

Gericht:	Thüringer Oberlandesgericht 8. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	17.02.2022
Aktenzeichen:	8 U 1133/20
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 254 BGB, § 278 BGB, § 280 BGB, § 281 BGB, § 283 BGB ... mehr

Bauüberwachungspflicht des Architekten; Einbeziehung eines Verhandlungsprotokolls zur Frage der Verjährung

Leitsatz

1. Liegen Mängel des Bauwerks vor, die im Rahmen der Bauüberwachung typischerweise entdeckt werden mussten, so spricht der Anscheinsbeweis für eine Bauaufsichtspflichtverletzung des Architekten.(Rn.58)
2. Eine Bauüberwachungspflicht des Architekten besteht auch bei handwerklichen Selbstverständlichkeiten; sie ist lediglich bei der Kontrolldichte herabgesetzt, erfordert aber jedenfalls stichprobenartige Kontrollen.(Rn.61)
3. Das bauausführende Unternehmen kann sich auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen, wenn die mangelhafte Bauausführung auf von dem Auftraggeber überlassene fehlerhafte Pläne zurückgeht.(Rn.63)
4. Eine Vorteilsausgleichung des durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entstehenden Vorteils hat nur dann zu erfolgen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste.(Rn.65)
5. Wählt der Auftraggeber für die Mängelbeseitigung einen Drittunternehmer auf dem freien Markt aus, spricht aus der Erfahrung der täglichen Baupraxis der erste Anschein dafür, dass die von dem Drittunternehmen abgerechneten Kosten erforderlich waren; der Auftragnehmer ist dann für das Gegenteil, nämlich eine Beauftragung zu „übersetzten“ Preisen, mithin eine eindeutige und unzweifelhafte Überschreitung der Grenze der Erforderlichkeit, darlegungs- und beweispflichtig.(Rn.85)

Orientierungssatz

1. Ist für den Architekten schon die Erforderlichkeit einer bestimmten Planung - hier einer Rissplanung - nicht erkennbar, dann ist die Bauüberwachung, die diesen Fehler nicht erkennt, ebensowenig eine fehlerhafte Tätigkeit des Architekten.(Rn.58)
2. Eine Zurechnung von Fehlern eines Fachplaners - hier des Statikers - an den Auftraggeber kommt in Betracht, wenn der Auftraggeber dem Architekten diese Fachplanung hat zukommen lassen, und dieser wiederum die Statik benötigt hat, um seine eigene Planungsleistung zu erbringen (Anschluss BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - VII ZR 193/14).(Rn.59)
3. Durch die Einbeziehung eines Verhandlungsprotokolls kann die dortige Vereinbarung der Verjährungsfrist Gegenstand der vertraglichen Regelungen werden (Anschluss OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Mai 2011 - 22 U 186/10).(Rn.67)

4. Macht der Werkbesteller in seiner Antragsschrift zur Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens eine bestimmte Mangelerrscheinung, also ein Mangelsymptom bzw. einen Mangelschaden geltend, so sind hinsichtlich der Verjährung von der durch die Antragstellung ausgelösten Hemmungswirkung sämtliche tatsächlichen Ursachen für vorgebrachten Mangelerrscheinungen oder Mangelschäden umfasst, gleichgültig, ob sich in dem selbstständige Beweisverfahren oder nachträglich herausstellt, dass die von dem Antragsteller in der Antragschrift vorgebrachten Ursachen und Gründe für die Mängelerrscheinungen nicht zutreffend sind (Anschluss OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. Mai 2019 - 21 U 42/17).(Rn.67)

5. Zitierung zu Leitsatz 1: Anschluss OLG Schleswig, Urteil vom 25. März 2020 - 12 U 162/19.(Rn.58)

6. Zitierung zu Leitsatz 2: Anschluss OLG Brandenburg, Urteil vom 24. Oktober 2019 - 12 U 47/19.(Rn.61)

7. Zitierung zu Leitsatz 3: Anschluss BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03.(Rn.63)

8. Zitierung zu Leitsatz 4: Anschluss OLG Oldenburg, Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 U 68/16.(Rn.65)

9. Zitierung zu Leitsatz 5: Anschluss OLG Hamm, Urteil vom 8. November 2016 - 21 U 161/13.(Rn.85)

Verfahrensgang

vorgehend LG Erfurt, 16. September 2020, 8 O 358/14

Tenor

1. Auf die Berufungen der Klägerin und des Beklagten zu 1 wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 16.09.2020, Az. 8 O 358/14, unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel wie folgt abgeändert:

a. Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 8.158,96 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 zu zahlen.

b. Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin einen Kostenvorschuss in Höhe von 250,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 wegen der Beseitigung der Schräg- und Vertikalrisse an der Westwand (Stahlbetonwand) der Tiefgarage (UG) in dem Objekt G, zu zahlen.

c. Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin einen Kostenvorschuss in Höhe von 650,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 wegen der Beseitigung der Schräg- und Vertikalrisse an der Ostwand (Stahlbetonwand) der Tiefgarage (UG) in dem Objekt G, zu zahlen.

d. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1 verpflichtet ist, der Klägerin etwaige weitere, über die Höhe von 250,00 EUR hinausgehende Mängelbeseitigungskosten wegen der

Beseitigung der Schräg- und Vertikalrisse an der Westwand (Stahlbetonwand) der Tiefgarage (UG) in dem Objekt G, zu zahlen.

e. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1 verpflichtet ist, der Klägerin etwaige weitere, über die Höhe von 650,00 EUR hinausgehende Mängelbeseitigungskosten wegen der Beseitigung der Schräg- und Vertikalrisse an der Ostwand (Stahlbetonwand) der Tiefgarage (UG) in dem Objekt G, zu zahlen.

f. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz tragen die Klägerin 90 % und die Beklagten als Gesamtschuldner 10 %. Die Kosten der Streithilfe I. Instanz tragen die Beklagten als Gesamtschuldner zu 10 % und die Streithelfer selbst zu 90 %. Von den Kosten des Rechtsstreits II. Instanz tragen die Klägerin 87 % und die Beklagten als Gesamtschuldner 13 %. Die Kosten der Streithilfe II. Instanz tragen die Beklagten als Gesamtschuldner zu 13 % und die Streithelfer selbst zu 87 %.

3. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das Urteil des Landgerichts Erfurt ist, soweit es aufrechterhalten bleibt, ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin und der Beklagte zu 1 schlossen am 27.07.2004 einen Architektenvertrag über das Bauvorhaben „Sanierung und Neubau Mehrfamilienhaus G“.
- 2 Der Beklagte zu 1 hatte sowohl Grundleistungen entsprechend den Leistungsphasen 1 bis 9 (§ 15 HOAI) als auch besondere Leistungen zu erbringen. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Bezüglich des Vertragsinhaltes wird auf die Anlage K 1a verwiesen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte am 19.12.2005 (Anlage K 2).
- 3 Mit der Beklagten zu 2 schloss die Klägerin am 10./17.05.2005 einen Bauvertrag mit einer Pauschalpreisvereinbarung. Zum genauen Inhalt des Vertrages wird auf die Anlage K 3 verwiesen. Durch die Beklagte zu 2 waren Maurer-, Beton- und Entwässerungsarbeiten zu erbringen.
- 4 Unter § 1 (5) des Vertrages sind die Vertragsbestandteile wie folgt aufgeführt:
 - 5 1) schriftliche Ausfertigung des Bauvertrages vom 09.05.2005
 - 6 2) das Leistungsverzeichnis vom 10.05.2005 und die Pläne vom 09.05.2005
 - 7 3) das Verhandlungsprotokoll vom 10.05.2005
 - 8 4) die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), Teile B und C, in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung

- 9 5) hilfsweise das Werkvertragsrecht des BGB
- 10 Im Verhandlungsprotokoll vom 10.05.2005 (K 4) vereinbarten die Klägerin und die Beklagte zu 2 unter Ziffer 10 eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren und einem Monat. Die Abnahme der von der Beklagten zu 2 erbrachten Leistungen erfolgte am 11.10.2005 (siehe Anlage K 5).
- 11 Die Klägerin hat behauptet, die Arbeiten der Beklagten seien mangelhaft. Sie beruft sich dabei auf die in dem selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Erfurt zum Az. 9 OH 67/10 gemachten Feststellungen des Sachverständigen B in seinem schriftlichen Gutachten vom 10.06.2012 zu den dort aufgeführten Mängeln (1) bis (6). Die Rissbildung in der Tiefgarage [Mängel (1), (2) und (3)] sei auf den Schwindprozess des Betons zurückzuführen und fiele damit in den Verantwortungsbereich der Beklagten zu 2. Der verwendete Beton entspreche im Hinblick auf Druckfestigkeit und Expositionsklasse nicht den Vorgaben der Norm. Die Konstruktion der Bodenplatte sei zudem entgegen der Ausschreibung fugenlos hergestellt worden. Hierbei handele es sich um einen Planungsman- gel des Beklagten zu 1. Der Beklagte zu 1 hätte als Architekt Kenntnisse des Schwind- prozesses haben und insofern einen Fugenplan erstellen müssen.
- 12 Die Beklagte zu 2 hätte darauf hinweisen müssen, dass keine Fugen geplant, diese aber notwendig seien.
- 13 Die netzförmige Rissbildung im Bereich der Fahrgasse der Tiefgarage [Oberseite der Be- tonplatte, Mangel (4)] sei auf eine fehlerhafte Planung zurückzuführen. Statt des gewähl- ten Mehrfeldsystems hätte ein Einfeldsystem gewählt werden müssen.
- 14 Durch die starke Belastung des Stahlbetonunterzugs seien Schräg- und Vertikalrisse an der Westwand (Mauerwerkswand) der Tiefgarage (EG) [Mangel (5)] entstanden. Das Auf- lager im Mauerwerksbereich hätte durch die Beklagte zu 2 so ausgebildet werden müs- sen, dass eine Durchbiegung des Unterzugs nicht zu einer Schädigung des Mauerwerks hätte führen können. Der Mangel (6) sei die Folge mangelhafter Putzarbeiten. Es sei kei- ne Schlagregendichtigkeit gegeben. Es handle sich um einen handwerklichen Fehler.
- 15 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Beklagte zu 1 hätte dem Statiker entspre- chende Vorgaben, insbesondere zum Einfeldsystem, machen müssen. Auch sei es die Pflicht des Beklagten zu 1 gewesen, die Leistungen des Statikers zu überprüfen. Die Be- klagte zu 2 hätte Bedenken anmelden müssen, wenn sie der Auffassung gewesen sei, dass die Planung des Beklagten zu 1 nicht ausreichend gewesen sei.
- 16 Mit Schriftsatz vom 05.08.2016 hat die Klägerin vorgetragen, dass die Mängel zu (1), (4), (5) und (6) beseitigt worden seien und ihre Ansprüche neu berechnet.
- 17 Die Klägerin hat zuletzt beantragt:
- 18 1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 89.087,66 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 zu zahlen.
- 19 2. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 2.142,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 als Vorschuss auf die zur Beseitigung der Schräg- und Vertikalrisse an

der Westwand und der Ostwand der Tiefgarage W-Straße erforderlichen Kosten zu zahlen.

- 20 3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin die, über den Betrag vom 2.142,00 EUR hinausgehenden, Kosten der Mängelbeseitigung gemäß dem Klageantrag zu Ziffer 2 zu ersetzen.
- 21 Die Beklagten haben beantragt,
- 22 die Klage abzuweisen.
- 23 Der Beklagte zu 1 hat behauptet, bei den Mängeln (1) und (4) handele es sich um Fehler bei der Berechnung des Tragwerks. Eine mangelhafte Planungs- oder Bauüberwachungs-tätigkeit sei nicht ursächlich. Die Statiker, welche auch im Rahmen der örtlichen Bauüberwachung die Betonarbeiten kontrolliert hätten, hätten mehrfach angeordnet, dass fugenlos zu bauen und die Erstellung eines Fugenplans nicht erforderlich sei. Wegen der Übertragung der Tragwerksplanung auf einen Sonderfachmann müsse sich die Klägerin dessen Verschulden zurechnen lassen. Eine Verantwortlichkeit hinsichtlich des Mangels (6) sei nicht gegeben, da es sich bei Putzarbeiten um handwerkliche Selbstverständlichkeiten handele.
- 24 Die Beklagte zu 2 hat behauptet, bezüglich der Mängel (1), (2) und (3) liege ein Planungsmangel vor. Als ausführendes Unternehmen träge sie keine Verantwortung für Schwindrisse. Es hätten Fugen geplant werden müssen. Sie hat ferner behauptet, hinsichtlich der Mängel (2) und (3) seien, wie vorgesehen, sog. Sollbruchstellen ausgeführt worden, welche verhindern sollten, dass es bei eventueller Rissbildung zum Eindringen von Wasser komme. Es liege aus diesem Grund kein Mangel vor. Außerdem habe sie keinen Einfluss auf den eingetretenen Schwindprozess und somit die Mängel nicht zu vertreten. Es handele sich vielmehr um einen Planungsfehler.
- 25 Darüber hinaus, so hat die Beklagte zu 2 behauptet, sei im Rahmen einer Baubesprechung vereinbart worden, dass es nicht zur Ausführung von Fugen kommen solle.
- 26 Hinsichtlich der Mängel (4) und (5) sei eine Verantwortlichkeit nicht gegeben, da die Beklagte zu 2 nicht über das notwendige Fachwissen verfügt habe. Es handele sich um Fehler, die ausschließlich im Verantwortungsbereich des Beklagten zu 1 begründet seien.
- 27 Da die Beklagte zu 2 keine Putzarbeiten durchgeführt habe, hafte sie schließlich nicht für den Mangel (6). Bedenken gegen die Planung habe sie nicht anmelden müssen, da die Konstruktion/Planung einer Bodenplatte auch ohne den Einsatz von Fugen denkbar und nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen geltende Regeln der Technik gegeben sei.
- 28 Eine Rissbildung wegen fehlender Fugen lasse sich durch Auftragen einer Epoxidharzbeschichtung vermeiden. Die Klägerin habe sich - obgleich dies von dem Beklagten zu 1 vorgesehen gewesen sei - gegen das Aufbringen einer solchen Schicht entschieden.
- 29 Des Weiteren hat die Beklagte zu 2 die Einrede der Verjährung erhoben. Für die Verjährungsfrist seien die in dem Vertrag vereinbarten Regelungen der VOB/B heranzuziehen. Die von der Klägerin herangezogene Regelung im Verhandlungsprotokoll, nach welcher eine längere Frist habe gelten sollen, sei lediglich nachrangig anzuwenden. Schließlich handle es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, welche im eklatanten Wider-

