

Oberlandesgericht Hamm, 12 U 175/15

Datum:

30.06.2017

Gericht:

Oberlandesgericht Hamm

Spruchkörper:

12. Zivilsenat

Entscheidungsart:

Urteil

Aktenzeichen:

12 U 175/15

ECLI:

ECLI:DE:OLGHAM:2017:0630.12U175.15.00

Vorinstanz Landgericht Bochum, 8 O 315/14

Schlagworte:

Haftung, Beschränkung, Kommanditist, Nachhaftung, Verjährung, Sauna,

Pachtausfallschaden, schlüssig

Normen:

HGB § 160, BGB § 736, §§ 581, 536; ZPO § 493

Leitsätze:

Die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Gesellschaftsverbindlichkeiten im Außenverhältnis besteht grundsätzlich nach ihrem Ausscheiden oder der Beschränkung ihrer Haftung als Kommanditisten fort, soweit der Rechtsgrund für den Anspruch im Zeitpunkt des Ausscheidens oder der Haftungsbeschränkung gelegt war. Die entsprechende Anwendung der Verjährungsfristen nach § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB erfasst entgegen dem missverständlichen Wortlaut der Norm allein die Frage der Geltendmachung innerhalb der Ausschlussfrist, nicht aber das objektiv unverrückbare Erfordernis der Fälligkeit der Ansprüche binnen fünf Jahren.

Die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren steht gemäß § 493 Abs. 1 ZPO lediglich einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich. Sie ersetzt nicht schlüssiges Vorbringen zu den beweiserheblichen Tatsachen. Zwar ist eine Bezugnahme auf die Feststellungen in einem im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachten möglich. Allerdings müssen die in Bezug genommenen Feststellungen geeignet sein, das Prozessgericht in die Lage zu versetzen, die unter Beweis gestellte Tatsache zu beurteilen. Dem Berufungsführer ist im Anschluss an die mündliche Verhandlung eine Schriftsatzfrist nicht zu gewähren, wenn bereits das angefochtene Urteil seinen Vortrag als nicht

hinreichend substantiiert bewertet und der Berufungsführer dies nach den Ausführungen in der Berufungsbegründung auch offensichtlich erkannt hat.

Tenor: Auf die Berufung der Klägerin wird das am 15.10.2015 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert und neu gefasst:

Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin 39.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.09.2014 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass

- a) sich der Rechtsstreit im Verhältnis der Klägerin zu den Beklagten zu 3) und 4) im Hinblick auf die geltend gemachten 39.000,00 Euro nebst Zinsen erledigt hat;
- b) die Beklagten zu 1), 3) und 4) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die durch das Ablösen der Bodenfliesen in der K-Sauna des Freizeit- und Erlebnisbades P („X“) entstehen, die Beklagten zu 3) und 4) aber nur, soweit Schadensersatzansprüche bis zum 29.11.2012 fällig geworden sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung der Streithelferinnen wird als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden den Parteien wie folgt auferlegt:

Von den Gerichtskosten und den notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Klägerin 75 % und die Beklagten zu 1), 3) und 4) als Gesamtschuldner 25 %. Die Klägerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) vollständig und die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1), 3) und 4) zu 66 %. Im Übrigen tragen die Parteien ihre Kosten selbst. Die Kosten der Nebenintervention erster Instanz werden der Klägerin zu 75 % auferlegt.

Die Parteien tragen die Kosten des Berufungsverfahrens wie folgt:

Von den Gerichtskosten und den notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Klägerin 77 %, die Beklagten zu 3) und 4) als Gesamtschuldner 10 % und die Streithelferinnen als Gesamtschuldner 13 %. Die Klägerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) vollständig sowie die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3) und 4) zu 79 %. Im Übrigen tragen die Parteien ihre Kosten selbst. Die Kosten der Nebenintervention zweiter Instanz werden der Klägerin zu 77 % auferlegt.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweiligen Gegenpartei abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages,

wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

1

Gründe:

2

A.

3

Die Klägerin macht gegenüber den Beklagten zu 1) bis 4) Schadensersatzansprüche aus einem Architektenvertrag geltend.

4

Im November 2000 schloss die Klägerin mit der Beklagten zu 2) – einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – unter anderem einen Architektenvertrag über den Neubau eines Freizeit- und Erlebnisbades in P, welches heute unter dem Namen „X“ bekannt ist. Nach § 4 des Vertrages hatte die Beklagte zu 2) die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 bis 9 gemäß § 15 HOAI zu erbringen (vgl. Anl. K 3, Bl. 38 ff. d. A.).

5

Nach Abschluss des Architektenvertrages wandelte die Beklagte zu 2) mit Gesellschaftsvertrag vom 10.01.2002 ihre Rechtsform zunächst durch Eintritt einer Komplementärgesellschaft in eine GmbH & Co. KG um (Anl. 1, Bl. 173 ff. d. A.). Die Kommanditgesellschaft wurde am 03.04.2002 in das Handelsregister eingetragen. Mittlerweile erfolgte eine Umwandlung der GmbH & Co. KG in die Beklagte zu 1) in ihrer jetzigen Rechtsform einer GmbH.

6

Mit der Streithelferin zu 5) schloss die Klägerin einen Bauvertrag, der unter anderem Fliesenarbeiten und Arbeiten an der Lüftung im geplanten Saunabereich, insbesondere der sogenannten „K-Sauna“, umfasste (auf das Angebot der Streithelferin zu 5) vom 28.05.2003, Anl. K 1, Bl. 14 ff. d. A., wird Bezug genommen). Nach Durchführung und Abnahme dieser Arbeiten beanstandete die Beklagte zu 2) mit Schreiben vom 22.04.2007 gegenüber der Streithelferin zu 5), dass sich in der „K-Sauna“ die Bodenfliesen gelöst hätten, und forderte sie unter Fristsetzung zum 04.05.2007 zur Mangelbeseitigung auf (Anl. K 7, Bl. 80 d. A.). Nachdem die Streithelferin zu 5) dem widersprochen hatte, beauftragte die Klägerin den Sachverständigen H. Dieser stellte in seinem Gutachten vom 07.06.2007 Mängel der Fliesenarbeiten fest (Anl. K 8, Bl. 81 ff. d. A.).

7

Sodann leitete die Klägerin gegen die Betreibergesellschaft des Bades – die X P GmbH & Co. KG - vor dem Landgericht Bochum zum Az.: I-1 OH 3/08 ein selbständiges

Beweisverfahren ein, weil diese wegen Mängeln den Pachtzins minderte. Das Landgericht hat in diesem Verfahren ein Gutachten des Sachverständigen T zu der Ursache für das Ablösen der Bodenfliesen, für ein Verdunkeln der Saunabänke sowie eine Schimmelpilzbildung in der Saunakabine eingeholt. Da zum Zeitpunkt des Ortstermins die Fliesen in der „K-Sauna“ bereits überwiegend entfernt und entsorgt waren, bezog sich der Sachverständige T in seinem Gutachten vom 27.02.2009 auf die Feststellungen des Sachverständigen H. Die Kosten für Abbruch und Entsorgung der „K-Sauna“ schätzte er auf ca. 2.000,00 € (netto) und für den Einbau einer neuen Saunakabine auf ca. 37.000,00 € (netto). Im Hinblick auf eine Pachtminderung hielt der Sachverständige in seinem Gutachten vom 29.12.2009 eine Minderungsquote von 2,5 % für gerechtfertigt, was einem monatlichen Betrag von 895,83 € entspricht.

8

Die Beweiserhebung umfasste auch die Frage, ob die Schäden ihre Ursache darin haben könnten, dass der Klappenstellmotor drei Jahre lang nicht betrieben worden sei. Der mit dieser Frage unterbeauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. S konnte die Frage nicht beantworten, weil die Saunakabine zum Zeitpunkt der Ortsbesichtigung bereits ausgeräumt war. Er stellte indes an der Lüftung ein korrodiertes Wickelfalzrohr und eine korrodierte Lüftungsklappe sowie nicht angeschlossene Kabel fest und hielt einen Ersatz des Klappenstellmotors für erforderlich. Die Kosten bezifferte er insgesamt mit 2.000,00 € (netto).

9

Mit der Klage hat die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 148.312,47 € nebst Zinsen sowie die Feststellung einer weiteren Schadensersatzverpflichtung der Beklagten geltend gemacht. Dieser Betrag umfasst die von den Sachverständigen festgestellten Mängelbeseitigungskosten, einen Betriebsunterbrechungsschaden von 2.500,00 € sowie einen Pachtausfall von 104.812,47 €.

10

Dazu hat die Klägerin behauptet, dass nicht nur der Bodenbelag der „K-Sauna“ mangelhaft gewesen sei, sondern auch deren Lüftungsanlage. Diese Mängel seien wahrscheinlich während der Bauausführung entstanden und auf die nicht ordnungsgemäße Bauüberwachung der Beklagten zurückzuführen. Da die „K-Sauna“ nicht habe genutzt werden können, sei ihr von 2005 bis Ende September 2014 ein monatlicher Pachtausfallschaden von 895,83 € entstanden. Insoweit hat sie auf die Ausführungen des Sachverständigen T Bezug genommen. Ein Mitverschulden an der Entstehung des Pachtausfallschadens wegen unterlassener Mängelbeseitigung treffe sie nicht, da das selbständige Beweisverfahren noch bis Frühjahr 2014 angedauert habe.

11

Die Beklagten zu 2) bis 4) haben ihre Passivlegitimation bestritten. Die Beklagte zu 2) sei wirksam in die Beklagte zu 1) umgewandelt worden. Die Nachhaftungszeit im Hinblick auf die Beklagte zu 3) und 4) sei vor Klageerhebung abgelaufen gewesen.

12

Zudem haben die Beklagten behauptet, mit der Bauüberwachung im Zusammenhang mit der Erstellung der „K-Sauna“ sei die Streithelferin zu 5) beauftragt gewesen. Den geltend gemachten Schaden haben die Beklagten bestritten. Der Pachtausfallschaden sei nicht substantiiert dargelegt. Zudem habe die Klägerin den Pachtausfall selbst zu vertreten, da sie den Mangel nicht behoben habe.

13

Die Streithelferinnen haben darauf verwiesen, dass eine Kausalität zwischen eventuellen Mängeln der Lüftungstechnik und eventuellen Schäden an der Sauna nicht festgestellt worden sei. Zudem sei davon auszugehen, dass der Klappenstellmotor ausgetauscht worden sei. Diesen Austausch habe nicht die Streithelferin zu 5) vorgenommen. Einen Mietausfallschaden könne die Klägerin nicht mit Erfolg geltend machen. Die „K-Sauna“ sei von der Betreiberin allein wegen der massiven Schwarzverfärbung aus dem Betrieb genommen worden. Im selbständigen Beweisverfahren sei indes festgestellt worden, dass aus mikrobiologischer und hygienischer Sicht keine Sanierungsmaßnahme erforderlich gewesen sei.

14

Das Landgericht hat - unter Klageabweisung im Übrigen - die Beklagte zu 1) verurteilt, an die Klägerin 39.000,00 € nebst Zinsen zu zahlen. Zudem hat es die Verpflichtung der Beklagten zu 1) zu weiterem Schadensersatz im Hinblick auf das Ablösen der Bodenfliesen festgestellt.

15

Dabei hat es darauf abgestellt, dass die Beklagten zu 2) bis 4) wegen der erfolgten Umwandlung und dem Ablauf der Nachhaftungszeit nicht passivlegitimiert seien. Die Beklagte zu 1) hafte für einen Betrag von 39.000,00 € (netto), da die Mängel des Fliesenbodens auf einer unzureichenden Bauüberwachung ihrer Rechtsvorgängerin, der Beklagten zu 2), beruhten. Soweit die Klägerin weitere 2.000,00 € (netto) zur Reparatur des Lüftungssystems der Sauna begehre, könne nicht festgestellt werden, dass die Mängel des Lüftungssystem bereits bei Abnahme vorgelegen hätten. Auch sei nicht dargelegt, dass die behaupteten Mängel auf einer unzureichenden Bauüberwachung durch die Beklagte zu 2) beruhten. Der Pachtausfall sei nicht schlüssig dargelegt. Zwar habe der Sachverständige T in seinem Gutachten vom 29.12.2009 eine Minderungsquote von 2,5 % ermittelt. Die Bezugnahme auf das Gutachten reiche für die schlüssige Darlegung des Anspruchs nicht aus. Die Klägerin trage keine Anknüpfungstatsachen vor, aufgrund derer eine angemessene

Minderungsquote ermittelt werden könnte. Einen Betriebsunterbrechungsschaden könne die Klägerin nicht geltend machen, da nicht sie das Bad betreibe.

16

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre Klageforderung in Höhe von 118.937,21 € sowie eine Verurteilung aller Beklagten weiter verfolgt. Einen Anspruch auf Ersatz des Betriebsunterbrechungsschadens sowie auf einen Pachtausfallschaden von über 77.937,21 € macht die Klägerin im Berufungsverfahren nicht mehr geltend.

17

Die Klägerin meint, alle Beklagten seien passivlegitimiert. Der Fortbestand der Beklagten zu 2) werde für die streitgegenständlichen Verbindlichkeiten fingiert. Was die Nachhaftung der Beklagten zu 3) und 4) betreffe, sei für den Fristbeginn der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Gläubiger von der Umwandlung der Beklagten zu 2) in die Kommanditgesellschaft Kenntnis erlangt habe. Es könne dahinstehen, ob die Annahme des Landgerichts, sie habe am 29.11.2007 hiervon Kenntnis gehabt, zutreffe, denn der Lauf der Frist sei rechtzeitig dadurch gehemmt worden, dass sie mit Schriftsatz vom 03.07.2012 das selbständige Beweisverfahren auf die Beklagten zu 2) bis 4) erweitert habe.

18

Der geltend gemachte Pachtausfall stehe ihr zu. Was die Höhe des Minderungsbetrags betreffe, habe sie auf die Feststellung des Sachverständigen T im selbstständigen Beweisverfahren Bezug nehmen dürfen. Jedenfalls hätte das Landgericht sie gemäß § 139 ZPO auf Schlüssigkeitsbedenken hinweisen müssen. Der Sachverständige habe die Mietminderungsquote in seinem Gutachten vom 29.12.2012 zu Recht anhand der Kriterien Flächenfaktor, Funktionsfaktor, Störungsfaktor und Sonderfaktor ermittelt. Was den Flächenfaktor und den Störungsfaktor betreffe, sei er zu Gunsten der Beklagten von dem denkbar geringsten Ausmaß der Beeinträchtigung (Messzahl 1) ausgegangen. Hinsichtlich des Funktionsfaktors sei der Sachverständige von der Messzahl und dem Faktor 0,90 ausgegangen, womit er sich zu Gunsten der Beklagten am unteren Rand der Beeinträchtigungsstufen bewege. Der Sachverständige trage damit dem Umstand Rechnung, dass die „K-Sauna“ nur einen Teilbereich der Saunalandschaft darstelle.

19

Was den Klappenstellmotor betreffe, habe der Sachverständige T in seinem Gutachten vom 27.02.2009 zutreffend festgestellt, dass der Motor nicht elektrisch angeschlossen gewesen sei und dieser fehlerhafte Zustand schon lange bestehe. Soweit ein Kanalstück in der Zuluft fehle und das Elektrokabel fehlerhaft nicht angeschlossen worden sei, handele es sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit um Ausführungsmängel aus der Bauphase.

20

Die Klägerin beantragt,

21

1. die Beklagten zu 1) bis 4) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 118.937,21 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

22

2. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) bis 4) verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die durch das Ablösen der Bodenfliesen in der K-Sauna des Freizeit- und Erlebnisbades P („X“), und durch den nicht angeschlossenen Klappenstellmotor der Lüftungsanlage, das Fehlen des Kanalstücks in der Zuluft und die nicht angeschlossenen Elektrokabel der Lüftungsanlage in der K-Sauna des Freizeit- und Erlebnisbades P („X“), entstehen.

23

Die Beklagten beantragen,

24

die Berufung zurückzuweisen.

25

Die Streithelferinnen haben zunächst mit Schriftsatz vom 22.11.2016 - beim Oberlandesgericht eingegangen am 30.11.2016 - beantragt,

26

die Berufung zurückzuweisen, soweit sie über die Aufhebung des Urteils erster Instanz bezüglich der Verurteilung der Beklagten zu 1) hinaus geht,

27

- zur Zahlung von 39.000,00 € zuzüglich hieraus Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.09.2014 und

28

- zur Verpflichtung der Beklagten zu 1), der Klägerin sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, die durch die Ablösung der Bodenfliesen in der K-Sauna des Freizeit- und Erlebnisbades P („X“) entstehen.

29

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Streithelferinnen sodann beantragt,

30

die Berufung zurückzuweisen.

31

Die Beklagten meinen, die Nachhaftung bestehe nur für Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Gesellschaft bereits begründet gewesen sein. Ausgeschlossen

seien die Beklagten zu 3) und 4) mit der Eintragung der Umwandlung der Beklagten zu 2) in eine Kommanditgesellschaft in das Handelsregister am 03.04.2002. Der jetzt geltend gemachte Pachtausfallschaden habe zu diesem Zeitpunkt noch nicht existiert.

32

Die Klägerin hätte die Mangelbeseitigung anstoßen müssen, nachdem der Privatgutachter H den Mangel bereits am 07.06.2007 festgestellt und der Sachverständige T diesen bestätigt habe. Das Vorbringen der Klägerin zu einem Pachtausfall sei nach wie vor nicht schlüssig.

33

Die Streithelferinnen meinen, der erstinstanzlich ausgeurteilte Betrag von 39.000,00 € stehe der Klägerin nicht zu. Zudem sei davon auszugehen, dass der Klappenstellenmotor ausgetauscht worden sei. Die „K-Sauna“ sei wegen der Schwarzverfärbung des Innenraums geschlossen worden. Mögliche Mängel an der Lüftung und am Fliesenbelag entfalteten neben der Schwarzfärbung des Innenraums keine eigenständige Kausalität in Bezug auf die Tauglichkeit des Bades als Pachtobjekt. Sie berufen sich darauf, dass der Sachverständige Dr. H im selbständigen Beweisverfahren bei seiner Anhörung vom 23.01.2014 angegeben habe, dass eine dem Ausfall der „K-Sauna“ zuzuordnende Pachtminderung nicht gegeben sei.

34

Im Senatstermin hat der Klägervertreter wegen einer Anfang Januar 2016 erfolgten Zahlung der 39.000,00 € nebst Zinsen den Rechtsstreit im Verhältnis zu den Beklagten zu 2) bis 4) für erledigt erklärt. Der Prozessbevollmächtigte der Streithelferinnen hat klargestellt, dass der Beitritt sowohl für die Streithelferin zu 5) als auch für die Streithelferin zu 6) erklärt worden sei. Der Schriftsatz vom 22.11.2016 sei als Anschlussberufung zu verstehen.

35

B.

36

I.

37

Die Anschlussberufung der Streithelferinnen ist unzulässig. Im Senatstermin haben die Streithelferinnen klargestellt, dass der erfolgte Beitritt zum Rechtsstreit für beide Streithelferinnen erklärt werden sollte und dass ihr Schriftsatz vom 22.11.2016 als Anschlussberufung zu verstehen sei.

38

Diese Anschlussberufung ist unzulässig, da sie nicht innerhalb der für die unterstützte Hauptpartei geltende Frist für die Anschlussberufung erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil v. 15.06.1989 – VII ZR 227/88, NJW 1990, 190). Gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist die Anschließung nur bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur

Berufungserwiderung zulässig. Mit Verfügung vom 02.03.2016 wurde den Berufungsbeklagten eine Frist zur schriftlichen Berufungserwiderung bis zum 11.04.2016 gesetzt. Die Verfügung enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass eine Anschlussberufung gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur bis zum Ablauf der Berufungserwiderungsfrist zulässig ist. Die Berufungserwiderungsfrist wurde mit Verfügung vom 08.04.2016 um einen Monat, d.h. bis zum 11.05.2016, verlängert, so dass sich auch die Frist zur Einlegung der Anschlussberufung entsprechend verlängerte. Der Schriftsatz, den die Streithelferinnen als Anschlussberufung verstanden wissen wollen, datiert aber vom 22.11.2016 und ist erst am 30.11.2016 eingegangen.

39

II.

40

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage im Verhältnis zu den Beklagten zu 3) und 4) wendet. Auf die einseitige Erledigungserklärung der Klägerin war die Feststellung auszusprechen, dass sich der Rechtsstreit im Verhältnis der Klägerin zu den Beklagten zu 3) und 4) im Hinblick auf die geltend gemachten 39.000,00 € nebst Zinsen erledigt hat. Denn die zunächst zulässige und begründete Klage ist aufgrund eines nach Zustellung der Klage (24.09.2014) eingetretenen erledigendes Ereignisses – Zahlung von 39.000,00 € nebst Zinsen im Januar 2016 durch den Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1) – nachträglich gegenstandslos geworden (BGH, Urteil v. 17.07.2003 – IX ZR 268/02, NJW 2003, 3134). Gemäß § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB wirkt die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner für die übrigen Schuldner, sodass der Schadensersatzanspruch erfüllt ist.

41

1.

42

Das Landgericht hat eine Haftung der Beklagten zu 1) in Höhe von 39.000,00 € sowie wegen der weiteren Schäden festgestellt, die durch das Ablösen der Bodenfliesen in der „K-Sauna“ entstehen. Gegenüber den Beklagten zu 3) und 4) folgt ein entsprechender Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB, § 128 analog HGB.

43

Unstreitig haben die Klägerin und die Beklagte zu 2) einen Architektenvertrag geschlossen. In der Sache liegt darin ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB. Dass der Fliesenboden der „K-Sauna“ Baumängel aufweist, die ihre Ursache in einer zu dünnen Schichtdicke der Abdichtungsebene haben, wird von den Beklagten nicht bestritten. Das Landgericht hat auch zu Recht angenommen, dass dieser Baumangel auf eine nicht ausreichende Bauüberwachung der Beklagten zu 2) zurückzuführen ist. Die Mangelbeseitigungskosten

betragen nach dem Gutachten des Sachverständigen T 39.000,00 € (netto). Eine Nachfristsetzung war nicht erforderlich, da die Mängel der Bauüberwachung sich bereits im Bauwerk niedergeschlagen haben und durch eine Nacherfüllung nicht mehr beseitigt worden wären.

44

2.

45

Die Beklagten zu 3) und 4) haften für Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu 2), die ihren Rechtsgrund in dem Architektenvertrag haben, gemäß § 128 HGB analog.

46

a)

47

Die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Gesellschaftsverbindlichkeiten im Außenverhältnis besteht grundsätzlich nach ihrem Ausscheiden oder der Beschränkung ihrer Haftung als Kommanditisten fort, soweit der Rechtsgrund für den Anspruch im Zeitpunkt des Ausscheidens oder der Haftungsbeschränkung gelegt war.

48

Bei vertraglichen Primäransprüchen auf Erfüllung und an ihre Stelle tretenden Schadensersatzansprüchen ist dabei der Vertragsschluss maßgeblich (vgl. BGH, Urteil v. 21.12.1961 – II ZR 74/59, NJW 1962, 536; KG, Urteil v. 17.09.2013 – 27 U 160/11, recherchiert über juris). Danach haften die Beklagten zu 3) und 4) für die Erfüllung der vor Umwandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine Kommanditgesellschaft begründeten Leistungspflichten aus dem Architektenvertrag und die sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüche weiterhin unbeschränkt persönlich. Die Klägerin hat einen Vertrag mit persönlich haftenden Gesellschaftern geschlossen und konnte darauf vertrauen, dass diese auch haften, wenn die Verbindlichkeiten nicht oder schlecht erfüllt werden.

49

b)

50

Für die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter, die Kommanditisten werden, gelten allerdings für die Haftung aus früheren Verbindlichkeiten die Grundsätze der Enthftung (§ 736 Abs. 2 BGB, § 160 HGB). Gemäß § 160 Abs. 1 HGB haftet ein ausscheidender Gesellschafter nur für Altverbindlichkeiten, die innerhalb von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig und im Sinne der Norm geltend gemacht werden. Die fünfjährige Frist des § 160 Abs. 1 HGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts positive Kenntnis

erlangt (BGH, Urteil v. 24.09.2007 – II ZR 285/05, NJW 2007, 3784 m.w.N.). Da die Klägerin der GmbH & Co. KG im selbständigen Beweisverfahren mit Schriftsatz vom 29.11.2007 den Streit verkündet hat, hatte sie spätestens zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von dem Ausscheiden der Beklagten zu 3) und 4) aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Einen früheren Zeitpunkt behaupten auch die Beklagten nicht. Fristablauf ist daher mit Ablauf des 29.11.2012 anzunehmen.

51

Diese Ausschlussfrist ist indes durch die Einbeziehung der Beklagten zu 3) und 4) in das selbständige Beweisverfahren gehemmt worden sein. Nach § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB ist § 204 BGB entsprechend anzuwenden. Den Beklagten zu 3) und 4) ist der verfahrenserweiternde Schriftsatz vom 03.07.2012 jeweils am 21.07.2012 zugestellt worden. Da die Zustellung „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO erfolgt ist, ist Hemmung bereits mit der Einreichung des Schriftsatzes am 06.07.2012 eingetreten. Bis zu diesem Zeitpunkt waren von der Frist des § 160 HGB knapp vier Jahre und acht Monate abgelaufen.

52

Die Hemmung durch das selbständige Beweisverfahren endete gemäß § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach dessen Beendigung. Da bei einem selbständigen Beweisverfahren eine förmliche Beendigung des Verfahrens nicht vorgesehen ist, kommt es hier auf den Schluss des Beweistermins oder die Übermittlung des Gutachtens an die Parteien an (vgl. Ellenberger in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 204, Rn. 39 m.w.N.). Setzt das Gericht den Parteien eine Frist zur Stellungnahme, verschiebt sich die Beendigung entsprechend. Vorliegend fand der letzte Beweistermin im selbständigen Beweisverfahren am 23.01.2014 statt. Im Anschluss hat das Landgericht den Parteien eine Stellungnahmefrist bis zum 20.03.2014 eingeräumt. Damit endete die Hemmung mit Ablauf des 20.09.2014.

53

Die hiesige Klageschrift ist den Beklagten zu 3) und 4) jeweils am 24.09.2014 zugestellt worden. Auch insoweit erfolgte die Zustellung „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO, sodass auf den Eingang der Klageschrift am 15.09.2014 abzustellen ist. Die Hemmung dauert damit bis heute fort.

54

c)

55

Dies führt indes nicht dazu, dass die Beklagten zu 3) und 4) für sämtliche Schadensersatzansprüche aus dem Architektenvertrag haften, die bis heute fällig geworden sind. Die entsprechende Anwendung der Verjährungsfristen nach § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB erfasst entgegen dem missverständlichen Wortlaut der Norm allein die Frage der Geltendmachung innerhalb der Ausschlussfrist, nicht aber das objektiv unverrückbare

Erfordernis der Fälligkeit der Ansprüche binnen fünf Jahren (vgl. Karsten Schmidt in: MünchKomm HGB, 4. Aufl. 2016, § 160, Rn. 28).

56

Im Ergebnis haften die Beklagten zu 3) und 4) daher für Schadensersatzansprüche, die bis zum 29.11.2012 fällig geworden sind.

57

Hierunter fällt der geltend gemachte Schadensersatzanspruch. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsteht ein Schadensersatzanspruch zu dem Zeitpunkt, ab dem er vom Geschädigten geltend gemacht und klageweise durchgesetzt werden kann. Für die Entstehung eines Geldanspruchs ist es nicht erforderlich, dass der Zahlungsanspruch bereits - teilweise - beziffert werden und damit Gegenstand einer Leistungsklage sein kann. Es genügt die Möglichkeit, eine Feststellungs- oder Stufenklage zu erheben (BGH, Urteil v. 16.05.2017 – XI ZR 430/16, Rn. 17, recherchiert über juris).

58

III.

59

Im Übrigen ist die Berufung der Klägerin unbegründet.

60

1.

61

Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht eine Passivlegitimation der Beklagten zu 2) insgesamt verneint hat. Da die Beklagte zu 2) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihre Rechtsform unter Wahrung ihrer Identität gewechselt hat, besteht kein Grund dafür anzunehmen, dass sie neben der Beklagten zu 1) forthaftet. Auch haftungsrechtlich kann es eine Gesellschaft und ihr Vermögen nur einmal geben. Eine unzumutbare Benachteiligung kann der Senat hierin insbesondere im Hinblick auf die im Folgenden noch darzustellende Nachhaftung der Gesellschafter der Beklagten zu 2) nicht erkennen.

62

2.

63

Der Klägerin steht gegenüber den Beklagten zu 1), 3) und 4) im Hinblick auf die Lüftungsanlage kein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.000,00 € zu, auch kann sie einen Pachtausfallschaden in von Höhe von 77.937,21 € nicht mit Erfolg geltend machen.

64

a)

65

Das Landgericht hat nicht feststellen können, dass die geltend gemachten Baumängel der Lüftungsanlage bei Abnahme vorgelegen haben. Hieran ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen begründen. Derartige Anhaltspunkte trägt die Klägerin mit der Berufung bereits nicht vor. Vielmehr wiederholt und konkretisiert sie lediglich ihren erstinstanzlichen Vortrag, ohne sich mit der Entscheidung des Landgerichts auseinanderzusetzen. Fehler des Landgerichts sind auch insoweit nicht ersichtlich.

66

Wegen der erfolgten Abnahme liegt die Darlegungs- und Beweislast bei der Klägerin. Diese hatte erstinstanzlich lediglich Bezug genommen auf die Ausführungen des Sachverständigen T in seinem Gutachten vom 27.02.2009. Untersucht hat die Lüftungsanlage aber der Sachverständige S. Zwar führt dieser auf Seite 5 seines Gutachtens aus, dass keine Druckstellen an den Kabelenden vorhanden seien, die ein Indiz dafür sein könnten, dass sie mit der Zuleitung, die vom Schaltschrank komme, verbunden gewesen seien. Auf Seite 8 des Gutachtens stellt der Sachverständige aber auch fest, dass es sich bei dem vorhandenen Klappenstellmotor nicht um das von der Klägerin angenommene Modell handele, sondern um ein Modell, das von der Regelanlage nicht angesteuert werden kann. Der Sachverständige S geht daher davon aus, dass der Klappenstellmotor ausgetauscht worden ist. Vor diesem Hintergrund ist die Feststellung des Sachverständigen T auf Seite 12 seines Gutachtens, dass es sich mit größter Wahrscheinlichkeit um Ausführungsmängel in der Bauphase, nicht nachvollziehbar. Damit hat die Klägerin das Vorliegen dieser Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme bereits nicht schlüssig dargelegt.

67

b)

68

Der Klägerin kann aufgrund der mangelhaften Bauüberwachung in Bezug auf den Fliesenboden nicht den Schaden geltend machen, der darin besteht, dass sich der zwischen der Klägerin und der Betreibergesellschaft vereinbarte Pachtzins gemäß § 581 Abs. 2, § 536 Abs. 1 BGB gemindert hätte. Die Klägerin macht nunmehr im Berufungsverfahren eine Minderung um 895,83 € für den Zeitraum Juli 2007 bis September 2014 (also für 87 Monate) geltend.

69

Nach § 581 Abs. 2, § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Pächter einer mangelhaften Pachtsache nur eine angemessen herabgesetzte Pacht zu entrichten, wenn die Tauglichkeit der Pachtsache gemindert ist. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit hat aber nach § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB außer Betracht zu bleiben.

70

Ein die Tauglichkeit mindernder Mangel der Pachtsache ergibt sich jedenfalls daraus, dass der Fliesenboden der „K-Sauna“ unstreitig die vom Sachverständigen H festgestellten Mängel aufgewiesen hat. Das Landgericht hat eine Pachtminderung dennoch nicht feststellen können, da die Klägerin lediglich auf das Gutachten des Sachverständigen T Bezug genommen habe, ohne Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die das Gericht zur Ermittlung der Minderungsquote in die Lage gesetzt hätten. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

71

Gemäß § 493 Abs. 1 ZPO steht die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren lediglich einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich. Sie ersetzt nicht schlüssiges Vorbringen zu den beweiserheblichen Tatsachen. Zwar ist grundsätzlich auch eine Bezugnahme auf die Feststellungen in einem im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachten möglich, da es sich als übertriebene Förmlichkeit darstellen würde, von der Klägerin zu verlangen, die entsprechenden Feststellungen abzuschreiben. Allerdings müssen die in Bezug genommenen Feststellungen geeignet sein, das Prozessgericht in die Lage zu versetzen, die unter Beweis gestellte Tatsache zu beurteilen. Das ist nach Auffassung des Senats vorliegend nicht der Fall. Die Anknüpfungstatsachen für die gutachterliche Feststellung des Sachverständigen T lassen sich dem in Bezug genommenen Ergänzungsgutachten vom 29.12.2009 nicht entnehmen.

72

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Betreibergesellschaft nicht einzelne Räume der Sauna gemietet hat, sondern ein Objekt, das in seiner Gesamtheit für den Betrieb eines Freizeit- und Erlebnisbades mit Saunalandschaft geeignet sein soll. Dann muss die Klägerin darlegen, in welchem Umfang die Tauglichkeit dieses Gesamtobjekts durch die Nichtbenutzbarkeit der „K-Sauna“ aufgehoben worden ist.

73

Dabei ist es nicht entscheidend, dass der Sachverständige den sogenannten Flächenfaktor anhand des Verhältnisses der Saunafläche zu der nicht maßgeblichen Grundstücksgröße bestimmt. Denn im Ergebnis hat der Sachverständige eine Pachtminderung im Hinblick auf den Flächenfaktor nicht für gerechtfertigt angesehen, wie sich aus dem Faktor 1,0 ergibt. Gleiches gilt im Übrigen für den Störungsfaktor und den Sonderfaktor.

74

Vielmehr folgt die vom Sachverständigen berechnete Pachtminderung allein aus der Berücksichtigung des Funktionsfaktors mit 0,9 und der durchgeführten Durchschnittsberechnung bezüglich aller Faktoren. In diesem Zusammenhang legt der Sachverständige zwar auf Seite 8 des Gutachtens dar, welche Gründe für die Bemessung des Faktors maßgeblich seien sollen. U.a. führt er aus, die „K-Sauna“ repräsentiere eine, in

Bezug auf die Anlage, vergleichsweise kleine Sauna innerhalb des Saunabereichs des Gesamtbetriebs. Im Gesamtbetrieb stelle die Saunalandschaft ebenfalls nur einen Teil der Angebotsbreite dar. Daraus, dass die Preise trotz der bestehenden Mängel und Einschränkungen nicht gesenkt worden seien, sogar eine Preiserhöhung stattgefunden habe, sei zwingend zu schließen, dass der Mangel für den Saunabereich und den Gesamtbetrieb von untergeordneter Bedeutung gewesen sein müsse. Diese Angaben sind aber, da zu vage, für den Senat nicht überprüfbar. Es fehlen konkrete Angaben zur Bedeutung der „K-Sauna“ für den gepachteten Gesamtbetrieb. Hierzu hatte die Klägerin zwar im selbständigen Beweisverfahren ansatzweise Ausführungen gemacht. Diese sind aber weder durch Wiederholung noch durch Bezugnahme Gegenstand ihres Parteivorbringens im Rechtsstreit geworden.

75

Im Berufungsverfahren wendet sie sich gegen die Ansicht des Landgerichts, dass ihr Vortrag bezüglich des geltend gemachten Pachtausfalls nicht hinreichend substantiiert sei. In Bezug auf den Funktionsfaktor bringt sie vor, der Sachverständige sei von der Messzahl 2 und dem Faktor 0,90 ausgegangen, womit er sich zugunsten der Beklagten immer noch am unteren Rand der Beeinträchtigungsstufen bewege. Mit dieser Einordnung trage der Sachverständige dem Umstand Rechnung, dass die Saunalandschaft nur einen Teil des Gesamtbetriebes ausmache und die „K-Sauna“ wiederum nur einen Teilbereich der Saunalandschaft darstelle. Das ändere allerdings wenig daran, dass viele Besucher das Bad wegen seiner Saunalandschaft besuchten und für diese Besucher die Schließung der besonders attraktiven „K-Sauna“ ein echtes Ärgernis darstelle und unter den Saunagängern zu einem Rückgang der Besucherzahlen geführt habe. Auch diese Angaben sind nicht substantiiert genug, um die Bedeutung der Sauna für den gepachteten Gesamtbetrieb konkret einordnen zu können.

76

Eine Anhörung der vorbereitend geladenen Sachverständigen T und H zu diesem Thema kam daher nicht in Betracht, da sich eine solche als auf unzulässige Ausforschung gerichtet darstellen würde.

77

Der Klägerin war auf ihren im Senatstermin gestellten Antrag keine Schriftsatzfrist zu gewähren, damit sie zum Pachtausfallschaden ergänzend vortragen kann. Bereits das angefochtene Urteil enthielt den Hinweis darauf, dass der Vortrag der Klägerin zum geltend gemachten Pachtausfall nicht hinreichend substantiiert sei. Diesen Hinweis hat die Klägerin ausweislich der Berufungsbegründung, in dem sie zu der Ansicht des Landgerichts Stellung nimmt und zum Pachtausfallschaden weiter vorträgt, auch hinreichend verstanden. Nach dem Gesagten ist der Vortrag der Klägerin zum Pachtausfallschaden in der

Berufungsbegründung auch nicht hinreichend substantiiert. Eines weiteren Hinweises und der Einräumung einer Schriftsatzfrist bedurfte es bei dieser Sachlage nicht.

78

IV.

79

Für die Entscheidung zum Feststellungsantrag gelten die Ausführungen zum Schadenersatzanspruch entsprechend. Die Beklagten zu 3) und 4) haften für Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Ablösen der Bodenfliesen in der „K-Sauna“, aber begrenzt auf solche Ansprüche, die bis zum 29.11.2012 fällig geworden sind. Die Beklagte zu 2) haftet nicht.

80

C.

81

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

82

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO.