

OLG München

Beschluss

vom 03.08.2017

28 U 3844/16 Bau

BGB § 314 Abs. 1 Satz 2, §§ 633, 637

1. Die Leistung des Auftragnehmers ist mangelhaft, wenn die Ist- von der Soll-Beschaffenheit abweicht.

2. Gibt es ein im Leistungsverzeichnis genanntes Produkt (hier: 1,5 mm dicke Abdichtungsfolie) auf dem Markt nicht, darf der Auftragnehmer nicht einfach auf ein anderes Produkt (mit geringerer Dicke) ausweichen, sondern er muss sich mit dem Auftraggeber zuerst ins Benehmen setzen und auf eine Vertragsanpassung hinwirken.

3. Unterlässt der Auftragnehmer dies, bleibt es bei der vereinbarten Sollbeschaffenheit und bei der Bejahung eines Mangels, wenn eine andere Folie eingebaut wird.

OLG München, Beschluss vom 03.08.2017 - 28 U 3844/16 Bau

vorhergehend:

OLG München, 27.04.2017 - 28 U 3844/16 Bau

LG München I, 17.08.2016 - 11 O 12076/14

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 07.03.2018 - VII ZR 121/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

...

erlässt das Oberlandesgericht München -28. Zivilsenat -durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... am 03.08.2017 folgenden

Beschluss:

1. Die Berufungen der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 17.08.2016, Az. 11 O 12076/14, werden zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten zu 1) bis 3) 55 % und die Beklagte zu 4) 45 %. Die Streithelfer tragen ihre Kosten im Berufungsverfahren selbst.

3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Soweit das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I noch nicht rechtskräftig ist, können die Beklagten die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 287.045,17 EUR festgesetzt. Abweichend

hiervon wird der Streitwert für die Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG auf 30.846,50 EUR und für den Streithelfer G. auf 127.848,80 EUR festgesetzt. -

Gründe:

I.

Gegenstand des Verfahrens sind zunächst Schadensersatz-, Freistellungsansprüche sowie Feststellungsanträge der Klägerin im Zusammenhang mit dem Gebäude Kindertagesstätte M.-Str. 69 in M. Der Rechtsstreit gliedert sich in insgesamt drei Komplexe, den sog. "Wasserschaden 1", den sog. "Wasserschaden 2" und den sog. "Sockelschaden". Wegen der drei Komplexe geht die Klägerin gegen die Beklagten zu 1) bis 3) vor, die als Architekten mit der Planung und Bauüberwachung beauftragt waren. Wegen des Komplexes "Wasserschaden 2" geht die Klägerin überdies gegen die Beklagte zu 4) vor, die mit der Bauausführung während des Eintritts dieses Schadens beauftragt war.

Die Beklagte zu 4) begehrt zudem widerklagend gegen die Klägerin die Zahlung von Werklohn für bis zur Vertragskündigung erbrachte Leistungen.

Am Rechtsstreit beteiligt ist als Streithelferin der Beklagten zu 1) bis 3) ferner die Fa. IHR T. GmbH und Co. KG, die bei der ursprünglichen Bauausführung mit Zimmererarbeiten beauftragt war, die im Komplex "Sockelschaden" von Relevanz sind. Weiterer Streithelfer der Beklagten zu 1) bis 3) ist Herr G., der als Subunternehmer der Beklagten zu 1) bis 3) mit Bauüberwachungsdiensten beauftragt war (Relevanz für die Komplexe Wasserschaden 1 und 2). Das Landgericht hat in Bezug auf alle drei Komplexe schuldhaftige Vertragspflichtverletzungen der Beklagten bejaht und daher Schadensersatzansprüche der Klägerin dem Grunde nach bejaht. Der gesamtschuldnerisch von den Beklagten zu 1) bis 3) zu tragende Betrag laut Urteil beläuft sich auf 236.586,73 EUR (beantragt waren zuletzt 536.516,26 EUR), der von der Beklagten zu 4) gesamtschuldnerisch neben den Beklagten zu 1) bis 3) zu zahlende Betrag beläuft sich auf 128.349,87 EUR (beantragt waren insofern 313.435,08 EUR). Auf die Widerklage hin wurde die Klägerin dazu verurteilt, an die Beklagte zu 4) 19.402,03 EUR zu zahlen (beantragt waren 20.715,02 EUR).

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes, der Antragstellung erster Instanz sowie zur Begründung der Entscheidung erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts München I vom 17.08.2016 Bezug genommen.

Gegen das Urteil haben die Beklagten 1) bis 3), die Beklagte zu 4), die Streithelferin Fa. IHR T. GmbH und Co. KG und der Streithelfer G. jeweils Berufung eingelegt. Wegen der Berufungsrügen wird auf die Darstellung unter Ziffer II. des Senatshinweises vom 27.04.2017 Bezug genommen.

