Entscheidung im Volltext

Fundstellen: **IBR 2006, 1435; IBR 2006, 1438; IBR 2006, 153; IBR 2006, 156; IBR 2006, 215; BauR 2006, 400**

Kammergericht

Geschäftsnummer: 27 U 267/03

verkündet am: 6. Januar 2005

Im Namen des Volkes

BGB a.F. §§ **242, 422, 423, 635, 776**; HOAI § **15**

1. Der mit der Leistungsphase 8 des § 15 HOAI beauftragte Architekt ist verpflichtet, bei einer vorgehängten Natursteinfassade zumindest stichprobenartig die Vorgaben der Statik hinsichtlich ihrer Verankerung sowie die Haltbarkeit und Kraftschlüssigkeit der eingebauten Gerüstanker zu überprüfen.

2. Welcher von mehreren Gesamtschuldnern in Anspruch genommen wird, steht in der freien Entscheidung des Gläubigers (hier: des Bauherrn). Daher kann der in Anspruch genommene Gesamtschuldner (hier: Architekt) grundsätzlich nicht entgegenhalten, der Gläubiger habe Sicherheiten, die von dem anderen Gesamtschuldner (hier: GU) gestellt waren, freigegeben.

3. Die fehlerhafte Rechnungsprüfung des mit der Leistungsphase 8 des § 15 HOAI beauftragten Architekten ist ein Mangel des Architektenwerks. Ein Schadensersatzanspruch aus mangelhafter Rechnungsprüfung beinhaltet die Rückerstattung des zu viel gezahlten Werklohns.

4. Der mit der Leistungsphase 8 des § 15 HOAI beauftragte Architekt hat im Rahmen seiner Objektüberwachungspflicht in der Regel das eingebaute Dämmmaterial durch Prüfung und Kontrolle vor Ort auf Übereinstimmung mit den Anforderungen an den Brandschutz nach örtlichen Bauvorschriften und dem Leistungsverzeichnis zu untersuchen.

5. Der mit der Objektüberwachung beauftragte Architekt hat gesteigerte Überwachungspflichten im Bereich der Trittschalldämmung und des Brandschutzes.

KG, Urteil vom 06.01.2005 - 27 U 267/03

BGH, Beschluss vom 20.05.2005 - **VII ZR 39/05** (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

...

hat der 27. Zivilsenat des Kammergerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Kowalski, den Richter am Kammergericht Schneider und die Richterin am Kammergericht Dr. Caasen-Barckhausen

für Recht erkannt:

Auf die Berufungen der Parteien und des Streithelfers der Klägerin sowie die Anschlussberufung der Beklagten zu 2 wird das am 19. November 2002 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 21 O 529/01 - unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen geändert und wie folgt neu gefasst:

1. Das Vorbehalts-Teil-Urteil des Landgerichts Berlin vom 27. Juni 2002 - 21 O 529/01 - wird aufgehoben, die Klagen werden abgewiesen und der Antrag der Klägerin auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § **717 Abs. 2 ZPO wird zurückgewiesen.**

2. Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten werden verurteilt,

a) an die Beklagte zu 1 als Gesamtschuldner 2.126.096,50 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz auf

1.927.667,21 EUR seit dem 8. Februar 2002 und auf 198.429,29 EUR seit dem 21. März 2003 zu zahlen,

b) an die Beklagte zu 2 als Gesamtschuldner 7.435,97 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz auf 5.879,13 EUR seit dem 29. Oktober 2002 und auf 1.556,84 EUR seit dem 2. April 2003 zu zählen.

3. Die Klägerin wird ferner verurteilt,

a) an die Beklagte zu 1 weitere 469.580,07 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 18. September 2002 zu zahlen (§ **302** Abs. 4 ZPO),

b) an die Beklagte zu 2 weitere 12.805,79 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 18. September 2002 zu zahlen (§ **302** Abs. 4 ZPO).

Im Übrigen werden die Widerklage und die Drittwiderklage abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz haben zu tragen:

a) von den Gerichtskosten

die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner 51,79%, darüber hinaus die Klägerin 12,51%, die Beklagte zu 1 35,37%, die Beklagte zu 2 0,33%;

b) von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin

die Klägerin 64,30%
die Beklagte zu 1 35,37%,
die Beklagte zu 2 0,33%;

der Beklagten zu 1
die Beklagte zu 1 35,67%,
die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner 52,06%,
die Klägerin darüber hinaus 12,27%;

der Beklagten zu 2
die Beklagte zu 2 40,41%
die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner 19,17%
die Klägerin darüber hinaus 40,42%

die Drittwiderbeklagten
die Drittwiderbeklagten 69%
die Beklagte zu 1 31%

Von den Kosten des Rechtsstreits 2. Instanz haben zu tragen:

a) von den Gerichtskosten

die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner 77,30%,
die Klägerin darüber hinaus 16,00%,
die Beklagte zu 1 6,70%,

b) von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin

die Klägerin 93,30%
die Beklagte zu 1 6,70%.

der Beklagten zu 1
die Beklagte zu 1 6%,

die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner 77,59%
die Klägerin darüber hinaus 15,69%;

der Beklagten zu 2
die Beklagte zu 2 3,11% die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner 37,37%
die Klägerin darüber hinaus 59,52%

der Drittwiderbeklagten
die Drittwiderbeklagten 92%
die Beklagte zu 1 8%

Von den Kosten der Nebenintervention in 2. Instanz haben die Beklagte zu 1 6,7% und der Nebenintervenient 93,30% zu tragen.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

6. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Es wird zunächst Bezug genommen auf den Tenor und Tatbestand des rechtskräftigen Vorbehalts-Teil-Urteils des Landgerichts Berlin vom 27. Juni 2002. Wegen der Weiteren Einzelheiten des Vortrages der Parteien in erster Instanz, der dort gestellten Anträge, des Urteilstenors und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Schlussurteil Bezug genommen, welches den Parteien am 3. Dezember 2002 zugestellt worden ist. Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben dagegen am 20. Dezember 2002 Berufung eingelegt und sie nach Fristverlängerung am 25. Februar 2003 begründet. Die Streithelferin der Klägerin hat am 3. Januar 2003 Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung am 3. März 2003 begründet. Die Beklagte zu 1 hat am 27. Dezember 2002 Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung am 3. März 2002 begründet. Die Beklagte zu 2 hat am 26. März 2003 Anschlussberufung mit Begründung eingelegt und diese nach förmlicher Zustellung der Berufungsbegründung der Klägerin und Drittwiderbeklagten am 23. Juli 2004 wiederholt.

Die nunmehr insolvente Generalunternehmerin, die P Aktiengesellschaft (im Folgenden: P) hatte der Beklagten zu 1 Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern der H AG vom 13. Dezember 1996 über 6.411.800,- DM und der G AG vom 10. Januar 1997 über 3.205.900,- DM als Sicherheit übergeben. Am 19. Juni 2000 verminderten P und die Beklagte zu 1 im Rahmen eines Vergleichs vor dem Landgericht Berlin - 11 O 548/99 - (Anlage B 16.6) diese von 15% des Auftragswertes auf 10%. Die Beklagte zu 1 zog die Bürgschaften in vollem Umfang. Am 30. März 2004 schlossen die Beklagte zu 1 und die H G - letztere zugleich für die G AG - unter Beteiligung des Insolvenzverwalters der Generalunternehmerin vor dem Landgericht Frankfurt/Main einen bestandskräftigen Vergleich (Bd. V Bl. 46), in dem sie übereinkamen, dass die Beklagte zu 1 von dem auf erstes Anfordern erhaltenen Bürgschaftsbetrag von 3.278.300,77 EUR einen Teilbetrag in Höhe von 1.560.000,- EUR zurückzahlt und ein Betrag von 1.718.300,77 EUR bei ihr verbleibt. Zugleich verzichteten die Beklagte zu 1 und der Insolvenzverwalter sowie die Generalunternehmerin auf gegenseitige Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Bauvorhaben.

Die Beklagte zu 1 hat mit undatierter Vereinbarung - Anlage B 243 - Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin wegen Mängeln an den Abhängungen der Lichtdecken im Gebäudeteil K.straße 4 an die Beklagte zu 2 abgetreten. Zuvor hatte diese ihre Ansprüche aus dem Vertrag vom 1. August 1995/2. April 1996 für Architektenleistungen zur Errichtung des Diplomatencenters II, K.straße 4-7, mit Ausnahme von Ansprüchen wegen Fehlern im Bereich der Lichtdecken über 35.734,- DM netto an die Beklagte zu 1 abgetreten.