spruch zum gesetzlichen Leitbild stehe. Darüber hinaus seien die mit der Klage geltend gemachten Mängel (1), (2), (3) und (4) nicht von einer Mängelrüge der Klägerin umfasst gewesen. Auch bei Zugrundelegung der längeren Verjährungsfrist seien diese Mängel verspätet gerügt worden.

- 30 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der I. Instanz wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
- 31 Das Landgericht hat die Akten des selbständigen Beweisverfahrens, Landgericht Erfurt zum Az. 9 OH 67/10, beigezogen und den Sachverständigen B mit weiteren schriftlichen Ergänzungen beauftragt, die er mit schriftlichen Gutachten vom 05.03.2018 und 25.04.2020 eingereicht hat. Zudem ist der Sachverständige in den mündlichen Verhandlungen vom 14.02.2017 und vom 27.11.2018 vor dem Landgericht angehört worden.
- 32 Mit Urteil vom 16.09.2020 hat das Landgericht den Beklagten zu 1 verurteilt, an die Klägerin 19.971,48 EUR nebst einem Kostenvorschuss in Höhe von 1.800,00 EUR zu zahlen und festgestellt, dass der Beklagte zu 1 verpflichtet ist, der Klägerin den über den Kostenvorschussbetrag in Höhe von 1.800,00 EUR etwaig hinausgehenden Betrag zu ersetzen. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen und im Wesentlichen zur Begründung ausgeführt:
- 33 Dem Beklagten zu 1 seien Planungs- und Überwachungsfehler vorzuwerfen, nach denen er zum Schadensersatz verpflichtet sei. Dies folge aus den gutachterlichen Feststellungen. Insbesondere habe es an einem Fugenplan gefehlt, der hätte erstellt werden müssen. Der Beklagte zu 1 könne sich nicht darauf berufen, dass die Statik von einem Sonderfachmann erstellt worden sei. Denn nach den gutachterlichen Feststellungen habe der Beklagte zu 1 das Fehlen des Fugenplans erkennen müssen. Entlastendes für den Beklagten zu 1 folge nicht aus den Bauprotokollen. Die Klägerin müsse sich ein Mitverschulden des Statikers nicht anrechnen lassen. Die Mängelbeseitigungskosten beliefen sich auf 19.971,48 EUR; der Vorschussanspruch auf 1.800,00 EUR. In Abzug zu bringen seien im Wege der Vorteilausgleichung die Gebrauchsvorteile, welche die Klägerin wegen einer späten Mängelanzeige durch die tatsächliche Nutzung des Parkdecks gehabt habe. Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 seien verjährt. Die Verjährungsfrist betrage vier Jahre; die Verlängerung auf fünf Jahre und einen Monat sei unwirksam.
- 34 Wegen der weiteren Einzelheiten der landgerichtlichen Argumentation wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 35 Hiergegen wenden sich die Klägerin und der Beklagte zu 1 mit den jeweiligen Berufungen.
- 36 Soweit der Klage stattgegeben wurde, verteidigt die Klägerin die landgerichtliche Entscheidung. Mit ihrer Berufung macht sie geltend, dass bei den Mängeln (5) und (6) eine Haftung des Beklagten zu 1 bestehe. Es handele sich nach den Feststellungen des Sachverständigen B um Ausführungsmängel. Dem Beklagten zu 1 habe die Überwachung der Ausführung oblegen. Er habe jedenfalls auch bei handwerklichen Selbstverständlichkeiten die Arbeiten stichprobenartig prüfen und kontrollieren sowie eine Endkontrolle durchführen müssen. Soweit das Landgericht bei dem Mangel 1 einen Abzug neu für alt vorgenommen habe, habe es verkannt, dass die Voraussetzungen für eine Vorteilsanrechnung nicht vorliegen. Die Ansprüche gegenüber dem Beklagten zu 2 seien nicht verjährt. Das Landgericht habe verkannt, dass ein unklares Rangverhältnis der Verjäh-

rungsregelungen nicht vorliege. Zudem sei unter vom Landgericht überangenen Be-
weisantritt vorgetragen worden, dass in einer Besprechung am 10.05.2005 über die Ver-
jährungsfrist von fünf Jahren und einem Monat gesprochen und dies von der Beklagten
zu 2 auch akzeptiert worden sei.

37 Die Streithelferin P trägt ebenfalls vor, eine Zurechnung eines Verschuldens des Fachpla-
ners komme nicht in Betracht.

38 Die Klägerin beantragt,

39 unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Erfurt vom 16.09.2020, Az. 8 O
358/14,

40 1. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin als Gesamtschuldner über den im Ur-
teil des Landgerichts ausgeurteilten Betrag hinaus einen weiteren Betrag in Höhe
von 54.033,33 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen
Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 zu zahlen;

41 2. die Beklagte zu 2 zu verurteilen, gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 1 an
die Klägerin ebenfalls einen Betrag von 19.971,48 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8
Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.11.2013 zu zahlen.

42 Die Beklagten beantragen,

43 die Berufung zurückzuweisen.

44 Der Beklagte zu 1 beantragt,

45 unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Erfurt vom 16.09.2020, Az. 8 O
358/14, die Klage abzuweisen.

46 Die Klägerin und die Streithelferin P beantragen,

47 die Berufung des Beklagten zu 1 zurückzuweisen.