Im Berufungsverfahren erklären die Beklagten zu 1) bis 3),

sie schließen sich den Anträgen des Streithelfers G. und der Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG an, soweit der Antrag über denjenigen hinausgeht, der von dem Streithelfer G. gestellt wurde.

Die Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG beantragt:

unter Abänderung des am 17.08.2016 verkündeten Urteil des Landgerichts München I, Az. 11 O 12076/14

1. die Beklagten zu 1) bis 3) unter I. des Urteilstenors gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an die Klägerin 211.780,23 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 07.07.2014 zu zahlen und die Klage im Übrigen abzuweisen;

2. unter IV. des Urteilstenors festzustellen, dass die Beklagten zu 1) bis 3) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weitere Schäden aus der Beseitigung der folgenden Mängel im Fassaden-/ Sockelbereich des Bauvorhabens Kita M.-Straße 69, ... M. zu ersetzen, soweit sie eine Teilsumme von 23.158,50 EUR aus dem Betrag gemäß Ziffer I. des Urteilstenors überschreiten: EPDM-Anschlussbahn im Fensterleibungs- und -anschlussbereich: Die verwendete EPDM-Folie entspricht i.V.m. der Materialstärke von 0,6 bis 0,7 mm nicht den Vorgaben der DIN 18195-4 für die Außenwandabdichtung am Gebäudesockel;

EPDM-Anschlussbahn: Die Ausführung der EPDM-Anschlussbahn des Fensterbaus im Sockelbereich ist mangelhaft: Es fehlt ein Anschluss auf die Folienabdichtung des Sockels, die der Fassadenbauer erstellt hat;

EPDM-Anschlussbahn: Die Ausführung einer wirksamen EPDM-Anschlussbahn des Fensterbaus fehlt unter dem Fensterblech. Zwischen Fassadenbekleidungsplatten zu Fensterrahmen sind Fugen bis 5 mm Breite vorhanden. Feuchtigkeit kann somit i.V.m. Wind eingetrieben werden. Unterhalb der Fensterblechkonstruktion ist keine wirksame Entwässerungsebene nach außen gegeben. Feuchtigkeit kann unkontrolliert hinterwandern.

Im Übrigen wird die Klage unter IV. des Urteilstenors abgewiesen.

Der Streithelfer G. beantragt:

Das angefochtene Endurteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts München I (Az. 11 O 12076/14) wird hinsichtlich Tenor Ziffer I. teilweise abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagten zu 1) bis 3) gesamtschuldnerisch verurteilt worden sind, mehr als EUR 108.737,93 nebst Zinsen hierauf zu bezahlen.

Die Beklagte zu 4) beantragt:

Das angefochtene Endurteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts München I, Az. 11 O 12076/14, vom 17.08.2016 wird hinsichtlich des Tenors II. und III. aufgehoben und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte zu 4) gesamtschuldnerisch neben den Beklagten zu 1) bis 3) verurteilt worden ist, an die Klägerin 128.349,87 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 18.08.2013 und weitere 2.743,43 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 07.07.2014 zu bezahlen.

Die Klägerin beantragt:

Die Berufungen der Berufungsklägerinnen zu 1) bis 4) sowie der Streithelfer der Beklagten zu 1) bis 3) gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 17.08.2016, Az. 11 O 12076/14,

werden zurückgewiesen.

Der Senat hat mit Verfügung vom 27.04.2017 darauf hingewiesen, dass und warum er beabsichtigt, alle Berufungen gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Hierzu gingen inhaltliche Stellungnahmen der Beklagten zu 4) vom 30.06.2017 und 13.07.2017, der Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG vom 22.05.2017 sowie 23.05.2017 und des Streithelfers G. vom 06.06.2017 ein.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten im Berufungsverfahren wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Berufungen gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 17.08.2016, Aktenzeichen 11 O 12076/14, sind gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats die Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufungen nicht geboten ist.

Zur Begründung der Zurückweisung der Berufung wird zunächst auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats vom 27.04.2017 Bezug genommen. Auch die Ausführungen in den Gegenerklärungen geben zu einer Änderung keinen Anlass. Hierzu ist Folgendes auszuführen:

A. Zunächst ist festzustellen, dass prozessrechtlich lediglich zwei Berufungen vorliegen, nämlich diejenige der Beklagten zu 1) bis 3) und diejenige der Beklagten zu 4). Die beiden Streithelfer haben zwar jeweils separat Berufung eingelegt, die Beklagten zu 1) bis 3) haben sich diesen allerdings vollumfänglich angeschlossen. Den Berufungen der Streithelfer kommt bei dieser Sachlage somit keine eigenständige Bedeutung zu, weil sie im vollen Umfang von der Berufung der Beklagten zu 1) bis 3) mit umfasst sind. Es handelt sich um ein einheitliches Rechtsmittel der Beklagten zu 1) bis 3) (vgl. Thomas-Putzo-Hüßtege, 38. Auflage, § 67 ZPO, Rz. 16). Daher war im Tenor des Beschlusses auch nur über die Berufungen der Beklagten (und nicht diejenigen der Streithelfer) zu entscheiden.