Die Klägerin und der Streithelfer begehren mit ihren Berufungen das Vorbehalts-Teil-Urteil vom 27. Juni 2002 für vorbehaltlos zu erklären und die Widerklage vollständig abzuweisen. Die Klägerin verlangt ferner die Rückzahlung der zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem angefochtenen Urteil an die Beklagten geleisteten Beträge

nebst Zinsen. Die Drittwiderbeklagten verfolgen mit ihrer Berufung ihren Antrag auf Abweisung der Drittwiderklage weiter.

Die Klägerin, ihr Streithelfer und die Drittwiderbeklagten wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie sind der Ansicht, dass sie ein Überwachungsverschulden an den festgestellten Mängeln der Arbeiten von P nicht treffe. Im Übrigen hätten auch umfangreichere Mängelrügen den eingetretenen Schaden im Bereich der Fassaden und der übrigen streitgegenständlichen Bauteile nicht verhindern können, da die Bauherren aus Termingründen darauf gedrängt hätten, den Generalunternehmer P nicht durch Ersatzvornahme oder Baustopps an der Erbringung der Leistung zu hindern, sondern die Mängel nur zu dokumentieren und später gegebenenfalls einen Rückbau vornehmen zu lassen. Die Beklagten hätten unter Berücksichtigung der vorzunehmenden Gesamtbilanz auch gar keinen Schaden erlitten. Bei Gegenüberstellung der Güterlagen gemäß der Differenzhypothese seien auch dem Bauherren zugeflossene Gelder (Bürgschaften H und G AG), wegen Kündigung nicht gezahlter Werklohn, Einbehalte und treuwidrig nicht gesicherte Werte zu berücksichtigen. Im Einzelnen wird auf die Aufstellung der Anlage S 3 zum Schriftsatz des Streithelfers vom 17. September 2004 (Bd. VI Bl. 21) Bezug genommen.

Hilfsweise erklärt die Klägerin gemäß Schriftsatz vorn 28. September 2004 (Bd. VI Bl. 33) die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Pflichtverletzung der Beklagten in Bezug auf die Wahrnehmung und Sicherung von gewährten Sicherheiten bzw. Einbehalten.

Die Klägerin und der Streithelfer rügen schließlich die Aktivlegitimation der Beklagten zu 2. Diese habe zwar die Klägerin mit den Architektenleistungen für die K.straße 4 beauftragt. Ein möglicher Schaden hingegen sei allein bei der Beklagten zu 1 als alleinige Eigentümerin der Grundstücke eingetreten, die mit P den Bauvertrag geschlossen habe.

Die Klägerin beantragt,

1. das angefochtene Urteil abzuändern und

a) das Vorbehalts-Teil-Urteil vom 27. Juni 2002 für vorbehaltlos zu erklären,

b) die Widerklage vollständig abzuweisen,

c) die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 132.481,08 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 21. März 2003 und weitere 1.530.733,48 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 4. April. 2003 zu zahlen (§ 717 Abs. 2 ZPO),

2. die Berufungen der Beklagten und deren Rückforderungsanträge (§ 302 Abs. 4 ZPO) zurückzuweisen:

Die Drittwiderbeklagten beantragen,

1. das angefochtene Urteil abzuändern und die Drittwiderklage vollständig abzuweisen,

2. die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen.

Der Streithelfer der Klägerin beantragt,

1. das Schlussurteil des Landgerichts Berlin vom 19. November 2002 abzuändern und

a) das Vorbehalts-Teil-Urteil des Landgerichts Berlin vom 27. Juni 2002 für vorbehaltlos zu erklären,

b) die Widerklage und die Drittwiderklage abzuweisen,

2. die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen,

3. - hilfsweise - die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an. das Landgericht Berlin zurückzuverweisen.

Die Beklagte zu 1 beantragt,

1. das angefochtene Urteil abzuändern und

a) die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihr über die vom Landgericht ausgeurteilten 1.590.270,30 EUR hinaus weitere 730.423,89 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 8. Februar 2002 auf 573.448,31 EUR und seit Zustellung der Berufungsbegründung (21. März 2003) auf die restlichen 156.975,58 EUR zu zahlen, ferner an sie auf die vom Landgericht ausgeurteilten 1.590.270,30 EUR 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 8 Februar 2002 zu zahlen,

b) die Klägerin zu verurteilen, an sie weitere 469.580,07 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 18. September 2002 zu zahlen (§ 302 Abs. 4 ZPO),

2. die Berufungen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten sowie des Streit Helfers der Klägerin und die Rückforderungsanträge (§ 717 Abs. 2 ZPO) zurückzuweisen.

- Die Beklagte zu 1 begehrt von der Klägerin und den Drittwiderbeklagten über das erstinstanzlich zugesprochene Urteil hinaus die Zahlung weiterer 730.423,89 EUR. Dieser Betrag und ihre in zweiter Instanz insgesamt geltend gemachte Schadensersatzforderung von 2.775.077,66 EUR berechnen sich wie folgt:

A. SE-Position LG-Urteil Klageerweiterung Gesamtforderung zugesprochen in 2. Instanz in 2. Instanz

1. Naturfassade 1.111.818,17 EUR 132.521,55 EUR 1.244.339,72 EUR

2. Dachdämmung 625.442,02 EUR 625.442,02 EUR

3. Brandwandfugen 75.493,15 EUR 75.493,15 EUR

4. Wohnungseingangs-

türen- Brandschutz 7:413,73 EUR 24.454,03 EUR 31.867,76 EUR

5. Gerüst, Krahn 224.486,70 EUR 224.486,70 EUR

2.044.653,77 EUR 156.975,58 EUR 2.201.629,35 EUR

Klageforderung 454.383,47 EUR

1.590.270,30 EUR

B. LG-Urteil

abgewiesen

1a) Natursteinfassade 77,52 EUR 77,52 EUR

6. Fehlerhafte Freigabe

der 31. Abschlags-

rechnung 731.273,67 EUR 58.602,62 EUR

7. Wohnung 8.1./K4 78.381,05 EUR 41.453,71 EUR 119.834,76 EUR

8. Wohnungstrenndecken

(K 4) 406.423,06 EUR 394.933,41 EUR

41.453,71 EUR 573.448,31 EUR

A. + B. 198.429,29 EUR 2.775.077,66 EUR

Klageforderung ./ 454.383,47 EUR

LG -zugesprochen- ./ 1.590.270,30 EUR

Mit der Berufung darüber hinaus geltend gemacht 730.423,89 EUR

Darüber hinaus begehrt die Beklagte zu 1 (auch) auf die ihr bereits vom Landgericht zugesprochene Forderung

Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz und von der Klägerin verlangt sie schließlich ferner die Rückzahlung des an sie zur Abwehr der Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehalts-Teil-Urteil am 18. September 2002 geleisteten Betrages von 469.580,07 EUR.

Die Beklagte zu 1 wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt darüber hinaus vor, dass ihr auch nach der von der Klägerin geforderten Gesamtbilanz ein wesentlich höherer als der mit der Widerklage geltend gemachte Nachteil entstanden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 2. August 2004, Seite 10-19 (Bd. V Bl. 61-69) und die Anlagen B 233, B 239 Bezug genommen.

Die Beklagte zu 2 beantragt,

1. das angefochtene Urteil abzuändern und

a) die Klägerin und die Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihr über die vom Landgericht ausgeurteilten 5.879,13 EUR hinaus weitere 2.203,57 EUR sowie 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29. Oktober 2002 auf 5.879,13 EUR und seit Zustellung der Anschlussberufung - 2. April 2003.- auf die weiteren 2.203,57 EUR zu zahlen,

b) die Klägerin zu verurteilen, ihr weitere 12.805,79 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 18. September 2002 zu zahlen (§ 302 Abs. 4 ZPO),

2. die Berufungen der Klägerin, Drittwiderbeklagten und des Streithelfers zurückzuweisen.

Die Beklagte zu 2 hat im Wege der Anschlussberufung ihre Widerklage um 2.203,57 EUR erweitert. Sie begehrt ebenfalls Rechtshängigkeitszinsen von 5% über dem Basiszinssatz und macht darüber hinaus einen Anspruch auf Rückzahlung des an die Klägerin zur Abwehr der Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehalts-Teil-Urteil am 28. September 2002 geleisteten Betrages von 12.805,79 EUR geltend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien sowie des Streithelfers wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen.

Die Berufung der Parteien und des Streithelfers sind jeweils zum Teil begründet.

