OLG München, Endurteil v. 14.12.2021 – 9 U 5987/20 Bau

Titel:

Beweislast für Mangelverursachung bei nachträglichen Nachbesserungsarbeiten

Normenkette:

BGB § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1

Leitsatz:

Ist unklar, ob ein Mangel schon bei Abnahme vorlag, trägt der Werkunternehmer auch dann die Beweislast dafür, dass der Mangel ihm nicht zuzurechnen ist, wenn der Auftraggeber nachweist, dass der Mangel nur durch nachträgliche Mängelbeseitigungsmaßnahmen des Werkunternehmers entstanden sein kann. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Abnahme, Mangelverursachung, nachträgliche Nachbesserungsarbeiten, Beweislast, Erfüllungsgehilfe, Schwimmbad, Pilz

Vorinstanz:

LG München I, Schlussurteil vom 29.09.2020 – 8 O 4731/16

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 29.03.2023 – VII ZR 7/22

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten zu 2) vom 13.10.2020 wird das Schlussurteil des Landgerichts München I vom 29.09.2020, berichtigt durch Beschluss vom 14.12.2020, Az.: 8 O 4731/16, in Ziffern 1 – 4 wie folgt abgeändert:

1. Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Kläger 139.313,30 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 14.04.2016 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1) verpflichtet ist, den Klägern im Wege der Gesamtschuld sämtliche über den Betrag in Höhe von 139.313,30 € hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, welche den Klägern notwendigerweise aufgrund der nachfolgend benannten Mängel im Zusammenhang mit dem Einbau der O.-Schwimmbadanlage in dem Bauvorhaben E.-S.-Platz 1, … G., oder der Beseitigung dieser Mängel entstanden sind oder noch entstehen:

- Das Schwimmbadbecken weist schwarze Verfärbungen im Bereich der Fugen, vorzugsweise im Bodenbereich, aber auch an den Treppenstufen sowie im Wandbereich auf

- An den Unterwasserscheinwerfern, vor allem an den Unterwasserscheinwerfern im vom Becken aus gesehen rechten Abschnitt der Treppenstufen zum Whirlpool hin, bestehen Korrosionsschäden

- Die Dosieranlage des Schwimmbades für ph-Senken ist nur mangelhaft funktionsfähig

- Sämtliche durch den Leerstand des Schwimmbeckens und den Stillstand der technischen Anlagen und Anlagenkomponenten, insbesondere die Badewasseraufbereitungstechnik, die Wasserspeicher, Rohrleitungen und Filteranlagen, entstandenen Mängel.

3. Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Kläger 6.151,68 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 14.04.2016 zu zahlen.

4. Die gerichtlichen Kosten der ersten Instanz trägt der Beklagte zu 1) zu 45%, die Kläger zu 55%. Die notwendigen Auslagen der Beklagten zu 2) und zu 3) tragen die Kläger. Der Beklagte zu 1) trägt 45% der Auslagen der Kläger. Im Übrigen tragen die Kläger ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Der Beklagte zu 1) und die Streithelferin zu 1) tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

II. Die Berufung des Beklagten zu 1) wird zurückgewiesen.

III. Von den Gerichtskosten zweiter Instanz trägt der Beklagte zu 1) 50% und die Kläger 50%. Die Kläger tragen die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2). Der Beklagte zu 1) trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Kläger sowie seine außergerichtlichen Kosten. Die außergerichtlichen Kosten der Streithelferin zu 1) trägt diese selbst.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Jede Partei kann die Vollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 139.313,30 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Kläger begehren Vorschuss zur Beseitigung der an ihrem Schwimmbecken aufgetretenen Mängel.

2
Hinsichtlich der weiteren Feststellungen wird Bezug genommen auf den Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Landgerichts München I vom 29.09.2020, berichtigt durch Beschluss vom 14.12.2020, Az.: 8 O 4731/20, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

3
Mit Entscheidung vom genannten Tag verurteilte das Erstgericht die Beklagten zu 1) und 2) zur Leistung eines Vorschusses in Höhe von 139.313,30 €.

