

## **OLG Naumburg**

### **Urteil**

**vom 01.10.2014**

**12 U 18/14**

**1.**

**Ein mit "Vorplanungen zur Lösung der Aufgabenstellung wie Recherche zum Materialeinsatz und Untersuchung unterschiedlicher Varianten zur Zielvorstellung" beauftragter Ingenieur hat die Brauchbarkeit des in seine Planung einbezogenen Baumaterials zu überprüfen und den Auftraggeber hierüber aufzuklären bzw. zu beraten.**

**2.**

**Ein Ingenieur kann von seiner Hinweispflicht entbunden sein kann, wenn der Auftraggeber Sonderfachleute eingeschaltet hat und der Ingenieur davon ausgehen darf, dass der Fachmann den Auftraggeber über sämtliche Gesichtspunkte aufgeklärt hat. Das gilt insbesondere dann, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Spezialunternehmen für die Lösung einer bestimmten Sonderaufgabe ein selbstständiger Beratungsvertrag geschlossen wurde.**

OLG Naumburg, Urteil vom 01.10.2014 - 12 U 18/14  
vorhergehend:  
LG Halle, 20.12.2013 - 3 O 65/13

In dem Rechtsstreit

....

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch die Richterin am Oberlandesgericht Göbel, den Richter am Oberlandesgericht ### und den Richter am Oberlandesgericht ### auf die mündliche Verhandlung vom 10. September 2014

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufungen des Beklagten zu 2) und der Klägerin im Übrigen wird das am 20. Dezember 2013 verkündete Einzelrichterurteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Halle teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt neu gefasst:

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 116.811,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz - die Beklagte zu 1) seit dem 28. März 2013 und der Beklagte zu 2) seit dem 27. März 2013 - zu zahlen;

2. Die Beklagte zu 1) wird weiter verurteilt, an die Klägerin 22.194,09 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. März 2013 zu zahlen;

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin diejenigen über 116.811,00 Euro (ohne Umsatzsteuer) hinausgehenden Aufwendungen und Kosten zu ersetzen, die zur Beseitigung der im Gutachten des Sachverständigen ### vom 1. März 2010 in Abschnitt 5.01 und 5.02 bezeichneten Mängel an der Außenfassade der Produktionshalle in der ### entstehen werden;

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1) weiter verpflichtet ist, der Klägerin die gesetzliche Umsatzsteuer auf die über 116.811,00 Euro hinausgehenden Mangelbeseitigungskosten im Sinne der Ziffer 3 zu ersetzen.

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Gerichtskosten beider Instanzen einschließlich der Kosten und Auslagen im selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Halle (3 OH 9/09) und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und der Streithelfer beider Instanzen tragen die Beklagte zu 1) und der Beklagte zu 2) zu 84 % als Gesamtschuldner. Zu 16 % trägt diese Kosten die Beklagte zu 1) allein. Im Übrigen tragen die Prozessbeteiligten ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können jeweils die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei oder Streithelferin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gebührenstreitwert für das Berufungsverfahren beträgt 148.525,09 Euro.

Gründe

I.

Wegen der Einzelheiten des in erster Instanz unstrittigen und strittigen Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Ergänzend wird ausgeführt:

In Ziffer 13 des Bauvertrages der Klägerin mit der Beklagten zu 1) vom 5. März 2007 ist geregelt:

"Der AN erbringt den rechnerischen Nachweis, dass die zu errichtende Außenverkleidung auf die meteorologischen Bedingungen des Einbauortes ausgelegt ist und den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Montageanleitungen und Herstellervorschriften sind beizubringen."

Das Landgericht hat den Beklagten zu 2) antragsgemäß zur Zahlung von 116.811,00 Euro verurteilt und seine Verpflichtung zur Zahlung weiterer Mangelbeseitigungskosten festgestellt (Klaganträge 1 und 3). Die Klage gegen die Beklagte zu 1) hat es bezüglich aller vier Klaganträge abgewiesen.

Zur Begründung eines Anspruchs gegen den Beklagten zu 2) hat es ausgeführt, dass dieser nach dem Inhalt des Ingenieursvertrages verpflichtet gewesen sei, Im Zusammenhang mit der Planung und Ausschreibung des Vorhabens das in seine Planung einbezogene und ausgeschriebene Baumaterial auf dessen Brauchbarkeit für die in Aussicht genommenen funktionellen Zwecke zu überprüfen und den Auftraggeber auch insoweit aufzuklären und zu beraten. Der Auftrag des Beklagten zu 2) habe u.a. darin bestanden, "Vorplanungen zur Lösung der Aufgabenstellung wie Recherche zum Materialeinsatz, Untersuchung unterschiedlicher Varianten zur Zielvorstellung" vorzunehmen.

Von diesen vertraglichen Pflichten sei der Beklagte zu 2) auch nicht durch ein Verhalten der Klägerin entbunden worden. Die Klägerin müsse sich das Fachwissen der Streithelferin zu 2) (im Folgenden: Firma ### nicht als eigenes zurechnen lassen, so dass sie selbst als sachkundig anzusehen wäre. Zwar könne ein solcher selbständiger Beratungsvertrag zwischen Bauherrn und dem bei der Materialauswahl behilflichen Drittunternehmen den beratenden Architekten in dem Spezialbereich, in dem er nicht selbst über Spezialwissen verfügt, von seinen Beratungspflichten gegenüber dem Bauherrn entbinden. Hier könne allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen der Klägerin und der ### ein solcher Beratungsvertrag zustande gekommen sei. Im Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Kammer hierfür keine ausreichenden Indizien feststellen können. Soweit die Gespräche zwischen der Klägerin und der ### im Jahre 2004 unstreitig seien oder als bewiesen angesehen werden könnten, gingen die danach durch die ### entfaltenen Aktivitäten nicht über das hinaus, was als übliche Absatzbemühungen eines Verkäufers zu bewerten sei. Im Ergebnis der Vernehmung der Zeugen ### und ### habe nicht mit letzter Sicherheit aufgeklärt werden können, wie die Kontaktaufnahmen im Vorfeld des Angebotes vom 4. August 2004 zustande gekommen sei. Es sei auch weder unstreitig noch bewiesen, dass die ### in der Folgezeit Aktivitäten entfaltet habe, die erkennbar über die reine Vertriebstätigkeit eines Verkäufers hinausgingen. Danach halte es das Gericht nur für bewiesen, dass der Zeuge ### im Zuge einer Bauberatung mit allen drei Prozessbeteiligten das Produkt der ### vorgestellt habe und bei allen Beteiligten auf Zustimmung gestoßen sei. Dass bereits im Vorfeld zwischen der Klägerin und der ### eine intensivere Beratung über die Geeignetheit des Materials stattgefunden und die Klägerin schon zu einer Entscheidung gelangt sei, die im Rahmen dieser Bauberatung lediglich vorgestellt werden sollen, sei dagegen nicht bewiesen. Auch sei nicht ersichtlich, dass das Bauvorhaben für die Klägerin erkennbar von einer Bedeutung gewesen sei, welche über die zu vermutende wirtschaftliche und technische Bedeutung einer Fassadensanierung hinausgehe. Allein die Höhe der Baukosten bilde kein ausreichendes Indiz, denn das Vertragsvolumen wie auch die damit verbundene technische Bedeutung für das Gesamtbauwerk seien keineswegs ungewöhnlich, sondern Alltagsgeschäft für die Fa. ### Welche Tätigkeiten die ### im Jahre 2007 entfaltet habe, hätten dagegen weder der Parteivortrag, noch die Beweisaufnahme mit letzter Klarheit ergeben. Der Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe sich offenbar intensiv von der er beraten lassen, sei teilweise auf Vermutungen gestützt und im Übrigen nicht in einem Umfang bewiesen, der auf den Abschluss eines gesonderten Beratungsvertrags schließen lassen könnte. Soweit der Zeuge ### anhand seiner Unterlagen über seinen Besuch am 22. März 2007 berichtet habe, in

dessen Rahmen es um die Farbgestaltung gegangen sei, und der dann wohl in das Schreiben vom 28. März 2007 (Bl. 150 Bd. I d. A.) gemündet sei, könne hierauf das Zustandekommen eines Beratervertrages ebenfalls nicht gestützt werden. Der Zeuge ### habe von weiteren individuellen Beratungsgesprächen zwischen Mitarbeitern der ### und der Klägerin ebenso wenig berichtet wie die Zeugen ### und ###.

