbewurf und nicht „maxit multi 280“ als Haftuntergrund verwendet wird. Dass es in diesem Fall zu denselben Problemen, nämlich großflächigen Ablösungen des Putzes gekommen wäre, ist weder konkret vorgetragen noch ersichtlich. Bei Aufbringung des Spritzbewurfes bedurfte es keiner besonderen Behandlung wie der Kammzahnung bei Verwendung von maxit multi 280. Die Sachverständige Prof. T hat insoweit überzeugend ausgeführt, dass bei Verwendung von Spritzbewurf mit Zementmörtel wie ausgeschrieben eine ausreichende Haftung sichergestellt gewesen wäre (GA Bl.578), und dass die ausführende Firma bei der hier gewählten Ausschreibung sofort wisse, wie aufzubringen sei, weil dies allgemein anerkannte – und bekannte – Regel der Technik sei (GA Bl.790); Fehler seien insoweit kaum möglich (GA Bl.797). Hiervon ausgehend geht es entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2. auch nicht um eine Frage überholender Kausalität, sondern schlicht um die Frage, ob derselbe Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn sich der Beklagte zu 2.

59

pflichtgemäß verhalten hätte. Dass sich dies nach dem oben Ausgeführten unter Berücksichtigung der bereits vorliegenden Stellungnahmen der Sachverständigen Frau Prof. T, die für die Einholung eines weiter beantragten Sachverständigengutachtens keine Veranlassung bieten, nicht feststellen lässt, geht zu Lasten des insoweit im Rahmen des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zu 2., dessen Hinweis auf die Möglichkeit, dass auch bei der Verarbeitung von Spritzbewurf Fehler möglich gewesen wären, danach unerheblich ist.

cc. 60

Soweit der Beklagte zu 2. meint, es sei darauf abzustellen, dass er zulässigerweise, ohne seine Pflichten gegenüber der Klägerin zu verletzen, auch unmittelbar in der Ausschreibung die Verwendung des Haftuntergrundes „maxit multi 280“ hätte vorsehen dürfen, beseitigt dies nicht die reale Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Entstehen des Mangels und ist daher unbeachtlich. 61

dd. 62

Entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2. kommt es auch nicht darauf an, ob allein die Verwendung von „maxit multi 280“ statt eines Spritzbewurfs den vollständigen Austausch des Haftuntergrundes gerechtfertigt hätte. Um diese – gegebenenfalls ohnehin eher im Bereich des § 635 Abs.3 BGB anzusiedelnde – Frage geht es angesichts der unstreitig festgestellten großflächigen Putzablösungen nicht. 63

d. 64

Der Höhe nach kann die Klägerin vom Beklagten zu 2. Erstattung der ihr infolge der mangelnden Haftung des Putzuntergrundes entstandenen Schäden in dem vom Landgericht anerkannten Umfang verlangen. 65

aa. 66

Die Klägerin hat zunächst Anspruch auf Ersatz der Kosten, die sie – bezogen auf den ursprünglichen Leistungsinhalt – zur mangelfreien Vollendung des Werkes zusätzlich aufwenden musste. Diese belaufen sich auf (mindestens) den vom Landgericht zuerkannten Betrag in Höhe von 45.813,33 € brutto (UA S.14). Zusätzliche Fertigstellungskosten in dieser Höhe sind für die Klägerin tatsächlich angefallen. Dass die Klägerin die Fa. K entsprechend beauftragt hat und diese Kosten in entsprechender Höhe in Rechnung gestellt hat, ist unstreitig (vgl. UA S.4 f.). Zutreffend und für den Senat bindend, § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO, hat das Landgericht den Ausführungen der Sachverständigen Frau Prof. T (GA Bl.602-608; Bl.777, 850 ff., Bl.1050R) entnommen, dass die abgrenzbaren Mehrkosten für Untergrundvorbereitung und Neuverputzung sich auf 45.813,33 € belaufen. Soweit der Beklagte zu 2. rügt, dass nur Teilbereiche von den Ablösungen betroffen gewesen seien, ergeben sich daraus keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der landgerichtlichen Feststellung. Der Beklagte zu 2. übersieht, dass erstinstanzlich schon früh zugestanden worden war (§ 288 ZPO), dass immerhin 40% der Fläche von Ablösungserscheinungen und Rissen betroffen waren (GA Bl.90, Bl.96; mV v. 18.4.2008, GA Bl.427 ff.). Ein solcher Schadensumfang rechtfertigt es aus Sicht des Senats ohne weiteres, die Flächen insgesamt neu herstellen zu lassen, weil von einem grundlegenden Mangel ausgegangen werden musste. Das Risiko, schadhafte Flächen bei einem ersten Sanierungsanlauf zu übersehen, um sodann ggf. nochmals nachbessern zu müssen, musste die Klägerin keinesfalls eingehen, zumal auf der gesamten Fläche nicht der vertraglich 67