Unberührt bleibt hiervon, dass das Vorbringen der Streithelfer inhaltlich zu berücksichtigen war, da keine Widersprüche zu Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei vorliegen, § 67 ZPO.

B. Zu den einzelnen Gegenerklärungen ist Folgendes auszuführen:

1. Berufung der Beklagten zu 1) bis 3) a) Beklagte zu 1) bis 3) selbst Die Beklagten zu 1) bis 3) selbst haben zum Senatshinweis vom 27.04.2017 keine Gegenerklärung abgegeben.

a) Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG

aa) In Bezug auf die Mangelhaftigkeit der Abdichtungsfolie trägt die Streithelferin in den Schriftsätzen vom 22. und 23.05.2017 nunmehr vor, im Leistungsverzeichnis sei kein bestimmtes Produkt ausgeschrieben worden, sondern eine Sollbeschaffenheit, auf dem gesamten Markt gebe es für diesen Anwendungsfall allerdings kein Produkt mit der ausgeschriebenem

Stärke von 1,5 mm. Damit liege ein Planungsfehler der Klägerin vor, der sich auch auf die Frage der Unverhältnismäßigkeit eines Kompletttauschs der verwendeten Folie auswirke.

Dieser Sachvortrag ist für die Entscheidung ohne Relevanz, er ist zudem jedenfalls nicht mehr zu berücksichtigen.

aaa) Nach Auffassung des Senats ändert der Umstand der Nichtverfügbarkeit der ausgeschriebenen Folie auf dem Markt -seine Richtigkeit unterstellt -nichts am Ergebnis, dass keine Unverhältnismäßigkeit vorliegt.

Es verbleibt vielmehr dabei, dass die Klägerin mit der ausdrücklich angegebenen Dicke (1,5 mm) den Wunsch nach einer bestimmten Sollbeschaffenheit ausreichend dokumentiert hat. Stellt der Werkunternehmer nun fest, dass es auf dem Markt keine derartige Folie gibt, so darf er nicht einfach auf ein anderes Produkt (mit geringerer Dicke) ausweichen, sondern er muss sich mit dem Besteller zuerst ins Benehmen setzen und ggf. auf eine Vertragsanpassung hinwirken. Tut er das nicht, so bleibt es bei der Sollbeschaffenheit 1,5 mm und bei der Bejahung eines Werkmangels, wenn eine Folie mit nur 1,2 mm Dicke eingebaut wird.

Hier hat die Streithelferin ohne derartige Rücksprache eine Folie eingebaut, die nur eine Dicke von 1,2 mm aufweist. Bei dieser Sachlage bleibt es dabei, dass dies einen Werkmangel wegen Diskrepanz zwischen Ist- und Sollbeschaffenheit darstellt und die im Rahmen der Unverhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten der Klägerin ausfällt. Auch der zugrunde gelegte Verschuldensmaßstab "mittlere Fahrlässigkeit" ist nicht zu revidieren, weil auch die eigenmächtige Abweichung vom Leistungsverzeichnis ohne vorherige Rücksprache mit der Klägerin ein der Streithelferin bzw. den Beklagten zu 1) bis 3) anzulastendes Verschuldensmoment darstellt.

bbb) Der Sachvortrag, auf dem gesamten Markt gebe es keine Folie wie im Leistungsverzeichnis angegeben, stellt zudem eine Abkehr vom gesamten bisherigen Sachvortrag der Streithelferin dar und muss daher nach §§ 530, 520 i.V.m. 296 Abs. 1 sowie 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO unberücksichtigt bleiben.

Während der gesamten ersten Instanz hat sich die Streithelferin auf den Standpunkt gestellt, die verwendete Folie weiche zwar in der Dicke vom Leistungsverzeichnis ab, es liege allerdings kein Mangel vor, weil die verwendete Folie gleichwohl für den Zweck technisch geeignet sei und jedenfalls der Kompletttausch unverhältnismäßig wäre. Auch in der Berufungsbegründung vom 17.10.2016 wird die Abweichung vom Leistungsverzeichnis vorausgesetzt und lediglich auf die Unverhältnismäßigkeit abgestellt. Der Vortrag, die Erfüllung der Verpflichtung nach dem Leistungsverzeichnis wäre mangels auf dem Markt verfügbarer Folie gar nicht möglich gewesen, stellt somit ein neues Verteidigungsmittel dar, das weder erstinstanzlich noch innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorgebracht worden ist.