Der Beklagte zu 2) sei auch nicht deshalb von seinen Pflichten zur Beratung hinsichtlich der Materialauswahl frei geworden, weil die Klägerin die Entscheidung für die PVC-Platten auf eigenes Risiko getroffen hätte. Zwar gehe das Gericht im Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass die Entscheidung für die PVC-Platten unter dem Eindruck der gemeinsamen Bauberatung aller drei Parteien mit Herrn ### von allen drei Beteiligten gemeinsam gefällt worden sei. Dies allein genüge aber nicht, um den Beklagten zu 2) aus seiner Verantwortung für die Materialauswahl zu entlassen. Der Beklagte zu 2) habe das Verhalten der Klägerin nicht dahingehend verstehen dürfen, dass diese allein deshalb, weil sie von der ### gewisse Informationen erhalten habe, den Beklagten zu 2) aus seiner Verantwortung entlassen wolle. Vielmehr sei der Beklagte 2) gerade deshalb zu der entscheidenden Bauberatung, in der die ### ihr Produkt präsentiert habe, hinzugezogen worden, damit er in Erfüllung seiner Pflichten aus dem Ingenieurvertrag durch sachkundige Nachfragen, Vorschläge oder sonstige Maßnahmen sicherstellen könne, dass das angebotene Material tatsächlich geeignet sei.

Der Beklagte zu 2) habe seine Pflichten zur sorgfältigen Auswahl geeigneten Materials verletzt, ohne dass Entschuldigungsgründe bewiesen seien. Das von dem Beklagten zu 2) in die Planung einbezogene Material der Fassadenplatten habe sich, wie auf der Grundlage der Beweisaufnahme im Verfahren 3 OH 9109 als bewiesen angesehen werden müsse, als objektiv ungeeignet erwiesen. Damit sei die diesbezügliche Planung des Beklagten zu 2) mangelbehaftet. Der Beklagte zu 2) habe auch nicht schuldlos gehandelt. Er hätte darauf hinwirken können und müssen, dass die Fa. ### hinsichtlich der Geeignetheit der ausgewählten Platten, welche er aus eigener Sachkunde nicht habe überprüfen können, eine selbständige Garantie übernimmt. Zumindest hätte der Beklagte zu 2) die Klägerin unmissverständlich auf die Risiken hinweisen müssen, die es mit sich bringe, wenn man den Produktpreisungen des Verkäufers von Baumaterial ohne weitere Überprüfung vertraut und weder eine eigene Materialprüfung vornimmt oder veranlasst, noch auch nur die von dem Verkäufer benannten Referenzobjekte in Augenschein nimmt. Ihm hätte es weiter obliegen, im Rahmen der Entscheidungsfindung darauf hinzuweisen, dass ihm, wie er im Rahmen seiner Parteienanhörung selbst angegeben habe, die herangezogene Fachfirma nicht bekannt gewesen sei. Soweit der Beklagte zu 2) davon ausgegangen sei, dass ihn hinsichtlich der Materialauswahl wegen der Einschaltung der Fa. ### keine eigenen Prüfungspflichten aus dem Vertrag treffen würden, hätte er zumindest hierauf hinweisen müssen, um der Klägerin klarzumachen, dass sie insoweit völlig eigenverantwortlich handle und trotz der Anwesenheit des Beklagten zu 2) in dem maßgeblichen Termin zur Produktvorstellung von diesem keinerlei Beratung zu erwarten habe.

Die gegen die Beklagte zu 1) gerichtete Klage sei demgegenüber unbegründet. Zwar sei das von ihr hergestellte Werk mangelhaft. Gleichwohl treffe die Beklagte zu 1) keine Verantwortung für die Mängel. Zwar habe die Beklagte zu 1) grundsätzlich gegen die ihr obliegenden Prüfungs- und Hinweispflichten verstoßen. Sie habe keinerlei eigene Prüfungen vorgenommen und auf die Ungeeignetheit des verwendeten Materials nicht hingewiesen.

Dessen ungeachtet sei sie von ihrer Einstandspflicht frei geworden. Angesichts der konkreten Umstände hätten die Beklagte zu 1) nämlich weder Prüfungs- noch Hinweispflichten bezüglich der mangelnden Eignung der Fassadenplatten wegen unzureichender UV-Beständigkeit getroffen. Die geringsten Prüfungspflichten würden den Auftragnehmer nämlich dort treffen, wo es um die vorgesehene Art der Ausführung gehe, weil diese grundsätzlich dem Planungsbereich angehöre, indem der Auftraggeber regelmäßig einen eigenen Fachmann, nämlich einen bauplanenden Architekten oder Ingenieur beschäftige. Für alle Beteiligten, insbesondere für die Klägerin und ihren Berater, den Beklagten zu 2), sei ersichtlich gewesen, dass hinsichtlich der Materialauswahl ein aufwändiger Entscheidungsprozess durchlaufen worden sei, in dem die Klägerin als Bauherrin auf der Grundlage der Beratung durch eine Fachfirma mit Unterstützung eines mit der Vorbereitung der Materialauswahl betrauten Ingenieurs zu einer Entscheidung gelangt sei. Für alle Beteiligten habe es sich aufgedrängt, dass die Beklagte zu 1) die Geeignetheit des so ausgewählten Materials ohne weitere Prüfung nicht einschätzen können, eine solche Prüfung sei augenscheinlich von ihr auch nicht erwartet worden.

Es bestünden auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Ungeeignetheit des Materials der Beklagten zu 1) bereits bei der Entgegennahme und Verarbeitung hätte auffallen müssen. Anders als der Beklagte zu 2) sei die Beklagte zu 1) in dieser konkreten Situation auch nicht verpflichtet gewesen, auf die mit der Materialauswahl verbundenen Unsicherheiten und Risiken hinzuweisen. Sie habe vielmehr davon ausgehen können, dass diese zwischen der Klägerin und ihrem Planer, dem Beklagten zu 2) besprochen worden seien.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Klägerin und der Beklagte zu 2) mit ihren Berufungen.

Die Klägerin führt zur Begründung ihrer Berufung aus:

Das Landgericht verkenne, dass § 13 Abs. 3 VOB/B schon deshalb nicht zur Anwendung kommen könne, weil die Beklagte zu 1) aufgrund Ziffer 13 des Bauvertrages die Auswahl und die Prüfung der PVC-Platten vertraglich geschuldet habe. Zwar treffe es zu, dass die PVC-Platten im Leistungsverzeichnis angegeben seien, angesichts der vertraglichen Regelung sei die Beklagte zu 1) aber gehalten gewesen, diese Angabe zu überprüfen. Das Material sei ihr damit gerade nicht verbindlich vorgegeben worden.

Des Weiteren berücksichtige das Landgericht nicht hinreichend die Tatsache, dass die Beklagte zu 1) maßgeblich an dem Entscheidungsprozess bezüglich der PVC-Platten beteiligt gewesen sei. Angesichts der umfangreichen Beweisaufnahme zu dem Hergang der Bauberatungen sei nicht nachvollziehbar, wie das Landgericht zu der Feststellung gelangt sei, die Klägerin habe mit Unterstützung eines mit der Vorbereitung der Materialauswahl betrauten Ingenieurs über die Verwendung der PVC-Platten entschieden bzw. die Beklagte zu 1) habe davon ausgehen können, dass diese Unsicherheiten und Risiken zwischen der Klägerin und ihrem Planer besprochen worden seien. Damit setze sich das Landgericht vielmehr in Widerspruch mit den eigenen zuvor getroffenen Feststellungen zur Haftung des Beklagten zu 2), dass die Entscheidung für die PVC-Platten unter dem Eindruck der gemeinsamen Bauberatung mit Herrn ### von allen drei Beteiligten einheitlich getroffen worden sei. Zutreffend stehe aufgrund der Beweisaufnahme fest, dass die Beklagte zu 1) die PVC-Platten nicht aufgrund einer bindenden Weisung im

Leistungsverzeichnis verwendet, sondern diese eigenverantwortlich aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtung mit den übrigen Beteiligten ausgewählt habe.

Außerdem treffe die Beklagte zu 1) hier eine gesteigerte Prüfungspflicht. Die PVC-Platten seien eigens für die Klägerin blau eingefärbt worden, während sie gewöhnlich als sogenannte Lichtplatten in transparenter Ausführung verbaut würden, Es handele sich damit um einen neuartigen Werkstoff bzw. um eine neuartige Verwendung, so dass die Beklagte zu 1) verpflichtet gewesen sei, ihren Fokus auf die Auswirkungen zu richten, die von der blauen Einfärbung ausgehen könnten. Dies gelte umso mehr, als die Machbarkeit der blauen Einfärbung konkret in den Baubesprechungen erörtert worden sei. Der Geschäftsführer der Klägerin, der Zeuge ### habe ausgesagt, dass die Klägerin besondere Anforderungen im Hinblick auf Korrosionsbeständigkeit und UV-Beständigkeit gestellt habe.