Das Landgericht hat das Vorbehalts-Teil-Urteil vom 27. Juni 2002 zu Recht aufgehoben und die Klagen abgewiesen, weil die Honorarforderungen der Klägerin durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen der Beklagten gemäß § 635 BGB erloschen sind. Die Widerklagen und die Drittwiderklagen der Beklagten sind wegen der ihnen darüber hinaus zustehenden Schadensersatzansprüche in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang begründet.

I.

Entgegen der Ansicht der Klägerin, ihres Streithelfers und der Drittwiderbeklagten ist die Geltendmachung der durch die fehlerhafte Freigabe der 31. Abschlagsrechnung und der durch die mangelhafte Bauüberwachung der Leistungen des Generalunternehmers P entstandenen Überzahlungen und Mängelbeseitigungskosten - unabhängig vom Bestehen der Ansprüche dem Grunde nach - nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass der Schaden durch andere den Beklagten zugeflossene Vermögenswerte bzw. treuwidrig nicht gesicherte Werte kompensiert worden ist.

1. Die Gesamtauftragssumme einschließlich der Nachträge beträgt unstreitig 66.011.856,- DM netto. Hiervon abzusetzen sind Zahlungen entsprechend den Angaben in der Schlussrechnung P vom 18. April 2002, Seite 18

(Anlage B 230) in Höhe von 52.558.286,71 DM netto einschließlich der nachgewiesenen Zahlung von 114.616,77 DM aufgrund der 31. Abschlussrechnung (Anlage B 4), so dass der Beklagten zu 1 für die mangelfreie Erstellung des Bauvorhabens noch ein Betrag von 13.453.569,29 DM zur Verfügung stünde. Nach dem Vergleich vom 3. März 2004 vor dem Landgericht Frankfurt/Main (Bd. V Bl. 46) sind an P keine weiteren Zahlungen mehr zu leisten. Der von der Klägerin vorgetragene geringere Zahlbetrag (52.045, 757,33 DM) ist der 31. Abschlussrechnung entnommen und berücksichtigt nicht die auf die Nachträge geleisteten Abschlusszahlungen von 517.440,55 DM brutto, die aber bei einer Gesamtschau ebenfalls anzurechnen sind (vgl. Schlussrechnung, Seite 18 - Anlage B 230).

Dem stehen unstrittige Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 15 163.711,-- DM und unstrittige Restleistungen zur Fertigstellung des Bauvorhabens in Höhe von 13.579.857,-- DM, insgesamt also 28.743.568,-- DM gegenüber. Hiervon abzuziehen ist der Bürgschaftsbetrag in Höhe von 3.360 704,20 DM, der der Beklagten zu 1 gemäß Vergleich vom 30. März 2004 zur Schadensminderung zu Verfügung steht.

Die gebotene Gegenüberstellung der Güterlage der Beklagten zu 1 bei gedacht mangelfreier Erstellung des geschuldeten Werkes mit der infolge der Schadensereignisse entstandenen Güterlage ergibt danach einen Gesamtschaden von 11.929.294 51 DM, wobei die bestrittenen Verzugsschäden in Höhe von 10.747.971,-- DM, derer die Beklagte zu 1 sich berührt, noch nicht einmal berücksichtigt sind. Der so ermittelte Gesamtschaden liegt weit über den streitgegenständlichen Schadensersatzansprüchen der Beklagten. Eine Schadenskompensation hat insoweit nicht stattgefunden.

2. Ein bei Gegenüberstellung der Güterlagen zu berücksichtigender Freistellungs- oder Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen Verminderung oder Aufgabe von Sicherheiten durch den Vergleich vom 30. März 2004 vor dem Landgericht Frankfurt/Main und den Vergleich vom 19. Juni 2000 vor dem Landgericht Berlin oder wegen Verminderung des Druckzuschlages steht der Klägerin nicht zu.

Im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner ist der Gläubiger bei der Auswahl des Schuldners, gegen den er vorgehen will, grundsätzlich nicht verpflichtet, auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen. Ein Erlass wirkt gegenüber den übrigen Schuldnern nur, wenn die Parteien das ganze Schuldverhältnis haben aufheben wollen (§ 423 BGB). Dies ist vorliegend ersichtlich nicht der Fall. Aber auch die Aufgabe von Sicherheiten führt in der Regel nicht, wie im Bürgschaftsrecht (§ 766 BGB); zu einer Haftungsbefreiung des Schuldners, soweit er aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz verlangen können: Denn § 776 BGB ist eine Ausnahmegvorschrift, die der besonderen Lage des Bürgen Rechnung trägt, der nur für eine fremde Verbindlichkeit eintreten soll. Eine analoge Anwendung des § 776 BGB zugunsten eines Gesamtschuldners scheidet aus (OLG Hamm ZIP 1983, 922/923). Deshalb kann dem Gläubiger unter Berücksichtigung der ihm gegenüber dem Gesamtschuldner obliegenden Schutz- und Fürsorgepflichten die Aufgabe von Sicherheiten nur dann entgegengehalten werden, wenn sein Handeln sich aufgrund weiterer Umstände als treuwidrig darstellt und damit den Einwand der Arglist begründet. Hierfür wäre vorliegend erforderlich gewesen, dass die Beklagte zu 1 die Klägerin planmäßig um die Sicherung ihres Ausgleichsanspruchs gegen P (§§ 426 Abs. 2 Satz 1, 412, 401 BGB) hat bringen wollen, ohne dass ihr schutzwürdige Interessen zur Seite gestanden hätten (BGH NJW 1983, 1423/1424). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor und werden von der Klägerin auch nicht vorgetragen. Gegen ein rechtsmissbräuchliches Handeln der Beklagten zu 1 spricht vielmehr, dass der Vergleich vom 30. März 2004 vor dem Landgericht Frankfurt/Main der Beendigung eines Rechtsstreits diene, in dem es um die Inanspruchnahme der Bürgschaften vorrangig wegen Ansprüche der Beklagten zu 1 gegen P ging, die nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind und für die auch keine gesamtschuldnerische Haftung der Klägerin bestand.

Entsprechendes gilt für den Vergleich der Beklagten zu 1 mit P vom 19. Juni 2000 vor dem Landgericht Berlin, durch den die Vertragserfüllungsbürgschaften von 9.614.700,-- DM auf 6.411.799,-- DM reduziert wurden. Dieser Vergleich resultierte aus der seinerzeitigen Unsicherheit betreffend die Wirksamkeit der Sicherungsabrede. Die Beklagte zu 1 hatte insoweit ein schutzwürdiges Interesse an dem Vergleichsabschluss. Ein gezielt treuwidriges Handeln zum Nachteil der Klägerin kann ihr deshalb nicht unterstellt werden.

Die Geltendmachung der durch die Überwachungsfehler der Klägerin entstandenen Mängelbeseitigungskosten ist schließlich auch nicht deswegen treuwidrig, weil die Beklagte zu 1 gegen ausdrückliche Empfehlung der Klägerin den Druckzuschlag für vorhandene Baumängel von 300% auf 200% reduziert und an den Generalunternehmer insoweit 2.202.600,-- DM netto ausgezahlt hat. Denn die Beklagte zu 1 war nicht verpflichtet, Geld einzubehalten, um einen etwaigen späteren Schaden zu mindern, den der Generalunternehmer oder der Architekt - verursacht hat, so dass die Herabsetzung des einbehaltenen Betrages nicht vorwerfbar ist.

II.

Zu den einzelnen Positionen:

1. Freigabe der Abschlagszahlung in Höhe von 114.616,77 DM (58.602,62 EUR), 31. Abschlagsrechnung.

Die Beklagte zu 1 hat gegen die Klägerin und die Drittwiderbeklagten einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 635 BGB wegen des von der Klägerin in der 31. Abschlagsrechnung freigegebenen und später in Höhe von 114.616,77 DM (58.606,62 EUR) ausgezahlten Betrages. Die Drittwiderbeklagten haften als Gesellschafter der Klägerin kraft Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (analog § 128 HGB).

