

Dokumentnummer: 10u87_09
letzte Aktualisierung: 26.05.2010

OLG Stuttgart, 30.03.2010 - 10 U 87/09

BGB §§ 195, 199, 634a

Schadensersatzansprüche des Bauherrn bei schuldhaft verzögerter Herstellung; entgangene Gebrauchsvorteile; Mietbelastung; Streitgegenstand; Verjährungsfristen vor und nach Abnahme

1. Einem Bauherrn steht wegen der schuldhaft verzögerten Herstellung seiner zur Eigennutzung vorgesehenen, in seinem Eigentum stehenden Wohnung kein (vertraglicher) Anspruch wegen entgangener Gebrauchsvorteile zu, wenn er während der Zeit der Bauzeitverzögerung - gleich aus welchem Rechtsgrund - angemessenen Wohnraum nutzen konnte und er deshalb auf die ständige Verfügbarkeit der Neubau-Wohnung für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung nicht angewiesen war (Ziff. II 4 a)).
2. Ein Schaden wegen entgangener Gebrauchsvorteile ist subsidiär und kann nicht geltend gemacht werden, wenn dem Bauherrn durch die verspätete Herstellung der zur Eigennutzung vorgesehenen Wohnung ein Schaden durch Mietzahlungen für die Zeit der Verzögerung entstanden ist (Ziff. II 4 b)).
3. Schadensersatz wegen entgangener Gebrauchsvorteile und Schadensersatz wegen Mietbelastungen entspringen, wenn sie für den identischen Zeitraum und wegen der gleichen Bauverzögerung geltend gemacht werden, einem einheitlichen Lebenssachverhalt. Es liegt ein einheitlicher Streitgegenstand vor, so dass die Geltendmachung des einen Anspruchs auch die Verjährung des anderen Anspruchs hemmt (Ziff. II 5 a)).
4. Es begründet kein Mitverschulden wegen eines Verstoßes gegen eine Schadensminderungspflicht gegenüber einem mit einem Unternehmer gesamtschuldnerisch haftenden Architekten, wenn der Auftraggeber den Mangel nicht selbst beseitigt, sondern von seinem Wahlrecht Gebrauch macht und vom Unternehmer Nachbesserung verlangt. Der Architekt ist durch ein Recht, die Mängel und dadurch verursachten Schäden selbst zu beseitigen, ausreichend vor den Folgen von Verzögerungen bei der Nachbesserung des Unternehmers geschützt (Ziff. II 6 a)).
5. Mit der fristlosen Kündigung eines Werkvertrags (hier: Architektenvertrags) durch den Auftraggeber ist ohne besondere Umstände keine Erklärung zur Abnahme zum bereits erstellten Teil des Werks verbunden (vgl. BGH, Beschluss vom 10.3.2009, Az. VII ZR 164/06) (Ziff. II 7 a)).
6. Ansprüche aus einem solchen Werkvertrag wegen Mängel verjähren vor Abnahme nicht in der Frist des § 634a BGB, sondern in der regelmäßigen Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 BGB (Ziff. II 7 b)). Allerdings ist die Verjährung angesichts der in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen gesetzlichen Wertung für die dort genannten Werke bis zum Ablauf von 5 Jahren nach der Kündigung, unabhängig wer diese erklärt hat, gehemmt (Ziff. II 7 e)).

7. Nach Verjährung eines vor Abnahme entstandenen Rechts wegen eines Werkmangels unter Berücksichtigung der Ablaufhemmung kann sich der Auftraggeber durch die Erklärung der Abnahme keinen durchsetzbaren Gewährleistungsanspruch wegen dieses Mangels mehr verschaffen, weil er in aller Regel sein Recht verwirkt hat, sich auf einen Verjährungsbeginn nach § 634a Abs. 2 BGB zu berufen (Ziff. II 7 g)).

8. Eine Klage auf Vorschuss auf die Mangelbeseitigungskosten mit einem Feststellungsantrag, der sich nach Wortlaut und Begründung auf noch nicht feststehende Kosten der Mangelbeseitigung bezieht, führt weder zu einer rechtskräftigen Entscheidung über Mangelfolgeschäden, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Nachbesserung/Selbstvornahme anfallen, noch hemmt sie die Verjährung von Ansprüchen wegen solcher Mangelfolgeschäden (Ziff. II 1; 7 d)).

OLG Stuttgart Urteil vom 30.3.2010, 10 U 87/09**Leitsätze**

1. Einem Bauherrn steht wegen der schuldhaft verzögerten Herstellung seiner zur Eigennutzung vorgesehenen, in seinem Eigentum stehenden Wohnung kein (vertraglicher) Anspruch wegen entgangener Gebrauchsvorteile zu, wenn er während der Zeit der Bauzeitverzögerung - gleich aus welchem Rechtsgrund - angemessenen Wohnraum nutzen konnte und er deshalb auf die ständige Verfügbarkeit der Neubau-Wohnung für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung nicht angewiesen war (Ziff. II 4 a)).
2. Ein Schaden wegen entgangener Gebrauchsvorteile ist subsidiär und kann nicht geltend gemacht werden, wenn dem Bauherrn durch die verspätete Herstellung der zur Eigennutzung vorgesehenen Wohnung ein Schaden durch Mietzahlungen für die Zeit der Verzögerung entstanden ist (Ziff. II 4 b)).
3. Schadensersatz wegen entgangener Gebrauchsvorteile und Schadensersatz wegen Mietbelastungen entspringen, wenn sie für den identischen Zeitraum und wegen der gleichen Bauverzögerung geltend gemacht werden, einem einheitlichen Lebenssachverhalt. Es liegt ein einheitlicher Streitgegenstand vor, so dass die Geltendmachung des einen Anspruchs auch die Verjährung des anderen Anspruchs hemmt (Ziff. II 5 a)).
4. Es begründet kein Mitverschulden wegen eines Verstoßes gegen eine Schadensminderungspflicht gegenüber einem mit einem Unternehmer gesamtschuldnerisch haftenden Architekten, wenn der Auftraggeber den Mangel nicht selbst beseitigt, sondern von seinem Wahlrecht Gebrauch macht und vom Unternehmer Nachbesserung verlangt. Der Architekt ist durch ein Recht, die Mängel und dadurch verursachten Schäden selbst zu beseitigen, ausreichend vor den Folgen von Verzögerungen bei der Nachbesserung des Unternehmers geschützt (Ziff. II 6 a)).
5. Mit der fristlosen Kündigung eines Werkvertrags (hier: Architektenvertrags) durch den Auftraggeber ist ohne besondere Umstände keine Erklärung zur Abnahme zum bereits erstellten Teil des Werks verbunden (vgl. BGH, Be-schluss vom 10.3.2009, Az. VII ZR 164/06) (Ziff. II 7 a)).
6. Ansprüche aus einem solchen Werkvertrag wegen Mängel verjähren vor Abnahme nicht in der Frist des § 634a BGB, sondern in der regelmäßigen Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 BGB (Ziff. II 7 b)). Allerdings ist die Verjährung angesichts der in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen gesetzlichen Wertung für die dort genannten Werke bis zum Ablauf von 5 Jahren nach der Kündigung, unabhängig wer diese erklärt hat, gehemmt (Ziff. II 7 e)).
7. Nach Verjährung eines vor Abnahme entstandenen Rechts wegen eines Werkmangels unter Berücksichtigung der Ablaufhemmung kann sich der Auftraggeber durch die Erklärung der Abnahme keinen durchsetzbaren Gewährleistungsanspruch wegen dieses Mangels mehr verschaffen, weil er in aller Regel sein Recht verwirkt hat, sich auf einen Verjährungsbeginn nach § 634a Abs. 2 BGB zu berufen (Ziff. II 7 g)).
8. Eine Klage auf Vorschuss auf die Mangelbeseitigungskosten mit einem Feststellungsantrag, der sich nach Wortlaut und Begründung auf noch nicht feststehende Kosten der Mangelbeseitigung bezieht, führt weder zu einer rechtskräftigen Entscheidung über Mangelfolgeschäden, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Nachbesserung / Selbstvornahme anfallen, noch hemmt sie die Verjährung von Ansprüchen wegen solcher Mangelfolgeschäden (Ziff. II 1; 7 d)).

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten 2 wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 25.5.2009 - 14 O 424/06 - abgeändert und die Klage gegenüber der Beklagten Ziffer 2 insgesamt abgewiesen. Die weitergehende Berufung der Beklagten 2 wird zurückgewiesen.

2. Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen

- von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin die Klägerin 66 %, die Beklagten als Gesamtschuldner 13% und der Beklagte 1 weitere 21 %,

- von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten 1 die Klägerin 66% und

- von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten 2 die Klägerin 87%.

Im Übrigen findet eine Erstattung der Kosten erster Instanz nicht statt.

Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin 85 % und die Beklagte 2 15%.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung jeweils in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

5. Die Revision wird zugelassen.

Streitwerte:

1. Instanz:

a) Für das Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 verbleibt es bei der Streitwertfestsetzung erster Instanz.

b) Für das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 Klagforderung: 89.846,83; Hilfsaufrechnung: 13.562,36 EUR.

Insgesamt: 103.409,19 EUR

2. Instanz:

a) Berufung: 16.194,79 EUR; Anschlussberufung: 71.143,04 EUR; Hilfsaufrechnung: 13.562,36 EUR

Insgesamt: 100.900,19 EUR

b) ab 30.10.2009:

Berufung: 16.194,79 EUR; Anschlussberufung: 37.004,09 EUR; Hilfsaufrechnung: 13.562,36 EUR

Insgesamt: 66.761,24 EUR

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten 2 Schadensersatz wegen Baumängeln am Neubau eines Wohn- und Geschäftshauses X. in P., für den die Beklagte 2 durch Vertrag vom 14.8.2001 alle Architektenleistungen von der Grundlagenermittlung bis zur Objektbetreuung und Dokumentation übernommen hatte. Mit Anwaltsschreiben vom 23.7.2002 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung des Architektenvertrags.
- 2 Mit dem rechtskräftigen Urteil des 19. Zivilsenats des OLG Stuttgart vom 30.3.2006 (AZ: 19 U 144/05 = 14 O 538/02 LG Stuttgart) wurde festgestellt, dass die damaligen Beklagten, darunter die jetzige Beklagte 2, als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin die weiteren Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die durch die Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel an den Holzbauteilen des

Flachdaches des Gebäudes X., P., entstehen werden. In den Gründen seines Urteils hat der 19. Zivilsenat ausgeführt, dass Objektüberwachungsfehler der Beklagten 2 und der daraus mit verursachte Baumangel feststünden.

- 3 Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 15.5.2009, AZ: 14 O 424/06, verwiesen.
- 4 Mit diesem Urteil hat das Landgericht Stuttgart der Klage teilweise stattgegeben. Die Klägerin habe gegen die Beklagte 2 und den erstinstanzlich beteiligten Beklagten 1 als Gesamtschuldner einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 34.989,18 EUR erlangt. Die Einstandspflicht der Beklagten 2 stehe dem Grunde nach aufgrund des Urteils des OLG Stuttgart vom 30.3.2006 fest. Da die Klägerin die im Bauvorhaben gelegene Wohnung habe nutzen wollen und der Eigentümer bei seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung in besonderem Maße auf den Wohngebrauch angewiesen und die ständige Verfügbarkeit der Wohnung für diesen Gebrauch von zentraler Bedeutung sei, sei die Klägerin dafür zu entschädigen, dass sie mit ihrem Ehemann die Wohnung für einen Zeitraum von über 4 Jahren nicht habe beziehen können. Teile der Wohnung seien unter dem sanierungsbedürftigen Flachdachbereich gelegen, so dass vor einer Sanierung des Flachdaches ein Bezug der Wohnung nicht zumutbar gewesen sei. Die fehlende Nutzbarkeit der Wohnung sei für die Klägerin eine fühlbare Beeinträchtigung gewesen, nachdem sie in einer Mietwohnung mit 3 ½ Zimmer und einem Bad bei einer Wohnfläche von ca. 89 qm gewohnt und die Wohnung in ihrem Bauvorhaben eine Fläche von 168 qm bei 4 ½ Zimmern gehabt habe. Dadurch habe sich diese Wohnung von der Mietwohnung deutlich abgehoben.
- 5 Für die Nutzungsentschädigung sei von einem fiktiven Einzugstermin zum September 2002 auszugehen. Eine etwaige Verlängerung der Bauzeit durch Eigenleistungen der Klägerin könne sie nicht auf die Beklagten abwälzen. Der Entschädigung für die entgangene Eigennutzung seien die marktüblichen Mietpreise abzüglich von deren Gewinnanteil zugrunde zu legen. Dieser Gewinnanteil werde auf 10 % geschätzt. Die vom Sachverständigen festgestellten nicht fertigen Arbeiten hätten zu einem Mietwertabschlag von 20 % geführt. Danach seien 70 % des Mietwerts für den Zeitraum September 2002 bis September 2006, insgesamt 33.137,24 EUR zu ersetzen.
- 6 Da die Klägerin über die Mittel für die Sanierung des Flachdaches nicht verfügt habe und sie deshalb auf den Erhalt der Mittel durch die Beklagten angewiesen gewesen sei, könne ihr nicht entgegen gehalten werden, sie habe die Sanierung früher durchführen müssen. Bei den streitgegenständlichen Feuchtigkeitsschäden handle es sich um eine von der abgeschlossenen Bauleistungsversicherung nicht abgedeckte Gefahr. Es habe sich nicht um unvorhergesehene Schäden gehandelt, weil sie auf einer schuldhaften Pflichtverletzung der Beklagten beruhten. Außerdem werde eine Entschädigung für Mängel der versicherten Bauleistungen nicht geleistet.
- 7 Angesichts der Hemmung der Verjährung über einen Zeitraum von fast vier Jahren durch den Vorprozess komme bei einer Verjährungsfrist von 5 Jahren eine Verjährung nicht in Betracht.
- 8 Hinsichtlich der Nichtauszahlung der Eigenheimzulage habe die Klägerin trotz Hinweises des Gerichts mit Verfügung vom 11.8.2008 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung keinen substantiierten Vortrag zu ihrer Einkommenssituation gehalten. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Unterlagen seien nach § 296a ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. Es sei außerdem nicht dargelegt, welche Einkünfte die Klägerin in den Jahren 2003, 2004, 2007 und 2008 gehabt habe. Solange nicht feststehe, dass die Klägerin die Eigenheimzulage nach dem Jahr 2002 nicht mehr habe erhalten können, fehle es am Nachweis des Schadens.
- 9 Der durch die Verlängerung der Bauzeit angefallene Beitrag für die Bauherrenhaftpflichtversicherung sei zu ersetzen.