Außerdem gehe das Landgericht zu Unrecht davon aus, dass die Beteiligung eines Architekten, des Beklagten zu 2), die Prüfungspflichten der Beklagten zu 1) habe entfallen lassen. im direkten Vergleich der beiden Beklagten lasse sich auch nicht feststellen, dass der Beklagte zu 2) über die größere Sachkunde verfügt habe. Es liege vielmehr näher, dass die Beklagte zu 1) als Bedachungsunternehmen mit langjähriger Erfahrung die bessere Kenntnis über die Eigenschaften von PVC-Platten, insbesondere über das Wärmeverhalten transparenter und eingefärbter PVC-Platten, habe. Unter Beachtung einfacher physikalischer Grundsätze hätte es sich der Beklagten zu 1) aufdrängen müssen, dass eine eingefärbte Platte mehr Licht und Wärme absorbiere als eine transparente Platte und dass große Wärme auf PVC einen negativen Einfluss habe und es insoweit zu Verformungen kommen könne. Sie hätte dabei lediglich überprüfen müssen, ob Anlass für Bedenken hinsichtlich der Verwendung der blau eingefärbten PVC-Platten bestanden habe. Eine abschließende laborgestützte Untersuchung sei dagegen nicht verlangt gewesen. Der Umstand, dass die Beklagte zu 1) in den verschiedentlich stattgefundenen Bauberatungen, in denen sie gemeinsam mit Bauherrn, Planer und Hersteller die Verwendung geeigneter PVC-Platten besprochen habe, nicht zu erkennen gegeben habe, dass ihr die nötige Sachkenntnis fehle, spreche bei objektiver Betrachtung ebenfalls dafür, dass diese Sachkenntnis von der Klägerin objektiv habe erwartet werden können.

Die Klägerin beantragt,

1. das am 20. Dezember 2013 verkündete Einzelrichterurteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Halle teilweise abzuändern, soweit die Klage gegen die Beklagte zu 1) abgewiesen worden ist und die Beklagte zu 1) neben dem Beklagten zu 2) entsprechend den erstinstanzlichen Klaganträgen zu verurteilen;

2. die Berufung des Beklagten zu 2) zurückzuweisen.

Die Streithelferin zu 2) schließt sich den Berufungsanträgen der Klägerin an. Sie führt zur Begründung folgendes aus:

Sie behauptet, dass das verwendete Material uneingeschränkt im Bereich der Fassade habe eingesetzt werden können, wenn für eine hinreichende Hinterlüftung Sorge getragen werde, damit sogenannte Staufächer/Hitzefächer nicht entstehen könnten. Die Verformungen beruhten daher nicht auf einem Materialmangel, vielmehr sei die Verarbeitung des streitgegenständlichen Produkts durch die Beklagte zu 1) fehlerhaft gewesen. Ihrer Anregung im selbstständigen Beweisverfahren, die Problematik Be- und Entlüftung, Hinterlüftung der verwendeten Platten einer weiteren Sachverständigenüberprüfung zu unterziehen, sei dort nicht entsprochen worden.

Ein selbstständiger Beratervertrag zwischen ihr und der Klägerin sei nicht zustande gekommen. Sie sei in die Baumaßnahme nur insoweit eingebunden gewesen, als sie sich zur grundsätzlichen Eignung der Platten in der konkreten Verwendung als Fassadenplatte geäußert habe. Diese Erklärung sei von ihrer Seite unbedenklich abzugeben gewesen, da sie die hier streitgegenständlichen Platten auch im Fassadenbereich regelmäßig einsetze. Es handele sich um ein Standardprodukt aus ihrer Produktion. Pläne für die konkrete Ausführung der Fassade seien ihr nicht zur Verfügung gestellt worden. Von ihrer Seite habe es im Rahmen von Verkaufsbemühungen daher lediglich allgemein gehaltene Informationen zu Produkteigenschaften und zur grundsätzlichen Verwendungsfähigkeit des Produktes gegeben. Konkreter Beratungsbedarf seitens der Klägerin sei an sie nicht herangetragen worden, was auch nicht erforderlich gewesen sei, da die Klägerin bereits mit der Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) Sonderfachleute eingeschaltet habe.

Die Beklagte zu 1) beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es von der Klägerin angegriffen wird.

Der Beklagte zu 2) führt zur Begründung seiner eigenen Berufung wie folgt aus:

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen eigenständigen Beratungsvertrag zwischen der Klägerin und der ### verneint. Die Beweiswürdigung sei unzureichend. Die Entscheidung des Landgerichts Halle lasse insbesondere eine Gesamtwürdigung unter Abwägung sämtlicher für und gegen einen Beratungsvertrag sprechender Indizien vermissen. Das Gericht habe den ersten direkten Kontakten zwischen der Klägerin und der Fa. ### keinen erheblichen Wert zugemessen. Es habe verkannt, dass die Initiative von der Klägerin ausgegangen sei und sie die Fa. ### zielgerichtet um Unterstützung bei der Auswahl des richtigen Materials für die Verkleidung ihrer Fassade gebeten habe. Der Fa. ### als Spezialunternehmen für Dächer und Fassaden habe klar sein müssen, dass die PVC-Elemente als Fassadenverkleidung den typischen Belastungen durch Wind, Regen, Wärme und Sonne widerstehen müssten, um einen ausreichenden Schutz für das Gebäude zu erfüllen. Die Fa. ### habe ihr Produkt unter den vorgenannten Prämissen für die Verwendung als Fassade auf Anfrage der Klägerin empfohlen. Bereits darin liege ein wesentliches Indiz für ihren Rechtsbindungswillen.

Das erstinstanzliche Gericht habe die Bauberatung vom 9. August 2004 in den Fokus gerückt und dabei übersehen, dass der Beklagte zu 2) - mit Ausnahme des Termins am 9.

August 2004 - im Übrigen bei den Kontakten zwischen der Klägerin und der Fa. ### außen vor gelassen worden sei. Außerdem habe das Landgericht zu Unrecht die am 26. August 2004 von der Fa. ### an die Klägerin übersandten Referenzen lediglich als Absatzbemühungen bewertet. Die Tatsache, dass die Klägerin die Fa. ### um Referenzen gebeten habe, um sich von der Geeignetheit der PVC-Elemente für den geplanten Einsatz zu überzeugen, habe das Landgericht Halle unbeachtet gelassen. Gerade hieran zeige sich, dass die Klägerin sich von der Fa. ### habe beraten lassen wollen.

Das Landgericht habe auch rechtsfehlerhaft ein schuldhaftes Verletzen der Materialprüfungspflicht des Beklagten zu 2) bejaht. Das Landgericht überspanne die Reichweite der Materialprüfungspflicht des Planers, soweit es meint, dass dieser auf eine selbstständige Garantie der Fa. ### im Hinblick auf die Geeignetheit des Materials hinwirken hätte müssen. In der Regel dürfe sich der Planer auf die Angaben des Materialherstellers verlassen. Aufgrund der Erfahrungen der Fa. ### habe kein Grund für den Beklagten zu 2) bestanden, an deren Angaben zu zweifeln.

Der Beklagte zu 2) sei entgegen den Ausführungen des Landgerichts auch nicht dazu verpflichtet gewesen, die Klägerin auf Risiken hinzuweisen, die es mit sich bringe, wenn man den Produktpreisungen des Verkäufers ohne weitere Überprüfung vertraue. Das Landgericht habe hier verkannt, dass die Fa. ### nicht nur Verkäuferin, sondern Herstellerin der PVC-Fassadenelemente gewesen sei. Überdies könne der Planer nur über Risiken aufklären, die für ihn erkennbar seien. Dass sich die PVC-Elemente unter bestimmten Bedingungen verformen könnten, hätte der Beklagte zu 2) allerdings nur dann vorhersehen können, wenn er einen eigenen Labortest veranlasst hätte, was aber nicht zu seinen vertraglichen Pflichten als Planer gehört habe. Ein allgemeiner Hinweis, wie ihn das Landgericht Halle vom Beklagten zu 2) verlange, hätte der Klägerin hingegen keinen Nutzen gebracht.

Dem Beklagten zu 2) habe entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht die Pflicht obliegen, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass er bezüglich der Materialauswahl seine Beratung eingestellt habe. Dies sei der Klägerin nämlich klar gewesen, Sie habe gewusst, dass ihm Spezialkenntnisse zu den Eigenschaften des Materials PVC fehlten. Deshalb habe sie auch gerade die Fa. ### als Spezialistin hinzugezogen. Bei der Beratung am 9. August 2004 sei er als Planer des gesamten Bauvorhabens und nicht gerade deshalb anwesend gewesen, um die Verwendung geeigneten Materials sicherzustellen.

Der Beklagte zu 2) beantragt:

Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Halle vom 20. Dezember 2013, Az.: 3 O 65/13, wird die Klage abgewiesen.

II.

A.

Die zulässige Berufung des Beklagten zu 2) hat in der Sache ganz überwiegend keinen Erfolg. Denn das angefochtene Urteil des Landgerichts beruht insoweit auf keinem



Rechtsfehler (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen - mit Ausnahme zur Zinsforderung - keine andere Entscheidung.

I.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten zu 2) einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 1161311,00 Euro (ohne USt.) gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 3, 283 BGB (Klagantrag 1).

1. Wie das Landgericht zutreffend und im Ausgangspunkt von dem Beklagten zu 2) mit der Berufung auch nicht angegriffen ausgeführt hat, traf den Beklagten zu 2) nach dem Inhalt des Ingenieurvertrages die Verpflichtung, im Zusammenhang mit der Planung und Ausschreibung des Vorhabens das in seine Planung einbezogene und ausgeschriebene Baumaterial auf dessen Brauchbarkeit für die in Aussicht genommenen funktionellen Zwecke zu überprüfen und den Auftraggeber hierüber aufzuklären und - insbesondere auch im Falle von Alternativen - zu beraten.