Nach den mit den Beklagten abgeschlossenen Architektenverträgen oblag der Klägerin im Rahmen der Leistungsphase 8 des § 15 HOAI unstreitig auch die Rechnungsprüfung. Sie hatte also jeweils festzustellen, ob die in Rechnung gestellten Leistungen rechnerisch, vertragsgemäß und fachtechnisch einwandfrei sind. Diese Pflicht des Architekten bezieht sich auch auf Abschlagszahlungen (vgl. Locher/Koebler/Frik, HOAI, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 219). Die Klägerin hat ihre Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Rechnungsprüfung hier verletzt, indem sie die 31. Abschlagsrechnung aufgrund einer zu hohen Bewertung des tatsächlichen Leistungsstandes zur Zahlung freigab. Der 31. Abschlagsrechnung lag der "einvernehmlich festgestellte Leistungsstand", Stand 31. August 1999 (Anlage B 3) zugrunde, der einen tatsächlich erbrachten Leistungsstand von 57.666.938,- DM auswies. Eine spätere Überprüfung durch die B (Anlage B 5) ergab einen tatsächlich errechneten Leistungsstand von 56.236.691,- DM, mithin eine Differenz von 1.430.247,- DM. Ursache für diese Differenz war, dass bei der Ermittlung des Leistungsstandes für die 31. Abschlagsrechnung rückgestellte Leistungen im Bereich raumtechnische Anlagen, Sanitär, Elektro und Spektral nicht berücksichtigt worden sind, also Leistungen aus dem Bereich technische Gebäudeausrüstungen (§ 68 HOAI). Fachplaner der technischen Ausrüstung war die B GmbH, die der Klägerin das entsprechende Zahlenwerk übermittelt hatte. Der Klägerin oblag entsprechend § 7, 8 der Architektenverträge (Anlagen KI, K 2, K die fachtechnische Gesamtkoordination der anderen am Bau Beteiligten und die Darstellung des aktuellen Leistungsstandes als Grundlage von Abschlagszahlungen. Bei der Einstellung der von B übermittelten Prozentsätze zum Leistungsstand übersah sie, dass sich die Prozentsätze auf das laut Bauvertrag geschuldete Leistungsvolumen bezogen, statt; wie es richtig gewesen wäre, auf das um die Rückstellungen verminderte Leistungsvolumen. Bei Rückstellungen zum Beispiel von 50% des ursprünglichen Auftragsvolumens konnten nicht 95% des ursprünglichen Auftragsvolumens geleistet worden sein. Dies hätte die Klägerin, wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat, anhand des ihr bekannten Zahlenmaterials, insbesondere der "Bewertung der zurückgestellten Ausbauleistungen-Zusammenstellung" vom 28. Mai 1999, in der die einzelnen Rückstellungen aufgeführt und mit insgesamt 4.228.020,58 DM angegeben sind, unschwer erkennen können und müssen. Dass sie von den Rückstellungen Kenntnis hatte, ergibt sich nicht zuletzt aus ihrer eigenen Zusammenstellung auf Seite 1 der 31. Abschlagsrechnung in der sie Einbehalte wegen zurückgestellter Leistungen " in abgerundeter Höhe von 4.000.000,- DM bei Ermittlung der Netto-Restsumme berücksichtigt hat.

Durch die fehlerhafte Rechnungsprüfung der Klägerin, die schuldhaft war und einen Mangel des Architektenwerkes gemäß § 633 BGB darstellt, ist der Beklagten zu -1 ein Schaden in Höhe der freigegebenen Abschlagszahlung von 114.616,77 DM entstanden.

Ein Schadensersatzanspruch aus mangelhafter Rechnungsprüfung beinhaltet die Rückerstattung des zuviel gezahlten Werklohns. Allerdings steht eine tatsächliche Überzahlung nicht bereits dann fest, wenn im Rahmen einer für die Werklohnansprüche vorläufigen Abschlagszahlungsprüfung der tatsächliche von dem ermittelten Leistungsstand abweicht und aufgrund dessen eine Zahlung erfolgt ist. Abschlagszahlungen werden lediglich als Rechnungsposten in eine spätere Schlussrechnung eingestellt, mithin bedarf es einer Gesamtabrechnung. Maßgebend ist hierbei bei mangelbedingter Kündigung des gesamten Bauvertrages die Abrechnung der beiderseitigen Leistungen. Hierzu zählen die erbrachten Leistungen, Mängelbeseitigungs- und Fertigstellungskosten sowie erfolgte Zahlungen. Diese Berechnung ergibt, wie oben dargelegt, eine Überzahlung von P die bei ordnungsgemäßer Prüfung der 31. Abschlagsrechnung jedenfalls um den auf diese Rechnung gezahlten Betrag von 114.616,77 DM geringer gewesen wäre.

2. Natursteinfassade

Die Beklagte zu 1 hat gegen die Klägerin und die Drittwiderbeklagten wegen mangelhafter Überwachung der

Errichtung der Natursteinfassade an den Gebäuden M 14 - K1 und K5 - K7 einen Anspruch gemäß § 635 BGB auf Ersatz des ihr dadurch entstandenen Schadens in Höhe von 2.313.268,56 DM (1.182.755,44 EUR).

a) Ausweislich des von der Klägerin und den Drittwiderbeklagten nicht substantiiert angegriffenen Gutachtens des I GmbH - vom 21. Dezember 2000 (Anlage B 6) sind sämtliche Natursteinfassaden mangelhaft montiert und nicht als dauerhaft standsicher anzusehen. Grund hierfür sind zahlreiche in dem Gutachten dokumentierte handwerkliche Fehler, nicht den Vorgaben der Statik entsprechende Verankerungen, die Verwendung nicht vorgesehener, unfachmännisch hergestellter Ankerdornlöcher, im Wesentlichen nicht kraftschlüssig verbaute Trage- und Halteanker sowie die teilweise Verwendung von Wärmedämmmörtel mit der Folge, dass die Gerüstanker sich lockerten: Aus Sicherheitsgründen musste die Fassade demontiert werden. Die praktisch zur Unbrauchbarkeit der Fassade führenden zahlreichen Mängel erbringen den Beweis des ersten Anscheins, dass die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Objektüberwachung nicht im ausreichenden Maße nachgekommen ist. Diesen Anscheinsbeweis konnten die Klägerin und die Drittwiderbeklagten auch durch umfangreichen Vortrag nicht erschüttern.

Ihr Einwand, wegen der Errichtung der Fassade und auch weiterer durch P verursachter Mängel habe die Anweisung bestanden, den Weiterbau nicht zu behindern und ausschließlich die Mängel zu dokumentieren, ist unsubstantiiert. Es fehlen jegliche Angaben zu den näheren Umständen einer derartigen von der Beklagten bestrittenen Vereinbarung. Das Vorbringen steht auch nicht im Einklang mit den hierzu in Bezug genommenen Unterlagen (K 6 - K 8). Danach verzögerte sich der Bau der Fassaden, weil P Ausführungs- und Detailpläne entgegen den vertraglichen Vereinbarungen nur zögerlich und teilweise gar nicht oder unvollständig der Klägerin zur Überprüfung und späteren Freigabe vorlegte. Die Beklagte zu 1 befürchtete, den geplanten Fertigstellungszeitpunkt nicht einhalten zu können. Aus diesem Grunde einigten sich die Beklagte zu 1 und P entsprechend dem Schreiben vom 20. Mai 1998 - Anlage K 7 - dahin, dass P aufgrund vorläufig freigegebener Ausführungspläne weiterbaut und bei mangelnder Übereinstimmung - von der Klägerin zu dokumentieren - zwischen vorläufiger und endgültig freigegebener Ausführungsplanung im schlimmsten Fall ein Rückbau und ein anschließender Neubau des jeweiligen Gewerkes zu erfolgen hat. Die Bauüberwachung hingegen war hiervon nicht betroffen. Umfang und Intensität der Überwachungstätigkeit hängen von den Anforderungen der Baumaßnahmen und den jeweiligen Umständen ab. Es liegt auf der Hand, dass bei vorgehängten Natursteinfassaden der Statik und der Haltbarkeit von Gerüstankern entscheidende Bedeutung zukommt. Aber auch unterstellt, die Klägerin sei ausschließlich zur Mängeldokumentation angewiesen worden und habe im Übrigen dem Bauvorhaben seinen Lauf lassen sollen, so befreite dies die Klägerin nicht von ihrer Verpflichtung, die Bauausführung zu überwachen und Mängel unverzüglich anzuzeigen. Denn nur dann hätte die Beklagte die Möglichkeit gehabt, die mit dem Weiterbau trotz Mangels verbundenen Risiken konkret abzuwägen und gegebenenfalls für die Mängelbeseitigung zu sorgen.