10

Die geltend gemachten Gerüstkosten für den Zeitraum ab der 37. Kalenderwoche 2002 seien teilweise

zu erstatten. Die Entscheidung der Klägerin, das aufgestellte Gerüst nach Auftreten der Feuchtigkeitsmängel am Flachdach zu belassen, sei eine Folge dieses Mangels, denn zur Sanierung des Daches sei ein Gerüst erforderlich gewesen. Im Hinblick auf die Obliegenheit zur Schadensminderung habe die Klägerin das Gerüst allerdings nur so lange stehen lassen dürfen, als dies angesichts der damit verbundenen Kosten verhältnismäßig gewesen sei. Die Klägerin habe zunächst das Ergebnis des ersten Verhandlungstermins im Vorprozess vom 17.3.2003 abwarten dürfen, da von diesem Termin abgegangen habe, ob und in welchem zeitlichen Umfang der Rechtsstreit fortzusetzen sei. Nachdem eine gütliche Einigung in diesem Termin nicht zustande gekommen sei und am 31.3.2003 ein Beweisbeschluss zur Klärung der Ursache der Feuchtigkeitschäden ergangen sei, habe es auf der Hand gelegen, dass ein weiteres Belassen des Gerüsts wirtschaftlich unvernünftig gewesen sei, da der Beginn der Sanierungsarbeiten und damit die Fortsetzung der Bautätigkeit nicht innerhalb eines Zeitraum von 25 Wochen zu erwarten gewesen sei. Ab- und Aufbau des Gerüsts habe etwa das 25-fache einer Woche Gerüststandzeit gekostet. Es sei daher nur eine Gerüststandzeit von der 37. Kalenderwoche 2002 bis zur 14. Kalenderwoche 2003, die am 6.4.2003 endete, anzusetzen, also 30 Wochen. Die auf diese Zeit tatsächlich entfallenden Kosten hätten sich auf brutto 1.279,52 EUR belaufen.

- 11 Das Fertigen von Fotos zur Dokumentation von Baumängeln sei ersatzfähig, so dass ein Pauschalbetrag von 50,- EUR brutto ersetzt verlangt werden könne. Ein Bezug der konkret geltend gemachten Kosten zu den Baumängeln sei nicht ersichtlich.
- 12 Die Setzungen auf der Terrasse, die im Zuge der Sanierungsarbeiten entstanden seien, seien zu ersetzen. Die Setzungen seien durch das Zwischenlagern von Baumaterial in Säcken verursacht worden. Hierfür könne die Klägerin 430,- EUR ersetzt verlangen.
- 13 Gegen diesen Gesamtschaden der Klägerin in Höhe von 34.989,18 EUR habe die Hilfsaufrechnung der Beklagten 2 in Höhe von 18.794,39 EUR durchgegriffen. Dabei handle es sich um den restlichen Honoraranspruch der Beklagten 2, der aus prozessualen Gründen im Vorprozess unberücksichtigt geblieben sei. Den von der Beklagten 2 abgerechneten Leistungsumfang habe der Sachverständige R. im Wesentlichen bestätigt. Der Bauüberwachungsfehler der Beklagten 2 führe nicht zu einer Minderung des Honorars, weil die Beklagte 2 schadensersatzpflichtig sei und dadurch ein mangelfreies Werk hergestellt werde.
- 14 Für die nicht erbrachten Leistungen könne die Beklagte 2 keine Vergütung verlangen, weil der Vertrag von der Klägerin mit wichtigem Grund gekündigt worden sei.
- 15 Die Vergütung der Beklagten 2 sei nicht im Hinblick auf die Planung der Garage zu mindern. Die Planung der Beklagten 2 habe nicht nur den Anforderungen der Garagenverordnung genügt, sondern auch den von der Klägerin gemachten vertraglichen Vorgaben, nämlich einer Nutzung mit dem seinerzeitigen Fahrzeug der Klägerin. Die lichte Länge der Garage von nur 5,09 Meter sei nicht auf eine fehlerhafte Planung zurückzuführen, sondern auf das Setzen der Garagentore in die Wandleibung anstatt an die Fassade. Da die näheren Umstände zum Anbringen der Tore unbekannt seien, könne der Beklagten 2 insoweit kein Überwachungsfehler angelastet werden. Die Klägerin habe die Tore selbst bestellt.
- 16 Der Honoraranspruch der Beklagten 2 sei nicht verjährt. Der Honoraranspruch sei im Jahr 2006 nach Zugang der Schlussrechnung vom 20.2.2006 fällig geworden. Bevor die Verjährung mit Ablauf des 31.12.2008 endete, sei die Verjährung durch die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im hiesigen Prozess gehemmt worden. Der Anspruch sei auch nicht verwirkt. Allein die späte Vorlage der Schlussrechnung genüge hierfür nicht.
- 17 Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.
- 18 Dagegen wendet sich die Berufung der Beklagten 2, mit der sie die Klagabweisung weiter verfolgt. Zu Unrecht habe das Landgericht eine Nutzungsentuschädigung zugesprochen, weil eine

Gebrauchsmöglichkeit des Wohnraums noch gar nicht bestanden habe, sondern erst im Entstehen gewesen sei. Wenn eine Gebrauchsmöglichkeit nicht bestanden habe, habe diese auch nicht im Sinn der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verloren gehen können. Da der Klägerin Wohnraum zur Verfügung gestanden habe, sei sie auf den Bezug des Neubaus im konkreten Fall nicht angewiesen gewesen. Darauf, dass die neue Wohnung größer und komfortabler als die Erstwohnung gewesen sei, könne es nicht ankommen. Einen Nutzungswillen habe die Klägerin darüber hinaus nicht substantiiert dargelegt. Die Klägerin habe die Mangelbeseitigungsmaßnahmen bewusst verzögert. Entgegen den Angaben der Klägerin habe sie selbstverständlich über den erforderlichen Betrag zur Mangelbeseitigung verfügt, da die Finanzierung des Bauvorhabens insgesamt gesichert gewesen sei und sie zum Zeitpunkt der möglichen Sanierung im Jahr 2002 wesentliche Ausgaben „eingespart“ habe. Dies betreffe zum einen das restliche Architektenhonorar in Höhe von 22.496,65 EUR. Daneben habe die Klägerin eine Abschlagszahlung in Höhe von 10.000,- EUR für die Sanitärausstattung des Gebäudes leisten können. Ende 2007 habe der Sachverständige festgestellt, dass einige Gewerke noch nicht fertig gestellt gewesen seien, deren Ausführung und Bezahlung von der Klägerin eingeplant und sichergestellt gewesen sei. Darüber hinaus sei ein erstattungsfähiger Sachschaden der abgeschlossenen Bauleistungsversicherung gegeben gewesen. Der Schaden sei im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts nicht durch die mangelhafte Herstellung der Holzkonstruktion entstanden, sondern dadurch, dass der Beklagte 1 während der Bauzeit nicht für die Abdeckung der offenen Dachkonstruktion gesorgt und die Holzteile gegen eindringende Feuchtigkeit gesichert habe. Erst durch die Feuchtigkeit seien die nicht imprägnierten Hölzer geschädigt worden. Die fehlende Imprägnierung wäre ohne diese Schädigung ohne großen zeitlichen und finanziellen Aufwand nachholbar gewesen.

- 19 Ein Bauherr sei grundsätzlich verpflichtet, sich um eine baldmögliche Behebung von Baumängeln zu bemühen, wenn er wegen des Nutzungsausfalls Schadensersatz verlangen wolle. Dies habe die Klägerin unterlassen. Es sei grob rechtsmissbräuchlich gewesen, der Beklagten 2 eine Nachbesserung aus Rechtsgründen zu verweigern, gleichzeitig zu behaupten, eigene Nachbesserungsarbeiten nicht finanzieren zu können und damit die Nachbesserungsarbeiten über Jahre hinaus zu verzögern, um eine Nutzungsentschädigung von Dritten finanziert zu bekommen.
- 20 Das Landgericht habe zudem die Nutzungsentschädigung fehlerhaft zu hoch berechnet.
- 21 Da die Verlängerung der Bauzeit der Beklagten 2 nicht zurechenbar gewesen sei und allein das Verhalten des Beklagten 1 und der Klägerin zur Bauverzögerung geführt habe, hafte die Beklagte 2 nicht für den Beitrag zur Bauherrenhaftpflichtversicherung für die Zeit vom 3.5.2003 bis 3.5.2004. Aufgrund der Kündigung der Klägerin vom 23.7.2002 habe die Beklagte 2 keinerlei Möglichkeit mehr gehabt, auf den Fortgang des Bauvorhabens Einfluss zu nehmen. Außerdem habe es weder eine vertragliche Festlegung der Bauzeit noch einen vereinbarten Fertigstellungstermin gegeben.
- 22 Gleiches gelte für die Gerüstkosten. Darüber hinaus sei die Klägerin noch weit vor der 37. Kalenderwoche 2002 verpflichtet gewesen, das Gerüst abzubauen. Der Beklagte 1 habe zum Zeitpunkt der Kündigung des Architektenvertrags die Nachbesserung bereits wiederholt ernsthaft verweigert. Die Klägerin sei offensichtlich nicht bereit gewesen, die Nachbesserungsarbeiten selbst durchführen zu lassen. Sie habe deshalb zum Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten 2 damit rechnen müssen, dass es zu einem gerichtlichen Verfahren kommen würde, das sich weit über die vom Landgericht zugrunde gelegten 25 Wochen hinziehen würde.
- 23 Laut Klägervortrag seien die vom Landgericht mit einem Pauschalbetrag in Höhe von 50,- EUR berücksichtigten Fotos zu einem Zeitpunkt aufgenommen worden, als die Mängel bereits durch den Sachverständigen Z. umfangreich dokumentiert gewesen seien, nämlich im August 2002. Daneben seien laienhafte Fotografien weder erforderlich noch sachdienlich gewesen.
- 24 Da zum Zeitpunkt des Abstellens der Säcke mit Baumaterial auf dem Terrassenbelag nicht augenfällig gewesen sei, dass die Tragfähigkeit des Terrassenbelags nicht ausreichend gewesen sei, sei dieser Schaden für die Beklagte 2 nicht vorhersehbar gewesen. Es fehle insoweit an einer Pflichtverletzung und

an einem Verschulden der Beklagten 2. Da die Klägerin als Bauherrin typischerweise das Baugrundrisiko trage, müsse die Verwirklichung dieses Risikos durch den Eintritt des Schadens am Terrassenbelag billigerweise wertend alleine ihr zugeordnet werden.

- 25 Im Hinblick auf die Honorarforderung der Beklagten 2 habe das Landgericht zu Unrecht einen wichtigen Grund für die Kündigung des Architektenvertrages angenommen. Die Beklagte 2 habe sich seit dem Zeitpunkt des ersten Auftretens der Mängel um die Aufklärung der Mängelursachen bemüht und den Beklagten 1 erfolglos mehrfach unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert. Zur selbständigen Beauftragung eines Drittunternehmers sei die Beklagte 2 nicht bevollmächtigt gewesen, weshalb ihr eine zeitnahe Sanierung des Flachdaches im Gegensatz zur Klägerin nicht möglich gewesen sei. Nicht das Verhalten der Beklagten 2, sondern dasjenige der Klägerin sei der Grund gewesen, aus dem das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien nachhaltig zerstört worden sei. Dass die Dachsanierung durch die Beklagte 2 erst im Jahr 2005 habe erfolgen können, sei allein daran gelegen, dass sich die Klägerin bis dahin geweigert habe, von der Beklagten 2 Nachbesserungsarbeiten ausführen zu lassen. Die Beklagte 2 habe ihre vertraglichen Verpflichtungen im Übrigen alle ordnungsgemäß und sorgfältig erbracht, so dass durch sie das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien nicht zerstört worden sei. Die Hilfsaufrechnung mit dem geltend gemachten Honoraranspruch der Beklagten 2 sei daher in voller Höhe begründet.
- 26 Die Beklagte 2 erhebt darüber hinaus die Einrede der Verjährung. Die streitgegenständlichen Aufwendungen / Schäden seien vom Feststellungsantrag 2 des Urteils des OLG Stuttgart in dem Verfahren 19 U 144/05 nicht erfasst, weil dieser nur Aufwendungen und Schäden betreffe, die durch die Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel entstünden. Darum gehe es hier aber nicht. Nach der am 23.7.2002 ausgesprochenen Kündigung sei gemäß § 638 BGB a. F. am 22.7.2007 Verjährung eingetreten, soweit die Ansprüche auf Objektüberwachungsfehlern beruhten. Für die streitgegenständlichen Ansprüche gelte jedoch wegen der Überleitungsvorschriften die kürzere Frist des § 634a Abs. 1 Ziff. 3 BGB, die am Ende des Jahres 2002 begonnen und am 31.12.2005 geendet habe.
- 27 Die Beklagte 2 beantragt:
- 28 Das Urteil des Landgerichts Stuttgart - Urteil vom 25.5.2009 - 14 O 424/06 - wird abgeändert. Die Klage wird gegenüber der Beklagten Ziffer 2 insgesamt abgewiesen.
- 29 Die Anschlussberufung der Klägerin / Berufungsbeklagten vom 18.09.2009 wird zurückgewiesen.
- 30 Nachdem die Klägerin mit ihrer Anschlussberufung ursprünglich eine Verurteilung zur Zahlung von 71.143,04 EUR verlangt hatte, hat sie nach eingeschränkter Bewilligung von Prozesskostenhilfe die Anschlussberufung auf einen Mehrbetrag beim Nutzungsausfall von 16.556,09 EUR, einen Schaden bei der Eigenheimzulage in Höhe von 20.448,- EUR und auf die vom Landgericht angenommene Hilfsaufrechnung beschränkt und beantragt nunmehr noch:
- 31 1. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- 32 2. Das angefochtene Urteil des Landgerichts Stuttgart - 14 O 424/06 - wird abgeändert.
- 33 3. Die Beklagte 2 wird als Gesamtschuldner mit dem Beklagten 1 verurteilt, an die Klägerin einen weiteren Betrag in Höhe von 37.004,09 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 18.10.06 zu zahlen.
- 34 Auf den Hinweis des Senats zur Unzulässigkeit der Anschlussberufung gegen den Beklagten 1 hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 8.10.2009 klargestellt, dass sich die Anschlussberufung nur gegen die Beklagte 2 richtet.
- 35 Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten 2 mit dem Beklagten 1 stehe seit dem Urteil des OLG Stuttgart - 19 U 144/05 - vom 30.3.2006 bindend fest.