2. Von diesen vertraglichen Pflichten ist der Beklagte zu 2) nicht durch ein Verhalten der Klägerin entbunden worden.

a. Ohne Erfolg macht der Beklagte zu 2) geltend, dass eigene Prüfungs- und Beratungspflichten schon deshalb entfallen seien, weil die Klägerin als Bauherrin einen gesonderten Beratungsvertrag mit der Lieferantin der streitgegenständlichen blau gefärbten PVC-Lichtplatten, der Fa. ###, geschlossen hätte. Einen solchen Beratungsvertrag hat der Senat nicht feststellen können.

Zu Recht hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, dass der Auftragnehmer seiner Hinweispflicht gegenüber dem Auftraggeber dann entbunden sein kann, wenn dieser Sonderfachleute eingeschaltet hat und der Auftragnehmer davon ausgehen darf, dass der von dem Auftraggeber eingeschaltete Fachmann über sämtliche Gesichtspunkte aufgeklärt hat und der Auftraggeber von dem Sonderfachmann die erforderlichen Informationen erhält (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 2004, 99). Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Beratung durch ein Unternehmen erfolgt, das Spezialkenntnisse besitzt, die denen des Architekten überlegen sind, und wenn für die Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe ein selbständiger Beratungsvertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Spezialunternehmen zustande kommt (OLG München, BauR 2011, 1197). Dabei ist der stillschweigende Abschluss eines Auskunfts-/Beratungsvertrages regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel ist. Die besondere Sachkunde oder das eigene wirtschaftliche Interesse des Auskunftgebers und die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger reichen allerdings für das Zustandekommen eines Vertrages nicht aus, sondern stellen nur Indizien dar, die in die Würdigung der gesamten Gegebenheiten des konkreten Falles einzubeziehen sind. Entscheidend kommt es darauf an, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Schluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 1011). Dabei muss die beratende Tätigkeit des

Verkäufers nach Inhalt, Umfang, Intensität und Bedeutung für den Käufer deutlich über das hinausgehen, was im allgemeinen seitens des Verkäufers für die sachgemäße Anwendung oder den Einsatz des Kaufgegenstandes in beratender oder empfehlender Weise geleistet wird (vgl. BGH, NJW 1999, 3192). Die Beratung darf nicht bloß aus Gefälligkeit erfolgen. Vielmehr müssen beide Parteien mit Rechtsbindungswillen handeln (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 2010, 236).

Gemessen an diesen Maßstäben ist im Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme ein solcher Beratungsvertrag nicht bewiesen worden.

An die von dem Landgericht hierzu rechtsfehlerfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen ist der Senat nach § 529 Abs. 1 ZPO gebunden. Denn Beweiserhebung und Beweiswürdigung des Landgerichts weisen weder entscheidungserhebliche Verfahrensfehler auf, noch sind konkrete Anhaltspunkte ersichtlich, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachengrundlage begründen und eine Wiederholung der Beweisaufnahme gebieten könnten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen ###, ### und ### die Angaben des Beklagten zu 2) und des Geschäftsführers der Beklagten zu 1), die verschiedenen zur Akte gereichten schriftlichen Unterlagen der Beteiligten und die sonstigen relevanten Umstände erschöpfend und zutreffend nach Maßgabe des § 286 ZPO gewürdigt. Die Berufungsangriffe des Beklagten zu 2) sind nicht geeignet, die überzeugende Beweiswürdigung des Landgerichts zu erschüttern. Der Senat sieht jedenfalls keinen Anlass für eine Neubewertung der durch das Landgericht rechtsfehlerfrei erhobenen Tatsachengrundlage.

Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Tatsachenfeststellung gebieten. Konkreter Anhaltspunkt im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lässt, kann dabei jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen sein. Bloß subjektive Zweifel, lediglich abstrakte Erwägungen oder Vermutungen der Unrichtigkeit ohne greifbare Anhaltspunkte genügen nicht (Rimmelspacher in: Münchener Kommentar, ZPO, 4. Aufl., Rdn. 15 f. zu § 529 ZPO; Ball, in: Musielak, ZPO, 3. Aufl., § 529 Rdn. 9 f.). Konkrete Anhaltspunkte können sich dabei insbesondere aus Fehlern ergeben, die dem Eingangsgesicht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sein mögen (BGH, NJW 2004, 2825). Zweifel im Sinne der Vorschrift liegen dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Wiederholung der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (BGH, NJW 2003, 3480). § 286 Abs. 1 ZPO fordert den Richter auf, nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden. Das bedeutet, dass er lediglich an Denk- und Naturgesetze sowie an Erfahrungssätze und ausnahmsweise Beweisregeln gebunden ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf. Dabei darf er insbesondere auch einer Partei mehr glauben, als einem Zeugen, auch wenn dieser beeidete wurde, oder trotz mehrerer bestätigender Zeugenaussagen das Gegenteil der

Beweisbehauptung feststellen, sofern dies nach der aus den übrigen Beweismitteln bzw. dem Akteninhalt gewonnenen Erkenntnisse seiner Überzeugung entspricht (Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., Rdn. 13 zu § 286 ZPO; Laumen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., Rdn. 2 zu § 286 ZPO).

Einen solchen, für die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung sprechenden konkreten Anhaltspunkt hat der Beklagte zu 2) mit seiner Berufung Indessen nicht aufgezeigt. Seine Berufungsangriffe erschöpfen sich vielmehr im Wesentlichen darin, dass er die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen abweichend gewürdigt wissen will.

Das kann jedoch nicht genügen. Denn das Landgericht hat sich bei der Tatsachenfeststellung an die Grundsätze der freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO gehalten und seine leitenden Gründe und die wesentlichen Gesichtspunkte für seine Überzeugungsbildung nachvollziehbar im Urteil dargelegt. Dabei ist es nicht erforderlich, auf jedes einzelne Parteivorbringen und Beweismittel ausführlich einzugehen; es genügt vielmehr, dass nach der Gesamtheit der Gründe eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat (vgl. KG Berlin, VRS 115, 30).

Das ist hier der Fall. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht nach Vernehmung aller angebotenen Zeugen und Anhörung des Beklagten zu 2) und des Geschäftsführers der Beklagten zu 1), somit auf der Grundlage der durch diese Aussagen feststellbaren Umstände sowie unter Berücksichtigung aller relevanten schriftlichen Unterlagen zu dem Schluss gelangt ist, dass die Fa. ### nicht mit dem Willen gehandelt hat, einen Beratungsvertrag abzuschließen, gerade auch mit der Wirkung, für eine etwaige Fehlberatung haftungsrechtlich einzustehen. Anders als der Beklagte zu 2) meint, lassen die Entscheidungsgründe des Landgerichts durchaus erkennen, dass es eine Gesamtwürdigung aller für und gegen einen Beratungsvertrag sprechenden Umstände vorgenommen hat, auch wenn im Vordergrund der Ausführungen eine dezidierte und gründliche Bewertung der einzelnen Beweismittel und Umstände durch das Landgericht steht. Der Beklagte zu 2) versucht mit der Berufung dagegen nur, seine abweichende Würdigung der Beweismittel und Bewertung der Indizien an die Stelle der überzeugenden Einschätzung des Landgerichts zu setzen.

So ist es im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass es für das Landgericht nicht aufzuklären gewesen ist, ob tatsächlich die Klägerin im Jahre 2004 den ersten Kontakt mit der Fa. ### hergestellt hat - und vor ehern auch nicht mit welcher Zielstellung. Dass das Landgericht das Schreiben der Fa. ### vom 12. Dezember 2008 bei seiner Würdigung unerwähnt gelassen hat, führt zu keinem abweichenden Ergebnis, Letztlich ergibt sich durch dieses Schreiben kein erhebliches zusätzliches Indiz, denn der fragliche Inhalt deckt sich mit dem, was der Zeuge ### ohnehin bekundet und was das Landgericht auch gewürdigt hat. Im Übrigen kommt den Umständen der Kontaktaufnahme mit der Fa. ### auch kein entscheidendes Gewicht zu. Maßgeblich ist vielmehr, inwieweit dem Verhalten der Mitarbeiter der Fa. ### der Wille entnommen werden kann, ihr Unternehmen gerade für die Richtigkeit ihrer Auskünfte rechtlich einstehen zu lassen. Der Senat teilt die Einschätzung des Landgerichts, dass der Umstand, dass Fa. ### die von ihr betriebenen Fassadenplatten im August 2004 als für den in Rede stehenden Zweck geeignet dargestellt und Referenzobjekte mit den beiden Schreiben vom 26. August 2004 (Bl. 80 und 81 Band I d. A.) benannt hat, eine Tätigkeit im Rahmen der Absatzförderung darstellt und kein von einem Kaufvertrag unabhängiges Beratungsverhältnis begründet.