48 Soweit die Klage abgewiesen wurde, verteidigt der Beklagte zu 1 die landgerichtliche
Entscheidung. Nach Ansicht des Beklagten zu 1 ist zudem der ausgeurteilte Zinsan-
spruch der Höhe nach falsch, da es sich um eine Schadensersatzforderung handele und
daher keine Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geschuldet
seien. Der Feststellungsantrag sei unzulässig, da zu unbestimmt gefasst. Nach den Fest-
stellungen des Sachverständigen B treffe den Beklagten zu 1 auch keine Verantwortlich-
keit für die Mängel, für die das Landgericht einen Vorschussanspruch angenommen ha-
be. Das Landgericht habe zu Unrecht ein erhebliches Mitverschulden der Klägerin ver-
neint. Die Klägerin müsse sich bei den Rissen die nach den Feststellungen des Sachver-
ständigen B fehlerhafte Planung des von der Klägerin beauftragten Tragwerksplaners zu-
rechnen lassen. Denn in der Tragwerksplanung habe der Fugenplan gefehlt. Im Ergebnis
müsse eine Haftung des Beklagten zu 1 gänzlich zurücktreten.

49 Die Berufung der Klägerin sei zurückzuweisen. Es könne keine pauschale Überwachungs-
pflicht des Beklagten zu 1 angenommen werden. Bei Putzarbeiten handele es sich um
handwerkliche Selbstverständlichkeiten. Der Mangel (5) sei nach den Feststellungen des

Sachverständigen B allein auf die fehlerhafte Tragwerksplanung zurückzuführen. Die Anrechnung des Nutzungsvorteils sei zu Recht erfolgt.

50 Die Beklagte zu 2 verteidigt die angefochtene Entscheidung als richtig. In dem Bauvertrag sei eine Rangfolge der Verjährungsregelungen enthalten. Das von der Klägerin in Bezug genommene Verhandlungsprotokoll vom 10.05.2005 stehe dem nicht entgegen. Das Landgericht habe zu Recht die Unklarheitenregelung bei Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Lasten der Klägerin angewendet. Zudem sei Verjährung auch bei einer verlängerten Verjährungsfrist eingetreten. Denn die in unverjährter Zeit vorgebrachte Mängelrüge erfasse nicht alle Mängel. Schließlich sei die Beklagte zu 2 für die Rissbildung im Mauerwerk nach den Feststellungen des Sachverständigen B nicht verantwortlich, sondern eine falsche statische Berechnung. Dafür müsse aber die Beklagte zu 2 als bauausführendes Unternehmen nicht haften. Zudem sei zwar kein Fugenplan vorhanden gewesen; in der Bauberatung vom 14.06.2005 sei aber über die nachträgliche Herstellung der Fugen gesprochen worden. Zudem sei erklärt worden, ein Fugenschnitt sei nicht notwendig. Hinweispflichten hätten für die Beklagte zu 2 daher nicht bestanden.

51 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der Berufungsinstanz wird Bezug genommen auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und Streithelfer nebst Anlagen.

52 Der Senat hat Beweis erhoben zu der behaupteten Übergabe der Fachplanung durch den Streithelfer Prof. Dipl.-Ing. ... an den Beklagten zu 1 durch Vernehmung des Streithelfers. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 20.01.2022 Bezug genommen.

II.

53 Die Berufungen sind jeweils statthaft, § 511 ZPO, und auch im Übrigen zulässig; insbesondere sind die Rechtsmittel form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 517, 519, 520 ZPO.

54 In der Sache führen die wechselseitig eingelegten Rechtsmittel der Klägerin und des Beklagten zu 1 zur tenorierten Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung. Danach hat die Klägerin gegen die Beklagten als Gesamtschuldner einen Anspruch auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 8.158,96 EUR sowie auf einen Kostenvorschuss in Höhe von 900,00 EUR aus §§ 631, 634 Nr. 2, Nr. 4, 636, 637, 280, 281, 283, 311a, 421 BGB, § 13 VOB/B.

55 1. Berufung der Klägerin:

56 a. Haftung des Beklagten zu 1 für den Mangel (5)

57 Die Entscheidung des Landgerichts, der Beklagte zu 1 sei für den Mangel 5 nicht einstandspflichtig, ist zutreffend.

58 aa. Nach den Feststellungen des Sachverständigen B, nach denen er zu einer Verantwortlichkeit des Beklagten zu 1 keine sichere Aussage treffen kann, ist ein Planungsverschulden des Beklagten zu 1 nicht bewiesen. Dem Beklagten zu 1 ist zudem auch kein Überwachungsverschulden vorzuwerfen. Denn der Sachverständige B stellte ein Versäumnis des Beklagten zu 1 nicht positiv fest. Auf eine Beweiserleichterung kann sich die Klägerin in diesem Zusammenhang nicht berufen. Zwar kann der Nachweis der Ver-