- 36 Hinsichtlich der Nutzungsausfallentschädigung komme es nicht auf den Verlust einer bereits vorhandenen Gebrauchsmöglichkeit an. Die Beklagte 2 habe die Vollarchitektur zur Errichtung unter anderem einer mangelfreien Wohnung geschuldet. Die vereitelte Nutzungsmöglichkeit stelle einen Vermögensschaden dar, zu dessen Ersatz die Beklagte 2 verpflichtet sei. Bei der Klägerin sei die Fühlbarkeit der Nutzungsbeeinträchtigung nicht durch die angemietete Wohnung entfallen, da dies keine Zweitwohnung, sondern eine Ersatzwohnung gewesen sei. Zu Recht habe das Erstgericht festgestellt, dass die Klägerin einen Nutzungswillen gehabt habe. Die Klägerin sei nach der Sanierung in die Wohnung eingezogen. Darauf deute auch der Kauf von Sanitärgegenständen für das Bauvorhaben hin. Bei einem fehlenden Nutzungswillen der Wohnung sei eine Ausstattung mit Sanitärgegenständen nicht notwendig gewesen. Für einen Nutzungswillen spreche auch der jahrelang andauernde Rechtsstreit. Die Mehrausgaben für Sanierungsarbeiten seien nicht gesichert und nicht im Finanzierungsplan enthalten gewesen, weshalb die Klägerin zur Vornahme der Sanierungsarbeiten auf die Zahlung von Schadensersatz angewiesen gewesen sei. Das Architektenhonorar in Höhe von 22.496,55 EUR habe die Klägerin nicht eingespart, denn dieses habe die Beklagte hilfsweise zur Aufrechnung gestellt. Das Landgericht habe zutreffend festgestellt, dass hier die Bauleistungsversicherung nicht einstandspflichtig gewesen sei. Im Übrigen bleibe es der Entscheidung der Geschädigten überlassen, an wen sie sich bei der Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche wende. Ein Mitverschulden der Klägerin sei zu Recht nicht angenommen worden. Die Klägerin habe ohne rechtliche Verpflichtung die Sanierung durch die Beklagte 2 zugelassen. In der Zeit vom Dezember 2001, als erstmalig Feuchtigkeitserscheinungen aufgetreten seien, bis zur Kündigung des Architektenvertrages Ende Juli 2002, hätte die Beklagte 2 geeignete Maßnahmen ergreifen können. Dies habe sie aus unerfindlichen Gründen nicht getan.
- 37 Die vom Landgericht Stuttgart vorgenommene Berechnung der Nutzungsentschädigung sei fehlerhaft zu niedrig. Es hätte der geplante Einzugstermin im Mai 2002 der Nutzungsausfallberechnung zugrunde gelegt werden müssen. Der Zeitraum von 8 Monate zwischen dem Erstellen der Dachkonstruktion im September 2001 und dem geplanten Einzugstermin im Mai 2002 hätte zur Fertigstellung der Wohnung vollständig ausgereicht. Bei der Bauzeitenverlängerung durch die Eigenleistungen der Klägerin handle es sich um einen Schaden, der unter den Schutzzweck der verletzten Norm falle. Nach Eintritt des Schadensfalls im Dezember 2001 habe die Beklagte mangelhaft koordiniert und nicht die notwendigen Maßnahmen eingeleitet, die zur raschen Beseitigung der eingetretenen Feuchtigkeitschäden erforderlich gewesen seien.
- 38 Das Landgericht habe die Grundlage für die Schätzung der Vermietergewinnspanne von 10 % nicht nachvollziehbar dargelegt. Die um die Vermietergewinnspanne reduzierte erzielbare Miete betrage pro Quadratmeter damit 5,58 EUR und damit für die gesamte Wohnung 937,61 EUR pro Monat. Für den Zeitraum von 53 Monaten ergebe dies einen Betrag von 49.693,33 EUR. Gleiches gelte für die vom Sachverständigen Ra. ermittelten Mietwerte, reduziert um die Vermietergewinnspanne, wenn berücksichtigt werde, dass das Gebäude nicht ausschließlich privat genutzt werde.
- 39 Hilfsweise macht die Klägerin einen Mietschaden geltend, weil sie wegen dem verspäteten Umzug in das Eigenheim länger Miete haben zahlen müssen. Soweit der Schaden bei ihrem Ehemann eingetreten sei, bestehe ein abgetretener Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.
- 40 Zur Eigenheimzulage habe die Klägerin die Bestätigung des Finanzamts Schorndorf zum Anspruch auf Auszahlung der Eigenheimzulage bei Fertigstellung der Wohnung im Jahr 2002 vorgelegt. Die Vorlage ergänzender Unterlagen sei nicht erforderlich gewesen. In der mündlichen Verhandlung vom 18.6.2007 habe sie vorgetragen, dass ihr Einkommen in den Jahren 2005 und 2006 über der für die Bewilligung der Eigenheimzulage maßgebenden Einkommensgrenze gelegen habe. Dies sei nicht substantiiert bestritten worden, sei unstreitig und stehe ohne Beweis fest. Die Klägerin habe deshalb im Zeitpunkt des Bezugs keine Eigenheimzulage mehr erhalten.
- 41 Die geltend gemachten Aufwendungen seien durch die Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel an den Holzbauteilen entstanden. Eine Verjährung sei deshalb nicht eingetreten. Die Geltendmachung eines Mängelrechts hemme die Verjährung für alle Rechte aus der behaupteten Mangelercheinung.

- 42 Zu Recht habe das Landgericht einen wichtigen Grund zur Kündigung des Architektenvertrages bejaht. Mit Anwaltschriftsatz vom 12.7.2002 sei die Beklagte aufgefordert worden, ihre Verantwortlichkeit für die vorhandenen Mängel und Schäden anzuerkennen. Eine Reaktion der Beklagten 2 sei nicht erfolgt. Darüber hinaus habe die Beklagte 2 die Herausgabe der Korrespondenz und des Bautagebuchs verweigert.
- 43 Es werde bestritten, dass die Beklagte 2 den Fehler unverzüglich bearbeitet und Werkbestellerrechte geltend gemacht habe. Ein Festhalten am Vertrag sei für die Klägerin nicht mehr zumutbar gewesen.
- 44 Der Honoraranspruch der Beklagten 2 sei verwirkt. Dies ergebe sich nicht nur aus der treuwidrig spät vorgelegten Schlussrechnung der Beklagten 2. Die Klägerin habe sich darauf verlassen können, dass die Beklagte 4 Jahre nach der Kündigung des Architektenvertrages keine Honorarforderung mehr an sie stellen würde.
- 45 Zur Anschlussberufung trägt die Beklagte 2 vor,
- 46 eine fehlerhafte Bauüberwachung der Beklagten 2 sei für die mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht kausal geworden. Die Behauptung, die Klägerin habe zum Zeitpunkt des Bezuges keine Eigenheimzulage mehr erhalten können, sei bestritten worden. Zu keinem Zeitpunkt sei ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung des Architektenvertrages gesetzt worden. Einen Mietschaden könne die Klägerin in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend machen, weil dieser bislang nicht streitgegenständlich gewesen sei. Ein solcher Anspruch sei im Übrigen ebenfalls verjährt.
- 47 Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle vom 3.11.2009 und 1.3.2010 verwiesen.
- 48 Der Senat hat eine amtliche Auskunft des Finanzamts Schorndorf vom 5.2.2010 eingeholt. Die Akten des OLG Stuttgart, Az. 19 U 144/05, = LG Stuttgart, Az. 14 O 538/02 waren zu Informationszwecken beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.
- II.**
- 49 Die Berufung der Beklagten 2 ist zulässig und teilweise begründet. Die Klagforderung war in Höhe von 13.562,36 EUR entstanden und ist durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten 2 mit ihrer Honorarforderung erloschen. In der Folge war die zulässige Anschlussberufung der Klägerin unbegründet.
- 1.
- 50 a) Aufgrund der Rechtskraft des Urteils des OLG Stuttgart vom 30.3.2006, Az. 19 U 144/05, steht die Schadensersatzverpflichtung der Beklagten für die streitgegenständlichen Positionen weitgehend noch nicht fest. Der Feststellungstitel beschränkt sich auf die Kosten der Sanierung des Flachdaches und erfasst keine Mangelfolgeschäden.
- 51 In Ziffer 2 des Tenors des Urteils des 19. Zivilsenats vom 30.3.2006 wurde festgestellt, dass die Beklagte 2 als Gesamtschuldnerin der Klägerin die weiteren Aufwendungen und Schäden zu ersetzen hat, die durch die Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel an den Holzbauteilen des Flachdaches des Gebäudes X., P., entstehen werden. Mit der Beschränkung auf Aufwendungen und Schäden durch die Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel werden alle Schäden ausgeklammert, die Folge der Feuchtigkeitsmängel sind, aber nicht unmittelbar im Zusammenhang mit deren Beseitigung anfallen. Den Gründen dieses Urteils ist ein anderes Verständnis der Tenorierung nicht zu entnehmen. Diese beschäftigen sich in Ziffer 4 mit der Beschränkung der Einstandspflicht im Hinblick auf die Flachdachkonstruktion ohne das Pultdach.
- 52 Die Beschränkung der Tenorierung beruht auf der Formulierung und Begründung der Klagschrift vom 22.11.2002 (AZ: 14 O 538/02 LG Stuttgart). Auf deren Seite 30 wurde der Feststellungsantrag damit

begründet, dass die Mängelbeseitigungskosten gemäß der Bezifferung in den vorgelegten Kostenvoranschlägen unter Umständen nicht genügten. Die Geltendmachung weitergehender Ansprüche hat sich die Klägerin ausdrücklich vorbehalten. Damit bezog sich das vorangegangene Verfahren allein auf die Schadensbeseitigung, nicht dagegen auf andere Mangelfolgeschäden.

- 53 Von den hier geltend gemachten Schadenspositionen sind nur die gerügten Setzungen im Terrassenbelag durch abgestellte Säcke mit Baumaterial unmittelbar im Zusammenhang mit der Sanierung des Daches entstanden. Alle übrigen Positionen werden von der Rechtskraft des vorangegangenen Verfahrens nicht umfasst.
- 54 Die Rechtskraft erstreckt sich bei einem Feststellungsurteil nicht auf den Entstehungsgrund des festgestellten Rechts (BGH NJW-RR 1988, 200, Juris RN 12; Zöller-Vollkommer, ZPO 27. Aufl. § 322 RN 8 und vor § 322 RN 32 ff.). Ein schuldhafter Planungs- oder Überwachungsfehler der Beklagten 2 als Haftungsgrund wurde damit im vorangegangenen Verfahren nicht rechtskräftig festgestellt (vgl. BGH a.a.O.).
- 55 b) Daher muss der Haftungsgrund erneut festgestellt werden. Nachdem die Beklagte 2 angesichts der Feststellungen in den Gründen des Urteils des OLG Stuttgart vom 30.3.2006 die ihr vorgeworfenen Pflichtverletzungen nicht ausreichend substantiiert bestritten hat, steht fest, dass sie ihre Überwachungspflichten im Zusammenhang mit der Abdeckung der offenen Holzkonstruktion des Daches und bei der Überprüfung der Restfeuchte des Holzes vor Einbau der Dämmung fahrlässig verletzt hat.
- 56 Die Beklagte wehrt sich inzwischen nicht nur gegen die haftungsausfüllende Kausalität, also ihre Verantwortung und Einstandspflicht für Folgeschäden aus einem schuldhaften Überwachungsfehler, sondern auch gegen die Annahme einer schuldhaften Pflichtverletzung, ohne sich allerdings mit den vom LG Stuttgart und dem OLG Stuttgart im vorangegangenen Verfahren festgestellten Pflichtverletzungen bei der Überwachung der Nachbesserung des Beklagten 1 auseinanderzusetzen. Das OLG Stuttgart hatte in den Gründen des erwähnten Urteils ausgeführt, die Beklagte 2 habe den Beklagten 1 nicht ausreichend daraufhin überwacht, dass die Holzkonstruktion des Daches des Gebäudes bei ihrer Teilerneuerung nicht erneut ungeschützt der Witterung ausgesetzt wurde. Die Beklagte 2 habe trotz regnerischen Wetters weder die Durchführung der Abplanung der offenen Dachkonstruktion besorgt noch die Umsetzung ihrer Anweisungen kontrolliert, obwohl sie gewusst habe, dass der Beklagte 1 unzuverlässig gewesen sei. Darüber hinaus habe die Beklagte 2 nach dem Einsatz von Trocknungsgeräten die verbliebene Holzfeuchte nicht nochmals kontrolliert und die Dämmarbeiten ausführen lassen, ohne dem Holz genügend Zeit zum Austrocknen zu lassen. Die Holzfeuchte von 18 bis 22,8 % vor dem Einsatz der Trocknungsgeräte sei der Beklagten 2 bekannt gewesen.
- 57 Der Senat hat darauf hingewiesen, dass er sich die überzeugenden Ausführungen des 19. Zivilsenats des OLG Stuttgart in den Gründen des Urteils vom 30.3.2006 zu eigen machen will, ohne dass die Beklagte 2 dagegen außer einem Bestreiten einer Pflichtverletzung und einer Darstellung des Bauablaufs fundierte Einwendungen erhoben hätte. Soweit sich die Beklagte 2 auf eine schriftliche Bestätigung vom 12.10.2001 beruft, wonach das Holz ausreichend trocken gewesen sei, entlastet sie das nicht vom Vorwurf einer Pflichtverletzung. Am 10.10.2001, also 2 Tage zuvor, war noch eine Holzfeuchte von 18 bis 22,8 % gemessen worden. Sie selbst hielt eine Restfeuchte von <20% für erforderlich. Laut dem Urteil vom 30.3.2006 geschah der Einsatz der Trocknungsgeräte erst vom 13. bis 16.10.2001. Danach durfte die Beklagte 2 nicht davon ausgehen, dass zum Zeitpunkt der herangezogenen schriftlichen Bestätigung am 12.10.2001 das Holz ausreichend ausgetrocknet war und die Dämmarbeiten beginnen konnten.