Eine taugliche Begründung, warum dieser Vortrag erst jetzt erfolgt, enthalten die Schriftsätze vom 22. und 23.05.2017 nicht. Die Frage, ob eine vertraglich vereinbarte Sollbeschaffenheit überhaupt erfüllbar ist, entfaltet unmittelbare Relevanz für die Frage der Mangelhaftigkeit, die erstinstanzlich zentral diskutiert wurde. Für den Senat ist kein Grund ersichtlich, warum der Sachvortrag nicht schon erstinstanzlich bzw. zumindest innerhalb der Berufungsbegründungsfrist hätte vorgebracht werden können. Soweit die Streithelferin sich offenbar darauf stützt, der im Senatshinweis vom 27.04.2017 enthaltene Erwägungsgrund zur Unverhältnismäßigkeit "auf Nummer sicher gehen" habe nunmehr erstmals Anlass zum Sachvortrag gegeben, kann dies keine andere Beurteilung rechtfertigen. Es war die Streithelferin selbst, die den Gesichtspunkt

der Unverhältnismäßigkeit erstinstanzlich ins Feld geführt hat, also hätte sie auch sämtliche hierzu relevanten Tatsachen vorbringen können.

Der neue Sachvortrag bleibt somit nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO unberücksichtigt, weil er gegenüber der ersten Instanz neu ist und kein Ausnahmetatbestand der Nrn. 1 bis 3 vorliegt. Er bleibt ferner auch nach §§ 530, 520, 296 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt, weil er ohne genügende Entschuldigung erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erfolgte und seine Berücksichtigung -Entscheidungsrelevanz unterstellt -auch zur Verzögerung des Rechtsstreits durch weitere Beweiserhebung (Sachverständigengutachten) führen würde.

bb) In Bezug auf die vom Landgericht angenommene Schadenshöhe trägt die Streithelferin ferner vor, die Herausrechnung bestimmter Schadenspositionen (in der Gegenerklärung werden Platten im Außenbereich sowie Z-Blech und Folienblech thematisiert) könne auch jetzt in der Berufungsinstanz noch gerügt werden, weil offensichtlich gewesen sei, dass diese Posten nicht zum Schaden gehören können.

Der Senat bleibt dabei, dass der entsprechende Vortrag aus der Berufungsbegründung nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen ist und zudem eine Bindung des Berufungsgerichts an die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vorliegt.

aaa) Die Bestimmung der Schadenshöhe nimmt ihren Ausgangspunkt mit dem entsprechenden Sachvortrag der darlegungsbelasteten Klagepartei, die sich dabei insbesondere auf die Schadensberechnung des Privatgutachters H. stützte und diese Berechnung als Anlage K 16 vorlegte. In der Anlage sind die einzelnen Positionen textlich bezeichnet und mit einem Betrag versehen. Mit diesem Vortrag hat die Klagepartei zum Ausdruck gebracht, dass sie bezüglich aller Positionen eine Kausalitätsbeziehung zum Haftungsgrund (nämlich der werkvertraglichen Mängelhaftung der Beklagten 1) bis 3)) sieht. Die Anlage K 16 wurde dann vom gerichtlich bestellten Sachverständigen P. sowohl im Hinblick auf die Einzelpositionen als auch die aufzuwendenden Beträge durchgegangen, wobei manche Positionen ganz gestrichen wurden und in großem Umfang Korrekturen nach unten bei den Geldbeträgen stattfanden (Bl. 618 ff. d.A.). Diese Liste wurde sodann in der mündlichen Verhandlung vom 5.7.2016 vom Sachverständigen erläutert. Das Landgericht schloss sich dann im Urteil dem Ergebnis des Sachverständigen P. an.

bbb) Zu keinem Zeitpunkt erster Instanz haben die Beklagten zu 1) bis 3) oder die Streithelferin konkret vorgetragen, dass eine Einzelposition der Anlage K 16 nicht im kausalen Zusammenhang mit dem Haftungsgrund steht. Der Senat bleibt dabei, dass es sich somit um neuen Sachvortrag in zweiter Instanz handelt. Der Senat bleibt auch dabei, dass kein Grund ersichtlich ist, wieso nicht bereits in erster Instanz konkret zu einzelnen Positionen und deren Kausalität hätte vorgetragen werden können. Die Anlage K 16 lag allen Prozessbeteiligten seit langem vor, sie wurde in der mündlichen Verhandlung auch eingehend erörtert. In der Gegenerklärung wird nur pauschal behauptet, der nunmehrige Vortrag zweiter Instanz müsse möglich sein, ohne jedoch darzulegen, aufgrund welcher Ausnahmegesetzvorschrift des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO dies der Fall sein soll. Das Unterlassen von Sachvortrag zu Schadenspositionen, die die Klägerseite erkennbar als kausale Posten ansieht, stellt aus Sicht des Senats jedenfalls eine Nachlässigkeit im Rahmen der ordnungsgemäßen Prozessführung dar.

ccc) Wie bereits im Senatshinweis vom 27.4.2017 dargelegt, ist das vom Landgericht zur Schadenshöhe gefundene Ergebnis zudem Resultat einer richterlichen Beweiswürdigung, die sich vor allem auf die Ausführungen des Sachverständigen P. stützt. Das Nachholen oder die Wiederholung von Feststellungen durch das Berufungsgericht ist nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO

an enge Voraussetzungen geknüpft, z.B. das Vorliegen eines Verstoßes gegen allgemeine Erfahrungssätze oder Denkgesetze. Ein derartiger Verstoß lässt sich aber aus der Gegenerklärung der Streithelferin nicht ableiten.