4
Tragend stellte dabei das Erstgericht darauf ab, dass das vom Beklagten zu 1) errichtete Schwimmbad mangelhaft sei. Der Mangel sei auf eine mangelhafte Desinfektion des Pools über einen längeren Zeitraum zurückzuführen, hierfür ursächlich sei der abgeknickte Dosierschlauch der ph-Dosierung. Zudem sei der Beklagte zu 1) für die falsche Montage der korrodierten Scheinwerfer verantwortlich. Gegen die Beklagte zu 2) stünde den Klägern ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB wegen mangelhafter Überwachung zu, da die Beklagte zu 2) den Austausch der Scheinwerfer nicht ausreichend überwacht habe.

5
Gegen dieses dem anwaltlichen Vertreter des Beklagten zu 1) unter dem 30.09.2020 zugestellte Endurteil legte derselbe mit Schriftsatz vom 24.10.2020 Berufung ein (Bl. 651/652 d.A.), die er mit Schriftsatz vom 21.12.2020, bei der allgemeinen Einlaufstelle I der Justizbehörden in München am 30.12.2020 eingegangen, begründete (Bl. 684/695 d.A.).

6
Der Beklagte zu 1) argumentiert, er habe, wie Ziffer 2 des Verhandlungsprotokolls (Anlage K 3) ausweise, nur die Haustechnikarbeiten am Hallenbad verantwortet. Die klägerseits gerügten Mängel seien auf mangelhafte Wartungsarbeiten zurückzuführen, die nach Abnahme der vom Beklagten zu 1) erbrachten Werkleistungen durchgeführt worden seien. Der Beklagte zu 1) sei allenfalls dann verantwortlich, wenn der Dosierschlauch bereits bei Abnahme abgeknickt gewesen wäre. Hierfür gebe es jedoch keine Anhaltspunkte. Die Kläger treffe die Beweislast dafür, dass die Beschädigung „im Rahmen der zahlreichen Mängelbeseitigungsversuche“ erfolgt sei. Im Übrigen sei die Firma O. nicht Erfüllungsgehilfin des Beklagten zu 1). Die Zuordnung der Firma O. als Erfüllungsgehilfin des Beklagten zu 1) stelle ohnehin einen Verstoß gegen die Denkgesetze und gegen das Gebot der Beweiserhebung dar. Der Beklagte zu 1) sei im Übrigen auch nicht allein bzw. mit dem Beklagten zu 2) für den gesamten Schaden verantwortlich, da nach den Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. M. D. 40% der Schadensursache auf die fehlerhafte Verlegung der Fliesen zurückzuführen sei.

7
Der Beklagte zu 1) beantragt,

das Urteil des Landgerichts München I vom 29.09.2020, Az. 8 O 4731/16, aufzuheben,

die Klage abzuweisen.

8
Der anwaltliche Vertreter der Beklagten zu 2) legte gegen das ihm unter dem 30.09.2020 zugestellte Endurteil mit Schriftsatz vom 13.10.2020, beim Oberlandesgericht München eingegangen am gleichen Tag, Berufung ein (Bl. 649/650 d. A.), die er mit Schriftsatz vom 30.12.2020, beim Oberlandesgericht München eingegangen am gleichen Tag, begründete (Bl. 665/683 d. A).