2.

- 58 Nach § 635 BGB a.F. hat die Beklagte 2 für die Folgen ihrer schuldhaften Pflichtverletzung einzustehen.

59

Vor der Schuldrechtsreform war im Hinblick auf die Anspruchsgrundlage (§ 635 BGB a. F. oder positive

Vertragsverletzung) nach der Art des Schadens, nämlich nach sogenannten nahen und entfernteren Mangelfolgeschäden zu unterscheiden. Nutzungsausfälle, Gewinnausfälle, Zinsverluste, Mehrkosten durch die mangelhafte Bauleistung, Zwischenfinanzierungskosten, Gerüst- oder Abstützungskosten gehören zu den nächsten Schadensfolgen, die § 635 BGB a. F. abdeckt (vgl. Werner / Pastor Der Bauprozess 12. Aufl. RN 1690). Danach fallen sämtliche Schadenspositionen, die noch streitgegenständlich sind, unter § 635 BGB a.F..

60 Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Haftung aus § 635 BGB a. F. sind dem Grunde nach gegeben. Ein Architekt, der schuldhaft einen Überwachungsmangel verursacht hat, der sich bereits im Bauwerk verkörpert hat und durch Nachbesserung der Überwachung nicht mehr beseitigt werden kann, haftet auch ohne Fristsetzung nach § 634 Abs. 2 BGB a. F. auf Schadensersatz (Werner / Pastor a.a.O., RN 1676). Außerdem werden hier Mangelfolgeschäden geltend gemacht, die einer Nachbesserung nicht zugänglich sind. Für solche Schäden bedarf es für ein Verlangen nach Schadensersatz gemäß § 635 BGB a.F. keiner Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (vgl. Palandt-Sprau, BGB 61. Aufl. § 635 RN 2 m.w.N.; § 633 RN 5 c) a.E.; Werner / Pastor a.a.O.).

3.

61 a) Der Klägerin ist nur dann ein ersatzfähiger Schaden wegen Wegfalls der Eigenheimzulage entstanden, wenn sie bei plangemäßer Fertigstellung des Bauvorhabens im Jahr 2002 die Wohnung noch im selben Jahr zur Eigennutzung bezogen und sie die weiteren Voraussetzungen für die Gewährung der Eigenheimzulage, insbesondere die Einhaltung der Einkommensgrenzen, erfüllt hätte und dies im Jahr des tatsächlichen Einzugs, also im Jahr 2006, nicht der Fall gewesen wäre.

62 Im Rahmen ihrer Anhörung durch das Landgericht hat die Klägerin am 18.6.2007 erklärt, dass sie im Jahr 2006 einen Antrag auf Eigenheimzulage gestellt habe und dieser Antrag abgelehnt worden sei, weil ihre Einkünfte für die Jahre 2005 und 2006 über der vorgegebenen Grenze gelegen seien. Die Parteien waren sich erst-instanzlich einig, dass der Klägerin im Jahr 2006 eine Eigenheimzulage nicht zugestanden hat. Es bedurfte deshalb entgegen der Auffassung des Landgerichts keiner näheren Substantiierung des Vortrags der Klägerin. Soweit die Beklagte 2 in der Erwiderung auf die Anschlussberufung vorträgt, sie habe die Behauptung der Klägerin, zum Zeitpunkt des Bezuges keinen Anspruch auf eine Eigenheimzulage gehabt zu haben, bereits bestritten, ist dies nicht nachvollziehbar. Jedoch ist dieses neue Bestreiten in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 3 ZPO zu berücksichtigen.

63 b) Nach § 19 Abs. 7 EigZulG ist angesichts der Fertigstellung der Wohnung nach dem 31.12.2001 § 5 EigZulG in der Fassung des Gesetzes vom 19.12.2000 maßgeblich. Nach § 19 Abs. 8 iVm Abs. 5 EigZulG kommen die reduzierten Einkommensgrenzen des EigZulG 2004 nicht zur Anwendung, weil mit der Herstellung des Objekts X. in P. nicht nach dem 31.12.2003 begonnen wurde, sondern (spätestens) im Jahr 2001.

64 In der Anlage K 30 hat die Klägerin in der Berufungsinstanz ihre ungeschwärzten Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2004, 2005 und 2006 vorgelegt. Dieser Vortrag ist auf das neue Bestreiten der Beklagten 2 in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen.

65 Danach wurde die Klägerin in dieser Zeit mit ihrem Ehemann zusammen veranlagt. Maßgeblich ist daher nach § 5 Abs. 1 EigZulG (2002), dass der Gesamtbetrag der Einkünfte beider Ehegatten zusammen 163.614 EUR nicht überstiegen hat. Dabei stellte das Gesetz nicht darauf ab, ob nur einer oder beide Ehegatten rechtlich Eigentümer der Immobilie geworden sind (vgl. neben dem Gesetzeswortlaut in § 5 S. 2 EigZulG auch BFH, Urteil vom 19.12.2007, Az. IX R 40/07, Juris RN 17; Hausen / Kohlrust-Schulz, Ratgeber zur Eigenheimzulage 8. Aufl. RN 31).

66 Der Gesamtbetrag der Einkünfte beider Ehegatten betrug im Jahr 2005 56.124,- EUR und im Jahr 2006 54.403,- EUR. Danach hat die Klägerin in den nach Erstbezug des Objekts im Jahr 2006 maßgeblichen

Jahren 2005 und 2006 zusammen mit ihrem Ehegatten die Grenze des Gesamtbetrags der Einkünfte nach § 5 S. 1 EigZulG nicht überschritten. Mit der amtlichen Auskunft vom 5.2.2010 hat das Finanzamt Schorndorf bestätigt, dass die für die Gewährung der Eigenheimzulage maßgebliche Einkommensgrenze im Jahr 2006 eingehalten worden sei.

- 67 Das Finanzamt Schorndorf hat erklärt, die Eigenheimzulage sei bislang nicht gewährt worden, weil nach Auskunft der Klägerin das Objekt „X.“ bis heute nicht fertiggestellt sei.
- 68 Die Eigenheimzulage entsteht nach § 10 EigZulG mit Beginn der Nutzung der hergestellten Wohnung. Nach Ziff. III 1. (RN 19) des Erlasses des BMF vom 21.12.2004 zu Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz ist eine Wohnung hergestellt, sobald die Wohnung nach Abschluss der wesentlichen Bauarbeiten bewohnbar ist. Der Zeitpunkt der Bauabnahme ist nicht entscheidend.
- 69 Ähnliches gilt im Übrigen für den Begriff der Fertigstellung. Ein Gebäude ist fertiggestellt, wenn die wesentlichen Bauarbeiten abgeschlossen sind und der Bau soweit errichtet ist, dass der Bezug der Wohnungen zumutbar ist (BFH v. 11.3.1975, VIII R 23/70; v. 21.7.1989 III R 89/85; H 44 EStH "Fertigstellung"; Nolde in Hermann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz § 7 EStG Anm. 480). Auf den Außenputz kommt es daher z.B. nicht an.
- 70 Nachdem die Klägerin ihre Wohnung bewohnt, ist die Wohnung hergestellt im Sinn des § 10 EigZulG und fertiggestellt im Sinn des Steuerrechts. Ergänzend wird auf S. 3 des Gutachtens des Sachverständigen Ra. vom 22.11.2007 hingewiesen, wonach zur Fertigstellung der Wohnung am 23.10.2007 nur noch der Treppenbelag vom EG ins OG, der Einbau einer Glaspandeltür, Sockelleisten im Kinderzimmer, Whirlpool im Bad und Wandplatten der Bäder gefehlt haben. Die Wohnung war damit zumutbar bewohnbar. Die anderen Restarbeiten (Außenanlagen, Außenputz, Bodenbelag Büro) spielen für die Frage der Zumutbarkeit einer Nutzung der Wohnung keine Rolle.
- 71 Danach hat die Klägerin weiterhin einen Anspruch auf Bewilligung und Auszahlung der Eigenheimzulage. Ein Schaden ist ihr durch einen Fehler der Beklagten 2 nicht entstanden.
- 4.
- 72 Bislang ist, soweit ersichtlich, vom Bundesgerichtshof nicht entschieden worden, ob bei der verspäteten Herstellung von Wohneigentum zur Eigennutzung dem Auftraggeber wegen entgangener Eigennutzung eine Entschädigung zusteht. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass die Wohnung neu hergestellt wird und deshalb eine Eigennutzung vor dem Zeitraum, für den Entschädigung verlangt wird, nicht vorlag.
- 73 Der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen hat mit Beschluss vom 9.7.1986, AZ: GSZ 1/86 (BGHZ 98, 212) festgestellt, dass ein ersatzfähiger Vermögensschaden vorliegen kann, wenn der Eigentümer einer von ihm selbst genutzten Sache, jedenfalls eines von ihm selbst bewohnten Hauses, infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum die Sache vorübergehend nicht benutzen kann, ohne dass ihm hierdurch zusätzliche Kosten entstehen oder Einnahmen entgehen. Diese Rechtsprechung ist auf Sachen beschränkt, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist. Dabei handelt es sich um Wirtschaftsgüter von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung. Ihr Einsatz für die eigene Wirtschaftsführung betrifft deutlich die materielle Vermögenssphäre und findet wegen der gerade durch ihre zentrale Rolle standardisierten Einsatzziele objektivierbare Bewertungsmaßstäbe wenigstens für einen vermögenswerten Kern, für den nicht die Gefahr besteht, dass darin (subjektive) Wertschätzungen von Zielverwirklichungen einfließen, die nur für die Person des Geschädigten, nicht aber für den Verkehr Wert haben (BGH a.a.O. RN 38 und 40). Dieser objektiv bewertbare Funktionsverlust muss sich im Vermögen des Betroffenen niedergeschlagen haben (BGH a.a.O. Juris RN 41).
- 74 Für das Vertragsrecht hat der Bundesgerichtshof damit einen Anspruch nicht ausgeschlossen, sondern darauf hingewiesen, dass für die Vertragshaftung etwas anderes gelten kann, weil § 253 BGB von den Vertragspartnern abbedungen oder der Schutz der Vermögensinteressen weitergehend eingeschränkt

worden sein kann (BGH a.a.O. Juris RN 39). In einer weiteren Entscheidung (BGHZ 117, 260) hat der Bundesgerichtshof einen vertraglichen Anspruch auf Entschädigung für einen mangelbedingten Ausfall der Nutzungsmöglichkeit von Wohnraum grundsätzlich für möglich erachtet.