Zunächst ist festzustellen, dass der Sachverständige P. die Position "Platten" nicht in die Aufstellung aufgenommen hat (das war vielmehr der Privatgutachter H.), sondern sie nicht ausgestrichen hat, obwohl er an anderer Stelle durchaus Sowieso-Kosten abgezogen hat. Es verstößt jedenfalls nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze, wenn das Landgericht hieraus die Erforderlichkeit der Maßnahme im Wege richterlicher Überzeugungsbildung abgeleitet hat. Es war ja keineswegs so, dass der Sachverständige die Liste des Privatgutachters H. unkritisch "durchgewunken" hat. Seine Begutachtung führte zu deutlichen Reduzierungen, die auch eine erhebliche Teilklageabweisung zu Lasten der Klägerin zur Folge hatte. Dass der Sachverständige P. die Durchführung der Maßnahme "Platten" lediglich als "sinnvoll" angesehen hat, ohne jedoch eine Kausalitätsbeziehung zum Werkmangel zu sehen, stellt dabei eine reine Interpretation der Streithelferin dar. Die Behauptung, dies ergebe sich offensichtlich "aus dem Prozessstoff", ist für den Senat nicht nachvollziehbar.

Gleiches gilt auch im Ergebnis für den Posten "Z-Blech und Folienblech". Die Streithelferin nimmt offenbar auf die Sitzung vom 15.3.2016 Bezug, in der der Sachverständige P. darlegte, dass ein Z-Profil nicht zwingend erforderlich sei. Auf S. 4 des Protokolls der späteren Sitzung vom 5.7.2016 setzte der Sachverständige die Maßnahme "Z-Blech und Folienblech" allerdings gerade voraus, um die Streichung einer anderen Position zu begründen. Als Sowieso-Kosten hat er die Position -anders als bei mehreren anderen Positionen -gerade nicht qualifiziert. Zudem machte der Sachverständige deutlich, dass die jetzige Kostenschätzung gegenüber einer früheren genauer sei und auch teilweise auf anderen Erwägungen beruhe (S. 4 des Protokolls vom 5.7.2016). Die Überzeugungsbildung des Landgerichts dahingehend, sich dem aktuellsten Ergebnis der Begutachtung anzuschließen (das auch die Position Z-Blech enthält), leidet somit nicht an einem Verstoß gegen § 286 ZPO. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein geschädigter Besteller im Rahmen der Mangelbeseitigung diejenigen Maßnahmen ergreifen darf, die ein wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung für eine vertretbare, d.h. geeignete und Erfolg versprechende Maßnahme zur Herstellung erbringen konnte und musste (vgl. Palandt-Sprau, § 76. Auflage, § 637 BGB, Rz. 7 für den Aufwendungsersatzanspruch im Rahmen des § 637 BGB, entsprechendes gilt für den Schadensersatzanspruch, vgl. Palandt-Grüneberg, § 249 BGB, Rz. 12). Hier hat die durch Herrn H. sachverständig beratene Klägerin ein Z-Blech verbauen lassen. Dass es sich dabei um eine völlig unvertretbare oder ungeeignete Maßnahme handeln soll, lässt sich auch der Aussage des Sachverständigen Puth bei seiner Anhörung am 15.3.2016 nicht entnehmen.

b) Streithelfer G.

aa) Der Streithelfer legt zunächst dar, dass aus seiner Sicht die Voraussetzungen für eine Kündigung des bestehenden Objektüberwachungsvertrages mit der Beklagten zu 1) nicht vorlagen. Eigentliche Schadensursache sei das Versagen der Beklagten zu 4). Es seien durchaus Objektüberwachungsleistungen (Einweisung) erbracht worden. Es lägen allenfalls einfache Planungs- und Objektüberwachungsmängel vor.

Die vorgebrachten Argumente vermögen keine andere Beurteilung des Senats rechtfertigen.

aaa) Zunächst ist klarzustellen, dass der Senat der Auffassung ist, dass auch die Geschehnisse im Zusammenhang mit dem Wasserschaden 1 in die Abwägung nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB einzustellen sind (vgl. Ziff. III. 2. a) bb) des Senatshinweises vom 27.4.2017). Aus Sicht des

Senats kam es darauf aber nicht entscheidungserheblich an, weil bereits die Verfehlungen im Zusammenhang mit dem Wasserschaden 2 ausreichen, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (Ziff. III. 2. a) aa) des Senatshinweises).

bbb) Der Senat hat für die erforderliche Abwägung im Rahmen von § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB maßgeblich auf den bereits eingetretenen Schaden und vor allem dessen Höhe abgestellt. Mit Letzterer setzt sich auch die Gegenerklärung überhaupt nicht auseinander, obwohl es sich um ein ganz entscheidendes Kriterium handelt.

ccc) Die genaue Verteilung der Verantwortung zwischen dem Streithelfer und der Beklagten zu 4) im Hinblick auf den Wasserschaden 2 braucht nicht entschieden werden. Soweit die Gegenerklärung andeutet, der Verursachungsbeitrag des Streithelfers sei gegenüber demjenigen der Beklagten zu 4) völlig untergeordnet, so folgt dem der Senat nicht. Bei ordnungsgemäßer Objektüberwachung nach Beginn der Arbeiten hätte der Schaden ebenso effektiv vermieden werden können wie bei ordnungsgemäßer Durchführung der Werkleistung. Der Senat sieht daher keine gravierende Abstufung bei den Verantwortlichkeiten. Dass überhaupt ein haftungsauslösender Objektüberwachungsfehler vorliegt, wurde weder in der Berufungsbegründung noch in der Gegenerklärung ernsthaft in Frage gestellt. Rechtlich ist es daher auch nicht zutreffend, in der mangelhaften Leistung der Beklagten zu 4) die "eigentliche" Schadensursache zu sehen.

ddd) Soweit der Streithelfer betont, er habe die Beklagten zu 4) eingewiesen bzw. instruiert und habe den Bauleiter angewiesen, dass dieser sich nach Baubeginn nochmals melden solle, wurde dies vom Senat bei Abfassung des Hinweises vom 27.4.2017 bereits berücksichtigt. Der Senat sieht keine Veranlassung, von seiner Auffassung abzuweichen. Der Senat hat es als maßgeblich angesehen, dass jedenfalls an den relevanten Tagen 11. und 12.8.2011 keine Bauüberwachung stattgefunden hat. Hierauf bezieht sich auch die Aussage "Nichtleistung" auf S. 9 unten des Senatshinweises. Im Rahmen des Mitverschuldens hat der Senat dargelegt, dass es Aufgabe des Streithelfers gewesen wäre, bei der Beklagten zu 4) nochmals nachzufragen, ob die Arbeiten begonnen haben (vgl. S. 13 des Senatshinweises). Dies ist auch im Rahmen der Abwägung nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB zu berücksichtigen. Anders als der Streithelfer sieht der Senat hierin auch keinen "einfachen" Kommunikations- bzw. Objektüberwachungsfehler. Dem Streithelfer war der geplante Starttermin bekannt. Er hätte unschwer seine Erreichbarkeit sicherstellen können. Im Übrigen kommt es angesichts des hohen Schadens aus Sicht des Senats auch nicht entscheidend darauf an, ob ein einfacher, mittlerer oder schwerer Fehler vorliegt. In der Gesamtschau reicht die Interessenlage für eine sofortige Kündigung durch die Klägerin aus.

bb) Zum Thema Mitverschulden der Klägerin führt der Streithelfer ferner aus, der Senat habe die Tatsache, dass der Klägerin am 12.8.2011 mittags der Zustand der Notabdichtung positiv bekannt gewesen sei, nicht ausreichend gewürdigt. Auch dies vermag eine andere Beurteilung durch den Senat nicht zu rechtfertigen.

aaa) Zunächst ist festzustellen, dass der Streithelfer lediglich das wiederholt, was er bereits in der Berufungsbegründung vorgetragen hatte. Dies wurde bei Abfassung des Hinweises vom 27.4.2017 bereits berücksichtigt.

bbb) Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass die Aufgabe der Objektüberwachung einschließlich der Verantwortlichkeit vertraglich von der Klägerin auf die Beklagten zu 1) bis 3) und damit letztlich auf den Streithelfer delegiert war. Entgegen der Ausführungen des Streithelfers durfte sich die Klägerin damit am Nachmittag des 12.8.2011 sehr wohl darauf beschränken, den Streithelfer anzumailen, zur Vertragserfüllung anzuhalten und darauf zu vertrauen, dass dieser

seinen vertraglichen Pflichten auch nachkommt. Dies hat der Senat im Hinweis vom 27.4.2017 auch so bereits ausdrücklich aufgeführt. Der Vorwurf in der Gegenerklärung, der Senat habe sich mit dem entsprechenden Mitverschuldensvorwurf an die Klägerin nicht auseinandergesetzt, ist daher nicht zutreffend.

2. Berufung der Beklagten zu 4) Die Beklagte zu 4) führt in ihren Gegenerklärungen aus, die Kosten für Fassadenarbeiten (23.496,40 EUR) könnten der Beklagten zu 4) nicht angelastet werden, da es sich insofern um die Beseitigung eines Altschadens, vermutlich aus dem Wasserschaden 1, handele. Die kurz nach dem Wasserschaden 2 festgestellte Verrostung der Metallwinkel deute auf einen älteren Schaden hin. Dies sei vom Landgericht nicht hinterfragt worden. Keinesfalls könnten die Kosten für die gesamte Fassade von der Beklagten zu 4) verlangt werden. Auch die darauf entfallenden Objektüberwachungskosten der Fa. H. müssten abgezogen werden.

a) Der Senat versteht die Ausführungen in den Gegenerklärungen zunächst so, dass sich die Beklagte zu 4) nunmehr nur noch auf den Schadensposten "Fassade" (Rechnung der Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG) in Höhe von 23.496,40 EUR sowie nicht näher bezifferte "darauf entfallende Bauaufsichtskosten" (Gesamthöhe 45.796,15 EUR) beschränkt.

b) Rein vorsorglich ist gleichwohl vorweg klarzustellen, dass die Gegenerklärungen nichts an der Auffassung des Senats ändern, dass die vom Landgericht im Wege richterlicher Beweiswürdigung angenommene Kausalitätsbeziehung zwischen der mangelhaften Werkleistung der Beklagten zu 4) und dem massiven Wassereintrich in die Innenräume der Kindertagesstätte (S.42 des Urteils) nicht zu beanstanden ist (vgl. insofern S. 14 f. des Senatshinweises vom 27.4.2017). Die vom Senat als maßgeblich angeführten Aspekte "enger zeitlicher Zusammenhang" und "im Gutachten F. aufgelistete Räume liegen alle in der Nordhälfte des Gebäudes" werden in den Gegenerklärungen nicht näher thematisiert.

Soweit die Gegenerklärung vom 13.7.2017 die Aussage von Frau R. D. aufgreift, "in den Ecken Nordwest und Südost sei es am schlimmsten", und hieraus möglicherweise einen relevanten Einwand gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts herleiten möchte, folgt dem der Senat nicht. Der Senat verkennt nicht, dass die Südostecke der Kindertagesstätte nicht unterhalb der von der Beklagten zu 4) bis zum 12.8.2011 bearbeiteten Dachhälfte liegt. Das ist aber auch nicht die relevante Frage. Relevant ist allein die Frage, ob aus der in einer E-Mail enthaltenen Aussage "Südostecke" derart relevante Zweifel an der Beweiswürdigung des Landgerichts gezogen werden müssen, dass das Berufungsgericht hierzu erneute Feststellungen treffen müsste. Wie schon im Senatshinweis vom 27.4.2017 dargelegt, ist diese Frage zu verneinen. Da das Gebäude nicht genau in Nord-Süd-Richtung liegt und die Außenwand einiger der betroffenen Innenräume damit zwar nicht in der Südostecke, aber doch in Südost-Richtung liegt, erwächst aus der E-Mail von Frau D. kein relevanter Zweifel an der Überzeugung des Landgerichts hinsichtlich der Kausalitätsbeziehung mangelhafte Werkleistung -Wassereintrich ins Innere der Kita.

Alle die entsprechenden Innenräume der Kita betreffenden Rechnungen sind damit als Schaden jedenfalls zu ersetzen.

c) Davon abzuschichten ist die Frage der Kausalitätsbeziehung zwischen Wassereintritt und dem Schadensposten "Fassade". Während die obigen Ausführungen unter b) die haftungsbegründende Kausalität betreffen, steht nun die haftungsausfüllende Kausalität inmitten. Die Ausführungen des Landgerichts auf S. 42 des Urteils unter Ziff. 3 (2. Absatz) mögen zwar etwas knapp ausfallen, letztlich ist das vom Landgericht gefundene Ergebnis aber aus Sicht des Senats nicht zu beanstanden. Auch hier vermag der Senat keine Verstöße gegen allgemeine Erfahrungssätze

und Denkgesetze im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung oder eine Nichtausschöpfung des Prozessstoffes erkennen. Dies beruht auf den folgenden Erwägungen:

aa) Im Privatgutachten H. vom 17.8.2012 (Anlage K 13) wird auf S. 39 dokumentiert, dass im Rahmen der Ortsbegehung vom 23.8.2011 hinsichtlich der Fassade ein Rückbau zunächst an der Nordfassade erfolgen soll und dann an der Ost- und Westfassade je nach Durchfeuchtung die Rückbaugrenze definiert wird. Dies belegt einen Zusammenhang der vorgesehenen Fassadenarbeiten mit dem Wasserschaden 2, der gerade in der Nordhälfte der Kita eingetreten ist.

Auf S. 88 des Privatgutachtens wird ebenfalls im Bereich der Ost- und Westfassade von einem teilweisen Rückbau gesprochen, im Bereich der Nordfassade von einem vollständigen Rückbau.

Auf S. 97 kommt der Gutachter H. zum Fazit, dass die Durchfeuchtungen an der Holzfassadenkonstruktion Nordseite sowie im nordöstlichen und nordwestlichen Eckbereich dominant auf den Wasserschaden 2 zurückzuführen seien. Es komme zu einer Überlagerung mit Altschäden, die in Verbindung mit einer nicht fachgerechten Wasserführung an der Fassade in Verbindung stünden.

Mit diesen als Tatsachenvortrag der Klägerseite zu qualifizierenden Ausführungen hat sich die Beklagte zu 4) zu keinem Zeitpunkt im Prozess substantiiert auseinandergesetzt. Der Hinweis auf die Gutachten F., die auch einen Altschaden dokumentieren mögen, ist in diesem Zusammenhang unbehelflich, denn auch der Gutachter H. und damit die Klägerin negieren die Existenz des Altschadens an der Fassade nicht, sondern stellen sich auf den Standpunkt, dass die wesentliche ("dominante") Schädigung der Fassade in der Nordhälfte der Kita im Zeitpunkt der Besichtigung auf dem Wasserschaden 2 beruht. Der Gutachter H. wurde ferner in der Sitzung vom 17.3.2015 vernommen und hat die tatsächlichen Feststellungen in seinem Privatgutachten Anlage K 13 als zutreffend bestätigt. Es ist daher nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht im Wege der richterlichen Beweiswürdigung die Überzeugung gewonnen hat, dass die Fassadenarbeiten im Nordteil der Kita dem Wasserschaden 2 kausal zuzurechnen sind und damit auch die hierfür angefallenen Kosten im Wege des Schadensersatzes zu ersetzen sind.

bb) Auch was die Schadenshöhe im Bereich Fassade anbelangt (siehe Rechnung der IHR T. GmbH & Co. KG vom 15.3.2012, Teil des Anlagenkonvoluts K 15), ist die landgerichtliche Überzeugungsbildung, dass der Rechnungsteilbetrag 23.496,49 EUR (von der Gesamthöhe 31.721,22 EUR) die Fassadenerneuerungsarbeiten im Nordteil der Kita (und damit die auf dem Wasserschaden 2 beruhenden Arbeiten) abbildet, nicht zu beanstanden.

Der Einwand der Beklagten zu 4), die Rechnung betreffe die gesamte Fassade, lässt sich so aus der Rechnung nicht entnehmen. Unstreitig betraf die Rechnung auch Arbeiten, die nicht dem Wasserschaden 2 zuzuordnen sind. Daher nahm die Klägerin gewisse (auch im Urteil des Landgerichts erwähnte und in Anlage F 1 dokumentierte) Abzüge vor und kam so zum Endbetrag von 23.496,49 EUR, den sie dem Wasserschaden 2 zuordnete. Hierzu hat die Klägerin auch mit Schriftsatz vom 15.4.2016 erläuternd vorgetragen. Mit dieser klägerseits vorgenommenen Abgrenzung hat sich die Beklagte zu 4) weder erst- noch zweitinstanzlich substantiiert auseinandergesetzt.

Dass eine Herausrechnung von "Mitverschuldensanteilen" erfolgt sein soll, lässt sich der Anlage F 1 nicht entnehmen, das diesbezügliche Argument der Beklagten zu 4) in der Gegenerklärung vom 30.6.2017 ist damit nicht nachvollziehbar. Vielmehr empfiehlt der Sachverständige H. auf

S. 30 ff. der Anlage F 1 (teilweise sogar in Reaktion auf das vorprozessuale Vorbringen der Beklagten zu 4)) bestimmte Posten aus der Rechnung IHR T. herauszunehmen, weil diese technisch (und nicht wegen Mitverschuldens) der Klägerin zuzuordnen seien (darunter auch verrostete Winkel). Auch bestimmte Schäden im Bestand der Fassade, die nicht mit dem Wasserschaden 2 in Verbindung stehen, gleichwohl aber von der Fa. IHR T. beseitigt und abgerechnet wurden, sind von der Klägerin in Abzug gebracht worden. Dies alles dokumentiert, dass die Klägerin sehr wohl eine Abgrenzung zwischen dem Wasserschaden 2 einerseits und Altschäden bzw. Sowiessokosten andererseits vorgenommen hat. Eine dezidierte Auseinandersetzung, inwiefern diese Abgrenzung unrichtig sein soll, erfolgt seitens der Beklagten zu 4) nicht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die ausgesprochene Quote entspricht dem Verhältnis der Beteiligung der Beklagten zu 1) bis 3) einerseits und der Beklagten zu 4) andererseits am Gesamtstreitwert des Berufungsverfahrens.

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 3 ZPO, 47 GKG bestimmt. Anzusetzen waren bezüglich der Berufung der Beklagten zu 1) bis 3) die von der Streithelferin IHR T. GmbH & Co. KG angestrebte Reduzierung der Klagesumme um 24.806,50 EUR und 6.040,-EUR für die beantragte Abweisung von zwei von fünf Feststellungsanträgen (= 2/5 der vom Landgericht für alle Feststellungsanträge festgesetzten 15.100,-EUR) sowie die vom Streithelfer G. angestrebte Reduzierung um 127.848,60 EUR. Bezüglich der Berufung der Beklagten zu 4) war schließlich die angestrebte Reduzierung der Klagesumme um 128.349,87 EUR anzusetzen. Die weitere Reduzierung um 2.743,43 EUR blieb außer Betracht, da es sich um vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten handelt.