Zwar ist wohl tatsächlich an mehreren Terminen im Juli/August 2004 telefonisch oder im Rahmen von Bauberatungen über die Verkleidung der Fassade und insbesondere über die Verwendung blau eingefärbter Platten der Fa. ### gesprochen worden. Angesichts der äußerst widersprüchlichen Angaben der Zeugen zu der zeitlichen Einordnung der Gespräche, zu den konkreten Anwesenden und vor allem auch zu deren Inhalt ist es aber nicht zu beanstanden und deckt sich mit der Einschätzung des Senats, dass sich für das Landgericht nicht mit der erforderlichen Gewissheit klären ließ, ob sich die Fa. ### gerade in Bezug auf den Einsatz von blau eingefärbten Rhenoplast-Platten bei dem Sanierungsvorhaben der Klägerin haftungsrechtlich binden wollte.

Zu Recht hat das Landgericht auch der Kommunikation der Klägerin mit Fa. ### im Jahre 2007 nichts entnommen, was auf einen Rechtsbindungswillen der Fa. ### hinsichtlich eines Beratungsvertrages schließen würde. Insbesondere lässt sich auch aus dem Schreiben der Fa. ### vom 28. März 2007 (Bl. 150 Band I d.A.) an die Klägerin nichts Entsprechendes herleiten. Mit diesem Schreiben hat die Fa. ### lediglich um Mitteilung gebeten, in welchem konkreten Blauton (Himmelblau bzw. Signalblau) die Platten geliefert werden sollten. Die Entscheidung für blaue PVC-Platten der Fall war zu diesem Zeitpunkt schon längst gefallen. Inwieweit die Entschließung der Klägerin auf der Beratung der Fa. ### beruhte, geht aus jenem Schreiben jedenfalls nicht hervor.

Soweit der Beklagte zu 2) ein besonderes wirtschaftliches Interesse der Fa. ### an dem Auftrag geltend macht, ist dies von dem Landgericht zutreffend verneint worden, da es auf der Grundlage der Aussage des Zeugen ### zu Recht angenommen hat, dass es sich hier nach Art und Umfang grundsätzlich um ein Alltagsgeschäft der Fa. ### gehandelt hat.

Auch die von dem Beklagten zu 2) zitierte Rechtsprechung rechtfertigt nicht die Annahme eines Beratungsvertrages, da den Entscheidungen ein deutlich abweichender Sachverhalt zugrunde lag, der in jenen Fällen die Beurteilung des Herstellers als Sonderfachmann gerechtfertigt hat. In dem Fall des Oberlandesgerichts Hamm (BauR 1997, 859) hatte der liefernde Hersteller von Materialien zur Wärmedämmung einen Sanierungsvorschlag gemacht, der mangelhaft gewesen war. Der Hersteller war also - ganz anders als im vorliegenden Fall die Fa. ### - maßgeblich an der Planung und der Gestaltung der gesamten Baumaßnahme beteiligt. In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Fall (NJW-RR 1992, 1011) hatte sich der Endabnehmer/Bauunternehmer zunächst an den örtlichen Baustoffhandel gewandt hatte, um unter anderem Auskunft über die Eignung des Baustoffs (Spachtelmasse für den Ausgleich von Unebenheiten einer Tennishalle) zu erhalten. Der Baustoffhandel verwies ihn an den Hersteller des Baustoffs, mit dem er einen Ortstermin vereinbarte, zu dem - auf Veranlassung des Herstellers - ein Fachinstitut hinzu gezogen werden wurde. Dieser Fall besitzt einen gewichtigen Unterschied zu dem hier zu entscheidenden Sachverhalt. Dort hatte sich der Bauunternehmer offenbar schon grundsätzlich zum Einsatz eines bestimmten Baustoffs, zu erwerben über den örtlichen Baustoffhandel, entschlossen. Das Verlangen nach Auskunft beim Hersteller war also auf ein bereits konkretisiertes Produkt, das für das in Rede stehende Bauvorhaben auch gar nicht von dem Auskunft gebenden Hersteller erworben werden sollte, bezogen. Gegenstand der Beratung war daher dort ausschließlich eine Klärung der Eignung des Produkts. Die Auskunft sollte technisch fundiert erteilt werden, insofern isoliert von den konkreten Absatzbemühungen des Herstellers, was sich zusätzlich daran zeigt, dass der Hersteller seinerseits ein Institut für Fußbodenaufbau zur Vorbereitung

seiner eigenen Auskunft hinzugezogen hatte. Dass eine solche ausdrückliche fundierte fachliche Prüfung und Auskunft von der Fa. ### verlangt bzw. von ihr erteilt worden wäre, ist hier jedoch nicht festzustellen.

b. Mit zutreffender Begründung hat das Landgericht auch festgestellt, dass der Beklagte zu 2) auch nicht deshalb von seinen Pflichten zur Beratung hinsichtlich der Materialauswahl frei geworden ist, weil die Klägerin die Entscheidung für die PVC-Platten auf eigenes Risiko getroffen hätte. Hiergegen erinnert die Berufung des Beklagten zu 2) nichts, was über die Ausführungen zu dem Beratungsvertrag hinausgeht.

3. Der Beklagte zu 2) hat seine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl geeigneten Materials verletzt. Im Ergebnis der Beweisaufnahme steht auf der Grundlage der Gutachten des Sachverständigen Stephan aus dem selbständigen Beweisverfahren 3 OH 9/09 fest, dass die blau eingefärbten, nicht transparenten PVC-Lichtplatten für den Anwendungszweck einer Fassadenverkleidung nicht geeignet waren.

4. Zu Recht hat das Landgericht auch keine von dem Beklagten zu 2) darzulegenden und zu beweisenden Entschuldigungsgründe festgestellt, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2) hat das Landgericht dabei nicht die Reichweite seiner Materialprüfungspflicht verkannt.

Ein Architekt darf in seiner Planung nur eine Konstruktion vorsehen, von der er völlig sicher ist, dass sie den an sie zu stellenden Anforderungen genügt. Er würde schuldhaft handeln, wenn er darüber Zweifel hegen müsste und sich dennoch nicht vergewisserte, ob der von ihm verfolgte Zweck auch zu erreichen ist (BGH, BauR 1981, 479). Demgemäß hat der Architekt grundsätzlich auch das beim Bau verwendete Material auf dessen Brauchbarkeit zu überprüfen. Die Verwendung eines nicht schon seit Jahren in der Praxis bewährten Materials kann besondere Gefahren in sich bergen. Bei neuen Werkstoffen hat der Architekt deshalb mit erhöhter Sorgfalt zu prüfen, ob er sich mit seiner Empfehlung auf das Gebiet der riskanten Planung begibt. Dabei darf ein Architekt die Konstruktion eines Fachunternehmens übernehmen, dessen Spezialkenntnisse den seinen überlegen sind und die von ihm auch nicht ohne weiteres erwartet werden können. Ihn trifft jedenfalls dann kein Verschulden, wenn er sich zur Lösung einer bestimmten Spezialaufgabe an ein Unternehmen wendet, das sich hierauf besonders eingerichtet hat und wenn für ihn kein triftiger Grund besteht, den Spezialkenntnissen und Erfahrungen dieses Unternehmens zu misstrauen (BGH, MDR 1976, 214). Maßstab für die Frage, ob ein Architekt Mängel seiner Planung zu vertreten hat, ist danach mithin, ob er im Zeitpunkt der Planung nach seinem subjektiven Kenntnisstand im Stande war, den Mangel zu erkennen. Dabei darf er allerdings nicht den werbenden Ausführungen des Unternehmens, das seine Produkte als geeignet anpreist, blind vertrauen (OLG München, BauR 2011, 1197).

Nach diesen Grundsätzen war der Beklagte zu 2) in der Lage, einen möglichen Mangel zu erkennen und hierauf pflichtgemäß zu reagieren. Der Beklagte zu 2) hat in seiner persönlichen Anhörung am 28. Oktober 2013 selbst geschildert (Bl. 63 Band II d.A.), dass man seinerzeit mit der Materialauswahl "irgendwie aufgelaufen" gewesen sei, dass sich dann der Vorschlag, PVC zu verwenden, aus Kostengründen als überzeugend erwiesen habe und dass der letzte Widerstand bzw. kritische Nachfragen erledigt gewesen seien, als dann noch Referenzobjekte auf dem Tisch gelegen hätten. Dabei habe er selbst zunächst gar nicht gewusst, was die Fa. ### überhaupt produziere. Der Zeuge

### hat hierzu überdies überzeugend bekundet, der Zeuge ### habe bei einer Besprechung, an der der Beklagte zu 2) teilgenommen habe, für ### betont, das vertriebene Material sei für den vorgesehenen Zweck geeignet, wobei er mit der Bemerkung "So etwas habe man schon gemacht." auf eine Halle mit blauer Verkleidung auf dem Nachbargrundstück gezeigt habe.

Der Beklagte zu 2) vertraute danach auf die Angaben eines ihm unbekanntem Unternehmens, dessen Produkte er nicht kannte und bei deren mitgeteilten (Bl 80, 81 Band I d.A.) Referenzobjekten unklar blieb, ob sie überhaupt auch in blauer Färbung ausgeführt waren. Die Referenzobjekte zumindest überprüft zu haben, behauptet der Beklagte zu 2) nicht einmal. Alle Planungsbeteiligten begnügten sich damit, dass endlich ein als geeignet angepriesenes und kostengünstigeres Produkt als mehrfach beschichteter Stahl angeboten wurde, das den gestalterischen Wünschen des Bauherrn, nämlich Ausführung in blauer Farbe, entsprach. Damit gaben sich alle - auch der Beklagte zu 2) - zufrieden, ohne die Äußerungen der Fa. ### zur Eignung der Sonderausführung in blauer Farbe auch nur ansatzweise in Frage zu stellen. Sie vertrauten der Fa. ### daher ersichtlich blind.

Dabei bestand tatsächlich für den Architekten naheliegender Aufklärungsbedarf: Von Anfang an war klar, dass die Fassadenelemente - entgegen der üblichen Verwendung in lichtdurchlässiger Form - entsprechend der Firmenphilosophie der Klägerin blau eingefärbt sein sollten. Dass sich daraus gegebenenfalls besondere physikalische Anforderungen ergeben könnten, musste der Beklagte zu 2) als Ingenieur erkennen. Dass nämlich dunklere, weniger lichtdurchlässige Platten mehr Licht und Wärme absorbieren können, woraus deren besondere Belastung durch größeres Aufheizen folgen könnte, musste ihm klar sein. Für diese Erkenntnis benötigte er auch keine Laboruntersuchungen. Erst mit der Überprüfung eines vergleichbaren Referenzobjekts, bei dem gerade auch solche besonderen blaugefärbten Platten beanstandungsfrei verlegt worden sind, wäre die Materialprüfungspflicht des Ingenieurs gegebenenfalls erledigt gewesen.

Auch wenn den Beklagten zu 2) nicht die Pflicht traf, durch kostenaufwändige labortechnische Untersuchungen selbst die Eignung des Materials zu überprüfen, standen ihm doch mehrere weitere Wege offen, um den aus der Sonderanfertigung der Platten (Blauaufhellung) resultierenden Risiken sachgerecht zu begegnen und dadurch seinen Pflichten als Planer nachzukommen: Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hätte der Beklagte zu 2) die Auftraggeberin auf die bestehende Ungewissheit hinweisen müssen und zugleich vorschlagen können, von dem Materialhersteller eine haftungsrechtlich verbindliche Garantieerklärung einzufordern, wie dies in dem von dem Beklagten zu 2) in Bezug genommenen Urteil des Oberlandesgerichts München (BauR 2011, 1197) geschehen war und zur Verneinung der Haftung des Architekten geführt hatte. Einer solchen Garantieerklärung würde die gleiche Wirkung zukommen wie ein Beratungsvertrag zwischen der Fa. ### und der Klägerin, nach dem die Fa. ### für die Richtigkeit ihrer Auskünfte einzustehen gehabt hätte. Ein solcher Vertrag ist indes, wie ausgeführt, nicht bewiesen.

Im Übrigen hätte der Beklagte zu 2) sachverständigen Rat von dritten Personen einholen oder sich jedenfalls einen Materialprüfungsbericht, der sich für die Brauchbarkeit des Werkstoffs zu dem verfolgten Zweck ausspricht, vom Hersteller vorlegen lassen können. Die Prüfungspflicht findet nämlich dort ihre Grenze, wo von dem Architekten eigene Sachkenntnis nicht mehr erwartet werden kann. Er kann sich dann mit den Äußerungen

solcher Personen oder Institute begnügen, die er nach ihrer Qualifikation als sachverständig ansehen darf. Stimmen diese Äußerungen im Wesentlichen mit dem überein, was der Produzent oder Lieferer in seinem Prospekt oder auf andere Weise anpreist, oder sprechen weitere gewichtige Gründe für die Richtigkeit dieser Angaben, so kann sich der Architekt in der Regel hierauf verlassen. Wollte man von ihm auch dann noch verlangen, dass er nur solches Material verwendet, das sich bereits seit Jahren in der Praxis bewährt hat, wäre der Einsatz neuer Werkstoffe niemals möglich (BGH, MDR 1976, 214). Hier hat der Beklagte zu 2) allerdings von der Zuziehung eines Sachkundigen, der die Anpreisung des Herstellers bzw. Verkäufers einer Überprüfung unterziehen konnte, abgesehen.

5. Der Verstoß des Beklagten zu 2) gegen seine Prüf- und Hinweispflichten war auch ursächlich für die schon bald danach eingetretenen Schäden an der Fassade der Klägerin. Die gebotenen Überprüfungen hätten die Klägerin mit Sicherheit davon abgehalten, die Fassade mit Platten der Fa. ### in blauer Einfärbung zu verkleiden.

Entgegen der Behauptung der Streithelferin zu 2) liegt dem Schaden an der Fassade nicht ein Verarbeitungsfehler der Bau ausführenden Beklagten zu 1) zugrunde, sondern die mangelnde Eignung der von ihr gelieferten Fassadenplatten.

Der Sachverständige ### hat im selbständigen Beweisverfahren mit überzeugender Begründung ausgeführt (Seite 10 des Erstgutachtens; Seite 7 des 2. Ergänzungsgutachtens; Ausführungen in seiner mündlichen Anhörung am 15. September 2011 [Bl. 294, 296 Band 11 d. Verfahrens 3 OH 9/09]), dass es zu denselben Verformungen gekommen wäre, wenn die Platten hinterlüftet gewesen wären, zumal sie auch dort eingetreten seien, wo eine ausreichende Hinterlüftung bestanden habe. Der Senat schließt sich den in sich stichhaltigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen nach eigener kritischer Überprüfung an. Zu Recht hat daher das Landgericht im selbständigen Beweisverfahren davon abgesehen, der Behauptung der Streithelferin zu 2) durch eine ergänzende Begutachtung nachzugehen (Beschluss Bl. 362 Band II d. Verfahrens 3 OH 9/09).

6. Der Anspruch scheidet nicht daran, dass eine Mängelrüge gegenüber dem Beklagten zu 2) nicht erhoben und ihm keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden ist. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten setzt nicht voraus, dass ihm Gelegenheit zur Nachbesserung seines eigenen Werkes gegeben wird, wenn sich der Mangel seiner Leistung - wie hier die mangelnde Prüfung der Eignung der blaugefärbten PVC-Platten bereits im Bauwerk verkörpert hat. Denn eine Nachbesserung der durch den Architekten erbrachten Leistungen ist dann in der Regel nicht mehr möglich. Insofern hat der Architekt grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ihm Gelegenheit gegeben wird, den Mangel des Bauwerks zu beseitigen (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 260).

7. Unstrittig steht als Mindestschaden der Betrag in Höhe von 116.611,00 Euro (ohne USt.) fest.

8. Der Klägerin stehen überdies Prozesszinsen gemäß § 291 BGB ab dem Tag der Zustellung der Klage an den Beklagten zu 2) zu, somit ab dem 27. März 2013. Diesbezüglich hat der Senat das landgerichtliche Erkenntnis um ein konkretes Datum als Zinsbeginn zu ergänzen. Allerdings stehen der Klägerin die Zinsen nur in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB zu. Die

Voraussetzungen für einen Zinssatz von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB in der bis zum 28. Juli 2014 geltenden Fassung liegen nicht vor. In dieser Höhe verzinsen sich nur Entgeltforderungen. Eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die Forderung auf die Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung gerichtet ist, die in der Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen besteht (vgl. BGH, NJW 2010, 3226). Zu diesen Forderungen zählt der hier in Rede stehende Schadensersatzanspruch nicht.

II.

Zutreffend hat das Landgericht ergänzend auf die Feststellung erkannt, dass der Beklagte zu 2) auch für weitergehende Schäden einstandspflichtig ist, die über die zuerkannten 116.811,00 Euro hinausgehen (Klagantrag 3).

Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Es ist anerkannt, dass der Geschädigte neben der Leistungsklage, mit der er einen nach Mängelbeseitigungskosten berechneten Schadensersatzanspruch geltend macht, auch die Feststellungsklage erheben kann, wenn der entstandene oder noch entstehende Schaden nicht bereits in vollem Umfang durch den Antrag auf Zahlung erfasst wird. Das ist namentlich dann der Fall, wenn ein Sachverständiger nicht in der Lage ist, die zur Schadensbeseitigung erforderlichen Aufwendungen und Kosten im Voraus so zuverlässig zu bestimmen, dass sein Gutachten nicht Grundlage einer abschließenden Schätzung sein kann und als Zahlbetrag lediglich ein Mindestbetrag ausgeurteilt werden kann (vgl. OLG Gelle, BauR 2010, 1613; BGH, BauR 1991, 460). Diese Situation lag hier für die Klägerin vor. Der Sachverständige ### hat in seinem 3. Ergänzungsgutachten vom 28. Mai 2012 ausgeführt, dass die Kosten für eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung im Voraus nicht genau berechnet werden könnten. Der Aufwand lasse sich daher nur überschlägig und pauschaliert abzuschätzen, da Preis beeinflussende Faktoren, z.B. das Sichtbarwerden weiterer verdeckter Mängel und die Kalkulation der Gewährleistungsübernahme durch die Sanierungsfirma, für ihn nicht voraussehbar seien. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dass sich die ausgewiesenen Kosten durch unvorhergesehene Ereignisse und Preissteigerungen einzelner Baustoffe erhöhen könnten. Dass Schwankungen nach oben nahe liegen, zeigt das durch den Sachverständigen ### zum Zwecke des Vergleiches eingeholte Angebot der Fa. ###, das eine über die hier geltend gemachten 116.811,00 Euro hinausgehende Vergütung in Höhe von 121.423,83 Euro (ohne USt.) ergeben hat. Insofern ist die Feststellungsklage auch begründet, weil der Eintritt eines weiteren Schadens, für den der Beklagte zu 2) einzustehen hat, somit wahrscheinlich ist (vgl. BGH, NJW 2000, 1256).

III.

Das Vorbringen des Beklagten zu 2) aus dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen, dem Beklagten zu 2) nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 26. September 2014 hat dem Senat keine Veranlassung gegeben, die geschlossene mündliche Verhandlung nach § 156 Abs. 1 ZPO wieder zu eröffnen.

B.



Die zulässige Berufung der Klägerin hat demgegenüber in der Sache ganz überwiegend Erfolg. Denn die Entscheidung des Landgerichts beruht insoweit auf einem Rechtsfehler (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen - mit Ausnahme der Zinsentscheidung - eine andere Entscheidung.

I.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 2006 in Höhe von 139.005,09 Euro, nämlich 116.811,00 Euro zuzüglich Umsatzsteuer (Klaganträge 1 und 2).

1. Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) ist die Geltung der VOB/B 2006 vereinbart (vgl. Ziffer 4 des Bauvertrags vom 5. März 2007; Bl. 34 Band I d.A.)

2. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, war das Werk der Beklagten zu 1) insofern mangelhaft, als von ihr blaue PVC-Fassadenplatten verarbeitet worden sind, die für diesen Einsatz nicht geeignet waren.

3. Die Beklagte zu 1) ist auch verantwortlich für den Mangel an der Fassade.

a. Die Haftung der Beklagten zu 1) ist nicht nach §§ 13 Nr. 3 1. V. m. 4 Nr. 3 VOB/B 2006 ausgeschlossen. Danach haftet der Auftragnehmer dann nicht nach § 13 Nr. 5 VOB/B, wenn ein Mangel zurückzuführen ist auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, soweit er eine Bedenkenanzeige im Sinne des § 4 Nr. 3 VOB/B angebracht hat.

Hier folgt die Vorgabe, die letztlich ungeeigneten Fassadenplatten zu verwenden, aus Nr. 03.010 des Leistungsverzeichnisses vom 26. November 2004 (Bl. 29 Band I d.A.), das dem Bauvertrag der Beklagten zu 1) mit der Klägerin (Ziffer 4 des Bauvertrags vom 5. März 2007; Bl. 33 Band I d.A.) zugrunde lag. Danach waren zur Fassadenverkleidung an der Gebäudeaußenseite "PVC-Trapezplatten aus dem Material Rhenoplast o. glw. in der Farbe RAL 5005, signalblau" einzusetzen. Allerdings hat die Beklagte zu 1), und das wird von ihr auch gar nicht behauptet, keine Bedenken hinsichtlich dieses Materials angemeldet.

b. Hierzu wäre sie im konkreten Fall jedoch verpflichtet gewesen. Der Bedenkenanzeige geht zwingend eine Prüfung der Leistungsbeschreibung durch den Auftragnehmer voraus. Wo die Prüfungspflicht des Auftragnehmers im Einzelfall einsetzt und wie weit sie reicht, lässt sich nicht abschließend in einer generellen Formel festhalten. Es kommt vielmehr auf die Verhältnisse und Umstände des jeweiligen Einzelfalles an. Entscheidend sind dabei das beim Auftragnehmer im Einzelfall vorauszusetzende branchenübliche Wissen, die Art und der Umfang der Leistungsverpflichtung und des Leistungsobjektes sowie die Person des Auftraggebers oder des zur Bauleitung bestellten Vertreters. Die Ausgestaltung der Hinweis- und Prüfungspflicht hängt weiter davon ab, welcher Pflichtenbereich des Auftragnehmers betroffen ist. So ist die Prüfungspflicht am stärksten hinsichtlich der vom Auftraggeber bereitgestellten Stoffe oder Bauteile, weil gerade auf diesem Gebiet die Sachkenntnis des

Auftragnehmers, der üblicherweise selbst die Stoffe und Bauteile bereitstellen und für deren Ordnungsgemäßheit einstehen muss, am größten ist. Dieser Bereich ist hier betroffen. Geringer ist der Umfang der Prüfungspflicht hinsichtlich der Vorleistungen anderer Unternehmer, da diese das eigentliche Fachgebiet des Auftragnehmers nur dort berühren, auf denen seine Leistung später unmittelbar aufbaut. Am geringsten ist die Prüfungspflicht dort, wo es um die vorgesehene Art der Ausführung geht, weil diese grundsätzlich dem Planungsbereich angehört, in dem der Auftraggeber regelmäßig einen eigenen Fachmann, nämlich einen bauplanenden Architekten oder Ingenieur beschäftigt. Dabei entfällt die Prüfungspflicht des Auftragnehmers im Allgemeinen, wenn der Auftraggeber einen Fachplaner oder Bauleiter bestellt hat, bei dem auf dem in Betracht kommenden Gebiet ein gegenüber dem Kenntnisstand des Auftragnehmers höheres Fachwissen vorauszusetzen ist (vgl. OLG Hamm, BauR 2003, 1052). Der Unternehmer wird seiner Prüfungs- und Anzeigepflicht allerdings nicht generell dadurch entoben, dass der Auftraggeber die Ausführung des Werkes durch einen Fachingenieur oder Architekten hat planen lassen. Auf die Planung eines Fachingenieurs oder Architekten darf sich der Unternehmer nur verlassen, wenn er dessen größerer Fachkunde vertrauen darf. Die Anforderungen an die Prüfungspflicht des Unternehmers würden nämlich überspannt, wenn man von ihm verlangen wollte, über die Prüfung der einem jeden Fachmann bekannten, dem Stand der Technik entsprechenden planerischen Konzeption hinaus auch noch die ordnungsgemäße Umsetzung der Konzeption zu überprüfen. Die Prüfungs- und Hinweispflicht entfällt deshalb, wenn sich der Auftragnehmer darauf verlassen kann, dass der fachkundige Auftraggeber selbst oder durch seine bauleitenden Vertreter ein bestimmtes Risiko erkannt und bewusst in Kauf genommen hat. Dies gilt insbesondere, wenn das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis auf der Planung von Sonderfachleuten beruht, die sich im Bewusstsein einer Problematik für eine bestimmte Art der Leistungsausführung entschieden haben (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 14. August 2009, 6 U 39/03, zitiert nach JURION).

Nach diesen Grundsätzen war die Beklagte zu 1) hier jedoch zu eigener Prüfung und Bedenkenanzeige verpflichtet. Dies folgt maßgeblich daraus, dass sich die Beklagte zu 1) nach Ziffer 13 des Bauvertrages vom 5. März 2007 (Bl. 34 Band I d.A.) vertraglich ausdrücklich selbst dazu verpflichtet hatte, die Eignung der Materialien für die Fassadenverkleidung zu prüfen. Sie hatte nämlich den rechnerischen Nachweis zu erbringen, dass die zu errichtende Außenverkleidung auf die meteorologischen Bedingungen des Einbauortes ausgelegt ist. Meteorologisch bedeutet "das Wetter betreffend". Hierunter sind alle durch das Wetter hervorgerufenen Erscheinungen zu fassen, also auch Licht und Wärme, die hier besonders schädliche Auswirkungen auf die blau gefärbten PVC-Platten hatten. Dieser vertraglich übernommenen Verpflichtung ist die Beklagte zu 1) jedoch ersichtlich nicht nachgekommen.

Ein Beratungsvertrag der Klägerin mit der Fa. ###, der auch die Beklagte zu 1) gegebenenfalls entlasten würde, ist wie ausgeführt - nicht festzustellen.

Außerdem kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte zu 1) an dem der Materialauswahl vorausgegangenem Entscheidungsprozess selbst unmittelbar beteiligt war. Vertreter der Beklagten zu 1) haben im August 2004 an Bauberatungen für das Bauvorhaben der Klägerin mitgewirkt, die unter anderem die Wahl der Materialien für die Außenfassade zum Gegenstand hatten, mitgewirkt.