- 75 Bislang wurden Ansprüche für eine entgangene oder beschränkte Eigennutzung im Vertragsrecht nur dann zugesprochen, wenn der Geschädigte die Immobilie bereits genutzt hatte (vgl. BGHZ 96, 124 oder beispielhaft Senat, NJW-RR 2000, 1617 = BauR 2001, 643). In einer früheren Entscheidung (BGHZ 66, 277) hat der Bundesgerichtshof einen Vermögensschaden wegen entgangener Gebrauchsvorteile in einem Fall abgelehnt, in dem der Besteller eines noch zu errichtenden Wohnhauses aus einem von seinem Vertragspartner zu vertretenden Grund erst einige Monate später als vereinbart in den Besitz des Hauses gelangt ist. Dort war allerdings der Kläger im Verzugszeitraum weder Eigentümer noch Besitzer des Hausgrundstücks (vgl. BGH a.a.O. Juris RN 19). In einer späteren Entscheidung (BGHZ 71, 234) wurde im zeitweiligen Ausfall der Nutzungsmöglichkeit kein zu ersetzender Vermögensschaden erkannt, nachdem der Besteller einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung aus einem von seinem Vertragspartner zu vertretenden Umstand erst einige Zeit später als vorgesehen in den Besitz der mangelfreien Wohnung gekommen war.
- 76 Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob die schuldhafte Verzögerung der Möglichkeit, eine Wohnung nach Neuherstellung erstmalig zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen, durch den Vertragspartner überhaupt zu einem ersatzfähigen Vermögensschaden führen kann. Ob in diesem Bereich eine Unterscheidung zwischen Wohnraum, der zum Zeitpunkt der Beeinträchtigung bereits genutzt wurde, und Wohnraum, der zur Nutzung erst neu hergestellt werden soll, sinnvoll ist, erscheint unter dem Aspekt der zentralen Bedeutung der Räume für die Lebenshaltung des Berechtigten fraglich.
- 77 a) Im vorliegenden Fall scheidet die Annahme eines ersatzfähigen Vermögensschadens aus, weil die Klägerin auf die ständige Verfügbarkeit der neu zu errichtenden Wohnung für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung nicht angewiesen war und deshalb der Entzug der Gebrauchsmöglichkeit sie nicht in dem geschützten Bereich fühlbar beeinträchtigt hat. Ihr stand angemessener Wohnraum zur Verfügung. Ob dieser Wohnraum im Eigentum der Klägerin stand oder gemietet war oder aufgrund eines sonstigen Rechtsverhältnisses von ihr bewohnt werden konnte, ist in diesem Zusammenhang rechtlich unerheblich. Maßgeblich ist die konkrete Nutzungsmöglichkeit für den Zeitraum der Vorenthaltung der neuen Wohnung. Die Klägerin begehrt letztlich eine Entschädigung dafür, dass sie im Entschädigungszeitraum für ihre Lebensverhältnisse eine zumindest angemessene Wohnung statt einer luxuriösen Wohnung genutzt hat. Der dadurch entstandene Schaden ist jedoch nach den §§ 249 ff. BGB auch unter Berücksichtigung der vom Bundesgerichtshof entwickelten Leitlinien zum Schadensersatz für eine eingeschränkte oder unterbundene Eigennutzung von Sachen nicht erstattungsfähig.
- 78 Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts bewohnte die Klägerin mit ihrem Ehemann zusammen vor dem Bezug der neuen Wohnung eine Mietwohnung mit 3 ½ Zimmern und einem Bad mit einer Wohnfläche von ca. 89 qm. Damit stand der Klägerin auch während der Zeit, in der ihr die neue Wohnung vertragswidrig vorenthalten wurde, angemessener Wohnraum zur Verfügung. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist die Anzahl der Bewohner der Wohnung zu berücksichtigen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob zur Bestimmung des angemessenen Wohnraums auf das bis zum 31.12.2001 geltende Zweite Wohnungsbaugesetz oder gemäß dem Wohnraumförderungsgesetz vom 13.9.2001 auf die länderspezifischen Festsetzungen zurückzugreifen ist.
- 79 Nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz war bei Eigentumswohnungen eine Fläche von 120 qm für einen 4-Personenhaushalt angemessen (§ 39 Abs. 1 Satz 1 II. Wohnungsbaugesetz). Bei einer geringeren Personenzahl war eine Reduzierung der Wohnfläche von jeweils 20 qm pro Person vorzunehmen (OLG Celle FamRZ 2009, 532; Brühl/Geiger in LPK-SGB XII, 8. Aufl., § 90 RN 47 m.w.N.). Für einen 2-Personenhaushalt war damit eine Wohnung mit einer Wohnfläche von 80 qm angemessen.
- 80 Nichts anderes gilt im Ergebnis, wenn die landesrechtlichen Vorschriften in Baden-Württemberg für die Erteilung eines Wohnberechtigungsscheins herangezogen werden, die nach Ziffer 3.4.1 des Erlasses

des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg vom 2.1.2002 (AZ: 6-2701.4-1/183, GABI. 2002, 194) der Förderung von Mietwohnraum zugrunde zu legen sind. Danach ist für einen Haushalt mit zwei Personen eine Wohnungsgröße von bis zu 60 qm Wohnfläche oder mit zwei Räumen als angemessen anzusehen.

- 81 Die Klägerin hatte also während der Zeit, für die sie wegen entgangener Eigennutzung Schadensersatz begehrt, den für ihre Lebensverhältnisse angemessenen Wohnraum zur Verfügung. Sie war für ihre eigenwirtschaftliche Lebenshaltung daher auf die Verfügbarkeit der neuen Eigentumswohnung in dieser Zeit nicht angewiesen. Gegenüber der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Wohnung stellte die Neubau-Wohnung vielmehr mit einer Fläche von 188 qm bei 4 ½ Zimmern für einen 2-Personenhaushalt eine luxuriös zugeschnittene und ausgestattete Wohnung dar. Allein dass die Klägerin während der geltend gemachten Zeit in einer Mietwohnung statt im Eigenheim wohnte, begründet entgegen der Auffassung der Klägerin noch keine fühlbare Beeinträchtigung. Vor diesem Hintergrund ist das Vorenthalten der Nutzung dieser Neubauwohnung kein Vermögensschaden, so dass § 253 Abs. 1 BGB einer Ersatzpflicht für den Ausfall der Eigennutzung entgegensteht.
- 82 b) Auch der Eintritt des Mietschadens für den Zeitraum, um den sich die Fertigstellung der neuen Wohnung mangelbedingt verzögerte, steht der Geltendmachung eines Nutzungsausfallschadens entgegen, weil infolge der mangelbedingten Verzögerung bei der Herstellung der Bezugsreife der Wohnung zusätzliche Kosten für die ersatzweise Beschaffung von Wohnraum, nämlich Mietbelastungen, entstanden sind und dieser Schaden die Geltendmachung eines Nutzungsausfallschadens ausschließt.
- 5.
- 83 Mit Schriftsatz vom 15.12.2009 hat die Klägerin erstmals einen Mietschaden in Höhe von 26.587,60 EUR geltend gemacht, weil sie durch den Schaden am Dach ihres Neubaus und die verzögerte Nachbesserung erst am 1.10.2006 und damit 52 Monate später als geplant in ihre neu errichtete Wohnung habe einziehen können und sie für diese 52 Monate monatlich 511,30 EUR Kaltmiete habe zahlen müssen. Bereits in der Klagschrift hatte sie ausgeführt, durch die mangelbedingte Bauverzögerung habe sie von Mai 2002 bis einschließlich September 2006 eine Ersatzwohnung anmieten müssen.
- 84 a) Nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff wird der Streitgegenstand neben dem Klagantrag durch den zur Entscheidung gestellten Lebensvorgang beschrieben. Dazu gehören alle Tatsachen, die bei natürlicher Betrachtungsweise aus der Sicht der Parteien den Sachverhalt ausmachen, den der Kläger zur Begründung seines Begehrens vorträgt (BGH NJW 2000, 1958, Juris RN 8; NJW-RR 2006, 253, Juris RN 14). Die Folgen der mangelbedingten Verspätung der Errichtung des Eigenheims für die Unterbringung der Klägerin und ihres Ehemanns während dieser Zeit sind ein einheitlicher Lebensvorgang. Bestätigt wird dies durch die Rechtsprechung des BGH. Danach (BGH a.a.O. Juris RN 16 m.w.N.) ändert neuer Sachvortrag zur haftungsausfüllenden Kausalität den Klagegrund jedenfalls solange nicht, wie er einzelne Posten des gleichen Schadens betrifft; innerhalb des identischen Schadens stellen die verschiedenen Berechnungsgrundlagen vielmehr lediglich unselbständige Faktoren eines einheitlichen Schadensersatzanspruchs dar, die im Rahmen des geltend gemachten Gesamtbetrags austauschbar sind. Daran ändert es nichts, wenn die sachlichen Voraussetzungen teilweise unterschiedlich sind; ergänzt die Partei selbst ihre tatsächlichen Behauptungen in dieser Hinsicht, begründet das sogar dann keinen neuen Streitgegenstand, wenn die Klage möglicherweise erst dadurch gerechtfertigt erscheinen kann. Hier hat die Klägerin ihren Vortrag zur Folge des verspäteten Einzugs in das Eigenheim lediglich im Hinblick auf den Mietschaden in zweiter Instanz konkretisiert. Der der Klage zu Grunde liegende Lebensvorgang ist identisch geblieben. Dabei spricht für einen einheitlichen Streitgegenstand insbesondere auch, dass der erstinstanzlich verfolgte Nutzungsentgang und der Mietschaden den gleichen Haftungsgrund haben, aber sich gegenseitig ausschließen, weil ein Schadensersatz wegen eines Nutzungsentgangs subsidiär ist.

- 85 b) Bei dem geltend gemachten Anspruch handelt es sich um einen sogenannten engen Mangelfolgeschaden, der aus den Pflichtverletzungen auch der Beklagten 2 entstanden und nach § 635 BGB a. F. zu ersetzen ist. Zu den engen Mangelfolgeschäden gehören Aufwendungen, die dadurch anfallen, dass aufgrund von Werkmängeln der Besteller das Werk nicht selbst nutzen kann und deshalb eine Mietwohnung mit den damit verbundenen Kosten nutzen muss (BGHZ 46, 238, 240; vgl. BGH BauR 2003, 1900, Juris RN 9 für den gleich zu behandelnden Fall des Mietausfalls).
- 86 c) Der Umfang des Schadens der Klägerin ist auf die Hälfte des geltend gemachten Mietschadens begrenzt. Sie hat ausweislich des vorgelegten Teils des Mietvertrags und nach der Bescheinigung des damaligen Vermieters Herrn Re. vom 17.12.2009 (Anl. K 28) die Miete zusammen mit ihrem heutigen Ehemann geschuldet. Die Echtheit dieser Bestätigung ist nicht bestritten. Der Senat hat keinen Anlass, an der inhaltlichen Richtigkeit der Bestätigung zu zweifeln, wie der Senat bereits mit Ziff. 4 des Beschlusses vom 18.1.2010 mitgeteilt hat. Beweisangebote oder Einwendungen sind dagegen nicht vorgebracht worden. Hätte die Klägerin noch Mietschulden, wäre das dem früheren Vermieter sicherlich bei Abfassung der Bestätigung bewusst gewesen. Nach § 426 Abs. 1 BGB entfiel daher auf die Klägerin im Zweifel die Hälfte der Mietlasten. Nachdem sowohl die Klägerin als auch ihr Ehemann jeweils ein eigenes Einkommen hatten, ist davon allein aufgrund der Ehe nicht abzuweichen. Die Voraussetzungen einer Drittschadensliquidation liegen nicht vor.
- 6.
- 87 Der Anspruch auf Ersatz des Mietschadens ist durch ein Mitverschulden der Klägerin bei der Schadensbeseitigung gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 letzte Variante BGB herabgesetzt. Sie kann deshalb von der Beklagten 2 lediglich für 46 Monate die Hälfte der jeweiligen Monatsmiete von 511,30 EUR, also 11.759,90 EUR ersetzt verlangen.
- 88 a) Es stellt keinen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht dar, wenn die Klägerin die Nachbesserung durch den Beklagten 1 und nicht selbst durch einen Dritten ausführen lassen wollte. Der Besteller hat grundsätzlich die Wahlmöglichkeit, ob er die Nachbesserung durch den Auftragnehmer durchführen lassen will oder nach erfolgloser Fristsetzung ggf. mit Ablehnungsandrohung durch einen Dritten (OLG Koblenz BauR 2010, 104, 106). Auch wenn die Beklagte 2 selbst nicht nachbesserungspflichtig war (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess 12. Aufl. RN 1640), konnte sie der Klägerin das gegenüber dem gesamtschuldnerisch haftenden Beklagten 1 zustehende Wahlrecht nicht über den Mitverschuldenseinwand nehmen. Die Klägerin kann sich auch gegenüber der Beklagten 2 auf ihren Rechtsanspruch gegen den Beklagten 1 auf Nacherfüllung berufen. Die dadurch eingetretenen Verzögerungen hat die Klägerin nicht zu vertreten. Die Beklagte 2 war durch ihr Nachbesserungsrecht (Werner/Pastor, a.a.O. RN 1642 ff.) vor einer Schadensweiterentwicklung ausreichend geschützt.
- 89 b) Ob der Geschädigte verpflichtet ist, den zur Schadensbeseitigung erforderlichen Betrag aus eigenen Mitteln oder durch Kreditaufnahme vorzufinanzieren, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Grundsätzlich hat der Schädiger die Schadensbeseitigung zu finanzieren. Ein Einsatz eigener Mittel ist dem Geschädigten zuzumuten, wenn dies ohne Einschränkung der gewohnten Lebensführung möglich ist. Eine Kreditaufnahme ist zumutbar, wenn der Kredit leicht zu beschaffen ist und den Geschädigten nur unerheblich belastet (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB 68. Aufl. § 254 RN 44 m.w.N.). Die Beweislast für die Voraussetzungen einer Verletzung der Schadensminderungspflicht trägt der Ersatzpflichtige.
- 90 Zu Recht weist die Beklagte Ziffer 2 darauf hin, dass der Klägerin wegen nicht angefallenen bzw. einbehaltenen Architektenhonorars Geld für die Schadensbeseitigung zur Verfügung stand. Ausweislich des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 11.7.2005, AZ: 14 O 538/02, betrug jedoch der gesamte zusätzliche Aufwand der Klägerin im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung der Beklagten 2 einschließlich der Mangelfolgekosten 52.127,13 EUR zuzüglich weiterer Schäden, die vom Feststellungsantrag umfasst waren. Abzüglich der von der Klägerin einbehaltenen Restforderung des Beklagten 1 in Höhe von 9.463,09 EUR (vgl. Seite 14 des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom

11.7.2005, AZ: 14 O 538/02) und des restlichen Architektenhonorars in Höhe von 22.496,65 EUR ergab sich ein durch Einbehalte nicht abgedeckter, restlicher, von der Klägerin vorzufinanzierender Betrag von über 20.000,-- EUR. Daneben war die Klägerin mangelbedingt durch zusätzliche Mietzahlungen belastet, die ihren finanziellen Spielraum weiter einengten. Nachdem die Klägerin den Hausbau zumindest teilweise über Kredite finanziert hatte, standen ihr zur Deckung dieses zusätzlichen Betrages eigene Mittel nicht zur Verfügung. Anhaltspunkte, dass noch ausreichend Vermögen bei der Klägerin vorhanden gewesen wäre, sind weder substantiiert vorgetragen noch ersichtlich. Dass ein Kredit leicht zu beschaffen gewesen wäre und dies die Klägerin angesichts ihrer schon eingetretenen Kreditbelastung nur unerheblich belastet hätte, ist ebenso wenig ersichtlich. Es verbleibt daher bei dem Grundsatz, dass die Beklagte 2 als Schädigerin leistungspflichtig war. Das Unterlassen der Sanierung vor Durchsetzung der Ansprüche der Klägerin gegenüber den beiden Beklagten ist nicht als ein Mitverschulden bei der Schadensbeseitigung anzurechnen.

- 91 c) Die Klägerin trifft kein Mitverschulden an der Verzögerung der Sanierung des Daches, weil sie die Bauleistungs-Versicherung nicht in Anspruch genommen hat. Die Klägerin hatte eine Bauleistungs-Versicherung abgeschlossen, der die ABN 95 zugrunde lagen (vgl. Anlage K 17).
- 92 aa) Gemäß § 2 Nr. 1 ABN 95 wird Entschädigung nur für unvorhergesehen eintretende Schäden geleistet. Unvorhergesehen sind Schäden, die nicht rechtzeitig vorhergesehen wurden und vorhersehbar waren. Dabei soll nach der ABN-Klausel 50 dem Versicherungsnehmer nur grobe Fahrlässigkeit schaden (vgl. Voit / Knappmann in Prölss / Martin VVG 27. Aufl. § 2 ABU RN 2). Nach § 2 Nr. 5a ABN wird für Schäden, die durch normale Witterungseinflüsse, mit denen wegen der Jahreszeit und der örtlichen Verhältnisse gerechnet werden muss, keine Entschädigung geleistet, soweit der Witterungsschaden nicht infolge eines anderen entschädigungspflichtigen Schadens entstanden ist. Damit wird § 2 Nr. 1 ABN konkretisiert.
- 93 Niederschlag in Form von Regen ist im September und damit im Herbst eines Jahres in hiesigen Breiten eine normale Witterung, mit der ein Bauunternehmer, Architekt und Bauherr rechnen muss und vor der ein Bauunternehmer sein Werk schützen muss. Als der Beklagte 1 die Holzkonstruktion des Daches, die aus nicht imprägniertem Holz bestand, während den Bauarbeiten ungeschützt vor Witterungseinflüssen ließ, hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maß und damit grob fahrlässig verletzt. Dies gilt um so mehr, als nach den Feststellungen des Landgerichts Stuttgart im Urteil vom 11.7.2005, AZ: 14 O 538/02, bereits zuvor Niederschlag in die Holzkonstruktion eingetreten war, weshalb sich der Beklagte 1 im Anschluss an den Baustellentermin vom 13.9.2001 zum Austausch der gesamten Holzverschalung und von Teilen der Spanplatten bereit erklärt hatte. Die teilerneuerte Holzkonstruktion hatte er wiederum nicht gegen Niederschlagswasser geschützt, obwohl es ausweislich einer vom Landgericht eingeholten amtlichen Auskunft des deutschen Wetterdienstes im maßgeblichen Zeitraum beständig geregnet habe (Seite 9 dieses Urteils). Der Beklagte 1 hatte damit eine besondere Veranlassung, für eine Abdeckung der gesamten, teilerneuerten Holzkonstruktion zu sorgen.
- 94 bb) Auch der zu frühzeitig, nämlich vor ausreichender Austrocknung der Holzkonstruktion, vorgenommene Einbau der Dämmung führte nicht zu einem ersatzfähigen Sachschaden. Die mangelhafte Teilleistung „Holzkonstruktion“ hat dadurch keine zu ihrer Mangelhaftigkeit hinzutretende weitere Beschädigung erlitten (vgl. auch OLG Stuttgart BauR 2006, 1920, Juris RN 27). Die Dämmung hat nie in einem mangelfreien Zustand bestanden, so dass auch insoweit kein Sachschaden vorliegt, sondern ein (ausgeschlossener) Mangel (Voit / Knappmann in Prölss / Martin, a.a.O. § 2 ABU RN 5). Darüber hinaus war das zu frühe Einbringen der Dämmung grob fahrlässig, nachdem die Beklagte 2 zuvor darauf hingewiesen hatte, dass die Holzteile keine Restfeuchte von über 20 % haben dürfen (vgl. Seite 18 des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 11.7.2005, AZ: 14 O 538/02, unter Bezugnahme auf die in jenem Verfahren vorgelegte Anlage K 36).
- 95 d) Ein Mitverschulden der Klägerin liegt nicht vor, weil sie der Beklagten 2 die Beseitigung des Mangels und der Mangelfolgeschäden am Objekt selbst nicht frühzeitig genug ermöglicht hätte.

- 96 Am 22.4.2005 unterbreitete der Rechtsanwalt der Beklagten 2 dem Rechtsanwalt der Klägerin ein Sanierungskonzept. Die Klägerin wollte noch die bevorstehende gerichtliche Anhörung des Sachverständigen Berner am 19.5.2005 abwarten und hat mit Schreiben ihres Anwalts vom 25.5.2005 ihr grundsätzliches Einverständnis zum Sanierungsvorschlag der Beklagten 2 erklärt. Bis zum Ende der Sanierung im Oktober 2005 verging die Zeit mit der Auswahl der Handwerker, deren Beauftragung und der Durchführung der erforderlichen Arbeiten. Eine schuldhafte, pflichtwidrige Verzögerung der Sanierung durch die Klägerin ist bei diesem Ablauf nicht zu erkennen.
- 97 e) In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien unstreitig gestellt, dass nach den von der Beklagten 2 veranlassten Sanierungsarbeiten die restlichen Arbeiten von der Klägerin so hätten vorangetrieben werden können, dass die Wohnung nicht erst zum 1.10.2006, sondern nach Fertigstellung bis Ende März zum 1.4.2006 hätte bezogen werden können. Aufgrund dieses unstreitigen Mitverschuldens der Klägerin ist der Zeitraum, für den die Beklagte 2 Ersatz des Mietschaden schuldet, um 6 Monate auf 46 Monate (bei einem geplanten Einzug im Laufe des Mai 2002 von Ende Mai/Anfang Juni 2002 bis Ende März 2006) zu kürzen.
- 7.
- 98 Dem Erfolg des Anspruchs auf Ersatz des Mietschadens steht die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegen.
- 99 Die Beklagte 2 hat gegenüber den mit der Klage geltend gemachten Ansprüchen mit der Berufungsbegründung die Einrede der Verjährung erhoben. Erstinstanzlich hat die Beklagte 2 mit Schriftsatz vom 26.2.2009 bereits die Verjährungseinrede erhoben (Bl. 310), diese aber im weiteren auf nach dem 22.7.2007 geltend gemachte Forderungen beschränkt. Danach ist fraglich, ob die Erhebung der Verjährungseinrede hier neu im Sinn der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO ist oder nur eine immer zulässige Konkretisierung vorliegt. Nachdem aber der Mietschaden nach Hinweis des Senats, dass der erstinstanzlich zugesprochene Nutzungsentgang nicht zu ersetzen sein dürfte, erstmals in der Berufungsinstanz erörtert wurde, ist die Verjährungseinrede jedenfalls nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 ZPO zuzulassen.
- 100 a) Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 4 EGBGB bestimmt sich die Verjährung des Anspruchs aus § 635 BGB a. F. nach § 634a BGB n. F..
- 101 Danach beginnt die Verjährung auch nach einem gekündigten Vertrag wie hier gemäß § 634a Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich erst mit der Abnahme oder mit einer endgültigen Abnahmeverweigerung (BGH, Beschluss vom 10.3.2009, AZ: VII ZR 164/06; BGHZ 153, 244, Juris RN 27). Die fristlose Kündigung des Architektenvertrags im Schreiben vom 23.7.2002 beinhaltete keine Abnahme in diesem Sinn. Vielmehr beruhte die Kündigungserklärung gerade darauf, dass die Beklagte 2 nach der Auffassung der Klägerin ihre Werkleistung, nämlich die vertraglich vereinbarte Bauaufsicht, nicht vertragsgerecht erbracht habe (vgl. BGH a.a.O. Juris RN 34; Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 26.5.2009, § 634a RN 44).
- 102 Nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung liegt eine Erklärung der Abnahme des Architektenwerks der Beklagten 2 durch die Klägerin nicht vor.
- 103 Dem Kündigungsschreiben vom 23.7.2002 ist hier eine endgültige Verweigerung der Abnahme nicht zu entnehmen. Denn gleichzeitig mit der Kündigung wurde im Kündigungsschreiben auf die bereits mit Schreiben vom 12.7.2002 (Anlage K 10 im Verfahren 14 O 538/02 des LG Stuttgart) gesetzte Frist zur rechtsverbindlichen Anerkennung der Einstandspflicht für die dort genannten Mängel und Schäden verwiesen. Das Kündigungsschreiben vom 23.7.2002 bezog sich daher allein auf noch ausstehende primäre Leistungsverpflichtungen aus dem Architektenvertrag, nicht dagegen auf die Beteiligung der Beklagten an der Beseitigung der durch ihre Werkleistung mit zu verantwortenden Mängel und den Ausgleich der daraus entstandenen Schäden.

- 104 b) Allerdings kann der Besteller vor Abnahme des Architektenwerks Schadensersatz nach § 635 BGB geltend machen, auch wenn ein nicht mehr nachbesserungsfähiger Mangel des Architektenwerkes vorliegt. Für diesen Anspruch greift die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. / § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht ein, sondern dieser Anspruch unterlag der 30jährigen Verjährungsfrist, die ohne Abnahme mit der Vollendung des Werkes zu laufen begann (vgl. BGH NJW 2000, 133, Juris RN 12).
- 105 Gemäß § 229 § 6 Abs. 4 EGBGB tritt hier an die Stelle der ursprünglichen 30jährigen Verjährungsfrist die kürzere Verjährung gemäß § 195, 199 BGB n. F.. Der Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte 2 war bereits im Jahr 2001 entstanden und der Klägerin bekannt. Deshalb begann die Verjährungsfrist von drei Jahren nach Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB am 1.1.2002 zu laufen und endete mit Ablauf des 31.12.2004.
- 106 c) Dabei ist die Verjährungsfrist für den gesamten geltend gemachten Mietschaden einheitlich und nicht nach der Zahlung des einzelnen Mietzinses zu bestimmen.
- 107 Ein Schadensersatzanspruch entsteht grundsätzlich einheitlich auch für die erst in Zukunft fällig werdenden, adäquat verursachten, zurechenbaren und voraussehbaren Nachteile, sobald irgend ein Teilschaden entstanden ist und gerichtlich geltend gemacht werden kann (vgl. BGH DB 2008, 1093, Juris RN 31; Palandt-Ellenberger, BGB 69. Aufl. § 199 RN 14; MünchKomm-Grothe BGB 5. Aufl. § 199 RN 9; weitgehend den Grundsatz der Schadenseinheit ablehnend Peters / Jakobi in Staudinger, BGB Bearb. 2009 § 199 RN 47 ff.). Mit Kenntnis vom Schaden gelten auch solche Folgezustände als bekannt, die im Zeitpunkt der Erlangung dieser Kenntnis überhaupt nur als möglich voraussehbar waren (BGH NJW 2000, 861, Juris RN 8). Für den Verjährungsbeginn musste die Klägerin nicht in der Lage sein, ihren Anspruch zu beziffern. Vielmehr genügte die Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben (BGH NJW 2006, 1963, Juris RN 13).
- 108 Mit der schuldhaften Verletzung ihrer vertraglich übernommenen Pflicht, die Ausführung der Errichtung des Bauwerks der Klägerin zu überwachen, ist bereits im September 2001 von der Beklagten 2 eine Schadensursache gesetzt worden (vgl. oben unter Ziff. 1 b)). Mit der Bauaufsichtsverletzung war bereits ein mit der Leistungsklage geltend zu machender Teilschaden entstanden. In der Folge hat die Klägerin gegen die Beklagte 2 am 25.11.2002 Klage erhoben, die neben einem Feststellungsbegehren eine Verurteilung zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 152.550,07 EUR zum Gegenstand hatte.
- 109 Der Klägerin wäre schon im Jahr 2001 eine Feststellungsklage gegen die Beklagte 2 möglich gewesen, die den künftigen Mietschaden umfasst hätte, weil angesichts des Umfangs des Schadens am Dach des Neubaus eine Verschiebung der Fertigstellung des Gebäudes und der Bezugsfertigkeit der darin befindlichen Wohnung nicht ganz unvorstellbar und außergewöhnlich gewesen wäre, so dass diese Schadensfolge bereits im Jahr 2001 vorhersehbar war. Dass der Umfang des Mietschadens zu diesem Zeitpunkt noch nicht absehbar war, schadete nicht, weil dies zur Einreichung und Durchsetzung einer Feststellungsklage nicht vorgetragen werden musste.
- 110 Von einem späteren Verjährungsbeginn ist dann auszugehen, wenn der geltend gemachte Schaden durch eine dauernde oder durch wiederholte Beeinträchtigung entstanden wäre (Palandt-Ellenberger, a.a.O. RN 31). Dies liegt aber hier nicht vor. Insbesondere besteht keine fortdauernde Verletzung der Nachbesserungspflicht der Beklagten 2. Die Beklagte 2 als Architektin, der eine Bauaufsichtsverletzung anzulasten ist, war nicht zur Nachbesserung des Gebäudes verpflichtet, sondern schuldete aus § 635 BGB lediglich eine Entschädigung in Geld (vgl. Palandt-Sprau, BGB 61. Aufl. § 635 RN 7), gerichtet auf den vollständigen Ausgleich der dadurch entstandenen Schäden (BGH NJW 1978, 1853; Palandt-Sprau a.a.O.). Nur unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht des Bauherrn kann es in Ausnahmefällen geboten sein, dass der Bauherr dem Architekten die Möglichkeit einräumt, den Schaden in Natur mit geringerem Kostenaufwand zu beseitigen, als das sonst möglich wäre (BGH a.a.O., Juris RN 10). Die von der Beklagten 2 im Jahr 2005 durchgeführte Sanierung des Dachs des Neubaus geschah

daher nicht in der Erfüllung einer Verpflichtung zur Nachbesserung, sondern zur Schadensminderung.