letzung der Bauaufsichtspflicht eines Architekten durch einen Anscheinsbeweis erleichtert sein (BGH, Urteil vom 16.05.2002 – VII ZR 81/00, juris Rn. 11). Denn liegen Mängel des Bauwerks vor, die typischerweise entdeckt werden mussten, so spricht der Anscheinsbeweis für eine Bauaufsichtspflichtverletzung des Architekten (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25.03.2020 – 12 U 162/19, juris Rn. 80; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2012 – 23 U 156/11, juris Rn. 100). Die Grundsätze des Anscheinsbeweises können jedoch auf den Mangel (5) nicht angewendet werden, da der Mangel (5) nicht typischerweise hätte entdeckt werden können. Nach den Feststellungen des Sachverständigen B ist es für einen Architekten auch bei einem Träger mit einer Länge von acht Metern nicht erkennbar, dass insoweit eine Rissplanung zu realisieren ist. Ist aber für den Architekten schon die Erforderlichkeit der Rissplanung nicht erkennbar, dann ist die Bauüberwachung, die diesen Fehler nicht erkennt, ebenso wenig eine fehlerhafte Tätigkeit des Architekten. Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass der Tragwerksplanung die Berechnung nach DIN 1045-01 gefehlt hat. Denn das Fehlen der Berechnung nach DIN 1045-01 hat sich hier nicht schadenskausal ausgewirkt. In der ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen B vom 11.10.2012 hat dieser unter Zugrundelegung der Feststellungen der hinzugezogenen weiteren Sachverständigen ausgeführt, dass der Nachweis nach DIN 1045-01 zwar nicht geführt wurde, die damit zusammenhängenden Bewertungen aber tatsächlich erfüllt sind. Die Verformung des Balkens stellt damit keinen dem Beklagten zu 1 vorwerfbaren Mangel dar. Diese Feststellung hat der Sachverständige B in seinem Gutachten vom 29.01.2015 – abermals unter Zugrundelegung der Ausführungen der weiteren zugezogenen Sachverständigen – scheinbar relativiert, in dem er ausführt, dass ein exakter und kein einfacher Nachweis nach der DIN 1045-01 erforderlich gewesen ist. Er hat aber auch und wiederholt ausgeführt, dass die Anforderungen an den Nachweis nach der DIN 1045-01 in der Sache erfüllt waren. Ein Widerspruch der gutachterlichen Feststellungen vermag der Senat daher nicht zu erkennen. Seine Feststellungen hat der Sachverständige B in seiner Anhörung vom 07.09.2015 nochmals bestätigt und in seiner Anhörung vom 14.02.2017 abermals deutlich gemacht, dass ausschließlich der Tragwerksplaner den Mangel zu vertreten hat und die Versäumnisse der Tragwerksplanung von dem Architekten nicht zu erkennen gewesen sind. Es ist daher nicht haftungsbegründend, dass nach den Feststellungen Sachverständigen B in seinem Gutachten vom 05.03.2018 das Wissen um die Erforderlichkeit des Nachweises nach DIN 1405-01 beim Architekten und Bauunternehmer vorhanden sein muss. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die statische Planung und die Erstellung der Standsicherheitsnachweise allein dem Streithelfer Prof. Dipl.-Ing. ... aufgrund seiner Beauftragung durch die Klägerin als Fachplaner oblegen hat und die Beklagten in dessen Arbeiten nicht eingebunden waren. Dies folgt aus der Aussage des Streithelfers vor dem Senat. Darüber hinaus hat der Streithelfer ausgesagt, dass etwaige Fehler seiner Fachplanung durch den Beklagten zu 1 als Architekt nicht hätten erkannt werden können, weil dem Beklagten zu 1 insoweit die notwendige Sach- und Fachkenntnis fehlt, die ihm während der Ausbildung nicht vermittelt wurde. Damit deckt sich die Aussage des insoweit wegen seiner früheren Tätigkeit als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger als sachverständiger Zeugen anzusehenden Streithelfers Prof. Dipl.-Ing. ... mit den Feststellungen des Sachverständigen B. Daher scheidet eine Haftung des Beklagten zu 1 aus.

- 59 bb. Zudem muss sich die Klägerin entgegen der Meinung des Landgerichts die fehlerhafte Fachplanung des von der Klägerin beauftragten Streithelfers als Mitverschulden gemäß §§ 254, 278 BGB anrechnen lassen. Eine Zurechnung von Fehlern eines Fachplaners auf den Auftraggeber kommt in Betracht, wenn der Beklagte zu 1 die Statik benötigt hat,

um seine eigene Planungsleistung zu erbringen (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2016 - VII ZR 193/14, juris Rn. 14 ff.). So verhält es sich hier. Nach der Aussage des Streithelfers Prof. Dipl.-Ing. ... vom 20.01.2022 war er „auf Zuruf“, mithin mündlich durch die Klägerin zur Erstellung der Statik und Standsicherheitsnachweise beauftragt. Seine für die Klägerin erbrachten Leistungen hat der Streithelfer an den Beklagten zu 1 weitergeleitet. Von dieser Weiterreichung an den Beklagten zu 1 hatte die Klägerin als Auftraggeberin nach Aussage des Streithelfers Kenntnis. Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage und/oder Glaubwürdigkeit des Zeugen bestehen nicht; etwaige entgegenstehenden Gründe sind auch von den Parteien nicht vorgebracht worden. Damit hat die Klägerin dem Beklagten zu 1 eine „eigene“ Fachplanung zukommen lassen, die zwingende Grundlage für die Arbeiten des Beklagten zu 1 war. Da nach den obigen Ausführungen die Fehler in der Fachplanung des Streithelfers für den Beklagten zu 1 nicht erkennbar waren, führt die Fehlerhaftigkeit der Fachplanung hier zur vollen Mithaftung der Klägerin, so dass eine Haftung des Beklagten zu 1 für den Mangel (5) ausscheidet.

- 60 b. Haftung des Beklagten zu 1 für den Mangel (6)
- 61 Fehlerhaft ist zwar die Annahme des Landgerichts, im Ergebnis der Beweisaufnahme haftete der Beklagte zu 1 nicht für den Mangel (6), da es sich nach den Feststellungen des Sachverständigen B um handwerkliche Selbstverständlichkeiten handelt, und den Architekten in einem solchen Fall keine Überwachungspflicht trifft. Denn in dieser Allgemeinheit ist die Annahme unzutreffend. Selbst bei einfachen, gängigen Tätigkeiten, die für die Funktionalität der Gesamtleistung nicht wichtig sind, sind jedenfalls stichprobenartige Kontrollen erforderlich (vgl. etwa: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24.10.2019 - 12 U 47/19, juris Rn. 39; KG Berlin, Urteil vom 16.12.2015 - 21 U 81/14, juris Rn. 34; OLG Koblenz, Urteil vom 20.12.2012 - 1 U 926/11, juris Rn. 55; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2012 - 23 U 156/11, juris Rn. 85). Gegen diese bei handwerklichen Selbstverständlichkeiten herabgesetzte Kontrolldichte bei der Überwachungspflicht hat der Beklagte zu 1 verstoßen, denn aus seiner Auffassung, die betroffenen Arbeiten unterlägen überhaupt keiner Überwachungspflicht, folgt zugleich, dass der Beklagte zu 1 tatsächlich überhaupt keine Überwachung durchgeführt hat. Tatsächlich hat der Beklagte zu 1 zu seinen konkreten Tätigkeiten im Rahmen der Bauüberwachung auch nichts vorgetragen. Es kann für den Senat zudem keinen Zweifel daran geben, dass bei Erfüllung der Überwachungspflicht für den Beklagten zu 1 erkennbar gewesen wäre, dass der Haftungsverbund nicht aufgebracht war. Dies umso mehr, als der Sachverständige B in seiner Anhörung vom 14.02.2017 auch erklärt hat, dass dem Architekten im Zuge der Putzarbeiten hätte auffallen müssen, dass die Dämmung im Bereich der Stürze mit einem normalen Dämmstoff ohne einen Putzträger ausgebildet worden ist. Dies hätte der Architekt aufgrund der ihm obliegenden Bauüberwachung feststellen können und müssen. Die Risse in den Wohnungen B und M hat der Sachverständige B in seinem Gutachten vom 01.09.2014 in vier Risstypen unterteilt. Für den Risstyp 1 ist eine mangelhafte statische Ausbildung ursächlich und nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem Gutachten vom 05.03.2018 liegt die Hauptverantwortung insoweit beim Statiker und beim Planer; bei dem Risstyp 2 handelt es sich um einen Ausführungsmangel; der Risstyp 3 ist auf eine mangelhafte Putzausführung zurückzuführen; die Ursache für den Risstyp 4 konnte der Sachverständige nicht feststellen. Dennoch scheidet die Zuerkennung eines Anspruchs - soweit eine Verantwortlichkeit der Beklagten aufgrund vorstehender Ausführungen dem Grunde nach gegeben wäre - aus, weil die Klägerin die Höhe des geltend gemachten Anspruchs nicht substantiiert dargelegt hat. Denn die Klägerin hat die von ihr geltend gemachten tatsächlichen Mängelbeseitigungs-

