

Oberlandesgericht Frankfurt

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 839 BGB; 57, 59 HessBauO; Art. 34 GG

- 1. Ein öffentlich bestellter Prüfer wäre selbst dann, wenn er bei den von ihm durchgeführten statischen Prüfungen Pflichten verletzt haben sollte, für hieraus folgende Schadensersatzansprüche nicht passiv legitimiert.**
- 2. Denn mit seiner Tätigkeit als Sachverständiger gemäß §§ 59 Abs. 1, 73 Abs. 2 HBO hat er im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG ein öffentliches Amt für die nach § 53 Abs. 1 und 2 HBO zuständige Bauaufsichtsbehörde ausgeübt.**
- 3. Es genügt, dass seine Arbeit in einem engen Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit einer Behörde steht und der Prüfer in die behördliche Tätigkeit maßgeblich eingebunden ist.**
- 4. Ein enger Zusammenhang der Prüfertätigkeit mit einer behördlichen Genehmigungs- oder Überwachungsaufgabe besteht auch dann, wenn nicht die zuständige Behörde, sondern der Antragsteller den Sachkundigen mit der konkreten Prüfung beauftragt und vergütet, soweit dessen Aufgabe durch öffentlich-rechtliche Normen hinreichend bestimmt wird**

OLG Frankfurt; Urteil vom 25.03.2014; Az.: 14 U 202/12

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 2 wird das am 14. September 2012 verkündete Urteil des Landgerichts Kassel (4 O 1614/09) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Das Teilversäumnisurteil vom 9. November 2009 wird aufgehoben und die gegen die Beklagte zu 1 b gerichtete Klage als unzulässig abgewiesen.

Der Beklagte zu 1 a wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 114.192,32 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 50.000 Euro seit dem 23. Oktober 2009 sowie aus 64.192,32 Euro seit dem 5. August 2010 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1 a verpflichtet ist, den Klägern als Gesamtgläubigern sämtliche weitergehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die deswegen entstanden sind oder entstehen, weil horizontale Querdruckkräfte des - auf die hintere hangseitige und auf die seitlichen Kellermauern drückenden - Hang-Erdreichs das gesamte Bauwerk verschoben haben.

Die weitergehende Klage gegen den Beklagten zu 1 a und die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage werden abgewiesen.

Die Berufung des Beklagten zu 1 a und die Anschlussberufung der Kläger werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Rechtszüge einschließlich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens haben die Parteien wie folgt zu tragen:

Von den Gerichtskosten des ersten Rechtszuges tragen der Beklagte zu 1 a 35 % und die Kläger 65 %, von den Gerichtskosten des zweiten Rechtszuges der Beklagte zu 1 a 43 % und die Kläger 57%.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 b und des Beklagten zu 2 tragen die Kläger. Der Beklagte zu 1 a hat von den außergerichtlichen Kosten der Kläger im ersten Rechtszug 35 %, von ihren außer-gerichtlichen Kosten im zweiten Rechtszug 43 % zu tragen; die Kläger tragen von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1 a im ersten und zweiten Rechtszug 14 %; eine weitergehende Kostenausgleichung findet nicht statt.

Das angefochtene Urteil ist, soweit die Berufungen zurückgewiesen wurden, ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Das vor-liegende Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Kläger dürfen die Voll-streckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte zu 1 b und der Beklagte zu 2 vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbhestand:

I.

Die Kläger verlangen nach dem Bau eines Einfamilienhauses von der mit der Erstellung des Kellers beauftragten Werkunternehmerin -einer inzwischen aufgelösten Gesellschaft bürgerlichen Rechts -, von einem Gesellschafter dieser Werkunternehmerin und von dem beauftragten Prüfsingenieur als Gesamtschuldern Schadensersatz.

Den Klägern wurde am 14. Oktober 2005 im vereinfachten Verfahren gemäß § 57 der Hessischen Bauordnung in der Fassung vom 18. Juni 2002 (HBO 2002) eine Genehmigung für den Bau ihres Einfamilienhauses erteilt, unter anderem mit der Auflage, die bautechnischen Nachweise vor Baubeginn bei der Bauaufsichtsbehörde vorzulegen.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme teilweise abgewiesen und ihr im Übrigen stattgegeben:

Der von der Beklagten zu 1 b gegen das Teilversäumnisurteil vom 9. November 2009 erhobene Einspruch sei zulässig und begründet. Die gegen sie gerichtete Klage sei unzulässig, weil die Beklagte zu 1 b seit September 2008 nicht mehr

existiere und daher nicht parteifähig im Sinne des § 50 ZPO sei. Eine bereits gelöschte Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei in einem auf Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen gerichteten Passivrechtsstreit nur dann parteifähig, wenn sie noch über Haftungsmasse verfüge und ein gegen sie zu erstreitender Titel damit Aussicht auf Durchsetzung habe.

Dass bei der Beklagten zu 1 b noch Vollstreckungsmasse vorhanden sei, hätten die Kläger nicht dargelegt. Daher sei die gegen die Beklagte zu 1 b gerichtete Klage unzulässig. Für die Austragung des Streits um ihre Prozessfähigkeit müsse die Beklagte zu 1 b allerdings als parteifähig und ihr Einspruch gegen das Teilversäumnisurteil als zulässig angesehen werden. Nach allem sei auf ihren Einspruch hin das Teilversäumnisurteil aufzuheben und die gegen die Beklagte zu 1 b gerichtete Klage als unzulässig abzuweisen gewesen.

Die gegen die Beklagten zu 1 a und zu 2 gerichteten Klagen seien im tenorierten Umfang begründet.

Der Beklagte zu 1 a schulde den Klägern als Gesellschafter der Beklagten zu 1 b und als für ihr Gewerk zuständiger Bauleiter wegen Verletzung ihrer werkvertraglichen Pflichten gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz.

Auch der Beklagte zu 2 hafte den Klägern nach werkvertraglichen Grundsätzen.

Die von ihm gemäß §§ 59 Abs. 3 Nr. 1, 73 Abs. 2 HBO für die Kläger ausgeübte Prüfungstätigkeit sei privatrechtlich zu qualifizieren. Mit der Änderung der Hessischen Bauordnung zum 1. Oktober 2002 habe sich das Land Hessen aus der präventiven Baukontrolle zurückgezogen. Zum Ausgleich für die entfallene präventive hoheitliche Prüfung der bautechnischen Nachweise sehe § 59 Abs. 1 Satz 1 HBO neben der Bauvorlageberechtigung auch eine bautechnische Nachweisberechtigung vor. § 48 Abs. 4 Satz 1 HBO verpflichte die Bauherrschaft dazu, Nachweisberechtigte und Sachverständige zu beauftragen. Diese müssten anstelle der Bauaufsichtsbehörde Prüfungen durchführen und hierüber Bescheinigungen ausstellen; eine Prüfung der Nachweise durch die Bauaufsichtsbehörde entfalle, § 59 Abs. 1 Satz 2, 1. Teilsatz HBO. Gemäß § 73 Abs. 2 HBO seien die Sachverständigen, die anstelle der Bauaufsichtsbehörde Prüfungen durchgeführt hätten, insoweit auch für die ordnungsgemäße Bauausführung verantwortlich. Damit werde insgesamt die Eigenverantwortlichkeit des Bauherren in den Vordergrund gestellt. Dementsprechend sei dessen vertragliche Beziehung zu dem von ihm beauftragten Prüfstatiker nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich zu beurteilen:

Werde ein Prüfenieur - wie hier - unmittelbar von den Bauherren beauftragt, dann übernehme er ihnen gegenüber werkvertragliche Pflichten. Der Bauherr habe die berechtigte Erwartung, dass der Prüfenieur die Standsicherheitsnachweise, die Tragwerksplanung und andere für die Statik relevante Planungen nur dann freigebe, wenn diese zur Errichtung eines standsicheren Bauwerks führen könnten. Gebe der Prüfenieur eine Planung frei, die im Falle ihrer Verwirklichung nicht zu einem standsicheren Bauwerk führe, so sei sein Werk mangelhaft. Dieses Werk erbringe er nicht nur im Allgemeininteresse, sondern gerade auch im Interesse des Bauherrn; diesem könne nicht im Wege der Vertragsauslegung unterstellt werden, er sei damit einverstanden, dass der Prüfenieur eine Haftung ihm gegenüber ausschließe.

Das Risiko des Prüfindgenieurs, gegenüber dem Bauherrn zu haften, werde durch seine Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung und dadurch abgemildert, dass er in der Regel gemeinsam mit dem Tragwerksplaner und dem planenden Architekten hafte.

Dass die von den Beklagten erbrachten Werkleistungen mangelhaft seien, ergebe sich aus dem Gutachten des Sachverständigen SV1 vom 19. Januar 2012. Danach weise der Keller des Hauses der Kläger zahlreiche Risse auf, die darauf zurückzuführen seien, dass die bergseitige Kelleraußenwand durch Erddruck einer Schub- und Biegebeanspruchung ausgesetzt sei.

Der Standsicherheitsnachweis für die unmittelbare Erddruckbelastung der bergseitigen Kelleraußenwand und die Nachweise gegen Materialversagen und Gleiten für die Kellergeschosskonstruktion seien bei der Planung des Gebäudes (statische Berechnung) und bei Prüfung des Beklagten zu 2 nicht beachtet worden. Die gesamte statisch-konstruktive Planung des Gebäudes und der Freiflächen sei mangelhaft; sie berücksichtige die Erddruckbelastung der Kelleraußenwände unzureichend: Die 2,31 m hohe Mauerwerkswand mit der nur geringen Auflast aus dem Fertighaus sei nicht hinreichend standsicher.

Das Kellergeschoss hätte wegen der einseitigen Erddruckbelastung auf der Bergseite - wie ein Stützbauwerk - an den einwirkenden Belastungen ausgerichtet und entsprechend konstruiert werden müssen. Bei einer Kontrolle des Kräfteverlaufes wäre die Notwendigkeit erkannt worden, einen formstabilen Baukörper zu entwerfen, der in der Lage wäre, den Kräftefluss verformungsfrei und unter Einhaltung der statischen Anforderungen des vorgesehenen Baustoffes aufzunehmen und bis in den Baugrund abzuleiten. Dies hätte nur eine Kellerkonstruktion aus Stahlbeton leisten können.

Daher hätten die Beklagten zu 1 a und 1 b keine Ausführung des Kellers in Mauerwerk anbieten dürfen, weil dieses nicht in der Lage sei, die Schubkraft aus der einseitigen Erddruckbelastung in die Bodenfuge abzuleiten. Der Keller hätte unbedingt wie ein Stützbauwerk konstruiert werden müssen, d. h. aus Stahlbeton.

Diesen Fehler bei der Planung des Kellergeschosses habe der Tragwerksplaner nicht erkannt; auch der beklagte Prüfindgenieur hätte ihn bei der Prüfung der Planungsunterlagen feststellen müssen und die Standsicherheit nicht bescheinigen dürfen.

Auch bei der Planung der Freiflächengestaltung sei von Anfang an erkennbar gewesen, dass die Verwirklichung des Bauvorhabens erhebliche Eingriffe in das Hanggelände erfordere. Dabei sei die alleineige Anordnung von Abgrabungen mit Böschungsneigungen von 45° völlig unzureichend, um damit die Standsicherheit des Bodens oberhalb des vorgesehenen Hauses herstellen zu können. Erforderliche Stützbauwerke zur Abfangung der Geländeversprünge seien nicht einbezogen worden. Auch sei keine zutreffende Ermittlung der Hangneigung erfolgt. Diese für die Freiflächenplanung entscheidenden Umstände seien von dem Tragwerksplaner nicht berücksichtigt und von dem Prüfindgenieur nicht als änderungsbedürftig erkannt worden.

Der Einbau einer Erdwärmelanlage sei nach den Feststellungen des Sachverständigen SV1 nicht ursächlich für die streitgegenständlichen Gebäudeschäden, auch nicht die von der Planung des Architekten abweichende Geländemodellierung. Diese habe keinen Einfluss auf die schadensursächliche

örtliche einseitige Erddruckbelastung der nördlichen Kelleraußenwand; die Schäden wären auch dann entstanden, wenn das Gelände an der Nordseite wie geplant terrassiert worden wäre.

Die Feststellungen des Sachverständigen SV1 seien nachvollziehbar und überzeugend; auch die Parteien hätten sie nicht in Zweifel gezogen. Nach allem hafteten die Beklagten zu 1 a und zu 2 den Klägern als Gesamtschuldner.

Der Höhe nach belaufe sich ihre Zahlungspflicht auf 114.192,32Euro.

Der Sachverständige SV1 habe in seinem Gutachten vom 19. Januar 2012 die zuvor von dem Sachverständigen SV2 beschriebenen Schadensbeseitigungsmaßnahmen als erforderlich und die dafür angesetzten Beträge als zutreffend erachtet, ebenso die Annahme eines merkantilen Minderwerts des Hauses von 25.000 Euro. Ein hiernach in Betracht kommender höherer Schadensersatzbetrag sei aber nicht geltend gemacht (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Allerdings sei die in dem eingeklagten Betrag enthaltene Umsatzsteuer von den Beklagten nicht geschuldet, soweit sie nicht angefallen sei. Ein vor der Mängelbeseitigung geltend gemachter Anspruch auf Schadensersatz wegen Bauwerkermängeln umfasse keine Umsatzsteuer (Bundesgerichtshof, Urteil vom 22. Juli 2010, BGHZ 186, S. 330 f., juris Rn. 12 ff.).

Auch hinsichtlich des klageerweiternd geltend gemachten Betrages von 4.760 Euro brutto (4.000 Euro netto) sei die Klage unbegründet. Aus dem von den Klägern für ihre Schadensberechnung in Bezug genommenen Gutachten des Sachverständigen SV2 (dort Seiten 15 und 17 oben) ergebe sich zweifelsfrei, dass für die Sanierung der Kellerräume insgesamt netto ca. 4.000 Euro anzusetzen seien, nicht zusätzlich zu den aufgeführten Einzelpositionen von 2.800 Euro und 1.200 Euro.

Der Feststellungsantrag sei begründet. Die Kläger hätten angesichts der drohenden Verjährung ein Interesse an der begehrten Feststellung. Der Antrag sei auch begründet, da den Klägern nach den Feststellungen des Sachverständigen SV1 weitergehende Schadensbeseitigungskosten entstehen könnten.

Wegen weiterer Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil vom 14. September 2012 Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil haben der Beklagte zu 1 a und der Beklagte zu 2 Berufung eingelegt, mit der sie jeweils eine Abweisung der gegen sie gerichteten Klagen erstreben; sie rügen unzutreffende Tatsachenfeststellungen und eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch das Landgericht. Die Kläger haben gegen das Urteil vom 14. September 2012 Anschlussberufung eingelegt, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge gegenüber dem Beklagten zu 1 a und gegenüber dem Beklagten zu 2 weiterverfolgen; auch sie rügen fehlerhafte Tatsachenfeststellungen des Landgerichts.

Der Beklagte zu 1 a meint, das Landgericht habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Kläger kein Laie, sondern als Baumaschinenführer für Tiefbauarbeiten mit Druckverhältnissen an Erdhängen vertraut sei. Nur die Kläger hätten in der Planungs- und Bauphase stets Zugang zu allen relevanten Unterlagen gehabt, ihm diese aber nur in dem von ihnen selbst für erforderlich gehaltenen Umfang zukommen lassen. Daher habe er seinem Angebot die Planung des Architekten A

zugrunde gelegt, für die er nicht hafte. Das Baugrundgutachten habe ihm nicht vorgelegen. Außerdem hätten die Kläger quasi die Bauleitung selbst übernommen, indem sie wesentliche Entscheidungen ohne fachliche Beratung durch einen Architekten getroffen und maßgebliche Arbeiten in Eigenregie ausgeführt hätten. Auch die Ausführung des Kellers in Mauerwerk sei zwar dem Architekten zugeleitet, von diesem aber „nach Genehmigung durch die Bauherren“ bestätigt worden; dies zeige, dass die Kläger sämtliche baurelevanten Fragen in Eigenverantwortung entschieden hätten.

Bei der Beweiswürdigung habe das Landgericht fälschlich angenommen, er, der Beklagte zu 1 a, habe die Gefahren des Hangdrucks auf einen Mörtelmauerwerkskeller erkannt und davor gewarnt. Tatsächlich habe er die Kläger nur grundsätzlich vor einer Bebauung des Grundstücks gewarnt. Im Übrigen sei in den Plänen des Architekten ein Carport mit Stützwand vorgesehen. Die Drainage, die Hangabsicherung und die Verfüllung hätten die Kläger selbst ausführen wollen, weshalb er hierzu nicht habe Stellung nehmen müssen. Hätten die Kläger diese Arbeiten sachgerecht ausgeführt, wären die Schäden nicht entstanden. Er, der Beklagte zu 1 a, habe sich den Klägern gegenüber nicht dazu verpflichtet, die Haftung für das gesamte Bauvorhaben zu übernehmen.

Schließlich habe es das Landgericht versäumt, ein Gutachten für Geothermie einzuholen, obwohl der Sachverständige SV3 die Erdwärmeanlage der Kläger als Schadensursache angenommen habe und dem Sachverständigen SV1 insoweit die Fachkenntnis fehle.

Wegen weiterer Einzelheiten der Berufungsbegründung des Beklagten zu 1 a wird auf die Schriftsätze vom 19. November 2012 und vom 25. März 2014 (Band III Blatt 318 ff. und Band IV Blatt 435 ff. der Akten) verwiesen.

Der Beklagte zu 2 verweist darauf, dass der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 27. Mai 1963 (BGHZ 39, S. 358 ff.) die Tätigkeit des Prüfsachverständigen unter der Geltung früherer Landesbauordnungen als Ausübung eines öffentlichen Amtes und die ihm insoweit obliegende Amtspflicht als nicht individualschützend eingeordnet habe. Diese Einordnung sei auch nach der derzeit geltenden Hessischen Bauordnung zutreffend. Denn die Aufgabe des Prüfsachverständigen bestehe nach wie vor darin, für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der HBO zu sorgen, die nicht dem Schutz individueller Integritätsinteressen einzelner Bauherren, sondern der allgemeinen Gefahrenabwehr dienen. Dies gelte auch für die in § 47 HBO geregelten Grundpflichten der am Bau Beteiligten. Soweit nach der Änderung der HBO nunmehr der Bauherr den Prüfsachverständigen beauftrage, begründe dies keine werkvertragliche Einstandspflicht des Prüfsachverständigen gegenüber dem Bauherrn. So habe der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 22. März 2001 (BGHZ 147, S. 169 ff.) die Tätigkeit des nach § 2 des Luftverkehrsgesetzes -ebenfalls in unmittelbarem Auftrag des Antragstellers - tätig werdenden Sachverständigen als Ausübung eines öffentlichen Amtes gewertet.

Auch die in der Straßenverkehrszulassungsordnung vorgesehene Fahrzeugüberprüfung durch technische Überwachungsvereine erfolge jeweils im Auftrag des Fahrzeughalters, werde aber gleichwohl als Amtsausübung eingeordnet (BGHZ 122, S. 85 ff.). Entsprechendes gelte für die sachverständige Überwachung und Überprüfung von Heizungsanlagen (Oberlandesgericht Oldenburg, 12 U 76/90) und für die Erstellung von Wertgutachten durch Ortsgerichte (BGHZ 113, S. 71 ff.). Hiernach komme es für die Einordnung der Tätigkeit eines Sachverständigen als hoheitlich nicht darauf an, ob dieser von der Behörde oder vom Bürger beauftragt

sei, sondern welche Aufgabe er erfülle. Die Aufgabe des Prüflingenieurs nach der Hessischen Bauordnung ergebe sich aus § 53 Abs. 1 HBO, der die Bauaufsichtsbehörde verpflichte, für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der HBO zu sorgen. Dementsprechend sei Gegenstand der Beauftragung des Prüflingenieurs durch den Bauherrn auch nur die Einhaltung dieser öffentlich-rechtlichen Vorschriften, nicht etwa die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Planung oder Ausführung des Bauvorhabens zum Schutz des Bauherrn vor Baumängeln. Daher könnte, selbst wenn man die Beauftragung des Prüflingenieurs nach der HBO als Werkvertrag einordnen wollte, der geschuldete Erfolg nur die Erbringung der dem Bauherrn obliegenden Nachweise über die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zwecks Erlangung einer Baugenehmigung sein. Dieser Erfolg sei hier mit der Erteilung der von den Klägern beantragten Baugenehmigung eingetreten. Insoweit seien seine Leistungen auch nicht fehlerhaft gewesen.

Der Beweiserhebung des Landgerichts und den Feststellungen des Sachverständigen SV1 liege die irriige Annahme zugrunde, der Prüflingenieur habe die Aufgabe, die Planungsleistungen anderer am Bau Beteiligten zu kontrollieren; dies sei nicht der Fall.

Zudem habe das Landgericht den Schaden zu hoch angesetzt. Von dem Sachverständigen SV2 angegebene Schätzungstoleranzen von bis zu 30 % (hier: 34.000 Euro) seien inakzeptabel. Ferner habe das Landgericht seine Einwendungen zu den Sowieso-Kosten nicht berücksichtigt; diese machten mindestens 75 % aus. Schließlich verbleibe nach Durchführung der von dem Sachverständigen vorgeschlagenen Maßnahmen kein merkantiler Minderwert des Hauses.

Wegen weiterer Einzelheiten der Berufungsbegründung des Beklagten zu 2 wird auf die Schriftsätze vom 30. November 2012 und vom 27. Mai 2013 (Band III Blatt 329 ff. und 402 ff. der Akten) Bezug genommen.

Der Beklagte zu 1 a beantragt, das angegriffene Urteil abzuändern und

die gegen ihn gerichteten Klagen abzuweisen, hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des angegriffenen Urteils zu erneuter Verhandlung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte zu 2 beantragt, das angegriffene Urteil abzuändern und

die gegen ihn gerichteten Klagen abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufungen der Beklagten zu 1 a und zu 2 zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, soweit ihren Klagen stattgegeben worden ist.

Mit ihren Anschlussberufungen verfolgen sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge gegenüber dem Beklagten zu 1 a und gegenüber dem Beklagten zu 2 weiter.

Sie erstreben eine gesamtschuldnerische Verurteilung dieser Beklagten zur Zahlung von insgesamt 134.513,32 Euro nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe. Wegen weiterer

Einzelheiten ihres Berufungsvorbringens die Schriftsätze vom 10. und 30. Januar 2013(Band III Blatt 375 f. und 377 ff. der Akten) Bezug genommen.

Mit ihren Anschlussberufungen beantragen die Kläger, das angegriffene Urteil abzuändern und

1. die Beklagten zu 1 a und zu 2 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 50.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.Oktober 2009 zu zahlen;

2. die Beklagten zu 1 a und zu 2 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger weitere 84.513,32 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. August 2010 zu zahlen;

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihnen als Gesamtgläubigern sämtliche über 134.513,32 Euro hinausgehende Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die deswegen entstanden sind oder entstehen, weil horizontale Querdruckkräfte des - auf die hintere hangseitige und auf die seitlichen Kellermauern drückenden - Hang-Erdreichs das gesamte Bauwerk verschoben haben.

Der Beklagte zu 1 a und der Beklagte zu 2 beantragen,

die Anschlussberufungen der Kläger zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erst-instanzlichen Vorbringens, soweit die gegen sie gerichteten Klagen abgewiesen worden sind. Wegen der Einzelheiten wird auf ihre bereits erwähnten Schriftsätze verwiesen.

Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens .../09 vor Landgericht Kassel sind beigezogen worden und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

II.

Die Berufungen des Beklagten zu 1 a und des Beklagten zu 2 sind jeweils zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden. Die Berufung des Beklagten zu 1 a bleibt erfolglos (dazu unten 1). Die Berufung des Beklagten zu 2 führt zur Abweisung der gegen ihn gerichteten Klagen (dazu unten 2). Die gegen den Beklagten zu 1 a gerichteten Anschlussberufungen der Kläger sind unzulässig, weil sie nicht innerhalb der den Klägern gesetzten Berufungsbegründungsfrist eingelegt worden sind; die gegen den Beklagten zu 2 gerichteten Anschlussberufungen der Kläger sind zwar zulässig, aber nicht begründet (dazu unten 3).

1. Die Berufung des Beklagten zu 1 a hat keinen Erfolg.

Soweit das Landgericht den Beklagten zu 1 a zum Schadensersatz verurteilt hat, beruht die angegriffene Entscheidung weder auf einer Rechtsverletzung noch

rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO.

Die gegen den Beklagten zu 1 a gerichteten Klage sind in dem vom Landgericht ausgeurteilten Umfang begründet. Der Beklagte zu 1 a haftet als Gesellschafter der mit der Planung und Erstellung des streitgegenständlichen Kellerbauwerks beauftragten BGB-Gesellschaft, der Beklagten zu 1 b, analog § 128 HGB persönlich und unbeschränkt für deren Verbindlichkeiten (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 8. Februar 2011, NJW 2011, S. 2045Rn. 14 mit weiteren Nachweisen). Da die Beklagte zu 1 b ihre Werkleistung mangelhaft erbracht hat, ist der Beklagte zu 1 a den Klägern analog § 128 HGB i. V. m. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angegriffenen Urteils verwiesen werden. Die vom Beklagten zu 1 a mit der Berufung hiergegen erhobenen Einwände sind unbegründet.

a. aa. Das Landgericht hat auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen SV1 in seinem schriftlichen Gutachten vom 19. Januar 2012 (Aktenlasche von Band III der Akten) festgestellt, dass der von der Beklagten zu 1 b geplante und errichtete Keller in Mauerwerksausführung mangelhaft ist, weil ein solches Mauerwerk die Schubkraft aus der einseitigen Erdruckbelastung nicht in die Bodenfuge ableiten kann; der Keller hätte unbedingt wie ein Stützbauwerk, d. h. aus Stahlbeton, konstruiert werden müssen.

bb. An diese Feststellung ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden; Anhaltspunkte, die Zweifel an ihrer Richtigkeit oder Vollständigkeit, insbesondere an der vom Landgericht insoweit vorgenommenen Beweiswürdigung begründen und eine andere Wertung als richtiger erscheinen lassen könnten, sind weder dem Berufungsvorbringen des Beklagten zu 1 a zu entnehmen noch sonst ersichtlich.

(1) Soweit der Beklagte zu 1 a einwendet, der Kläger sei selbst kein Laie, sondern als Baumaschinenführer für Tiefbauarbeiten mit Druckverhältnissen an Erdhängen vertraut, ändert dies nichts an der Einstandspflicht der Beklagten zu 1 a für Mängel ihres Werks. Gemäß § 633 Abs. 1 BGB hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen; diesen Erfolg hat er herbeizuführen. Ist sein Werk mangelhaft, so stehen dem Besteller, hier: den Klägern, die in § 634 BGB vorgesehen Rechte zu.

(2) Entsprechendes gilt, soweit der Beklagte zu 1 a geltend macht, die Kläger hätten ihm „die relevanten Unterlagen“ nur in dem von ihnen selbst für erforderlich gehaltenen Umfang zukommen lassen. Nach den überzeugenden Darlegungen des SV1 hätte die Beklagte zu 1 b eine Ausführung des Kellers in Mauerwerk nicht anbieten dürfen. Insoweit hat das Landgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beklagte zu 1 b Kenntnis von der Hängigkeit des Grundstücks der Kläger hatte. Ob die Beklagte zu 1 b die Gefahren des Hangdrucks auf einen Mörtelmauerwerkskeller erkannt hat, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass sie diese Gefahren hätte erkennen und bei ihrer Planung berücksichtigen müssen. Insoweit trifft die Kläger auch kein „Mitverschulden“. Denn für den werkvertraglich geschuldeten Erfolg ist gemäß § 633 Abs. 1 BGB der Unternehmer verantwortlich und nicht der Besteller.

(3) Soweit der Beklagte zu 1 a darauf verweist, in den Plänen des von den Klägern beauftragten Architekten sei eine bestimmte Gestaltung des Grundstücks

vorgesehen, hat der Sachverständige SV1 in seinem Gutachten vom 19. Januar 2012 (dort Seiten 50 ff. mit Seiten 26 bis 38) überzeugend erläutert, dass die streitgegenständlichen Gebäudeschäden ausschließlich durch die einseitige Erddruckbelastung auf die bergseitige nördliche Kellerwand entstanden sind und ebenso entstanden wären, wenn das Grundstück in der von dem Architekten geplanten Weise gestaltet worden wäre. Hiernach war nicht die Gestaltung der Außenanlage oder etwa eine mangelhafte Ausführung der Drainage oder der Verfüllung durch die Kläger ursächlich für die später aufgetretenen Schäden, sondern die fehlerhafte Planung des Kellerbauwerks durch die Beklagte zu 1 b.

(4) Unbegründet ist auch der von den Beklagten erstinstanzlich erhobene Einwand, die Ausführungen des Sachverständigen SV1 könnten nicht zutreffen, weil sonst auch der Erdkeller unter dem verschobenen Keller Schäden aufweisen müsste: Aus den Erläuterungen des Sachverständigen auf Seiten 26 f. seines Gutachtens ergibt sich, dass für die Auswirkungen des horizontalen Erddrucks auf eine gemauerte Kelleraußenwand die Länge des Wandabschnitts und die Auflast aus den oberen Geschossen von entscheidender Bedeutung sind. Der unter dem verschobenen Keller liegende Erdkeller weist zum einen erhebliche kürzere Wandabschnitte auf; zum anderen trägt er die zusätzliche Auflast aus dem darüber liegenden gemauerten Keller. Daher muss er nicht die gleichen Schäden aufweisen wie der darüber liegende Keller.

(5) Dass die Anbringung einer unterdimensionierten Erdwärmeanlage auf dem Grundstück der Kläger für die streitgegenständlichen Gebäudeschäden ursächlich sei, hat der Sachverständige SV1 in Kenntnis der Äußerungen des Sachverständigen SV3 mit Bestimmtheit ausgeschlossen, und zwar unter Hinweis auf die von ihm zuvor positiv getroffene Feststellung, dass die Gebäudeschäden ausschließlich durch die einseitige Erddruckbelastung auf die bergseitige nördliche Kellerwand entstanden sind (vgl. Seite 50 des Gutachtens). Für diese positive Ursachenfeststellung ist der Sachverständigen SV1 zweifelsfrei fachkundig. Da mit dieser Feststellung die Ursache der Schäden eindeutig geklärt ist, bedarf es auch nicht der zusätzlichen Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen für Erdwärmeanlagen; dem hierauf gerichteten Antrag des Beklagten zu 1a war daher nicht zu entsprechen.

(5) Der Senat schließt sich der fachlichen Einschätzung des Sachverständigen SV1 an; sie beruht ausweislich der Ausführungen des Sachverständigen auf einer zutreffenden Tatsachengrundlage, ist in sich schlüssig und widerspruchsfrei und bietet auch sonst keine Anhaltspunkte für Zweifel an ihrer Richtigkeit. In Bezug auf die Ausführungen des Sachverständigen SV1 bestehen auch keine Unvollständigkeiten, Unklarheiten oder Zweifel, die nach der - vom Senat geteilten - Auffassung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 6. März 1986, NJW 1986, S. 1928 ff., juris Rn. 40) eine Ergänzung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen, dessen Anhörung oder die Einholung eines zusätzlichen Gutachtens eines anderen Sachverständigen gemäß § 412 Abs. 1 ZPO gebieten könnten.

b. Da die Haftung des Beklagten zu 1 a bereits daraus folgt, dass er analog § 128 HGB für die Verbindlichkeiten Beklagten zu 1 b einzustehen hat, kann dahinstehen, ob er den Klägern auch deswegen zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil er ihnen gegenüber die Bauleitung für den streitgegenständlichen Keller übernommen und diese unzulänglich ausgeübt hat. Auf die Berufungsrüge, mit der sich der Beklagte zu 1 a gegen eine vom Landgericht angenommene Bauleiterhaftung wendet, kommt es daher nicht an; insbesondere muss nicht

geklärt werden, ob die Kläger „quasi die Bauleitung selbst übernommen“ und „sämtliche baurelevanten Fragen in Eigenverantwortung entschieden“ haben. Insoweit misst der Senat auch dem weiteren Berufungsvorbringen des Beklagten zu 1 a keine entscheidungserhebliche Bedeutung bei.

c. Gegen die Feststellungen des Landgerichts zur Höhe des den Klägern zustehenden Schadensersatzanspruchs hat sich der Beklagte zu 1 a mit seiner Berufung nicht gewandt.

d. Aus den vorstehenden Gründen hat auch der Hilfsantrag des Beklagten zu 1 a, mit dem er eine Aufhebung des angegriffenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht erstrebt, keinen Erfolg.

2. Die Berufung des Beklagten zu 2 führt zur Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage. Diese ist unbegründet.

a. Der Beklagte zu 2 wäre selbst dann, wenn er bei den von ihm durchgeführten statischen Prüfungen des streitgegenständlichen Kellerbauwerks Pflichten verletzt haben sollte, für hieraus folgende Schadensersatzansprüche nicht passiv legitimiert. Denn mit seiner Tätigkeit als Sachverständiger gemäß §§ 59 Abs. 1, 73 Abs. 2 HBO hat er im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG ein öffentliches Amt für die nach § 53 Abs. 1 und 2 HBO zuständige Bauaufsichtsbehörde ausgeübt.

Insoweit trifft die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit nicht den Beklagten zu 2, sondern den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er bei seiner Tätigkeit gestanden hat.

aa. Nach der vom Senat geteilten Auffassung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 15. September 2011, BGHZ 191, S. 71 ff., juris Rn. 13 ff. mit weiteren Nachweisen) übt eine Person ein öffentliches Amt aus, wenn die eigentliche Zielsetzung ihres Handelns einem hoheitlichen Tätigkeitsbereich zuzurechnen ist und die fragliche Handlung in einem engen äußeren und inneren Zusammenhang mit dieser Zielsetzung steht. Entscheidend ist insoweit nicht die Person des Handelnden, sondern auf die Aufgabe, die sie mit ihrer konkreten Tätigkeit wahrnimmt. Auch ein sachverständiger Prüfer kann hoheitlich tätig sein, selbst dann, wenn er keine -zwangsweise durchsetzbaren - Maßnahmen gegen die von seiner Prüftätigkeit betroffene Person ergreifen kann.

Es genügt, dass seine Arbeit in einem engen Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit einer Behörde steht und der Prüfer in die behördliche Tätigkeit maßgeblich eingebunden ist (vgl. ebenda Rn. 13). Ein enger Zusammenhang der Prüfertätigkeit mit einer behördlichen Genehmigungs- oder Überwachungsaufgabe besteht auch dann, wenn nicht die zuständige Behörde, sondern der Antragsteller den Sachkundigen mit der konkreten Prüfung beauftragt und vergütet, soweit dessen Aufgabe durch öffentlich-rechtliche Normen hinreichend bestimmt wird (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 15. September 2011, BGHZ 191, S. 71 ff., juris Rn. 28 f.; ebenso bereits Urteil vom 22. März 2001, BGHZ 147, S. 169 ff., NVwZ 2002, S. 375, 376; vgl. auch Oberlandesgericht Oldenburg, Urteil vom 18. Dezember 1990, 12 U 76/90, juris Rn. 27 f.).

bb. Nach diesen Grundsätzen ist der Beklagte zu 2 bei den von ihm nach den Vorschriften der Hessischen Bauordnung durchgeführten statischen Prüfungen in Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34

Satz 1 GG tätig geworden. Die von ihm insoweit wahrgenommenen Aufgaben sind vergleichbar eng mit der Genehmigungs- oder Überwachungstätigkeit der Bauaufsichtsbehörden verbunden, wie diejenigen der Sachverständigen, deren Tätigkeiten der Bundesgerichtshof bereits als Ausübung eines öffentlichen Amtes eingeordnet hat.

(1) Den Klägern wurde am 14. Oktober 2005 auf ihren Antrag im so genannten vereinfachten Baugenehmigungsverfahren des § 57 HBO 2002 eine Genehmigung für den Bau ihres Einfamilienhauses im Sinne des § 64 HBO 2002 erteilt mit der Auflage, der Bauaufsichtsbehörde vor Baubeginn einen Standsicherheitsnachweis gemäß § 59 Abs. 3 Satz 1 HBO 2002 vorzulegen (vgl. Band II Blatt 154 ff. der Akten).

Unter dem 8./9. Dezember 2005 beauftragten die Kläger den Beklagten zu 2 als Sachverständigen mit der Prüfung der bautechnischen Nachweise über die statische Berechnung und mit den Baukontrollen zu ihrem Bauvorhaben. In dem schriftlichen Vertrag (vgl. Band II Blatt 135 f.) heißt es, dieser werde „auf der Grundlage der Hessischen Bauordnung (HBO) vom 20. Juni 2002 und der Verordnung über die bautechnische Prüfung baulicher Anlagen (Bautechnische Prüfungsverordnung - BauprüfVO) vom 28. Oktober 1994 sowie der hierzu ergangenen Ausführungsanweisung geschlossen.

In Erfüllung dieses Vertrages hat der Beklagte zu 2 am 19. Dezember 2005 einen „Prüfbericht Nr. 1“ erstellt und am 3. Februar 2006 - nach Fertigstellung des Kellers des streitgegenständlichen Wohnhauses - eine „Überwachungsbescheinigung Nr. 2“. Die Kläger werfen ihm vor, seine Prüfungen seien unzulänglich gewesen.

(2) Die von dem Beklagten im Auftrag der Kläger ausgeführte Prüftätigkeit ist aufs Engste mit dem Aufgabenbereich der zuständigen Bauaufsichtsbehörde verknüpft und umfassend durch die Regelungen der HBO bestimmt:

Gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 und 2 HBO 2002 haben die Bauaufsichtsbehörden des Landes Hessen bei baulichen Anlagen für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu sorgen und in Wahrnehmung dieser Aufgaben die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlichen Maßnahmen zu treffen; hierzu können sie nach § 53 Abs. 4 HBO Sachverständige heranziehen. Gemäß § 73 Abs. 1 HBO 2002 kann die Bauaufsichtsbehörde bei der Ausführung von baulichen Anlagen die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten der am Bau Beteiligten überprüfen und hierzu nach Absatz 4 der Vorschrift jederzeit Einblick in alle Genehmigungen, Prüfzeugnisse, Überwachungsnachweise und andere vorgeschriebene Aufzeichnungen nehmen. Zu den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, für deren Einhaltung die Bauaufsichtsbehörden des Landes Hessen gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 HBO zu sorgen haben, gehört auch die Regelung des § 11 Abs. 1 HBO, wonach jede bauliche Anlage standsicher sein muss.

Sowohl das Tätigwerden als auch die Aufgabe eines Prüfsachverständigen, der die Vereinbarkeit einer geplanten baulichen Anlage mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der HBO über die Standsicherheit überprüft, richten sich nach den Regelungen der HBO und stehen in engem Sachzusammenhang mit den vorgenannten Aufgaben der Bauaufsichtsbehörden. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof die Tätigkeit eines nach landesbaurechtlichen Vorschriften tätig werdenden Prüfsachverständigen in seinem Urteil vom 27. Mai 1963 (BGHZ 39, S. 358 ff.,

NJW 1963, S. 1821, 1822) als Ausübung eines öffentlichen Amtes eingeordnet. In dem Urteil heißt es (a. a.O.):

„Genehmigungspflichtige Bauwerke sind in statischer Hinsicht von der ordentlichen Baugenehmigungsbehörde zu prüfen, die die Prüfung selbst vornehmen oder sie unter bestimmten Voraussetzungen durch das Prüfamts für Baustatik oder einen Prüfsingenieur für Baustatik durchführen lassen kann (§ 1 der Verordnung über die statische Prüfung genehmigungspflichtiger Bauvorhaben - StatPrüfVO - v. 22. 8. 1942, RGBl. I 546).

Es handelt sich nach dieser Regelung also um eine der zuständigen Baugenehmigungs-behörde - das war hier die Kreisbehörde (§ 1 LBauO) - obliegende amtliche Aufgabe, in deren Erfüllung erforderlichenfalls zwar außerhalb der Behörde tätige Kräfte herangezogen werden können, die aber gleichwohl eine Aufgabe der Kreisbehörde bleibt.

Der Prüfsingenieur für Baustatik bedarf der ministeriellen Anerkennung, die im Amtsblatt für Schleswig-Holstein bekanntgegeben wird (§ 2 StatPrüfVO; Ziff. 4 des Erlasses v. 20. 8. 1952 - ABl.SchlH. S. 352). Diese Anerkennung gibt dem Prüfsingenieur eine Befähigung, überträgt ihm jedoch nicht ein öffentliches Amt. Vielmehr wird der Prüfsingenieur in die hoheitliche Verwaltung erst, einbezogen durch den Auftrag zur Prüfung einer statischen Berechnung, den ihm - abgesehen von öffentlichen Bedarfsträgern mit eigener Bauverwaltung - nur eine Baugenehmigungsbehörde geben kann (Ziff. 4 Abs. 2 des Erlasses v. 20. 8. 1952). Nicht der Bauherr, sondern die Baugenehmigungsbehörde, die ihn im Einzelfall zur Mitwirkung an ihrer öffentlichen Aufgabe heranzieht, ist sein Auftraggeber; das prägt sich auch darin aus, dass der Prüfsingenieur seine Vergütung nach Maßgabe der Gebührenordnung von der Baugenehmigungsbehörde zu erhalten hat, die sie ihrerseits als bare Auslage vom Bauherrn erhebt ... der Prüfsingenieur ...tritt überhaupt nicht in eine unmittelbare Rechtsbeziehung zu dem Bauherrn, dessen Baugesuch er statisch überprüft, sondern sein amtliches Tätigwerden beruht allein auf dem Auftrag der Baugenehmigungsbehörde, die ihn bei der ihr obliegenden Aufgabe einschaltet. ...“

(3) Die Kläger meinen allerdings, diese Einordnung sei in Hessen nach der Änderung der HBO im Jahr 2002 nicht mehr zutreffend.

Tatsächlich enthält die HBO 2002 gegenüber früheren Fassungen zahlreiche Änderungen. So verlangt sie für viele Bauvorhaben keine Genehmigung mehr (vgl. §§ 54 ff.) und für die Genehmigung von Wohngebäuden keine behördliche Überprüfung bauordnungsrechtlicher Vorschriften (vgl. §§ 56 f.). Ferner begründet sie in § 47 eine Verantwortlichkeit insbesondere der Bauherrschaft für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften und verpflichtet diese, für bestimmte Bauvorhaben geeignete Nachweisberechtigte und Sachverständige zu beauftragen (vgl. § 48 Abs. 4).

So sind gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 und 2 HBO 2002 Standsicherheitsnachweise entweder durch hierzu berechnigte Personen (Nachweisberechnigte) aufzustellen oder durch Sachverständige - nach Prüfung auf Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen - zu bescheinigen; insoweit entfällt eine bauaufsichtliche Prüfung.

(4) Durch diese Änderungen wird der enge Funktionszusammenhang der Tätigkeit des Prüfsingenieurs als Sachverständiger mit der Aufgabe der Bauaufsichtsbehörden

des Landes Hessen, bei baulichen Anlagen für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Standsicherheit zu sorgen, aber nicht aufgehoben. Denn Tätigwerden und Aufgabe des Prüfindgenieurs - die Bescheinigung von Standsicherheitsnachweisen und der mit den zuvor bescheinigten Unterlagen übereinstimmenden Bauausführung - werden nach wie vor umfassend von den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der HBO bestimmt:

(a) Soweit durch die Änderung der HBO im Jahr 2002 die behördliche Präventivkontrolle privater Bauvorhaben zurückgenommen wurde, ändert dies nichts daran, dass es gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 HBO 2002 zentrale Aufgabe der Bauaufsichtsbehörden des Landes Hessen ist, bei baulichen Anlagen für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften, auch der Vorschrift über die Standsicherheit, zu sorgen. § 53 Abs. 2 Satz 2 HBO 2002 stellt ausdrücklich klar, dass die Bauaufsichtsbehörden in Wahrnehmung dieser Aufgaben die insoweit erforderlichen Maßnahmen auch dann zu treffen haben, wenn eine präventive bauaufsichtliche Prüfung entfällt.

Hierzu können sie gemäß § 73 Abs. 1 HBO 2002 bei der Ausführung von baulichen Anlagen jederzeit die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften überprüfen.

(b) Dementsprechend ändern auch die Regelungen der §§ 47, 48 Abs. 4 HBO 2002, wonach der Bauherr für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften verantwortlich und verpflichtet ist, für bestimmte Bauvorhaben Nachweisberechtigte und Sachverständige selbst zu beauftragen, nichts daran, dass der von ihm als Sachverständiger beauftragte Prüfindgenieur durch seine Prüfungen gemäß §§ 59 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 73 Abs. 2 HBO in dem gemäß § 53 Abs. 2 HBO 2002 der Bauaufsichtsbehörde obliegenden Pflichtenkreis tätig wird, indem er die Standsicherheit der von ihm geprüften Bauvorhaben im Sinne des § 11 HBO 2002 bescheinigt.

(c) Eine behördliche Aufgabe büßt ihren öffentlich-rechtlichen Charakter auch nicht dadurch ein, dass sie zur Entlastung der Behörde auf Private verlagert wurde.

Dies hat der Bundesgerichtshof für den im Zuteilungsverfahren nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz tätigen so genannten Verifizierer entschieden (vgl. Urteil vom 15. September 2011, BGHZ 191, S. 71 ff., juris Rn. 15 ff.): Nach dem vorgenannten Gesetz bedarf die Freisetzung von Kohlendioxid einer Emissionsgenehmigung.

Der für eine solche Emission Verantwortliche hat an das Umweltbundesamt eine Anzahl an Emissionsberechtigungen abzuliefern, die sich nach den durch seine Tätigkeit im vorangegangenen Kalenderjahr verursachten Emissionen richtet; zugleich hat er einen Anspruch auf Zuteilung solcher Berechtigungen. In seinem Zuteilungsantrag muss der Antragsteller tatsächliche bezogene Angaben machen, die er von einer von der zuständigen Behörde bekannt gegebenen sachverständigen Stelle auf ihre Richtigkeit überprüfen, d. h. verifizieren lassen muss. Obwohl der Verifizierer nicht von der Behörde, sondern von dem Antragsteller beauftragt wird, nimmt er nach Auffassung des Bundesgerichtshofs öffentliche Aufgaben wahr. Hierzu heißt es in dem vorgenannten Urteil (juris Rn. 22):

„Die Aufgaben des Verifizierers und des Umweltbundesamts im Zuteilungsverfahren nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz überschneiden sich demnach weitgehend. Der Verifizierer nimmt Pflichten wahr, die an sich dem Umweltbundesamt obliegen. Die Behörde ist infolge der Verifizierung von ihrer

Pflicht, die Richtigkeit der Angaben in den Zuteilungsanträgen selbst zu prüfen, weitgehend entbunden. Der Sachverständige wird bei der Überprüfung der Richtigkeit der Angaben der Antragsteller anstelle der Behörde tätig und verschafft dieser durch die Verifizierung die für deren Zuteilungsentscheidung notwendigen tatsächlichen Grundlagen ... Der Verifizierer ist auf diese Weise zur Unterstützung und Entlastung ... des Amtes in dessen behördliches Verfahren einbezogen.

Die Verifizierung der Antragsangaben stellt sich damit als notwendiger - an sich originär von der Behörde zu leistender - Bestandteil deren Verwaltungshandelns dar. Dadurch, dass diese Aufgabe zur Entlastung des Umweltbundesamts auf Private verlagert wurde, büßt sie ihren öffentlich-rechtlichen Charakter nicht ein.“

Vergleichbar verhält es sich mit der Bescheinigung der Standsicherheitsnachweise und der Bauausführung durch den Prüflingenieur nach den Vorschriften der HBO 2002. §§ 47, 48 Abs. 4 HBO 2002 verlagern die behördliche Präventivkontrolle der Standsicherheit privater Bauvorhaben zur Entlastung der Bauaufsichtsbehörde auf die von der Bauherrschaft zu beauftragenden Sachverständigen. Damit überträgt die HBO 2002 diese Aufgabe teilweise - im Bereich der Präventivkontrolle - auf Private, bestätigt aber durch die Regelung der §§ 53 Abs. 2 Satz 2, 73 Abs. 1 zugleich, dass die Aufgabe, die Einhaltung der Regelung der HBO über die Standsicherheit solcher Bauvorhaben sicherzustellen, weiterhin zum Pflichtenkreis der Bauaufsichtsbehörde gehört. Dies führt dazu, dass sich die Aufgaben eines nach der HBO 2002 von der Bauherrschaft als Sachverständiger eingeschalteten Prüflingenieurs und der Bauaufsichtsbehörde in diesem Bereich überschneiden. An die Stelle der bauaufsichtlichen Überprüfung der Standsicherheit eines Bauvorhabens tritt nach § 59 Abs. 1 Satz 2 HBO 2002 die Bescheinigung der Standsicherheitsnachweise durch den Prüflingenieur. Insoweit übt der Prüflingenieur anstelle der Bauaufsichtsbehörde eine an sich zum ihrem Aufgabenbereich gehörende Tätigkeit aus und ist auf diese Weise zu ihrer Unterstützung und Entlastung in das bauordnungsrechtliche Verfahren einbezogen. Dass die Bauaufsichtsbehörde nach der HBO 2002 selbst nicht zur präventiven Überprüfung der Standsicherheit des von dem Prüflingenieur bescheinigten Bauvorhabens verpflichtet ist, ändert hieran nichts, da ihre grundsätzliche Prüfungszuständigkeit gemäß §§ 53 Abs. 2 Satz 1, § 73 Abs. 1 HBO 2002 fortbesteht. Ein enger Zusammenhang zwischen der sachverständigen Prüfung und der Aufgabe der zuständigen Behörde ist nicht nur dann zu bejahen, wenn durch die Einschaltung eines amtlich anerkannten Sachverständigen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung geklärt oder geschaffen werden sollen, sondern auch dann, wenn die Tätigkeit des Sachverständigen eine „vorbereitende Teilnahme an der Ausübung staatlicher Funktionen“ darstellt, etwa als Voraussetzung dafür, dass hoheitliches Verwaltungshandeln unterbleibt (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 22. März 2001, BGHZ 147, S. 169 ff., NVwZ 2002, S. 375; Oberlandesgericht Oldenburg, Urteil vom 18. Dezember 1990, 12 U 76/90, juris Rn. 28). Deshalb folgt bereits aus der fortbestehenden Aufsichts- und Überwachungsaufgabe der Bauaufsichtsbehörde gemäß §§ 53 Abs. 2 Satz 1, 73 Abs. 1 HBO 2002, dass der nach §§ 59 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 73 Abs. 2 HBO 2002 eingeschaltete Prüflingenieur Aufgaben im Pflichtenkreis der Bauaufsichtsbehörde wahrnimmt (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 22. März 2001, BGHZ 147, S. 169 ff., NVwZ 2002, S. 375, 376).

Bei der gebotenen Gesamtschau der Vorschriften der HBO 2002 (zum Erfordernis einer solchen Gesamtschau vgl. Bundesgerichtshof, ebenda, S. 376) ist die zur präventiven Feststellung der Standsicherheit baulicher Anlagen vorgeschriebene Tätigkeit eines Prüflingenieurs als Sachverständiger gemäß §§ 59 Abs. 1, 73 Abs.

2HBO daher mit der Sachverständigentätigkeit vergleichbar, die der Bundesgerichtshof bereits als Ausübung eines öffentlichen Amtes eingeordnet hat.

(5) Eine abweichende Beurteilung folgt nicht aus den - in dem schriftlichen Vertrag vom 8./9. Dezember 2005 angeführten - Bestimmungen der Verordnung über die bautechnische Prüfung baulicher Anlagen (Bautechnische Prüfungsverordnung - BauprÜfVO). Diese Verordnung enthält unter anderem folgende Regelungen:

§ 1 [1] Prüfämter, Prüfingenieurin und Prüfingenieur für Baustatik

(1) 1Die untere Bauaufsichtsbehörde kann die Prüfung der Standsicherheitsnachweise (bautechnische Prüfung) einem Prüfamt für Baustatik (Prüfamt) oder einer Prüfingenieurin oder einem Prüfingenieur für Baustatik (prüfberechtigte Person) übertragen....

3Die untere Bauaufsichtsbehörde kann ferner Teile der Bauüberwachung einem Prüfamt oder einer prüfberechtigten Person übertragen.

...

(3) 1Prüfämter bedürfen der Anerkennung der obersten Bauaufsichtsbehörde.
2Prüfberechtigte Personen werden vom Regierungspräsidium Darmstadt anerkannt.

...

...

(7) 1Wer als prüfberechtigte Person anerkannt ist, hat sich bei Wahrnehmung der Aufgaben nach dieser Verordnung als „Prüfingenieurin für Baustatik“ oder „Prüfingenieur für Baustatik“ zu bezeichnen. 2Andere Personen dürfen diese Bezeichnung nicht führen. ...

Hiernach sind Prüfingenieure für Baustatik amtlich zu bestellen. Dies spricht eher für eine Zuordnung zum Aufgabenkreis der Bauaufsichtsbehörde (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 15. September 2011, BGHZ 191, S. 71 ff., juris Rn.26).

Die vom Landgericht angeführte Hessische Verordnung über Prüfberechtigte und Prüfsachverständige nach der Hessischen Bauordnung vom 18. Dezember 2006 (Hessische Prüfberechtigten- und Prüfsachverständigenverordnung - HPPVO), wonach Prüfsachverständige, die im Auftrag der Bauherrschaft die Einhaltung bauordnungsrechtlicher Anforderungen nach der Hessischen Bauordnung prüfen und bescheinigen, keine hoheitlichen bauaufsichtlichen Prüfaufgaben wahrnehmen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2), galt zur Zeit der Beauftragung des Beklagten zu 2 durch die Kläger noch nicht und kann daher zur rechtlichen Einordnung seiner Tätigkeit nicht herangezogen werden. Ob die Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HPPVO eine von den vorstehenden Ausführungen abweichende Einordnung der Prüftätigkeit eines Sachverständigen gemäß §§ 59 Abs. 1, 73 Abs. 2 HBO 2002 rechtfertigen könnte, obwohl diese Tätigkeit bei einer Gesamtschau der Vorschriften der HBO 2002 aufs Engste mit den Aufgaben der Bauaufsichtsbehörde verbunden ist, bedarf insoweit keiner Klärung.

b. Selbst wenn man abweichend von den vorstehenden Ausführungen annehmen wollte, der Beklagte zu 2 sei bei seinen streitgegenständlichen Prüfungen nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes, sondern nur in Erfüllung eines mit den

Klägern geschlossenen privatrechtlichen Werkvertrags tätig geworden, könnten die Kläger von dem Beklagten zu 2 wegen einer etwaigen Verletzung der ihm obliegenden Prüfungspflichten keinen Schadensersatz verlangen. Denn durch den unter dem 8./9. Dezember 2005 geschlossenen Vertrag hat sich der Beklagte zu 2 nur dazu verpflichtet, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften der HBO zu überprüfen, die ihrerseits nur dem Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren dienen, nicht auch dem Schutz einzelner Bauherren vor Baumängeln. Daher hätte ein objektiver Erklärungsempfänger in der Lage der Kläger (§ 157 BGB) den Erklärungen des Beklagten zu 2 in dem Vertrag 8./9. Dezember 2005 nicht entnommen, dass er sich ihnen gegenüber in einem über die Ziele der HBO hinausgehenden Umfang verpflichten wolle. Insoweit geht es nicht darum, ob der Vertrag einen „Haftungsausschluss“ vorsieht. Vielmehr haben die von dem Beklagten zu 2 durch den Vertrag übernommenen Verpflichtungen von vornherein nur eine eingeschränkte - ein Entstehen für Baumängel nicht einschließende - Schutzrichtung und bieten daher keine Grundlage für Gewährleistungsansprüche der Kläger.

3. a. Die gegen den Beklagten zu 1 gerichteten Anschlussberufungen der Kläger sind unzulässig.

Gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist eine Anschließung nur bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten zur Berufungserwiderung gesetzten Frist zulässig.

Den Klägern ist durch Verfügung vom 21. November 2012 (Band III Blatt 322 der Akten) eine Frist zur Erwiderung auf die Berufung des Beklagten zu 1 a bis zum 21. Januar 2012 gesetzt worden. Sie haben auch innerhalb dieser Frist mit am 15. Januar 2013 eingegangenem Schriftsatz vom 10. Januar 2013 (Band III Blatt 375 f. der Akten) auf die Berufung des Beklagten zu 1 a erwidert. Eine Anschlussberufung gegen den Beklagten zu 1 a haben die Kläger erst mit am 31. Januar 2012 eingegangenem Schriftsatz vom 30. Januar 2013 (Band III Blatt 377 ff., 385 der Akten), mithin nach Ablauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO, erhoben. Daher sind ihre Anschließungen, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 1 a richten, unzulässig.

Hierauf sind die Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 25. März 2014 hingewiesen worden.

b. Die gegen den Beklagten zu 2 gerichteten Anschlussberufungen der Kläger sind zwar in zulässiger Weise, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Sie haben aber in der Sache keinen Erfolg, weil der Beklagte zu 2 den Klägern aus den unter 2. ausgeführten Gründen nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1 und 2, 711 ZPO.

5. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Grundsätze, nach denen zu bestimmen ist, ob das Handeln eines Sachverständigen die Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, sind vom Bundesgerichtshof in den unter 2. angeführten Entscheidungen bereits geklärt worden.

Der Senat hatte diese Grundsätze lediglich auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Recht-

sprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht, § 543 Abs. 2 ZPO.