- 111 d) Durch die Erhebung der Klage auf Zahlung der Mangelbeseitigungskosten und Feststellung vor dem Landgericht Stuttgart, AZ: 14 O 538/2002, wurde die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des Mietschadens nicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt.
- 112 Ob und in welchem Umfang eine erhobene Leistungsklage oder Feststellungsklage die Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich eines Anspruchs herbeiführt, bestimmt sich danach, was der Gegenstand der Klage ist (BGH NJW 1988, 965; NJW 1998, 1303, Juris RN 21). Wird - erkennbar oder nicht erkennbar (Staudinger-Peters/Jakoby, BGB Bearb. 2009 § 204 RN 17) - eine Teilklage geltend gemacht, beschränkt sich die Hemmung der Verjährung nur auf den eingeklagten Teil des Anspruchs (Staudinger-Peters / Jakoby a.a.O. RN 20; BGHZ 66, 142 Juris RN 19; BGH NJW 1998, 1303, Juris RN 22). Bei nachträglich auftretenden Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Kenntnis vom Gesamtschaden voraussehbar und die nicht Gegenstand einer Feststellungsklage waren, wird die Verjährung der Schadensersatzansprüche nicht durch eine vorausgegangene, andere Schadensfolgen betreffende Leistungs- oder Feststellungsklage unterbrochen (BGH NJW 1988, 965, Juris RN 15).
- 113 Die Klageschrift vom 22.11.2002 (AZ: 14 O 538/02, LG Stuttgart) hatte weder im Zahlungsantrag noch im Feststellungsantrag Mangelfolgeschäden wie den jetzt geltend gemachten Mietschaden umfasst.
- 114 aa) Mit dem Klagantrag Ziffer 1 in dem vorangegangenen Verfahren gegen die Beklagte 2 wurden Schadensersatzansprüche im Hinblick auf die Kosten der Sanierung des Daches einschließlich Architektenhonorars und allgemeiner Baunebenkosten sowie die Kosten für ein Privatgutachten, die Entsorgung der Isolierung, für Statiker und Prüfstatiker, für die Mehrarbeit bei der Dachbegrünung und Dachabdichtung, für Trocknungsgeräte und für die Standzeitverlängerung des Baugerüsts in Höhe von insgesamt 152.550,07 EUR geltend gemacht.
- 115 Die Klägerin hat ihren Anspruch gegen die Beklagten 2 in dem vorangegangenen Verfahren als Vorschussanspruch bezeichnet. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin gegen die Beklagte 2 einen Vorschussanspruch im Rechtssinn gehabt hat oder ob es im Hinblick auf die Hemmung der Verjährung lediglich auf die Beschreibung in der Klagschrift ankommt. Zwar geht bei einem Vorschussanspruch die Wirkung der Hemmung der Verjährung über den eigentlichen Streitgegenstand hinaus, weil es angesichts des Charakters des Vorschusses gerechtfertigt ist, spätere Erhöhungen des Vorschusses oder eine Nachzahlung ohne Rücksicht auf den zwischenzeitlichen Eintritt der Verjährung zuzugestehen, wenn es sich um die gleichen Mängel handelt (BGHZ 66, 142, Juris RN 24). Diese Ausweitung der Hemmung der Verjährung kann sich nur auf Forderungen beziehen, die aus der Maßnahme erfolgen, zu deren Umsetzung der Vorschuss bestimmt ist. Im vorliegenden Fall wurde der Vorschuss zur Mangelbeseitigung der Schäden am Dach des Gebäudes der Klägerin geltend gemacht, nicht dagegen zur Abdeckung von Belastungen aus Mangelfolgeschäden wie zusätzliche Mietbelastungen.
- 116 bb) Auch der im vorangegangenen Verfahren geltend gemachte Feststellungsantrag umfasste den Anspruch auf Ersatz von Mietschäden nicht.
- 117 Nur wenn der Feststellungsantrag - wie in der Regel - nicht eingeschränkt ist, hemmt er alle Ansprüche aus einem Mangelercheinungsbild in vollem Umfang. Hier hatte die Klägerin ihren Feststellungsantrag in dem vorangegangenen Verfahren auf Aufwendungen und Schäden beschränkt, die durch die Beseitigung der Mängel und Schäden im gesamten Deckenbereich entstehen werden. Schon der Wortlaut des Feststellungsantrages legt nahe, dass hier - ergänzend zum Leistungsanspruch auf Mangelbeseitigungskosten - lediglich Aufwendungen und Schäden bei der Beseitigung des Mangels am Dach des Gebäudes der Klägerin umfasst sein sollten. Verdeutlicht hat die Klägerin dies durch die Begründung des Feststellungsantrags, wonach erfahrungsgemäß feststehe, dass die Mängelbeseitigungskosten, wie sie in den vorgelegten Kostenvoranschlägen beziffert worden seien,

unter Umständen nicht genügten und deshalb nur als vorläufig zu bezeichnen seien. Die Klägerin könne einen voraussichtlichen weitergehenden Schaden, der über den Klagantrag Ziffer 1 hinausgehe, nicht beziffern; dieser werde deshalb mit einem Feststellungsantrag geltend gemacht. Weiteren Sachvortrag sowie die Geltendmachung weitergehenden Ansprüche (z.B. Nachzahlung) hatte sich die Klägerin ausdrücklich vorbehalten.

- 118 Damit hat die Klägerin ihren Feststellungsantrag auf Mangelbeseitigungskosten beschränkt und mit diesem Antrag nicht alle Ansprüche einbezogen, die aus der Pflichtverletzung der Beklagten 2 herrührten. Durch diese Feststellungsklage in dem vorangegangenen Verfahren ist eine Hemmung von Ansprüchen wegen Mangelfolgeschäden wie Mietkosten nicht eingetreten.
- 119 e) Der Ablauf der Verjährung der Ansprüche der Klägerin aus der mangelhaften Bauüberwachung war bis zu 5 Jahre nach der Kündigung des Architektenvertrags am 23.7.2002, also bis zum 23.7.2007, gehemmt.
- 120 Um eine für den Besteller ohne eine Erklärung der Abnahme des Werkes nachteilige kurze Verjährungsfrist des Erfüllungsanspruchs nach den §§ 199, 195 BGB zu vermeiden, wird teilweise vertreten, dass der Lauf der Verjährungsfrist gehemmt ist, solange das Bauvorhaben noch nicht fertig gestellt sei (Kniffka a.a.O. § 634a RN 47). Danach könne eine Hemmung durch eine Verhandlung im Sinn des § 203 BGB vorliegen, wenn der Unternehmer einen gerügten Mangel nicht sofort beseitigt, sondern das Werk weiter erstellt, bis es nach seiner Auffassung abnahmereif ist (vgl. Kniffka a.a.O. § 634a RN 221). Dies greift im vorliegenden Fall nicht. Der Fehler der Beklagten 2 bei der Bauaufsicht ist nicht nachbesserungsfähig. Zur Fertigstellung der Architektenwerks gehört nicht, dass der Architekt einen wegen Mängel am Architektenwerk geschuldeten Schadensersatz geleistet hat (vgl. BGH NJW 1974, 367, Juris RN 19; Werner / Pastor Der Bauprozess 12. Aufl., RN 962), denn der Architekt ist nicht nach § 634 BGB a. F. verpflichtet, auf Planungs- oder Aufsichtsfehlern beruhende Baumängel selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Dies würde über eine Nachbesserung des Architektenwerks hinausgehen (BGH a.a.O. Juris RN 18 zum Honorarrecht).
- 121 Darüber hinaus überzeugt eine Anknüpfung an die Fertigstellung des Bauwerks dann nicht, wenn der Unternehmer die Errichtung des vollständigen Bauwerks vertraglich nicht geschuldet hat und seine Leistung deshalb bereits vor Fertigstellung des Bauwerks erbracht hat oder der Werkvertrag bereits zuvor gekündigt wurde, so dass der Unternehmer an der Fertigstellung des Bauwerks nicht mehr mitwirken konnte. Die Beklagte 2 konnte hier ohne eine vertragliche Verpflichtung, allein zur Schadensminderung, auf eigene Kosten das Dach sanieren und hatte im Übrigen auf die Fertigstellung des Bauwerks keinerlei Einfluss mehr. Mit Zugang des Kündigungsschreibens vom 23.7.2002 hat die Klägerin auf eine weitere Vertragserfüllung durch die Beklagte verzichtet. Mit ihrer fristlosen Kündigung hat die Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie das Vertragsverhältnis als beendet ansehe, weitere vertragliche Leistungen seitens der Beklagten 2 ablehne und nunmehr dieser gegenüber nur noch Zahlungsansprüche wegen der gerügten Mängel und Schadensfolgen geltend machen wolle. Eine Hemmung der Verjährung bis zur Fertigstellung des gesamten Bauvorhabens ist in diesem Fall abzulehnen.
- 122 Abweichend davon schlagen Schulze-Hagen/Fuchs (Festschrift für Motzke, 2006, Seite 383 ff.) vor, dass die Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB über eine analoge Anwendung des § 634a Abs. 3 Satz 2 BGB einer Hemmung bis zum Ablauf von 5 Jahren unterworfen ist. Dieser Annahme liegt jedoch in der zitierten Veröffentlichung die besondere Konstellation zugrunde, dass der Architekt den im Bauwerk verwirklichten Mangel des Architektenwerks endgültig negiert und daraufhin den Architektenvertrag unberechtigt kündigt. Dies wird einem arglistigen Verhalten gleich gestellt. Im vorliegenden Fall hat jedoch nicht die Architektin, sondern die Klägerin als Auftraggeberin fristlos, hilfsweise nach § 649 BGB den Architektenvertrag gekündigt. Für diesen Fall gehen Schulze / Hagen-Fuchs von der überholten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus, dass für den Beginn der Verjährungsfrist auf die Einstellung der Leistungen des Architekten nach der Kündigung des Bauherrn abzustellen sei (vgl. oben

unter c) aa) unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 10.3.2009, AZ: VII ZR 164/06; BGHZ 153, 244, Juris RN 27).

- 123 Zutreffend weisen Schulze-Hagen/Fuchs jedoch darauf hin, dass eine hinter § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB zurückbleibende Verjährungsfrist für Mängelrechte bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, der Wertung des Gesetzgebers widerspricht (a.a.O. Seite 388). Der Gesetzgeber hat, soweit ersichtlich, den hängen gebliebenen Architektenvertrags nicht gesehen und dementsprechend auch nicht abschließend in den §§ 195, 199 BGB geregelt (Schulze-Hagen/Fuchs, a.a.O.). Die neuere Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) zum Beginn der Verjährungsfrist beim gekündigten Architektenvertrag war ihm unbekannt. Deshalb ist es nach Auffassung des Senats zur Durchsetzung der in § 634a Abs. 1 BGB zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertung geboten, unabhängig von der Frage, welche Vertragspartei den Architektenvertrag gekündigt hat und ob dem Architekten ein arglistiges oder ein der Arglist vergleichbares Verhalten vorzuwerfen ist, in entsprechender Anwendung des § 634a Abs. 1 BGB eine Verjährung von Mängelansprüchen, die schon vor Abnahme geltend gemacht wurden, bei Werken im Sinn des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht vor dem Ablauf von 5 Jahren eintreten zu lassen. Dabei knüpft diese Ablaufhemmung der Verjährungsfrist mangels Abnahme nicht an § 634a Abs. 2 BGB an, sondern an der Vollendung des (Architekten-)Werkes oder dem Wirksamwerden einer Kündigung des (Architekten-)Werkvertrages.
- 124 Damit wird der Auftraggeber nicht allein dadurch benachteiligt, dass er von einem Mangel des Architektenwerks, hier einer fehlerhaften Bauüberwachung, Kenntnis erlangt hat und deshalb nicht bereit ist, das Werk des Architekten als im Wesentlichen vertragsgerecht anzuerkennen und die Abnahme zu erklären. Der Architekt ist durch eine Verjährungsfrist, die bei später Kenntniserlangung des Auftraggebers über die 5 Jahre des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB hinausgehen kann, nicht unzumutbar beeinträchtigt, weil dies Folge eines vom Architekten verursachten Mangels ist, der bereits vor Abnahme erkannt wurde. Erst die Abnahme, also die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgerecht durch den Auftraggeber, oder die endgültige Abnahmeverweigerung rechtfertigt eine endgültige Begrenzung der Verjährungsfrist auf die 5 Jahre gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB.
- 125 Der Einwand der Beklagten, die Hemmung der Verjährung könne sich nur auf objektbezogene Mängel beziehen, überzeugt nicht. Der geltend gemachte Mietschaden ist ein naher Mangelfolgeschaden, der § 635 BGB a.F. unterfällt. Das Gesetz unterscheidet im Rahmen der Verjährung von Schadensersatzansprüchen nach § 634a Abs. 1 und 2 BGB n.F. iVm § 635 BGB a.F. nicht zwischen engen Mangelfolgeschäden und Mangelschäden.
- 126 f) Die Verjährungsfrist endete damit mit Ablauf des 23.7.2007 (vgl. §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB). Am 23.10.2006 reichte die Klägerin einen Antrag auf Prozesskostenhilfe mit Klagentwurf beim Landgericht Stuttgart ein. Mit Verfügung vom 24.10.2006 veranlasste das Landgericht die Bekanntgabe dieses Antrags an die beiden Antragsgegner und späteren Beklagten. Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB wurde damit ab dem 23.10.2006 die Verjährungsfrist gehemmt. Nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe mit Beschluss vom 22.12.2006, der Klägerin zugestellt am 3.1.2007, reichte die Klägerin am 26.1.2007 die Klage ein, die der Beklagten 2 am 1.2.2007 und damit demnächst im Sinn des § 167 ZPO zugestellt wurde. Damit wurde die Verjährungsfrist gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB erneut ab dem 26.1.2007 gehemmt. Die eingeklagten Ansprüche sind danach nicht verjährt.
- 127 g) Ob der Ehemann der Klägerin einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte 2 hat, weil er in den Schutzbereich des Architektenvertrags der Klägerin mit der Beklagten 2 einbezogen war (vgl. BGH NJW 1994, 2231, Juris RN 12), und er seinen Anspruch an die Klägerin wirksam abgetreten hat, kann dahingestellt bleiben.
- 128 Die Beklagte 2 hat gegen diesen Anspruch ausdrücklich die Einrede der Verjährung erhoben. Die Geltendmachung eines Anspruchs aus abgetretenem Recht stellt auch bei einem einheitlichen Klageziel