Dass sie z.B. bei der Feststellung der Verwendung von Dämmmörtel und Gerüstankern kleiner als 20 mm auf eine Rüge der handwerklich mangelhaften Arbeit verzichtet hätte, ist nicht anzunehmen. Der Klägerin hätte es in jedem Falle obliegen, stichprobenweise den zur Befestigung der Anker verwendeten Mörtel in Augenschein zu nehmen bzw. die Festigkeit und die Kraftschlüssigkeit verbauter Trage- und Halteanker zu prüfen. Unschwer hätte anhand der Verpackung festgestellt werden können, dass P teilweise Dämmmörtel verwendete, der die Anker nicht mit dem Mauerwerk verband, sondern ein Entfernen der Anker durch bloßes Ziehen zuließ. Auch die übrigen vom Sachverständigen nachgewiesenen Mängel hätten festgestellt und dokumentiert werden müssen. Eine besondere Veranlassung bestand für die Klägerin auch schon wegen der in der Vergangenheit unstreitig wiederholt aufgetretenen Unzuverlässigkeiten des Generalunternehmers P. Der Umstand, dass nach der Verankerung sofort die Wärmedämmung aufgebracht worden sein soll, vermag den bauüberwachenden Architekten nicht zu entlasten. Zu seinen Pflichten gehörte es auch, gegebenenfalls darauf hinzuwirken, dass die Dämmung jeweils erst nach Durchführung der erforderlichen Stichproben aufgetragen wird. Der Klägerin und den Widerbeklagten hätte es obliegen darzutun, welche Überwachungsmaßnahmen sie im Einzelnen vorgenommen haben. Ein substantiiertes Vortrag hierzu fehlt. Ihr Einwand, die maßgeblichen Mitarbeiter der Beklagten zu 1 seien vor Ort und über das Baugeschehen informiert gewesen, ist insoweit unbeachtlich. Denn hieraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Vertreter des Bauherrn die Mängel an der Fassade auch erkannt hatten. Allein die Anwesenheit der Mitarbeiter der Beklagten zu 1 befreite die Klägerin somit nicht von ihrer Verpflichtung, die Bauausführung ordnungsgemäß zu überwachen und die gravierenden Mängel anzuzeigen. Erst dann hätte sich die Beklagte zu 1 mit der Frage "Weiterbau trotz Mangel" wirklich auseinandersetzen können. Die Klägerin zu 1 aber hat diese Mängel gerade nicht bemerkt.

Durch die Demontage und den Neubau der Natursteinfassaden ist der Beklagten zu 1 unstreitig der eingeklagte Schaden entstanden. Unschädlich ist, dass bei dieser Gelegenheit an der Fassade der "D auf deren Wunsch

andersfarbige Steinplatten angebracht worden sind. Dass diese einen höheren Preis hätten als die ursprünglich eingebauten Platten, wird nicht vorgetragen. Sie hätten in dem Falle ausgetauscht werden müssen. Auch die von der Klägerin monierten 44.646,79 DM netto stellen keine Sowiesokosten dar. Mit Schriftsatz vom 27. Mai 2003 Seite 48 stellt die Beklagte unbestritten klar, dass es sich hierbei nicht um Kosten für den Ein- und Ausbau der Fensterbänke der "D" handelt. Die hierdurch tatsächlich entstandenen Kosten sind nicht Bestandteil der Klage.

Dafür, dass die Generalunternehmerin nach rechtzeitiger, ordnungsgemäßer Mängelrüge die Mängelbeseitigung nicht durchgeführt und die Fehler beim Weiterbau der Fassade nicht abgestellt hätte, bietet die Klägerin keinen substantiierten Vortrag. Dagegen spricht schon, dass P auf andere Mängelrügen sehr wohl Mangelbeseitigungsarbeiten - wenn auch nicht immer mit dem gewünschten Erfolg - durchgeführt hat. Das zur Untermauerung der Behauptung vorgelegte Schreiben vom 14. September 1999 (Bd. V Bl. 50) befasst sich mit mehrfachen Behinderungsanzeigen von P nicht hingegen mit dem Vorwurf, dass P in jedem Falle mangelhaft arbeiten und die Anweisungen der Klägerin nicht beachten werde. Es spricht zunächst einmal die Vermutung dafür, dass der Handwerker, sollte ihn der Architekt auf eine nicht fachgerechte Ausführung seiner Arbeiten hinweisen, den Anweisungen des Architekten folgt, zumal er anderenfalls mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen und der Kündigung durch den Auftraggeber rechnen muss. Diese Vermutung konnte die Klägerin nicht erschüttern.

b) Auf den unstreitig eingetretenen Schaden von 2.433.868,56 DM ist ein Einbehalt für Arbeiten an der Natursteinfassade in Höhe von 120.600,-- DM anzurechnen.

Ein Architekt, der fehlerhaft geplant oder überwacht hat, hat dem Bauherrn insoweit keinen Schadensersatz zu leisten, als endgültig feststeht, dass dieser an den Bauunternehmer gerade wegen des in Rede stehenden Mangels keinen Werklohn entrichten muss, da der Bauherr in diesem Falle keinen Schaden hat (BGH NJW 1996, 2370/2371). Aufgrund des Vergleichs vom 30. März 2004 vor dem Landgericht Frankfurt/Main steht fest, dass die Beklagte zu 1 zu weiteren Werklohnzahlungen nicht verpflichtet ist. Dann aber entsprechen Einbehalte wegen Mängeln an der Natursteinfassade dem noch offenen nunmehr nicht mehr zu entrichtenden Werklohn mit der Folge, dass sie auf den eingetretenen Schaden anzurechnen sind. Nach den handschriftlichen Angaben auf dem Blatt "Zusammenfassung der Mängel- und Minderungswertsummen Hoch- und Ausbau" zur 30. Abschlagsrechnung (Anlage BB 35) betragen die Mängel "Natursteinfassade" 60.300,-- DM, so dass sich unter Berücksichtigung eines Druckzuschlages von 200% ein tatsächlicher Einbehalt von 120.600,-- DM (61.661,80 EUR) ergibt. Der von der Klägerin behauptete Einbehalt von insgesamt 227.400,-- DM errechnet sich ausweislich der Anlage BB 35 auf der Grundlage eines 300%igen Zuschlages. Unstreitig aber ist bei Erstellung der 31. Abschlagsrechnung der Druckzuschlag von 300 auf 200% vermindert worden und eine entsprechende Sonderzahlung erfolgt. Mithin verbleibt ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.313.268,56 DM (1.182.755,44 EUR).

3. Dachdämmung M 14 - K 1 und K - K 7

Hinsichtlich des Einbaus der Dachdämmung steht der Beklagten zu 1 gegen die Klägerin und die Widerbeklagten aus eigenem und abgetretenem Recht ein Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB in Höhe von 370.790,12 DM (189.581,98 EUR) - M 14/K1 - und 852.468,15 DM (435.860,04 EUR) - K 5 - 7 zusammen 1.223.258,27 DM (625.442,02 EUR) abzüglich eines Einbehalts in Höhe von 260.000,-- DM (132.935,89 EUR), insgesamt also in Höhe von 963.258,27 DM (492.506,13 EUR) zu.

Die Klägerin ist der ihr biegenden Objektüberwachungspflicht dadurch nicht in ausreichendem Maße gerecht geworden, dass sie den Einbau der mangelhaften Wärmedämmung nicht erkannt hat. Nach dem Leistungsverzeichnis Seite 92, 94 (Anlage IV, K 19) war der Einbau von Platten aus Schaumkunststoff DIN 18164 Teil 1, PS 30 SE Polystyrol-Hartschaum entsprechend Bauklasse B1 (schwer entflammbar) - vgl. Flachdachrichtlinie von Berlin, Tabelle 10 (Anlage K 20) - vorgesehen. Nach dem Leistungsverzeichnis Seite 41 (Anlage IV, K 18) hatten alle Bauteile der für den Brandschutz behördlich geforderten Ausführung zu genügen. In der Besprechung am 4. September 1995 wurde von der zuständigen Mitarbeiterin des Bau- und Wohnungsaufsichtsamts, darauf hingewiesen, dass nicht die Hochhausrichtlinie von Nordrhein-Westfalen gültig sei, sondern diejenige von Berlin. Ein Exemplar wurde übergeben. Aus Punkt 3, 4, 2 dieser Richtlinie (Anlage BB 40) ergibt sich das Erfordernis der Nichtbrennbarkeit des Materials (Baustoffklasse A 1). Eingebaut worden ist das Produkt Linitherm PGV, bestehend aus Polyurethan Hartschaum in der WLG 30, Baustoffklasse B2 (normal entflammbar) - Anlage B 64, B 65 -.

Der Einbau von Dämmmaterial der Baustoffklasse B 2 statt der Baustoffklasse A 1 oder zumindest B 1 stellt einen Mangel dar, den die Klägerin bei ordnungsgemäßer Ausübung der Objektüberwachung hätte erkennen müssen. Die

Dachdämmung gehört zu den Bereichen, in denen den Architekten unter dem Gesichtspunkt des Brandschutzes eine ganz besondere Überwachungspflicht trifft. Diese Pflicht hat die Klägerin in erheblichem Maße verletzt, indem sie unstreitig überhaupt nicht geprüft hat, welches Dämmmaterial tatsächlich eingebaut wurde. Anhand des Prüfzeichens auf dem Produkt oder des dazugehörigen Prüfzeugnisses wäre dies ohne weiteres festzustellen gewesen. Allein das Vertrauen auf die entsprechenden Angaben des Generalunternehmers stellte keine (ausreichende) Objektüberwachung dar, die in der Regel eine Prüfung und Kontrolle vor Ort erfordert. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob das Bauaufsichtsamt, wie die Klägerin in der Berufung behauptet, die Genehmigung des von P zum Einbau vorgesehenen Dämmmaterials der Baustoffklasse B 1 zugesagt hatte und der Einbau vor Erteilung der Genehmigung mit dem Mitarbeiter Sch der Beklagten zu 1 abgestimmt war. Entscheidend ist allein, dass die Klägerin eine Prüfung des zum Einbau vorgesehenen Dämmmaterials auf seine Baustoffklasse hin gänzlich unterlassen hat. Dieses Fehlverhalten, das auch schuldhaft war, führt zu einer Haftung der Klägerin und ihrer Gesellschafter für die zum Austausch der Dämmung erforderlichen Aufwendungen.

Unstreitig sind für den Austausch des Dämmmaterials für die Häuser M 14 und K 1 189.581,98 EUR und für die Kronenstraße 5-7 435.860,04 EUR aufgewandt worden.

Der Einwand der Klägerin, der Austausch habe nicht nur wegen der mangelhaften Qualität des Dämmmaterials durchgeführt werden müssen, sondern auch wegen der Durchfeuchtung des Dämmmaterials aufgrund akuter Undichtigkeiten der Dachdichtung, ist nicht erheblich. Denn träte diese Behauptung zu, so läge ein Fall der sogenannten Doppelkausalität vor, der die Schadensersatzverpflichtung keines der beiden Verursacher entfallen ließe. Haben zwei Ereignisse den Schaden herbeigeführt, von denen jedes auch allein den Schaden verursacht hätte, sind beide im Rechtssinne ursächlich. Einem Schädiger soll das Fehlverhalten des anderen nicht zugute kommen (vgl. BGH NJW 1993, 1723).

Allerdings steht fest, dass die Beklagte zu 1 an P keinen Werklohn mehr zu zahlen hat mit der Folge, dass Einbehalte im Zusammenhang mit der Erneuerung der Dachdämmung auf den eingetretenen Schaden anzurechnen sind. Nach dem Vortrag der Klägerin zu den Mängellisten, Stand 19. August 1999, K 1 K 14, Anlage zur 30. Abschlagsrechnung (Anlage BB 35) handelt es sich dabei um die Einbehalte zu M 14 lfd. Nr. 133 (Wert des Mangels: 30.000,-- DM) und zu K 1 lfd. Nr. 488 (Wert des Mangels: 100.000,-- DM). Bei einem Druckzuschlag von 200% errechnet sich ein getätigter Einbehalt von 260.000,-- DM (132.935,89 EUR), so dass sich der Schadensersatzanspruch wegen Neuerrichtung der Dächer auf 963.258,27 DM (492.506,13 EUR) beläuft.

4. Brandwandfugen

Der Beklagten zu 1 steht gegen die Klägerin und die Widerbeklagten wegen Überwachungsverschuldens der Klägerin bei Erbringung der Brandwandfugen ein Anspruch gemäß § 635 BGB in Höhe von 147.651,76 DM (75.493,15 EUR) zu.

Die Klägerin hätte bei ordnungsgemäßer Objektüberwachung erkennen müssen, dass P für die Verfüllung der Brandwandfugen ein bauordnungsrechtlich nicht zulässiges Material verwendete, indem er einen schwer entflammaren Baustoff (B 1) einbrachte, obwohl Fugenmaterial der Klasse A 1 (nicht brennbar) gefordert war (Schreiben des Bauaufsichtsamts an die Klägerin vom 2. Oktober 2000 - Anlage B 86 -, Schreiben der Klägerin an die B AG vom 8. Februar 2001 - Anlage B. 87 -). Ihr Vorbringen, P habe seinerzeit versichert, es sei ausschließlich bauordnungsrechtlich zulässiges Material zum Einbau gelangt, eine Zulassung im Einzelfall liege bei Annahme vor, vermag die Klägerin nicht zu entlasten, denn zu einer ordnungsgemäßen Objektüberwachung hätte es gehört, dass die Klägerin bereits zu Beginn der Arbeiten den einzubringenden Baustoff vor Ort auf seine Zulässigkeit hin überprüft.

Für die Sanierung der Brandwandfugen musste die Beklagte zu 1 unstreitig den geltend gemachten Betrag aufwenden. Einbehalte sind substantiiert nicht vorgetragen worden.

5. Schall- und Brandschutz

a) Wohnung 8.1., Kronenstraße 4

Die Beklagte zu 1 hat gemäß § 635 BGB einen Anspruch wegen Überwachungsverschuldens bei den Bauarbeiten in der Wohnung 8.1., K 4 in Höhe von insgesamt 234.376,42 DM (119.834,76 EUR).

Aus dem Gutachten des I GmbH - vom 22. November 2000 (Anlage B 178, S. 6) folgt, dass Trittschallmessungen im Wohnraum (Büro) rechts und im Wohnraum links Trittschallpegelwerte von 61 bzw. 58 dB ergeben haben, die den erforderlichen vertraglich vereinbarten Trittschallpegel von 46 dB übersteigen. Ursache hierfür war, wie auch in den 13 anderen Wohnungen der K.straße 4, u.a. eine unsachgemäß eingebrachte Trittschalldämmung. Diese wurde direkt auf den Rohfußboden verlegt statt auf einer ebenen Ausgleichsschicht für die linien- und punktförmigen Erhöhungen der dort verlaufenden, sich teilweise kreuzenden Elektro- und Heizungsleitungen, die nur partiell und darüber hinaus mangelhaft in einer Perlitheschüttung eingebettet waren. Diese Erhöhungen ragten in die Trittschalldämmung hinein, so dass deren Wirkung stark gemindert wurde (vgl. Anlage B 176, Seite 1). Da die Trittschalldämmung einen besonders sensiblen Bereich des Bauvorhabens betrifft, hätte die Klägerin hier besondere Obacht walten und auf eine ordnungsgemäße Verlegung bzw. Abdeckung der Leitungen vor Einbringung von Trittschalldämmung und Estrich hinwirken müssen.

Demgegenüber kann die Klägerin nicht mit Erfolg einwenden, mit den Ausbauleistungen dieser Wohnung nicht mehr betraut gewesen zu sein, weil die Wohnung im Rohbauzustand verkauft worden sei und die Käuferin den Ausbau in eigener Regie habe durchführen wollen. Denn ausweislich von § 3 des Kaufvertrages vom 2. Februar 1998 (Anlage B 248) war die Beklagte zu 1 zur schlüsselfertigen Herstellung der Wohnung verpflichtet. Zusätzlich zu den Grundausbauleistungen übernahm P lediglich weitere Ausbauleistungen für die Erwerber, deren Umfang aus seiner Rechnung vom 19. Juli 2001 (Anlage BB 55) hervorgeht. Die Einbringung des Estrichs fiel nicht hierunter, Es gab lediglich eine Zulage für die Erbringung von 66,87 qm Heizestrich (Punkt 25 Anlage BB 55). Die Grundleistung "Einbringung Estrich" verblieb bei der Beklagten zu 1 und damit im Verantwortungsbereich der Klägerin. Gleiches folgt auch aus der Mehr- oder Minderkostenermittlung von P vom 28. Januar 1998 (Anlage B 221). Auch danach sind die Estricharbeiten nicht aus den vertraglich geschuldeten Leistungen herausgenommen worden.

Soweit die Klägerin in zweiter Instanz behauptet, auf Anweisung des Mitarbeiter Sch der Beklagten zu 1 habe sie sich nach Umplanung und Erlangung der Baugenehmigung nicht mehr mit weiteren Ausbauleistungen in der Wohnung 8.1. zu befassen gehabt, lässt sich ihr Vortrag bereits nicht mit den von ihr eingereichten Unterlagen in Einklang bringen. In der von ihr erstellten Mängelliste - Anlage BB 35 - sind ab Seite 79 diverse Mängel aufgelistet, die den Innenausbau der Wohnung 8.1 betreffen. Mithin hat die Klägerin insoweit auch die Objektüberwachung ausgeführt. Unabhängig hiervon ist der in zweiter Instanz neue Vortrag der Klägerin aber auch verspätet und deshalb unbeachtlich, weil Gründe für seine Zulassung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO Weder dargetan noch ersichtlich sind.

Aufgrund der schuldhaft mangelhaften Objektüberwachung betreffend die Trittschalldämmarbeiten in der Wohnung 8.1 haften die Klägerin und die Drittwiderbeklagten für den der Beklagten zu 1 hierdurch entstandenen Sanierungsaufwand in dem geltend gemachten, der Höhe nach unstreitigen Umfang.

b) Wohnungseingangstüren K.straße 4

Wegen fehlerhafter Überwachung des Einbaus der Wohnungseingangstüren durch die Klägerin steht der Beklagten zu 1 gemäß § 635 BGB ein Schadensersatzanspruch in Höhe von insgesamt 62.327,93 DM (31.867,76 EUR) zu.

Die Architektenleistung der Klägerin war im Bereich der Wohnungseingangstüren mangelhaft, weil sie nicht erkannt hat, dass P die Zargen mit entflammablen Bauschaum statt - wie gefordert - mit einem nichtbrennbaren Material (Mineralwolle) hinterfüllt hat und das auch nur unzulänglich, so dass auch die erforderlichen Schallschutzwerte nicht erreicht wurden (vgl. Anlage B 174). Diese Mängel hätten ihr bei ordnungsgemäßer Objektüberwachung auffallen müssen, zumal sicherheitsrelevante Bereiche, wie Brandschutz, der besonderen Sorgfalt des Architekten unterliegen.

Der Einwand, es sollte erst einmal gebaut und später gegebenenfalls rückgebaut werden, entlastet die Klägerin nicht. Wie bereits oben dargelegt, wurde hierdurch ihre Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Objektüberwachung nicht aufgehoben. Dieser Verpflichtung ist die Klägerin in vorwerfbarer Weise nur unzureichend nachgekommen. Die fehlerhafte Hinterfüllung der Türzargen ist ihr ausweislich der Mängellisten (vgl. Anlagen K 33, BB 35) nicht aufgefallen: Der Mangel wird in keiner dieser Listen gerügt. Auch das Schreiben der Klägerin vom 11. Juni 1999 (Anlage BB 45) enthält hierzu keinen Hinweis.

Dementsprechend muss sich die Beklagte zu 1 auch nicht die behaupteten Einbehalte von 49.700,- DM

schadensmindernd entgegenhalten lassen. Denn diese beziehen sich entsprechend der Anlage K 33/BB 35 nicht auf die hier maßgeblichen Mängel (entflammbarer Bauschaum, unzulängliche Hinterfüllung).

Das schuldhafte Fehlverhalten beider Objektüberwachung führt zu einer Haftung der Klägerin und Widerbeklagten für die der Höhe nach unstreitigen Aufwendungen der Beklagten zu 1 zur Mängelbeseitigung in dem geltend gemachten Umfang.

c) Schallschutzmängel Wohnungs- und Flurtrenndecken

Der Beklagten zu 1 stehen gemäß § 635 BGB die in zweiter Instanz noch begehrten 772.422,62 DM (394.933,41 EUR) wegen Schallschutzmängeln an den Wohnungs- und Flurtrenndecken im Haus K.straße 4 zu.

Ebenso wie in der Wohnung 8.1 ergaben Messungen in weiteren 16 Wohnungen und Büros Abweichungen vom vertraglich geschuldeten Trittschallwert. Dieser Mangel beruhte auch hier u.a. darauf, dass statt auf einer ebenen Ausgleichsschicht zur Abdeckung der durch die Verlegung der Elektro- und Heizungsleitungen linien- und punktförmigen Erhöhungen die Trittschalldämmung direkt auf dem Rohfußboden aufgebracht wurde und zuvor lediglich die Erhöhungen mit Perlithen angeschüttet waren (Anlage B 176). Auch insoweit ist die Klägerin ihrer Überwachungspflicht nicht mit der gebotenen Sorgfalt nachgekommen.

Ihr Einwand, P habe entsprechend ihrer Aufforderung die Beseitigung der anfänglichen Verlegemängel zugesagt, dann aber entgegen seiner Zusage in einer Nacht- und Nebelaktion am Wochenende vom 30. Oktober bis 1. November 1998 den Estrich auf dem mangelhaften Untergrund eingebracht, kann die Klägerin nicht entlasten. Denn zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Überwachungspflicht hätte sie zumindest durch entsprechende Anweisung dafür Sorge tragen müssen, dass P vor der Estrichverlegung die Dämmung zur Abnahme vorführt. Im Übrigen ist das Vorbringen der Klägerin zur "Nacht- und Nebelaktion" an dem genannten Wochenende widersprüchlich, Wenn sie gleichzeitig vorträgt, am Dienstag, dem 3. November 1999,- also nach dem fraglichen Wochenende - verschiedene Räume besichtigt zu haben, in denen die Estricharbeiten begonnen, aber noch nicht beendet waren oder in denen noch gar keine Dämmarbeiten stattgefunden hatten. Nach ihrem eigenen Vortrag befanden sich die Arbeiten damals "gerade in der Ausführung" (Schriftsatz vom 25. 3. 02, S. 45, Bl. 165 Bd. 1). Dann aber kann von einer "Nacht- und Nebelaktion" nicht die Rede sein. Die Klägerin hätte somit genügend Zeit gehabt, für eine ordnungsgemäße Verlegung der Dämmplatten nach entsprechenden Vorarbeiten zu sorgen.

Etwas anderes gilt auch nicht für die Feststellung, dass in den Wohnungen zur Straßenseite Stahlwinkelprofile im Erkerbereich wegen zu großer Konstruktionshöhe in den schwimmenden Estrich hineinragten und so eine Schallbrücke bildeten. Die Klägerin trägt insoweit vor, dass die zu große Konstruktionshöhe bei einer Begehung am 7. Oktober 1998 beanstandet worden sei und der Bauleiter von P die Beseitigung zugesichert habe, dann jedoch in Wochenend- arbeit unbeaufsichtigt der Estrich ohne vorherige Mängelbeseitigung aufgebracht worden sei (Schriftsatz vom 12.7. 04, S. 11, 12, Bl. 11/12, Bd. V). Auch hier hätte es der Klägerin im Rahmen ihrer Überwachungspflicht obliegen, vor Verlegung des Estrichs die Ausführung der Mängelbeseitigungsarbeiten zu überprüfen oder jedenfalls durch entsprechende Anweisung dafür Sorge zu tragen, dass vorher eine Abnahme dieser Arbeiten stattfindet. Auf die bloße Zusage der Mängelbeseitigung hätte sie bei der offensichtlichen Unzuverlässigkeit von P nicht vertrauen dürfen.

Im Bereich der Flure und der drei Büros sind fehlerhafte Randbereiche, mangelhafte Eierschalenhohlraumböden bzw. das Fehlen einer Trittschalldämmung überhaupt festgestellt worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Bericht der B AG vom 12. November 2001 (Anlage B 175, 176) Bezug genommen. Diesen Feststellungen ist die Klägerin nichtsubstantiiert entgegengetreten. Auch hier hätte es ihr im Rahmen der Überwachungspflicht obliegen, den Untergrund vor Einbringung des Estrichs auf Mängelfreiheit zu überprüfen. Dass nach Einbringung des Estrichs später durch ein Schallschutzgutachten/Prüfzeugnis die Einhaltung des Schallschutzes überprüft werden sollte - wie die Klägerin erstmals in zweiter Instanz vorträgt - befreite die Klägerin nicht von ihrer Überwachungspflicht.

Auf den der Beklagten zu 1 danach wegen der schuldhaften Überwachungspflichtverletzung zustehenden Schadensersatzanspruch sind keine Einbehalte anzurechnen. Soweit die Klägerin wegen der mangelhaften Stahlwinkelprofile einen Minderungseinbehalt behauptet, ist ihr Vorbringen - worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - unsubstantiiert. Ihrem Vorbringen ist nicht zu entnehmen, in welchen Umfang der Einbehalt von insgesamt 52.000,- DM auf die zu große Konstruktionshöhe entfällt. Dies ergibt sich weder aus dem bezuggenommenen Schreiben der Klägerin vom 29. September 1999 (Anlage BB 23) noch aus der Mängelliste zum

22. September 1999 (Anlage B 24). Für eine Schätzung fehlen jegliche Anhaltspunkte. Im Übrigen wäre das insoweit neue Vorbringen in zweiter Instanz auch nicht zuzulassen, da das Vorliegen eines Zulassungsgrundes nach § 531 Abs. 2 ZPO weder dargetan noch ersichtlich ist.

Die als Schadensersatz geltend gemachten Aufwendungen zur Beseitigung der Mängel an den Wohnungs- und Flurtrenndecken sind der Höhe nach unstrittig.

6. Gerüststellung, Kran

Die ihr insoweit zugesprochenen Kosten in Höhe von 224.486,70 EUR kann die Beklagte zu 1 gemäß § 635 BGB wegen mangelhafter Architektenleistung der Klägerin zu 1 ersetzt verlangen, da sie zur Beseitigung der Mängel betreffend die Dachdämmung und die Natursteinfassade unstrittig notwendig Waren.

7. Lichtdeckenaufhängung

Hinsichtlich dieser die Beklagte zu 2 betreffenden Position ist die Berufung der Klägerin unbegründet, die nach § 524 ZPO zulässige Anschlussberufung der Beklagten zu .2 dagegen überwiegend begründet.

Die Beklagte zu 2 kann von der Klägerin und den Drittwiderbeklagten neben dem ihr vom Landgericht zugesprochenen Schadensersatzbetrag vom 5.879,13 EUR weitere 1.556,84 EUR, mithin insgesamt 7.435,97 EUR als Schadensersatz gemäß § 635 BGB wegen mangelhafter Architektenleistung verlangen, weil die Klägerin nicht entsprechend der Baugenehmigung Ziffer 11.8 für die Verwendung nicht brennbarer Halterungen und Befestigungen bei dem Einbau der Lichtdecken im Gebäude K.straße 4 im Bereich der Rettungswege gesorgt und damit die ihr obliegende Überwachungspflicht schuldhaft verletzt hat.

a) Die Beklagte zu 2 ist zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche betreffend die Lichtdeckenaufhängung im Hause K.straße 4 aktiv legitimiert.

Ihr Anspruch folgt aus dem mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrag vom 1. August 1995/2. April 1996 über Architektenleistungen für das Diplomatencenter II, K.straße 4-7.

Da sie den Vertrag für Rechnung der Eigentümerin der Grundstücke, der Beklagten zu 1, abgeschlossen hat und der Schaden aufgrund mangelhafter Architektenleistung typischerweise dort eingetreten ist, kann sie den Schaden der Beklagten zu 1 als mittelbare Stellvertreterin - nach den Grundsätzen der Schadensliquidation im Drittinteresse geltend machen (vgl. BGHZ 25, 258). Die ihr insoweit zustehenden Schadensersatzansprüche hat sie mit Vereinbarung vom 24. Oktober 2002 an die Beklagte zu 1 mit Ausnahme der in erster Instanz begehrten 35.734,- DM abgetreten (Anlage B 168). Mit der Geltendmachung der Zahlung weiterer 4.309,80 DM (2.203,57 EUR) in zweiter Instanz an sich selbst, ist die Beklagte einverstanden (Bd. IV Bl. 4 d.A.). Im Übrigen liegt auch eine Abtretungsvereinbarung zugunsten der Beklagten zu 1 über Schadensersatzansprüche wegen Mängeln an den Lichtdecken im Gebäudeteil K.straße 4 vor (Anlage B 243), so dass der überschießende Betrag in jedem Fall hiervon gedeckt ist.

b) Die Klägerin ist der ihr obliegenden Objektüberwachungspflicht dadurch schuldhaft nicht in ausreichendem Maße gerecht geworden, dass sie den Mangel in der Aufhängung der Lichtdecken (ungenügende Brandfestigkeit - vgl. Schreiben der Klägerin vom 29. 3. 2001, Anlage B 97 -) seinerzeit nicht erkannt hat. Ihre Mängelrügen betreffend die Lichtdecken bezogen sich nicht auf Aufhängung der Decken sondern auf die unrichtige Dimensionierung der Lichtdeckenkassetten (62,5 x 62,5 cm statt wie vorgesehen 50 x 50 cm). Bei ordnungsgemäßer Ausübung der Objektüberwachung, d.h. Prüfung des Materials, der Halterungen und der Befestigungen, hätte die Klägerin die Brennbarkeit desselben und damit die Mangelhaftigkeit der Aufhängung ohne Weiteres erkennen können. Hierfür wäre schon eine bloße Sichtkontrolle ausreichend gewesen.

Der Einwand der Klägerin, die Lichtdecken seien im Hinblick auf den diesbezüglichen Einbehalt von 200.000,- DM bis heute nicht bezahlt worden, so dass es am Schaden fehle, ist worauf in der mündlichen Verhandlung hingewiesen würde - unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Wie oben dargelegt betrifft der Einbehalt ausweislich der Mängelliste per 22. September 1999 (Anlage BB 35) lediglich die Mängel an den Lichtdecken selbst (unrichtige Dimensionierung der Lichtdeckenkassetten), nicht aber die streitgegenständliche Aufhängevorrichtung der Decken. Ob der einbehaltene Betrag von 200.000,- DM (inklusive Druckzuschlag) den auf die Anbringung der Lichtdecken

einschließlich Befestigung und Halterung entfallenden Teil des vertraglich vereinbarten Werklohns vollständig abdeckt, ist weder dargetan noch ersichtlich. Nähere Angaben hierzu liegen nicht vor.

c) Von den mit der Widerklageerweiterung ersetzt verlangten weiteren Aufwendungen in Höhe von 2.203,57 EUR konnten der Beklagten zu 2 allerdings nur 1.556,84 EUR zugesprochen werden. Der Differenzbetrag betrifft einen Teil der geltend gemachten Kosten für das Gutachten des Ingenieurbüros B vom 20. Juli 2001 (Anlage B 212). Die Klägerin weist insoweit zutreffend darauf hin, dass in § 4 des Gutachtens auch die Statik des Glases der Lichtdecken untersucht wird. Dieser Punkt ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits und auch zu keiner Zeit bemängelt worden. Ein Abzug von den Gutachterkosten (insgesamt 3.794,66 DM = 1.940,18 EUR) in Höhe eines Drittels (1.264,89 DM = 646,73 EUR) erscheint im Hinblick auf den Gesamtumfang des Gutachtens und die aufgewendeten Stunden angemessen (§ 287 ZPO). Widerklage und Drittwiderklage der Beklagten zu 2 sind damit in Höhe von insgesamt 7.435,97 EUR begründet:

Vom Landgericht zu Recht zugesprochen 5.879,13 EUR

begründete Erweiterung in zweiter Instanz (2.203,57 EUR ./ 646,73 EUR) 1.556,84 EUR: insgesamt 7.435,97 EUR.

III.

Unter Berücksichtigung des Vorbehalts-Teil-Urteils vom 27. Juni 2002 ergeben sich danach folgende im Wege der Widerklage geltend gemachte begründete Ansprüche der Beklagten zu 1 und 2:

1. Ansprüche der Beklagten zu 1:

Freigabe Abschlagsrechnung 58.602,62 EUR
Natursteinfassade 1.182.755,44 EUR
Dachdämmung 492.506,13 EUR
Brandwandfugen 75.493,15 EUR
Wohnung 8.1/K4 119.834 76 EUR
Wohnungseingangstüren/K4 31.867,76 EUR
Wohnungs- und Flurtrenndecken/K4 394.933 41 EUR
Gerüststellung, Kran 224.486,70 EUR
insgesamt: 2.580.479,97 EUR

abzüglich Vorbehalts-Teil-Urteil 454.383,47 EUR
Ansprüche der Beklagten zu 1 2.126.096,50 EUR.

2. Anspruch der Beklagten zu 2

Lichtdecken 19.827,34 EUR
abzüglich Vorbehalts-Teil-Urteil 12.391,37 EUR
Anspruch der Beklagten zu 2 7.435,97 EUR.

IV.

Den Beklagten zu 1 und 2 stehen nach §§ 291, 288 BGB Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz auf ihre Forderungen zu, da diese erst nach dem 1. Mai 2000 fällig geworden sind (Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB).

V.

Der Anspruch der Beklagten zu 1 und 2 auf Rückzahlung der zur Abwehr der Vollstreckung der Klägerin aus dem Vorbehalts-Teil-Urteil vom 27. Juni 2002 gezahlten Beträge in Höhe von 469.580,07 EUR und 12.805,79 EUR ist gemäß § 302 Abs. 4 ZPO begründet, da das Vorbehalts-Teil-Urteil aufgehoben worden ist. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 BGB in Verbindung mit § 302 Abs. 4 Satz 2 ZPO.

VI.

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

VII.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).