vereinbarte Spritzbewurf aufgebracht worden war. Soweit der Beklagte zu 2. einwendet, die Kosten der beauftragten Firma K seien nicht ortsüblich und angemessen gewesen, kommt es darauf nicht entscheidend an. Der Einwand, der Auftraggeber habe einen unnötig teuren Unternehmer für die Fertigstellung ausgewählt, ist nach § 254 Abs. 2 BGB zu würdigen (OLG Frankfurt, NJW-RR 2011, 1655 ff., juris LS4, Rn38); die Beweislast liegt daher beim Schädiger. Der Hinweis des Beklagten zu 2. darauf, dass die Beklagte zu 1. bereit gewesen sei, günstiger zu arbeiten, ist unbeachtlich, denn der Beklagten zu 1. war der Auftrag ja gerade kurz zuvor berechtigterweise gerade wegen der aufgetretenen Mängel entzogen worden, so dass sich die Klägerin hierauf nicht, und schon gar nicht unter Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung, wie von der Beklagten zu 1. verlangt, einlassen musste. Der weitere Hinweis des Beklagten zu 2., die Klägerin hätte sich Zeit lassen können mit der Sanierung und deshalb noch länger nach einem günstigeren Anbieter suchen müssen, weil das Schwimmbad ohnehin defizitär arbeite, so dass man durch weitere Verzögerungen noch gespart hätte, liegt neben der Sache, denn der Geschädigte ist unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gehalten, im Interesse des Schädigers eine gebotene Schadensbeseitigung zu verzögern. Auch im Übrigen ist ein Verstoß der Klägerin gegen § 254 Abs.2 BGB nicht ersichtlich und stehen die Kosten auch ersichtlich nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg.

bb. 68

Darüber hinaus hat die Klägerin auch Anspruch auf Erstattung der Kosten der Sandstrahlarbeiten der Firma H (Zahlung iHv 15.109,25 € und Freistellung iHv 11.070,75 €). Die Sandstrahlarbeiten der Firma H waren nach den überzeugenden Feststellungen der Sachverständigen Frau Prof. T, die das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, und die auch den Senat gem. § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO binden, insgesamt, d.h. auf der gesamten Fläche, erforderlich, um eine Neuverputzung vornehmen zu können (GA Bl.837-839). Soweit der Beklagte zu 2. gegenüber dem insoweit auch geltend gemachten Freistellungsanspruch einwendet, dass die Kosten bereits abgerechnet werden könnten, ist dieser Einwand rechtlich unerheblich. Der Freistellungsanspruch besteht auch bei erfolgter Abrechnung fort, ungeachtet des Umstandes, dass die Klägerin insoweit gegebenenfalls im Hinblick auf § 250 S.2 BGB auch schon Zahlung verlangen könnte. Eine konkrete Möglichkeit, dass die Klägerin die Arbeiten preisgünstiger hätte vergeben können, wird von dem insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zu 2. nicht aufgezeigt; tatsächlich war die Firma H hier die günstigste, nach Ausschreibung zur Verfügung stehende Alternative, die der Beklagte zu 2. selbst der Klägerin mit Schreiben vom 2.2.2007 empfohlen hatte (GA Bl.132). Vor diesem Hintergrund bedurfte es entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2. auch nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des weiteren Einwandes, man hätte eine Ausschreibung durchführen und einen billigeren Anbieter eruieren können, es habe ja keine Veranlassung zur Eile bei der Mängelbeseitigung gegeben, weil der Betrieb des Schwimmbades ohnehin defizitär sei (GABl.245, Bl.246 oben), gilt das oben Ausgeführte. Soweit der Beklagte zu 2. darauf hinweist, dass 2% der Flächen Bitumenuntergrund aufwiesen und deshalb nicht hätten sandgestrahlt werden müssen, übersieht er, dass weder dargelegt noch ersichtlich ist, dass bei Herausnahme dieser Flächen aus dem Angebot ein geringerer Preis zu zahlen gewesen wäre; die vereinbarte Pauschalvergütung und der offensichtliche technische Aufwand einer Herausnahme kleiner Flächen aus einer Sandstrahlung sprechen vielmehr dagegen.