9
Die Beklagte zu 2) argumentiert, das erstinstanzliche Verfahren leide an Verfahrensfehlern, da die Beweisaufnahme auf einen beauftragten Richter übertragen wurde und dieser dann eine Güteverhandlung durchgeführt habe, ohne eine erneute Erörterung des Sach- und Streitstandes und einer Verhandlung zum Ergebnis der Beweisaufnahme durch das berufene Kollegialorgan. Dies sei als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu qualifizieren. Jedenfalls sei zum Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht durch die fehlerhaft beauftragte Richterin verhandelt worden, so dass auch ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG gegeben sei. Auch sei die Beauftragung der Berichterstatterin mit der Durchführung der Beweisaufnahme nicht durch die Regelung des § 375 ZPO gerechtfertigt. Das Urteil sei darüber hinaus auch sachlich rechtlich unzutreffend, da den Klägern kein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2) wegen mangelhafter Planung und Überwachung zustehe. Weder liege ein Planungsfehler der Beklagten zu 2) vor, da sie weder die Planung der Schwimmbadtechnik übernommen noch diese geschuldet habe. Auch stamme die vorgelegte Planung nicht von der Beklagten zu 2). Ebenso wenig habe die Beklagte zu 2) Mängelbeseitigungsarbeiten überwachen müssen, da der Austausch von Scheinwerfern keiner besonderen Überwachung durch die Fachbauleitung bedurfte. Auch bestehe keine Kausalität zwischen dem Austausch der Scheinwerfer und dem Pilzbefall. Die Beckenhydraulik sei ordnungsgemäß gewesen. Bei zutreffender Feststellung der Tatsachen hätte das Erstgericht zu dem Schluss kommen müssen, dass allein der Ausfall der Desinfektionsanlage ursächlich für den Pilzbefall gewesen sei und zwar in dem vom Sachverständigen genannten Ausmaß von 60%. Im Übrigen hätte es dann feststellen müssen, dass die weiteren 40%, die auf die von den Klägern selbst zu verantwortende mangelhafte Fliesenverlegung entfielen, diesen als Mitverursachungsbeitrag anzurechnen sei.

10
Die Beklagte zu 2) beantragt,

das Urteil des Landgerichts München I vom 30.09.2020, Az. 8 O 4731/16, aufzuheben,

die Klage gegen die Beklagte zu 2) abzuweisen.

Hilfsweise:

den Rechtsstreit unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts München I vom 30.09.2020, Az.

8 O 4731/16, an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen. Die Kläger beantragen, die Berufung der Beklagten zu 1) und 2) zurückzuweisen.

11
Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil.

12
Die Kläger argumentieren, der Auftragsumfang für die von der Beklagten zu 2) zu erbringenden Leistungen ergebe sich aus dem Auftragsschreiben vom 15.07.2020 (Anlage K 1). Der Leistungsumfang habe sich auf die vollständige Erbringung der Leistungen aus der Leistungsphase 8 auch für die gesamte Schwimmbadtechnik und die Einbeziehung der vorgefundenen und übernommenen Funktionsteile des Schwimmbades, insbesondere auch die Anordnung der Düsen im Becken, bezogen. Da der erste Versuch, die beanstandeten Leuchten bei befülltem Becken auszutauschen, am 30.01.2012 in Anwesenheit des örtlichen Bauleiters der Beklagten zu 2), fehlgeschlagen sei, hätte die Beklagte zu 2) erkennen können und müssen, dass die Mängelbeseitigung an den Leuchten schwierig ist und daher die weitere Anwesenheit ihres Bauleiters erforderte. Im Übrigen seien auch die Mangelbeseitigungsversuche am 20.02.2021 und am 25.06.2012 missglückt, da die Strahler nicht fachgerecht ausgewechselt worden seien. Die Beklagte hätte gerade durch ihre Anwesenheit bei den Austauschterminen dafür Sorge tragen können und müssen, dass insbesondere die ph-Anlage wieder voll funktionierend in Gang gesetzt wird, nachdem sie für die Mangelbeseitigungsversuche abgeschaltet worden sei. Bei den Austauschterminen, bei denen auch der

später verrostete Scheinwerfer ausgetauscht worden sei, hätte die Beklagte zu 2) durch fachliche Überwachung des Austauschs des Scheinwerfers den fehlerhaften Einbau des Scheinwerfers, der zu dem Rostschaden im Becken geführt hat, verhindern können und müssen. Auch sei die Beklagte zu 2) verantwortlich für die Tatsache, dass die Einströmdüsen den Boden des Beckens nicht ausreichend mit ph-getränktem Wasser bespülen. Im Übrigen stelle die Inbetriebnahme des Schwimmbades und auch die Abnahme gegenüber dem Beklagten zu 1) keine Abnahme im Verhältnis zur Beklagten zu 2) dar. In diesem Verhältnis gebe es auch keine Abnahme. Die Kläger behaupten in ihrem Schriftsatz vom 07.12.2021, die Streitverkündete habe in ihrem Schriftsatz vom 12.11.2021 u.a. eine Fülle neuer Lichtbilder vorgelegt. Sie beantragen, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten, um zum neuen Sachvortrag Stellung nehmen zu können, ansonsten sei ihnen das rechtliche Gehör abgeschnitten.