Es besteht auch kein Grund, die Beteiligung der Beklagten zu 1) an der Materialauswahl geringer zu werten als die Beteiligung des Beklagten zu 2). Es kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte zu 2) als Ingenieur objektiv größere Fachkenntnis gehabt hat als die Vertreter der Beklagten zu 1), zumal hier Baumaterial in Rede steht, für das aber der Bauunternehmer üblicherweise größere Sachkenntnis besitzt, so dass dort an sich die stärkste eigene Prüfungspflicht besteht. Beide Beklagten haben sich hier indessen letztlich kritiklos mit den Anpreisungen zur Eignung der Lichtplatten durch den Vertreter der Fa. ### zufrieden gegeben. Außerdem gilt für die Beklagte zu 1) als langjährig erfahrenes Bedachungsunternehmen grundsätzlich in gleicher Weise wie für den Beklagten zu 2), dass sie auch ohne aufwändige Laboruntersuchungen hätte erkennen können, dass eine abweichend von der üblichen Verarbeitung - dunkel eingefärbte Platte mehr Licht und Wärme absorbiert als eine transparente Platte und dass etwaig größere Wärme auf Plastik einen negativen Einfluss haben könnte, so dass es insoweit zu Verformungen kommen könnte. Dabei traf die Beklagte zu 1) im vorliegenden Fall sogar eine gesteigerte Prüfungspflicht, weil es sich bei der vorgesehenen PVC-Platte, wie die Beklagte zu 1) selbst ausdrücklich vorgetragen hat, wegen der blauen Färbung um ein Unikat gehandelt hat. Denn dann durfte sie sich erst recht nicht auf bereits vorhandene bzw. mitgeteilte Erfahrungen des Herstellers vertrauen, sondern musste die Eignung selbst eingehend prüfen.

Auch aus dem Geschehen bis zum Abschluss ihres eigenen Bauvertrages mit der Klägerin konnte die Beklagte zu 1) nicht schließen, dass der Beklagte zu 2) die Eignung der blau gefärbten PVC-Platten der Fa. ### schon abschließend überprüft hatte. Zwar war der Beklagten zu 1) ein von dem planenden Ingenieur, dem Beklagten zu 2), erstelltes Leistungsverzeichnis vorgegeben worden, das erst mehrere Monate nach den gemeinsamen Baubesprechungen im August 2004, nämlich am 28. Oktober 2004, erstellt worden ist und gerade unter Ziffer 03.010 die Position "Fassadenverkleidung aus PVC-Trapezplatten aus dem Material Rhenoplast o. glw. mit der Farbe RAL 5005, signalblau" vorsah. Auch wussten die Vertreter der Beklagten zu 1), dass die Fa. ### im August 2004 für die Eignung der blau gefärbten PVC-Platten Referenzobjekte benannt hatte. Deswegen hätte nach dem äußeren Anschein in Betracht kommen können, dass der Ingenieur zwischenzeitlich die gebotene Fachprüfung abschließend durchgeführt hatte. Dies hat die Beklagte zu 1) aber nicht von ihren eigenen gesteigerten Prüfpflichten entbunden. Sie hätte jedenfalls bei dem Beklagten zu 2) nachfragen müssen, ob die erforderliche Fachprüfung tatsächlich durchgeführt worden ist. Sie hätte insbesondere sicherstellen müssen, dass der Architekt den mitgeteilten Referenzen nachgegangen ist bzw. die erforderlichen Fachinformationen oder Garantien eingeholt hat, um die Eignung des Materials verbindlich zu klären. Dies gilt umso mehr, als die seinerzeitige Entscheidungsfindung im August 2004 - wie im Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme festgestellt - nur mit einer außerordentlich geringen Prüftiefe verbunden war, bei der der Architekt ersichtlich gerade keine besondere, der Beklagten zu 1) überlegene Kompetenz gezeigt hatte.

4. Die Klägerin hat der Beklagten zu 1) mit ihrem Schreiben vom 6. Dezember 2012 gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 2006 fruchtlos eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis zum 28. Februar 2013 gesetzt.

5. Unstrittig steht als Mindestaufwand für die Beseitigung des Mangels der Betrag in Höhe von 139.005,09 Euro (inkl. USt.) fest.

6. Der Architekt und der Unternehmer sind im Umfang ihrer Haftung Gesamtschuldner (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 176), hier also wegen der Kosten der Mängelbeseitigung. Keine Gesamtschuld besteht hinsichtlich der Umsatzsteuer, die die Klägerin auch nur von der Beklagten zu 1) auf den geltend gemachten Kostenvorschussanspruch verlangt.

7. Der Klägerin stehen außerdem Prozesszinsen gemäß § 291 BGB ab dem Tag der Zustellung der Klage an die Beklagte zu 1) zu, nämlich ab dem 28. März 2013, allerdings nur in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB. Die Voraussetzungen für einen Zinssatz von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB in der bis zum 28. Juli 2014 gehenden Fassung liegen für den gegen die Beklagte zu 1) geltend gemachten Kostenvorschussanspruch allerdings nicht vor. Dieser zählt ebenfalls nicht zu den Entgeltforderungen im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB.

II.

Schließlich ist auch in dem erkannten Sinne festzustellen, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, der Klägerin diejenigen Aufwendungen und Kosten zu ersetzen, die zur Beseitigung der Mängel an der Außenfassade der Produktionshalle entstehen werden und über den Betrag in Höhe von 116.116.811 Euro (ohne USt.) hinausgehen (Klaganträge 3 und 4).

Die Feststellungsklage ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Zwar folgt aus dem auch in die Zukunft gerichteten Wesen einer Klage auf Kostenvorschuss, dass ein Vorschussurteil gleichzeitig auch Elemente eines Feststellungsurteils enthält. Dem Grunde nach wird die Verpflichtung des Auftragnehmers festgestellt, die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu tragen, auch wenn das so im Tenor des Urteils keinen Ausdruck findet. Diese Feststellung bezieht sich grundsätzlich nicht nur auf Nachforderungen in Form eines weiteren Vorschusses, sondern auch auf solche bei der Sanierung angefallenen, den gezahlten Vorschuss übersteigenden Selbstvornahmekosten. Der Auftragnehmer muss so lange mit Nachforderungen rechnen, wie die Kosten der Mängelbeseitigung nicht endgültig feststehen. Die Vorschussklage ist daher regelmäßig so zu verstehen, dass gleichzeitig die Nachschusspflicht des Auftragnehmers für den Fall festgestellt werden soll, dass der ausgeurteilte Vorschuss nicht ausreicht. Dementsprechend ist neben der Vorschussklage eine Feststellungsklage eigentlich entbehrlich. Wird sie dennoch erhoben, hat sie lediglich klarstellende Funktion (vgl. BGH, WW 2009, 60).

Keine durchgreifenden Zweifel an der Zulässigkeit der beiden Feststellungsanträge folgen außerdem daraus, dass sie hinsichtlich der Beklagten zu 1) an sich teilweise auf identische Ziele gerichtet sind. Mit beiden Anträgen soll die Verpflichtung der Beklagten zu 1) festgestellt werden, weitergehende Mängelbeseitigungskosten zu erstatten, bei Klagantrag 3 solche Kosten, die 116.811,00 Euro übersteigen, bei Klagantrag 4 solche Kosten, die 139.005,09 übersteigen. Da der Feststellungsantrag bzgl. der 116.811,00 Euro übersteigenden Mängelbeseitigungskosten gegen beide Beklagten als Gesamtschuldner gerichtet ist, der Beklagte zu 2) anders als die Beklagte zu 1) jedoch keine Umsatzsteuer schuldet, § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB, legt der Senat die beiden Anträge wie folgt aus: Gegen beide Beklagten als Gesamtschuldner verfolgt die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung höherer Mängelbeseitigungskosten als 116.811,00 Euro (ohne Umsatzsteuer). Nur gegenüber der Beklagten zu 1) verfolgt die Klägerin die Feststellung

der Verpflichtung zur Zahlung der gesetzlichen Umsatzsteuer auf alle Mangelbeseitigungskosten, die 116.811,00 Euro (ohne Umsatzsteuer) übersteigen.

Die Feststellungsklage ist auch begründet. Aus den bei der Haftung des Beklagten zu 2) dargestellten Gründen ist es wahrscheinlich, dass die von den Beklagten zu erstattenden Mangelbeseitigungskosten höher als 116.811,00 Euro sein werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 Abs. 1, 100 Abs. 3, Abs. 4, 101 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Entscheidung über die Festsetzung des Gebührenstreitwerts in Höhe von 148.525,09 Euro ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1, 45 Abs. 2, Abs. 1 Satz 3 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO. Der Senat hat für die Klaganträge 1 und 2 den verlangten Zahlbetrag in Höhe von 116.811,00 Euro und 22.194,09 Euro zugrunde gelegt. Hinsichtlich der Klaganträge 3 und 4 waren mangels näherer Anhaltspunkte im Ausgangspunkt geschätzte mögliche Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 10.000,00 Euro anzusetzen sowie die darauf entfallende Umsatzsteuer (1.900,00 Euro). Nach einem Abschlag von 20 % (2.380,00 Euro), weil Feststellungsanträge in Rede stehen, folgt daraus ein Wert in Höhe von 9.520,00 Euro, nach Abzug der darin enthaltenen Umsatzsteuer 7.711,20 Euro. Insofern waren den Klaganträgen 3 und 4 die Werte 7.711,20 und 1.808,80 Euro beizumessen.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht vor.