kosten in Bezug auf den Mangel (6) nicht präzisiert. Die Klägerin stützt den Aufwand auf den Pauschalpreisvertrag mit der Firma N über 50.000,00 EUR, die damit ihr Angebot vom 14.04.2016 über den Abschluss eines Einheitspreisvertrages in Höhe von 53.709,66 EUR pauschaliert hat und der sich sowohl auf die Beseitigung des Mangels (5) als auch des Mangels (6) bezieht. Eine Inanspruchnahme der Beklagten für den Mangel (5) scheidet jedoch – wie ausgeführt – aus. Weder aus dem Vortrag der Klägerin – auch nicht auf den Hinweis des Senats vom 11.03.2021 – noch aus den Feststellungen des Sachverständigen B, der sich allein mit der Überprüfung der Einheitspreise befasst hat, ist die notwendige Abgrenzung der Arbeiten in Bezug auf beide Mängel (5) und (6) ersichtlich oder möglich. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen B. in seinem Gutachten vom 15.04.2020 ein Abzug für Neu für Alt in Höhe von 20 % auf den Putz ohne Anstrich und in Höhe von 50 % auf den Anstrich vorzunehmen ist. Aufgrund der fehlenden Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen ist dem Senat auch eine Schätzung nach § 287 ZPO nicht möglich.

62 c. Haftung der Beklagten zu 2 wegen der Mängel (5) und (6)

63 Die Beklagte zu 2 haftet nicht für die Mängel (5) und (6). Auch das bauausführende Unternehmen kann sich auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen, wenn die mangelhafte Bauausführung auf von dem Auftraggeber überlassene fehlerhafte Pläne zurückgeht, wie es hier der Fall ist (BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 328/03, juris Rn. 33). Der Sachverständige B hat nicht festgestellt, dass die Beklagte zu 2 Mängel in der Fachplanung hätte erkennen können. Hierfür ist auch nichts ersichtlich. Da sich die Beklagte zu 2 auf das Mitverschulden berufen hat, scheidet daher auch ihre Inanspruchnahme für den Mangel (5) aus. Einer Haftung für den Mangel (6) steht – wie beim Beklagten zu 1 – die nicht schlüssige Darlegung der Schadenshöhe entgegen.

64 d. Gebrauchsvorteile

65 Die Gebrauchsvorteile sind vom Landgericht zu Recht in Abzug gebracht worden. Zutreffend ist zunächst, dass es Gegenstand des werkvertraglichen Gewährleistungsanspruches ist, dass der Auftragnehmer die Werkleistung mangelfrei zu erbringen hat. Der Vorteilsausgleichung sind daher regelmäßig nur diejenigen Vorteile zugänglich, die der Auftraggeber allein durch die Gewährleistung außerhalb ohnehin bestehender vertraglicher Verpflichtungen des Auftragnehmers erlangt (OLG Oldenburg, Urteil vom 17.01.2017 – 2 U 68/16, juris Rn. 67 mwN). Eine Anrechnung des durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entstehenden Vorteils hat deswegen nur dann zu erfolgen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (OLG Oldenburg, Urteil vom 17.01.2017 – 2 U 68/16, juris Rn. 67 mwN). Dies ist hier nach dem von der Berufung der Klägerin nicht angegriffenen, vom Landgericht angenommenen Zeitraum zwischen Abnahme und Mängelrüge der Fall. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

66 e. Verjährung des Anspruchs gegenüber der Beklagten zu 2

67 Begründet ist die Berufung der Klägerin mit Blick auf die von dem Landgericht gegenüber der Beklagten zu 2 – fehlerhaft – angenommene Verjährung. Dabei kann dahinstehen, ob dem Landgericht folgend von einem Rangverhältnis bei den in § 1 (5) des Vertrages aufgeführten Regelungen auszugehen ist. Denn unabhängig davon, ob ein Rangverhältnis vereinbart wurde oder jedenfalls die in Nummern 1 bis 4 aufgeführten Rege-

lungen nebeneinander stehen, ergibt eine gemäß §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung des § 1 (5) eine vereinbarte Verjährungsfrist von fünf Jahren und einem Monat. Durch die Einbeziehung des Verhandlungsprotokolls vom 10.05.2005 gemäß § 1 (5) Nr. 3 wurde die dortige Vereinbarung der Verjährungsfrist Gegenstand der vertraglichen Regelungen (zur Wertung eines Verhandlungsprotokolls als Individualvereinbarung s.a. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.05.2011 - 22 U 186/10, Rn. 44). Der Wortlaut der Ziffer 10 des Verhandlungsprotokolls, in der es heißt „Die Gewährleistung richtet sich nach VOB/B. Die Gewährleistungsfrist beträgt 5 Jahre und einen Monat.“, führt nicht zur Unwirksamkeit dieser Regelung nach § 305c Abs. 2 BGB. Denn - unterstellt, es handelt sich um insgesamt um Allgemeine Geschäftsbedingungen - sind weder die Einzelregelungen in dem Verhandlungsprotokoll und in dem Bauvertrag noch die Regelungen in einer Gesamtbetrachtung unklar iSd § 305c Abs. 2 BGB. Insbesondere fehlt es an einem Widerspruch, der sich nicht aus der jeweils pauschalen Bezugnahme auf die VOB/B ergibt. Denn unabhängig von einem Nebeneinander der Regelungen oder einem Rangverhältnis ist unzweifelhaft allein die Verjährungsfrist verlängert worden. Dass die Verlängerung der Verjährungsfrist auf fünf Jahre und einem Monat auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgt, ist unbedenklich (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 04.01.2021 - 17 U 165/19, juris Rn. 47, zu einer Verlängerung auf fünf Jahre und sechs Monate). Kommt damit eine Verjährungsfrist von fünf Jahren und einem Monat nach Abnahme zur Anwendung, ist Verjährung nicht eingetreten, und zwar für sämtliche geltend gemachten Mängel, weil das selbständige Beweisverfahren vor dem Landgericht Erfurt zum Az. 9 OH 67/10 alle Mängelursachen der Risse erfasst hat. Denn zur Anwendung kommt und abzustellen ist auf die sog. Symptomtheorie. Nach dieser kommt es für die Frage, welcher Mangel von einer Mängelrüge oder der verjährungshemmenden Wirkung der Antragstellung eines selbstständigen Beweisverfahrens umfasst ist, auf die Beschreibung der Mängelerscheinung (Mangelsymptom) an und nicht auf die angenommene Mangelursache. Macht der Werkbesteller in seiner Antragsschrift zur Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens eine bestimmte Mängelerscheinung, also ein Mangelsymptom bzw. einen Mangelschaden geltend, so sind von der durch die Antragstellung ausgelösten Hemmungswirkung sämtliche tatsächlichen Ursachen für vorgebrachten Mängelerscheinungen oder Mangelschäden umfasst, gleichgültig, ob sich in dem selbstständige Beweisverfahren oder nachträglich herausstellt, dass die von dem Antragsteller in der Antragsschrift vorgebrachten Ursachen und Gründe für die Mängelerscheinungen nicht zutreffend sind (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2019 - 21 U 42/17, juris Rn. 50; OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2017 - 3 U 65/16, juris Rn. 32). So verhält es sich hier.

68 2. Berufung des Beklagten zu 1:

69 a. Zinsanspruch

70 Die Angriffe des Beklagten zu 1 gegen den ausgeurteilten Zinsanspruch sind begründet. Schadensersatzansprüche sind keine Entgeltforderungen im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB (vgl. BFH, Urteil vom 19. März 2014 - X K 8/13, juris Rn. 43). Eine Verzinsung kommt daher nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz in Betracht.

71 b. Vorschussanspruch wegen der Beseitigung der Mängel (2) und (3)

72 Der Vorschussanspruch für die Beseitigung der Mängel (2) und (3) ist in Höhe von insgesamt 900,00 EUR begründet.

- 73 aa. Mangel (2)
- 74 Die Kosten für die Beseitigung des Mangels (2), nämlich die Schräg- und Vertikalrisse an der Westwand (Stahlbetonwand) der Tiefgarage (UG), sind von den Beklagten als Gesamtschuldner zu tragen (vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2007 – VII ZR 5/06, juris Rn. 23 zur gesamtschuldnerischen Haftung des Bauunternehmers und bauaufsichtsführenden Architekten). Der Sachverständige B hat in seinem Gutachten vom 10.06.2012 festgestellt, dass die Position 1.7 des Leistungsverzeichnisses keine Vorgaben zur Ausbildung von Fugen enthält. In der Statik sind ebenfalls keine Angaben zur Fugenausbildung enthalten. Eine Fugenausbildung war hier zwischen dem Statiker und dem Planer abzustimmen. Dies hat der Sachverständige in seiner Anhörung vom 14.02.2017 nochmals vertiefend bestätigt. In dem ergänzenden Gutachten vom 11.10.2012 hat der Sachverständige ausgeführt, dass der Baubetrieb auf die Notwendigkeit von Fugen zur Vermeidung von Rissen hätte hinweisen können und damit müssen.
- 75 bb. Mangel (3)
- 76 Die Kosten für die Beseitigung des Mangels (3), nämlich die Schräg- und Vertikalrisse an der Ostwand (Stahlbetonwand) der Tiefgarage (UG), sind auch hier wie beim Mangel (2) von den Beklagten als Gesamtschuldner zu tragen. Der Sachverständige B hat in seinem Gutachten vom 10.06.2012 festgestellt, dass Fugen auch hier nicht vorhanden sind. Planungsunterlagen, aus denen sich die Lage erforderlicher Fugen ergibt, liegen nicht vor. Eine Fugenausbildung war hier zwischen dem Statiker und dem Planer abzustimmen. Dies hat der Sachverständige in seiner Anhörung vom 14.02.2017 nochmals vertiefend bestätigt. In dem ergänzenden Gutachten vom 11.10.2012 hat der Sachverständige ausgeführt, dass der Baubetrieb auf die Notwendigkeit von Fugen zur Vermeidung von Rissen hätte hinweisen können und damit müssen.
- 77 cc. Kosten
- 78 Die Nachbesserungskosten beim Mangel (2) hat der Sachverständige auf 500,00 EUR netto, die Nachbesserungskosten beim Mangel (3) hat der Sachverständige auf 1.300,00 EUR netto geschätzt und so einen Kostenvorschuss in Höhe von insgesamt 1.800,00 EUR netto ermittelt. Auf die Seiten 24 und 25 der angefochtenen Entscheidung wird wegen der zutreffenden Ausführungen zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.
- 79 dd. Mitverschulden
- 80 Die Klägerin muss sich aber auch hier gemäß §§ 254, 278 BGB ein Mitverschulden anrechnen lassen, da nach den Feststellungen des Sachverständigen B ein Fugenplan gefehlt hat. Bei einem Fugenplan handelt es sich um eine Teil der von der Klägerin bei Streithelfer Prof. Dipl.-Ing. ... in Auftrag gegebenen und erstellen Fachplanung. Diese Mithaftung der Klägerin bemisst der Senat aber nicht - wie bei dem Mangel (5) - mit 100 %, sondern mit 50 %. Denn vorliegend lag der Fehler zwar ursächlich auch bei der von der Klägerin in Auftrag gegebenen Fachplanung; aber die Beklagten konnten nach den Feststellungen des Sachverständigen B das Fehlen des Fugenplanes in beiden Fällen erkennen. Die Haftung der Beklagten ist nicht ausgeschlossen, weil in der Bauberatung vom 15.06.2005 Abweichendes zum Inhalt des Bauvertrages vereinbart worden wäre. Mit dem Inhalt des entsprechenden Bauprotokolls hat sich das Landgericht eingehend und zutreffend auseinandergesetzt. Auf S. 13 der angefochtenen Entscheidung wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Zudem entfällt eine Haftung der Be-

klagten nicht deshalb, weil wegen der Betreuung der Klägerin durch eine Vielzahl von Fachplanern keine Hinweispflicht bestanden hätte. Dies wäre nur dann zutreffend, wenn die Beklagten davon hätten ausgehen können, dass der Klägerin die Mängel der Fachplanung selbst bekannt gewesen wären und die Klägerin selbst auf Hinweis der Fehlerhaftigkeit an der mangelhaften Fachplanung festgehalten hätte. Dies behaupten die Beklagten aber nicht. Eine andere Wertung folgt auch nicht aus den Eintragungen im Baubericht der Klägerin zum Einbau der Bleche.

- 81 c. Feststellungsantrag (weitere Kosten nach Kostenvorschuss)
- 82 aa. Der Feststellungsantrag hinsichtlich des weitergehenden Vorschussanspruches bei den Mängeln (2) und (3) ist zulässig. Selbst wenn der Feststellungsantrag bisher zu unbestimmt gefasst war, konnte dies durch den Senat - wie erfolgt - im Tenor geheilt und präzisiert werden. Soweit der Beklagte zu 1 meint, der Klägerin fehle das Feststellungsinteresse, weil sie die Beseitigung der Mängel (2) und (3) nicht ernsthaft beabsichtige, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn die Klägerin hat im Verlaufe des Rechtsstreits behauptete Mängel tatsächlich beseitigt. Dass dies bei den Mängeln (2) und (3) nicht der Fall sein soll, erschließt sich daher nicht.
- 83 bb. Der Feststellungsantrag ist - den Feststellungen des Sachverständigen B zu den Mängel (2) und (3) folgend - auch begründet. Zwar ist der Feststellungsantrag neben dem Antrag auf Zahlung eines Kostenvorschusses entbehrlich, er kann jedoch klarstellend ausgesprochen werden (BGH, Urteil vom 10.11.1988 - VII ZR 140/87, juris Rn. 16). Dennoch konnte der Senat die Feststellung in Bezug auf die Beklagte zu 2 ohne ausdrücklichen Antrag der Klägerin im Berufungsverfahren nicht ohne Verstoß gegen § 308 ZPO aussprechen.
- 84 d. Mangel (1)
- 85 Die Beklagten haften der Klägerin als Gesamtschuldner auf Schadenersatz in Höhe von 8.158,96 EUR wegen des Mangels (1). Der Sachverständige B. hat in seinem Gutachten vom 10.06.2012 festgestellt, dass die Risse an der Oberseite des Bodenplatte UG im Wesentlichen auf Schwindprozesse zurückzuführen sind. Die gesamte Konstruktion ist mit Ausnahme der Arbeitsfuge entgegen der Ausschreibung fugenlos hergestellt worden. Ein Fugenplan liegt nicht vor. Die in der Ausschreibung aufgeführten Scheinfugen konnten nicht festgestellt werden. Im Bautagebuch wurde eine Leistung „Einschneiden der Scheinfugen“ nicht beschrieben. Verantwortlich für die Rissbildung ist das ausführende Unternehmen, da diese Leistung in Position 1.10 der Ausschreibung vorgesehen war. In seiner Anhörung vom 14.02.2017 hat der Sachverständige B ausgeführt, dass der Beklagte zu 1 den fehlenden Fugenplan hätte erkennen müssen. Selbst wenn es so gewesen wäre, dass der Tragwerksplaner dem Beklagten zu 1 erklärt haben sollte, dass es eines Fugenplanes nicht bedarf, hätten für den Beklagten zu 1 Fragen auftreten müssen. Denn nach der Ausschreibung war vorgesehen, dass Fugen auszubilden sind, mithin auch ein Fugenplan erforderlich ist. Die Klägerin muss sich aber auch hier gemäß §§ 254, 278 BGB ein Mitverschulden anrechnen lassen. Bei einem Fugenplan handelt es sich um eine Teil der von der Klägerin bei dem Streithelfer Prof. Dipl.-Ing. ... in Auftrag gegebenen und erstellen Fachplanung, vgl. auch die Feststellungen der von dem Sachverständigen B hinzugezogenen Sachverständigen S. vom 02.05.2012. Diese Mithaftung der Klägerin bemisst der Senat aber nicht - wie bei dem Mangel (5) - mit 100 %, sondern mit 50 %. Denn vorliegend lag der Fehler zwar ursächlich auch bei der von der Klägerin in Auftrag gegeben Fachplanung; aber die Beklagten konnten nach den Feststellungen des

Sachverständigen B das Fehlen des Fugenplanes in beiden Fällen erkennen. Zudem lag eine fehlerhafte Ausführung der Beklagten zu 2 vor, die von dem Beklagten zu 1 im Rahmen der Bauüberwachung hätte erkannt werden können. Die Höhe der nach der Mängelbeseitigung erstattungsfähigen Kosten hat das Landgericht zutreffend ermittelt, so dass der Senat auf S. 18 ff. der angefochtenen Entscheidung zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt. Wählt der Auftraggeber - wie hier - einen Drittunternehmer auf dem freien Markt aus, spricht aus der Erfahrung der täglichen Baupraxis der erste Anschein dafür, dass die von dem Drittunternehmen abgerechneten Kosten erforderlich waren (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 08.11.2016 - 21 U 161/13, juris Rn. 182; OLG Dresden, Urteil vom 29.11.1999 - 17 U 1606/99, juris Rn. 27). Der Auftragnehmer ist für das Gegenteil, nämlich eine Beauftragung zu „übersetzten“ Preisen, mithin eine eindeutige und unzweifelhafte Überschreitung der Grenze der Erforderlichkeit, darlegungs- und beweispflichtig (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 08.11.2016 - 21 U 161/13, juris Rn. 182, 183; OLG Dresden, Urteil vom 29.11.1999 - 17 U 1606/99, juris Rn. 28). Einen solchen unangemessen hohen Kostenaufwand haben die Beklagten nicht behauptet. Zudem hat der Sachverständige B die von der Klägerin vorgelegten Rechnungen geprüft. Mithin haben die Beklagten als Gesamtschuldner 50 % von 16.317,92 EUR zu tragen, was einem Betrag in Höhe von 8.158,96 EUR entspricht.

86 e. Mangel (4)

87 Keine Haftung der Beklagten besteht wegen des Mangels (4), nämlich der Risse im Bereich der Decke über dem Untergeschoss. Denn der Sachverständige B. hat in seinem Gutachten vom 10.06.2012 festgestellt, dass unter Bezugnahme auf die Feststellungen der beigezogenen weiteren Sachverständigen die Risse auf die Überschreitung der aufnehmbaren Zugspannungen zurückzuführen sind. Es wurde nicht nach den Vorgaben des DAfStB Heft 525 (Erläuterungen zu DIN 1045-1) gearbeitet. Alleinverantwortlich ist der Fachplaner. In dem ergänzenden Gutachten vom 11.10.2012 hat der Sachverständige B zudem ausgeführt, dass auch der Bauunternehmer nicht über das notwendige Fachwissen verfügen muss. Die Beklagte zu 2 traf somit keine Hinweispflicht. Die Klägerin muss sich daher auch hier wegen der von ihr in Auftrag gegebenen Fachplanung ein Mitverschulden in Höhe von 100 % anrechnen lassen (vgl. Ausführungen zu Mangel (6)).

88 3. Insgesamt stehen der Klägerin daher gegen die Beklagten die tenorierten Ansprüche zu; im Übrigen waren die wechselseitigen Rechtsmittel der Klägerin und des Beklagten zu 1 zurückzuweisen.

89 4. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 97, 101 Abs. 1, 100 Abs. 4, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

90 5. Die Revision war mangels Zulassungsgründen im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.