cc. 70

71

Auch die Kosten des Baustoffberatungszentrums S (6.427,79 €) stellen sich als erstattungsfähiger Schaden dar, der auch die erforderlichen Kosten der Schadensfeststellung umfasst. Gegen die Annahme des Landgerichts, diese Kosten seien als erforderlich anzusehen, bestehen keine Bedenken. Die Klägerin durfte diese nahe liegenden Maßnahmen der Schadensfeststellung und Beweissicherung im August 2006 – und damit vor Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens – ohne weiteres für erforderlich halten. Zudem wurden die Arbeiten auch von der gerichtlichen Sachverständigen genutzt (GA Bl.582: Inaugenscheinnahme der Bohrlöcher; Auswertung der chemischen Analyse der Bohrkerne). Der Höhe nach sind die angesetzten Kosten nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen Frau Prof. T angemessen (GA Bl.608 f., Bl.858 f.).

dd. 72

Der Zinsanspruch gegenüber dem Beklagten zu 2. ergibt sich auf der Grundlage der Zahlungsaufforderung vom 22.12.2006 hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 60.922,58 € aus §§ 286, 288 BGB. Hinsichtlich des weiteren Teilbetrages in Höhe von 6.427,79 € (Kosten des Baustoffberatungszentrums S) ergibt sich der Anspruch aus §§ 288, 291 BGB, weil es insoweit an einer vorprozessualen Zahlungsaufforderung fehlte und erst mit Antragstellung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 18.4.2008 insoweit Rechtshängigkeit eingetreten ist. 73

2. 74

Die Widerklage ist teils schon unzulässig, teils unbegründet. 75

a. 76

Die Widerklage ist unzulässig, soweit der Beklagte zu 2. seinen Anspruch auf einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch stützen will, denn insoweit fehlt es angesichts der im vorliegenden Rechtsstreit ohnehin von Amts wegen zu treffenden Kostenentscheidung am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage in der Hauptsache. 77

b. 78

Die Widerklage ist unbegründet, soweit der Beklagte zu 2. seine Klage auf einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch stützen will. Die Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren stellt sich weder als Verletzung einer vertraglichen Pflicht der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 2. noch als unerlaubte Handlung dar, so dass ein nur als Schadensersatzanspruch denkbarer materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch nicht besteht (vgl. Zöller-Vollkommer, § 74 ZPO Rn10). 79

3. 80

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97, 269 Abs.3, 516 Abs.3 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Ein Grund die Revision zuzulassen, ist nicht ersichtlich. Der Senat kann sich für seine Entscheidung auf gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung stützen. 81

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt: 82

Berufung der Klägerin: 3.569,26 € 83

Berufung der Streithelferin der Beklagten zu 1.: 78.421,12 € 84