einen anderen Streitgegenstand dar als die Geltendmachung aus eigenem Recht, weil der der Klage zugrunde gelegte Lebenssachverhalt im Kern geändert wird, wenn die Klage statt auf eigenes auf fremdes Recht gestützt wird (BGH NJW 2007, 2414, Juris RN 8 m.w.N.). Durch die frühere und bisherige Klage wurde daher der Ablauf der Verjährung nicht gehemmt. Die Verjährungsfrist des § 195 BGB hat nach § 199 Abs. 1 BGB spätestens mit Ablauf des 31.12.2002 zu laufen begonnen, weil der Ehemann der Klägerin Kenntnis von allen anspruchsbegründenden Tatsachen hatte. Nicht erforderlich war, dass er den Vorgang rechtlich richtig beurteilte (Palandt-Ellenberger, BGB 69. Aufl. § 199 RN 26 m.w.N.). Nach obigen Ausführungen unter e) war der Ablauf der Verjährungsfrist bis zu dem Zeitpunkt 5 Jahre nach Zugang des Kündigungsschreibens vom 23.7.2002 gehemmt. Der Anspruch des Ehemanns der Klägerin ist im Juli 2007 verjährt.

- 129 Die Klägerin ist nicht mehr in der Lage, ihrem Ehemann bzw. nach Abtretung sich einen unverjährten Anspruch zu verschaffen, so dass die Klage nicht als derzeit unbegründet, sondern endgültig abzuweisen ist.
- 130 Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634 Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt auch für vor der Abnahme gerügte Mängel, sobald die Abnahme erfolgt ist (vgl. Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 26.5.2009, § 634a RN 222).
- 131 Allerdings widerspräche es nach Auffassung des Senats Treu und Glauben, wenn ein Auftraggeber nach Ablauf der Verjährungsfrist für einen vor Abnahme gerügten Mangel unter Berücksichtigung der Ablaufhemmung von 5 Jahren noch die Abnahme des Architektenwerks erklären und sich auf einen Neubeginn der Verjährung für diesen Mangel nach § 634a Abs. 2 BGB berufen könnte. Zwar kann das Recht zur Erklärung der Abnahme nicht verjähren (§ 194 Abs. 1 BGB). Ein Auftraggeber verwirkt jedoch in der Regel das Recht, sich auf einen Verjährungsbeginn nach § 634a Abs. 2 BGB zu berufen, wenn er in Kenntnis eines Mangels die sich daraus ergebenden Rechte nicht innerhalb der Verjährungsfrist der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung der Ablaufhemmung in dem oben unter e) beschriebenen Sinn in der Weise geltend gemacht hat, dass der Ablauf der Verjährungsfrist aus anderen Gründen gehemmt ist. In diesem Fall wird sich ein Auftragnehmer in aller Regel darauf eingestellt haben, dass neue Mängelansprüche nicht mehr geltend gemacht werden (Umstandsmoment). Seit dem Entstehen des Mängelanspruchs und Kenntnisnahme sind in diesem Fall mindestens 5 Jahre verstrichen, was unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung des Verjährungs- und Gewährleistungsrechts genügt, um das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment zu erfüllen.
- 8.
- 132 Die Verlängerung der Bauzeit und damit der Bauherrenhaftpflichtversicherung und der dadurch zusätzlich angefallene Beitrag ist der Beklagten 2 zuzurechnen. Maßgeblich für die Beurteilung der Zusatzkosten bei der Bauherrenhaftpflichtversicherung ist nicht die vertragliche Vereinbarung eines Fertigstellungszeitpunkts, sondern wann ohne die Pflichtverletzung der Beklagten 2 das Bauwerk fertig gestellt worden wäre. Angesichts des Baufortschritts im Jahr 2001, in dem die Dachkonstruktion auf das Gebäude aufgebracht worden war, ist die Annahme des Landgerichts, dass die Verlängerung der Bauzeit über den 3.5.2003 hinaus mangelbedingt war, nicht zu beanstanden. Dies ist sowohl Folge des Bauüberwachungsfehlers der Beklagten 2 als auch ihrer Pflichtverletzung, als sie trotz Aufforderung durch die Klägerin vor Kündigung des Architektenvertrages ihrer Einstandspflicht nicht nachkam und ihre Einstandspflicht auf das Anwaltsschreiben vom 12.7.02 (Anlage K 10 des Vorverfahrens) nicht anerkannte.
- 133 Der Anspruch ist nicht durch ein Mitverschulden der Klägerin bei der Schadensbeseitigung gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 letzte Variante BGB herabgesetzt, weil die neue Wohnung auch unter Berücksichtigung des Mitverschuldens der Klägerin erst im Jahr 2006 bezugsfertig hergestellt werden konnte (s. o. 6 e)).

9.

- 134 Zutreffend hat das Landgericht den Aufwand, der zur Beseitigung von Setzungen auf der Terrasse

erforderlich ist, der Beklagten 2 als Schadensposition zugerechnet und einen Ersatzanspruch angenommen. Die Setzungen sind im Rahmen der Mangelbeseitigung entstanden, weil auf der Terrasse Baumaterial zwischengelagert worden war. Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, dass die Schäden am Terrassenbelag durch die Sanierungsarbeiten am Dach verursacht wurden und damit die Pflichtverletzung der Beklagten 2 für diese Schäden am Terrassenbelag kausal war. Das Landgericht weist weiter zutreffend darauf hin, dass durch ein eventuelles Fehlverhalten der Unternehmer, die die Sanierung durchführten, der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten 2 und dem eingetretenen Schaden im vorliegenden Fall nicht unterbrochen wurde, weil dieser weitere Schaden nicht durch ein völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten eines Dritten ausgelöst worden ist.

- 135 Entgegen der Auffassung der Beklagten 2 genügt es für deren Haftung, dass sie den Haftungsgrund fahrlässig durch die Verletzung der Überwachungspflicht gesetzt hat. Mit dem Anspruchsgrund hat sie alle unmittelbaren und mittelbaren Nachteile des schädigenden Verhaltens zu ersetzen. Ausgenommen sind lediglich Folgeschäden, die außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Pflicht liegen. Dabei muss sich ihr Verschulden nur auf den Haftungstatbestand, hier die Überwachungsfehler, nicht aber auf die weitere Schadensentwicklung wie mittelbare Nachteile, also Mangelfolgeschäden, beziehen (Palandt-Heinrichs, BGB 68. Aufl. § 276 RN 20).
- 136 Darüber hinaus hat die Beklagte 2 im Hinblick auf die Setzungen der Terrasse einen neuen Haftungsgrund gesetzt, weil sie diese Arbeiten überwacht hat. Nachdem auf der Terrasse schwere Säcke mit Baumaterial abgestellt wurden und eine Terrasse solchen Belastungen üblicherweise nicht stand halten muss, hätte die Beklagte 2 entweder überprüfen müssen, ob die Terrasse in der Lage ist, die Lasten der Säcke mit Baumaterial ohne Schäden aufzunehmen, oder die Beklagte 2 hätte ausreichende Vorsorge treffen müssen, dass es zu keinen Beschädigungen des Plattenbelags kommt. Beides hat sie schuldhaft unterlassen. Fahrlässigkeit ist der Beklagten nicht erst dann vorzuwerfen, wenn die Schadensentstehung im Zeitpunkt des Abstellens der Säcke augenfällig gewesen wäre, sondern schon dann, wenn sie die mit dem Abstellen der Säcke verbundene Gefahr für den Terrassenbelag nicht beachtet hat, die naheliegende Gefahr also übersehen oder dieser nicht Rechnung getragen hat.
- 137 Entgegen der Auffassung der Beklagten 2 hat hier die Haftungsverteilung mit dem Baugrundrisiko nichts zu tun.
- 10.
- 138 Die Klägerin hatte nach den obigen Ausführungen gegen die Beklagte 2 einen Anspruch in Höhe von 13.562,36 EUR (11.759,90 EUR (1/2 Mietschaden) + 92,94 EUR (Versicherung) + 1.279,52 EUR (Gerüst) + 430,00 EUR (Terrassenbelag)) erlangt, der durch die Aufrechnung der Beklagten 2 mit ihrem restlichen Honoraranspruch erloschen ist.
- 139 a) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Architektenvertrag rechtzeitig aus wichtigem Grund gekündigt worden ist. Der Beklagten 2 steht aus ihrer Tätigkeit vor Zugang der Kündigungserklärung ein zur Aufrechnung gestelltes, abgerechnetes Honorar in Höhe von 18.794,39 EUR zu, das die berechnete Klagforderung übersteigt.
- 140 b) Zur Einrede der Verjährung wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Stuttgart auf Seite 27 seines Urteils verwiesen. Im Übrigen macht die Beklagte 2 hinsichtlich ihrer Honoraransprüche keinen Zahlungsanspruch geltend, sondern hat die Aufrechnung erklärt. Selbst nach dem Vortrag der Klägerin wäre diese Aufrechnung auch im Fall einer Verjährung der Honorarforderung nach § 215 BGB möglich.
- 141 c) Eine Architektenforderung ist verwirkt, wenn sich der Auftraggeber nach einem gewissen Zeitraum bei objektiver Betrachtung darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Architekten beruhende

Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Auftraggebers rechtfertigen, der Architekt werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (vgl. BGHZ 157, 118, Juris RN 35). Es müssen besondere Umstände gegeben sein, um aus Gründen von Treu und Glauben die Durchsetzbarkeit einer Honorarforderung zu verneinen, die noch nicht verjährt ist. Ein solcher Umstand kann beispielsweise eine Fristsetzung durch den Auftraggeber zur Vorlage einer prüffähigen Rechnung sein (BGH a.a.O.; BGH BauR 2000, 589, Juris RN 12 und 17).

- 142 aa) Im vorliegenden Fall fehlt schon ein ausreichender Zeitraum, in dem die Honorarforderung der Beklagten 2 nicht geltend gemacht wurde. Die Beklagte 2 konnte ihre Honorarrechnung frühestens nach der fristlosen Kündigung des Architektenvertrages durch Anwaltschreiben vom 23.7.2002 stellen. Ihre Schlussrechnung ist der Klägerin am 30.11.2005 zugegangen.
- 143 bb) Darüber hinaus fehlen ausreichende Anhaltspunkte für die Erfüllung des Umstandsmoments. Nachdem die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Vertragsverhältnis streitig und rechtshängig waren, konnte die Klägerin nicht berechtigterweise darauf vertrauen, die Beklagte werde ihre Rechte aus dem Vertrag nicht mehr geltend machen. Insoweit ist auf die Ausführungen des Landgerichts zur Frage der Verwirkung zu verweisen.
- 144 d) Die Vergütung der Beklagten ist nicht wegen einem Planungsfehler hinsichtlich der Garagen zu mindern. Auch insoweit ist auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts zu verweisen. Die Abweichungen der Bauausführung von der ursprünglichen Planung hatten ihren Grund in der vom Zeugen K. geschilderten Besprechung zwischen den Parteien und entsprachen damit den vertraglichen Vorgaben der Klägerin. Zu Unrecht stellt die Klägerin darauf ab, dass die von der Beklagten 2 geplanten Garagen sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eigneten, nachdem das Landgericht eine davon abweichende Beschaffenheitsvereinbarung im Hinblick auf die Planung der Beklagten 2 festgestellt hat. Das Landgericht stützt sich dabei auf den Zeugen K. (Bl. 317 bis 319 d.A.), der bekundet hat, dass man die Größe der Garage anhand des damaligen Fahrzeugs der Klägerin, das zu diesem Zweck vermessen wurde, bestimmt hat. Im Anschluss hat der Sachverständige R. festgestellt, dass auf der Grundlage der Fahrzeugmaße für einen Audi A 6 bis zum Baujahr 2004 die Garage nutzbar sei (Bl. 322 d.A.). Bezüglich der weiteren Einzelheiten insbesondere auch zu den Garagentoren wird auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen.
- 11.
- 145 Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, wobei zu berücksichtigen war, dass die Beklagte 2 über ihre Hilfsaufrechnung ihre Honorarforderung in Höhe von 13.562,36 EUR verloren hat.
- 146 Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 11, 711, 709 S. 2 ZPO.
- 147 Der Senat misst der Sache im Hinblick auf den Nutzungsausfall und die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen vor Abnahme grundsätzliche Bedeutung zu, weshalb gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO die Revision zuzulassen war.