13
Der Senat hat unter dem 05.10.2021 zur Sache mündlich verhandelt. Wegen des Ergebnisses wird Bezug genommen auf das Protokoll vom genannten Tag (Bl. 802/805 d. A.). Im Übrigen wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

14
Die zulässige Berufung des Beklagten zu 1) ist unbegründet, während die Berufung der Beklagten zu 2) begründet ist.

15
1. Den Klägern steht gegen den Beklagten zu 1) ein Anspruch auf Vorschuss der zur Beseitigung der Mängel an ihrem Schwimmbecken erforderlichen Aufwendungen in Höhe von 139.313,30 € gemäß §§ 637 Abs. 1 und 3, 634 Nr. 2 BGB zu.

16
Die Kläger beauftragten unter dem 16.11.2010 (Vergabeprotokoll Anlage K 3) den Beklagten zu 1) mit den kompletten Haustechnikarbeiten gemäß Angebot vom 22.10.2010 betreffend Heizung, Lüftung, Sanitär sowie der Schwimmbadtechnik der Firma O. Die Funktionalität der Schwimmbadtechnik wurde im Rahmen der Inbetriebnahme vom 28.11.2011 (Anlage K 6) geprüft, am 12.12.2011 erfolgte die Abnahme der Schwimmbadtechnik (Anlage SH 1/3) und am 21.12.2011 erfolgte die Abnahme der gesamten Leistung des Beklagten zu 1), also der Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten einschließlich der Schwimmbadtechnik unter Vorbehalt von geringfügigen anderen Mängeln. Im Rahmen der Abnahme der Schwimmbadtechnik am 12.12.2011 war der Austausch von drei Scheinwerfern noch vorbehalten worden.

17
Unter dem 16.03.2012 stellte der Beklagte seine Schlussrechnung (Anlage K 51), bei der unter Ziffer 06 die Schwimmbadtechnik, unter anderem mit Beleuchtung und Whirlpool, mit insgesamt 92.780,92 € in Rechnung gestellt wurde. Diese Rechnung wurde von der Beklagten zu 2) unter dem 21.03.2012 zur Zahlung freigegeben.

18
Das errichtete Schwimmbad erweist sich als mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB, da es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet bzw. nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werks erwarten kann.

19
Im Schwimmbad sind schwarze Fugenverfärbungen aufgetreten, die eindeutig auf Fungizide zurückzuführen sind. Dieses Wachstum beruht auf der über einen längeren Zeitraum erfolgten Ausfall der ph-Regulierung. Ursache war ein abgeknickter Dosierschlauch der ph-Dosierung (schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.- Ing. M. D. vom 23.01.2018, Seite 9).

20
Zwar hat der Sachverständige, wie er bei seiner mündlichen Anhörung am 30.06.2020 (Protokoll Bl. 448/455 d. A.) eingeräumt hat, eine Laborprüfung nicht vorgenommen. Nach seiner fachlichen Überzeugung hat es sich jedoch eindeutig um Pilze gehandelt. Schriftlich hatte er ohnehin schon ergänzt (Stellungnahme vom 22.11.2018, Bl. 381/385 d. A.), dass davon ausgegangen werden könne, dass bei funktionierender Desinfektion das Wachstum dieser Organismen im Keim erstickt wäre. Wenn Pilze aber

einmal Wachstumsvoraussetzungen hätten, dann seien diese nur äußerst schwer wieder einzudämmen, da eine Desinfektion hinter dem Fliesenbelag im Nachhinein nicht mehr stattfinden könne. Er habe festgestellt, dass eindeutig Hohlräume hinter der Verzahnung im Schwimmbad-Fliesenbelag vorhanden sind (Bl. 229 d. A.). In diese Hohlräume dringt über die Zeit Wasser ein. Dieses eingedrungene Wasser wird nicht desinfiziert und reagiert auf Dauer mit seiner Umgebung und geht unkontrollierte Reaktionen ein. Dahinstehen kann, ob der abgeknickte Dosierschlauch bereits im Zeitpunkt der Abnahme am 12.12.2011/21.12.2011 abgeknickt war oder aber erst während der verschiedenen Scheinwerferaustauscharbeiten (30.01.2012; 19./20.02.2012, Anlage K 8; 29.05.2012, Anlage K 17; 29.05.2012, Anlage K 18; 25.06.2012, Anlage K 19) oder im Rahmen der weiteren Mängelbeseitigungsarbeiten (26.01.2012: Rinnenreinigungsventil undicht, Anlage B 2- B 6; 02.03.2012: Wasserwert nach Beckenneubefüllung überprüft, Anlage B 2 – B 6; 31.05.2012: Wasserwert überprüft und Chlormeßzelle eingebaut, Anlage B 2 – B 6; 23.04.2013: Injektorpumpe undicht, Anlage B 2 – B 6; 07.05.2013: Ph-Senker-Pumpe ohne Funktion, Anlage B 2 – B 6) zu weit hineingedrückt wurde, denn in allen Fällen ist nach Überzeugung des Senats der Beklagte zu 1) hierfür verantwortlich.

21
Richtig ist zwar, dass mit der Abnahme die Beweislast für die Verantwortlichkeit für einen Mangel auf den Bauherrn übergeht. Nach Überzeugung des Senats ist den Klägern allerdings der Beweis für ihre Behauptung, dass nur der Beklagte zu 1) oder seine Erfüllungsgehilfen für die zu weit hineingeschobene Dosierlanze verantwortlich sein können, gelungen.

22
Dafür, dass die Dosierlanze bereits im Zeitpunkt der Abnahme im Dezember 2011 zu weit hineingeschoben war und deshalb die Dosierung unzureichend war, spricht, dass es nach den Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 05.12.2018 (Protokoll Bl. 384/396 d. A.) bei einer Verkeimung des Untergrundes bzw. der Fugen nicht sofort zu einem sichtbaren Pilzbefall kommt. Dies sei vielmehr ein Prozess, der sich über Wochen, Monate oder Jahre hinziehe. Da nach den Ausführungen der Kläger die erste Verfärbung etwa 14 Tage nach Wiederbefüllung des Beckens nach Beendigung der Reparaturarbeiten, das heißt im März 2012, aufgetreten sein soll, so sind nach Ausführungen des Sachverständigen 14 Tage ein wenig zu kurz. Zudem (Schriftsatz der Streithelferin vom 12.11.2021 (Bl. 806/827 d. A.) sprechen sowohl der Standort der Dosieranlage unterhalb des Whirlpools (Anlage SH 1/22), der Standort des Schwallwasserbehälters (Anlage SH 1/18), der Kabelauslass der Stufenbeleuchtung (Anlage SH 1/23) als auch die konkrete Lage des auszutauschenden Scheinwerfers nach Überzeugung des Senats nicht dafür, dass die Dosierlanze beim Austausch des Scheinwerfers am 19./20.02.2012 zu weit hineingeschoben wurde, da es keinen örtlichen Zusammenhang zwischen dem Scheinwerfertausch und der Dosieranlage gibt. Dies selbst dann, wenn – wie von den Klägern vorgetragen – beim Scheinwerfertausch am 25./26. Januar 2012 bzw. am 19./20.02.2012 der Keller „geflutet“ worden sein sollte“. Dies deshalb, da sich die Dosieranlage auf großen Überflurbehältern befindet (Lichtbild SH 1/22) und ein völliges Unterwasserstehen des Kellers auch von den Klägern nicht behauptet wird.

23
Angesichts des klägerischen Vortrags, wonach bereits 14 Tage nach Wiederbefüllung des Beckens eine sichtbare Verfärbung aufgetreten sein soll, das Becken aber – anders als von den Klägern vorgetragen – am 01.03.2012 (Anlage B 1) wiederbefüllt worden ist, so wären der Scheinwerferaustausch am 25.06.2012 und am 20.07.2012 aus zeitlichen Gründen nicht mehr kausal.

24
Nach der ausführlichen Erörterung der Sach- und Rechtslage im Termin vom 05.10.2021 und den Schilderungen des Klägers vom Ablauf der Geschehnisse sowie der Vorlage der zahlreichen Regieberichte (Anlagen B 2 – B 6) ist der Senat davon überzeugt, dass weder der Kläger selbst noch seine Ehefrau an der Dosieranlage herumhantiert haben. Vielmehr hat der Kläger, wie die zahlreichen Kundendienstberichte aufzeigen, bei jeder Fehleranzeige stets den Streithelfer/den O.-Kundendienst informiert (Auftrag vom 02.03.12 (Anlage B 1/5); Auftrag vom 31.05.2012 (Anlage B 1/7); Auftrag vom 23.04.2013 (Anlage B 1/8)). Erst beim Auftrag vom 07.05.2013 stellte der Servicemitarbeiter der Firma OSPA fest, dass die ph-senkende Pumpe ohne Funktion ist (Anlage B 2 – B 6).

25

Selbst wenn aber die Dosierlanze erst bei den späteren Austauscharbeiten oder aber bei den weiteren Fehleranzeigen vor dem 07.05.2013 hineingeschoben worden wäre, ändert dies an der Verantwortlichkeit des Beklagten zu 1) nichts, da auch Tätigkeiten und Fehler im Rahmen der Mängelgewährleistung von ihm zu vertreten sind.

26
Der Beklagte zu 1) hat für einen von seinem Erfüllungsgehilfen zu verantwortenden Fehler einzustehen, § 278 BGB.

27
Dem Beklagten zu 1) war von den Klägern die O. Schwimmbadtechnik vorgegeben (Vergabeprotokoll Anlage K 3) und hierfür wurde die Firma A 1 S1. GmbH herangezogen. Es mag sein, dass der Architekt ein eigenes Angebot der O. eingeholt hat (vgl. Anlage K 2). Dies kann allerdings dahinstehen, da jedenfalls der Auftrag insgesamt dem Beklagten zu 1) erteilt worden ist und diese die Schwimmbadtechnik auch in ihrer Schlussrechnung vom 16.03.2012 abgerechnet hat.

28
Sollte die Dosierlanze nicht schon bei der Abnahme geknickt gewesen sein, so bleibt nach Überzeugung des Senats nur die Möglichkeit, dass dies bei einem Austausch der Scheinwerfer oder aber bei einem der weiteren Kundendienstaufträge vor dem 07.05.2013 passiert ist. Der Senat hält es nach Anhörung des Klägers und in Kenntnis der Persönlichkeit des Klägers für ausgeschlossen, dass der Kläger selbst an der ausgesprochen komplexen Anlage „herumgeschraubt“ hat, sondern dass er bei einer Fehleranzeige des Geräts den Kundendienst angerufen hat. Wie bereits das Erstgericht so ist auch der Senat der Auffassung, dass die Mängelbeseitigung vom Beklagten zu 1) als Schuldner der Primärleistung geschuldet war. Da nach dem gesamten Ablauf die Firma des Beklagten zu 1) die Schwimmbadtechnik in die Hände der Streithelferin zu 1) gegeben hatte, liegt in der Mängelanzeige gegenüber der Firma A 1 – auf dem kurzen Weg – in der Sache eine Mängelanzeige gegenüber dem Beklagten zu 1). Aus dem Anlagenkonvolut K 35 ergibt sich, dass es sich hierbei um Gewährleistung handelte und auch die A 1 S2. B. GmbH dies nicht als eigenständigen Auftrag behandelt hat. Ein Verschulden der Streithelferin zu 1) oder der OSPA im Rahmen des Mangelbeseitigungsversuchs ist daher der Beklagten zu 1) gemäß § 278 Satz 1 BGB zuzurechnen.

29
Dahinstehen kann, ob das Becken nach der Entleerung zur Durchführung der Nachbesserungsarbeiten am 19./20.02.2012 einer gründlichen Reinigung und Desinfektion zu unterziehen gewesen wäre. Bereits der Privatsachverständige Eisele (Anlage K 10) hat in seinem Gutachten vom 19. März 2016 ausgeführt, dass eine fachgerechte Reinigung und Desinfektion auch der Anlagenteile der Badewasseraufbereitungstechnik nur dann erforderlich ist, wenn eine längere Stillstandszeit, „ca. 4 Wochen wie im vorliegenden Fall“, erforderlich ist (Anlage K 61). Letztere Aussage beruhte aber auf der – wie sich herausgestellt hat, unzutreffenden Angabe der Kläger. Tatsächlich wurde das Becken am 19.02.2012 entleert und am 01.03.2012 (Anlage B 1) wieder befüllt, war also nur 10 Tage und nicht vier Wochen entleert.

30
Angesichts der deutlich kürzeren Stillstandszeit von nur 10 Tagen ist der Senat nicht davon überzeugt, dass das Pilzwachstum auf einer mangelhaften Reinigung und Desinfektion beruht. Ohnehin hätten bei funktionierender Anlage kurzfristige Verunreinigungen nicht zu dem Pilzbefall geführt (Sachverständigengutachten vom 23.01.2018 Seite 12).

31
In der Anhörung vom 05.12.2018 (Bl. 384/396 d. A.) hat der Sachverständige auch seine früher vertretene Auffassung hinsichtlich der Beckenhydraulik korrigiert. Er hat ausdrücklich ausgeführt, dass in der Praxis Bodeneinströmdüsen – wie hier – eingebaut werden. Dies sei immer im Zusammenhang mit dem Beckenüberlauf zu sehen. Die DIN 19643 gehe von Bodeneinströmdüsen aus. Es sei kein Planungsfehler, wenn bei einer geplanten Bodeneinströmdüse keine Wandeinströmdüsen geplant würden. Dies sei nicht ein Sowohl-als-Auch, sondern ein Entweder-Oder. Der Sachverständige betonte auch, dass nach seiner persönlichen Meinung ergänzend eine horizontale Einströmung vorgesehen werden sollte. Er betonte allerdings ausdrücklich, dass nach dem technischen Regelwerk die 10 Stück Bodendüsen ausreichend sind und den anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

32

Die Kläger haben den Beklagten zu 1) unter dem 03.02.2011 zusätzlich mit dem Einbau von Scheinwerfern und Minispots in das Schwimmbecken beauftragt. Unstreitig ist ein Scheinwerfer auf der Frontseite der dritten Stufe im rechten Bereich der Whirlpool-Treppe verrostet. Es kann dahinstehen, ob es sich um eine Kontaktkorrosion, wie der Sachverständige D. in seiner Anhörung am 30.06.2020 (Protokoll Bl. 448/455 d. A.) ausgeführt hat, handelt oder um ein defektes Scheinwerferglas. Zu dem Zeitpunkt, in dem die Korrosion aufgetreten ist, war das Bad bereits veralgt und musste saniert werden. Insoweit ist über den mangelhaften Scheinwerfer hinaus kein zusätzlicher Schaden durch Rost aus dem Scheinwerfer entstanden, da das Schwimmbecken bereits nicht mehr sanierbar verseucht war.

33
Die Kläger haben den Beklagten zu 1) mehrfach zur Nachbesserung gemäß § 634 Nr. 1 BGB aufgefordert. Eine Mangelbeseitigung ist unstreitig nicht gelungen. Die Höhe der Magenbeseitigungskosten sind nachvollziehbar, die Baupreissteigerung ist dem Senat als Bausenat aus seiner langjährigen Erfahrung hinreichend bekannt.

34
Der Senat konnte die mit Schriftsatz des Streitverkündeten vom 12.11.2021 vorgelegten Lichtbilder verwerten, weil es sich hierbei nicht um neuen Sachvortrag oder aber neue Beweismittel handelt. Entsprechende Lichtbilder sind bereits im Sachverständigengutachten vom 23.01.2018 vorgelegt, die Lage des Technikraums wurde ausführlich in der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2021 erörtert. Ein Anlass zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung besteht nicht, ebenso konnten sich die Kläger bereits zu den örtlichen Gegebenheiten äußern.

35
2. Den Klägern steht gegen den Beklagten zu 2) kein Schadensersatzanspruch/Vorschussanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB wegen mangelhafter Planung und Überwachung zu.

36
Zwar war der Beklagte zu 2) mit der Planung und Bauleitung der Gewerke Heizung, Sanitär, Lüftung und Schwimmbadtechnik im Rahmen der Baumaßnahmen der Kläger betraut (Anlage K 1). Den Klägern ist allerdings der Nachweis für ihre Behauptung, eine mangelnde Überwachung der Entleerung des Schwimmbades und des Einbaus der Scheinwerfer am 19./20.02.2012 bzw. am 25.06.2012/20.07.2012 sei für den aufgetretenen Schaden verantwortlich, nicht gelungen.

37
Nicht geklärt werden konnte, wann die Dosierlanze zu weit in das Dosiergerät hineingeschoben und der Dosierschlauch abgeknickt wurde. Der Beklagte zu 2) war neben anderen Fachleuten bei der Abnahme sowohl der Schwimmbadtechnik als auch der Gesamtabnahme dabei, ohne dass dieser Fehler bemerkt worden ist. Mehr als Anwesend sein konnte der Beklagte zu 2) auch nicht, da es sich bei der Schwimmbadtechnik um eine hochkomplexe Materie handelte, die er augenscheinlich den Spezialisten überlassen musste. Diese waren anwesend. Anhaltspunkte, dass die Spezialfirma die Überprüfung nicht ordnungsgemäß vorgenommen hat, wurden nicht vorgetragen.

38
Die Kläger konnten den ihnen obliegenden Beweis, dass die Entleerung des Schwimmbads am 19.02.2012 und die behauptete unzureichende Desinfektion der Schläuche für den Pilzbefall verantwortlich waren, nicht führen. Wie den Ausführungen des Sachverständigen D. im Gegenschluss zu entnehmen ist, ist bei einer kürzeren Stillstandszeit von 10 Tagen – wie hier –, eine grundlegende Desinfektion wohl nicht erforderlich. Zudem ist nach den Ausführungen der Kläger die Verfärbung des Wassers bereits etwa 14 Tage nach Wiederbefüllung des Beckens zu bemerken gewesen, so dass eine etwaige Verkeimung im Rahmen der Entleerung/Wiederbefüllung nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen aus zeitlichen Gründen hierauf nicht zurückzuführen sein dürfte.

39
Da mit der Streithelferin eine Spezialfirma den Austausch der Scheinwerfer vorgenommen hat, musste nach Auffassung des Senats der Beklagte zu 2) diesen, zumal – bei entleertem Becken – doch eher als einfach anzusehenden Austausch nicht zusätzlich überwachen.

40

Letztendlich bedarf dies allerdings nicht abschließender Entscheidung, da jedenfalls nach Überzeugung des Senats der Scheinwerferaustausch am 19./20.02.2012 oder aber die Wiederbefüllung des Beckens am 01.03.2012 nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen, denen der Senat folgt, für den Pilzbefall nicht kausal war. Die Kläger können den ihnen obliegenden Beweis, dass der Dosierschlauch bei den Austauscharbeiten abgeknickt worden ist, nicht führen. Hiergegen spricht der örtliche wie auch der zeitliche Zusammenhang mit dem Auftreten der Verfärbungen.

41
Der Korrosionsschaden an den Fliesen ist zudem nicht kausal für die Mangelhaftigkeit des Schwimmbeckens, da der Schaden, nämlich die völlige Verkeimung des Beckens mit Brackwasser hinter den Fliesen, bereits angelegt und nicht mehr zu verhindern war, als der Rost aufgetreten ist.

42
3. Dem Feststellungsantrag ist zu entsprechen, da nicht auszuschließen ist, dass bei Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten höhere Kosten entstehen oder sich das auf die festgestellten Mängel beruhende Schadensbild – gegebenenfalls bedingt durch den mangelbedingten Leerstand des Beckens – vergrößert.

III.

43
Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 91, 92, 97, 100 Abs. 1, 101 ZPO.

44
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit gründet in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

45
Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1 Satz 1, 40, 48 GKG, 3 ff. ZPO.

46
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung in Übereinstimmung mit der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung.