

**Titel:**

**Mängelbeseitigungsvorschuss, Bauvertrag, Sachmangel, Beweislast, Bedenkenhinweis, Vorteilsausgleichung, Kostenerstattung**

**Schlagworte:**

Mängelbeseitigungsvorschuss, Bauvertrag, Sachmangel, Beweislast, Bedenkenhinweis, Vorteilsausgleichung, Kostenerstattung

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 23.05.2023 – 12 U 25/22

BGH, Beschluss vom 21.05.2025 – VII ZR 130/23

**Tenor**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Mängelbeseitigungsvorschuss von 23.305 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 17.11.2018 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche über den nach Ziffer 1. rechtskräftig zuerkannten Betrag hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die aus der norm- und regelgerechten Sanierung in Form eines Austausches des Mörtelbettes in eine Zwei-Punkt-Lagerung, in Form einer Beseitigung des Negativgefälles, in Form eines Austausches der Stoßverfüllung sowie in Form des Austausches durchgerissener Winkelstufen der Kirchentreppe der Kirche ... sowie aller bautechnischen Vor- und Nachgewerke sowie Architektenkosten entstehen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 721,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 17.11.2018 zu bezahlen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens 11 OH 10/16 zu tragen.
6. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 30.721,14 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten um Mängelbeseitigungskosten in Form eines Vorschussanspruchs für eine Treppenanlage an der Kirche in ...

**2**

Die Treppenanlage der ... wurde aufgrund des Bauvertrages vom 26.11/27.11.2008, dem ein Angebot vom 07.11.2008 zugrunde lag, (Anlage K 1 und 2) von der Beklagten umfassend saniert. In dem von der Klägerin vorgegebenen Leistungsverzeichnis wurden Winkelstufen aus Fliesbeton des Fabrikat Firma ... Muschelkalk Nr. 2, Oberfläche gestrahlt, Stärke 30 mm sowie eine Verlegung, auf einem Mörtelbett vorgeschrieben. Die Ausschreibung der Klägerin sah keine Verlegung auf kapillarbrechenden Drainmatten vor.

**3**

Nachdem es zur Rissbildung in den verlegten Stufen gekommen war, wurde am 20.09.2012 eine Besprechung der Parteien vor Ort durchgeführt. Die Beklagte wies darauf hin, dass das Eintreten der gleichen Probleme wie nach dem erstmaligen Einbau zu erwarten sei, wenn die Klägerin keinen Schutz gegen anstehendes Stauwasser (Drainmatten) zusätzlich beauftrage.

**4**

Die Klägerin beauftragte die Einbringung von Drainmatten nicht und die gerissenen Stufen wurden ab 12.09.2013 durch die Beklagte ausgetauscht.

**5**

Im Nachgang zu den Nachbesserungsarbeiten zeigten sich erneut an einzelnen Stufen Risse. Die Klägerin beauftragte daraufhin einen privaten Sachverständigen, der für seine Leistung einen Betrag von 721,14 € in Rechnung stellte.

**6**

Die Klägerin trägt vor, dass auch nach der Nachbesserung Mängel an der Kirchentreppe bestünden, zu deren Sanierung ein Betrag von 24.000 € benötigt würde.

**7**

Der Klägerin stehe gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB ein Vorschussanspruch zu. Insbesondere lägen die Voraussetzungen für das Selbstvornahmerecht mit Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 637 Abs. 1 BGB vor, da der Beklagtenpartei eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sei. Zudem stehe der Klägerin als Folgeschaden ein Anspruch auf die Kosten für den privaten Sachverständigen zu.

**8**

Die Mängelsymptomatik „Rissbildung“ sei nicht auf seitlichen Wassereintritt zurückzuführen, sondern beruhe auf einem Ausführungsfehler der Beklagten. Bei der Treppe zeigten sich Risse über 0,2 mm, die auch Bruchrisse darstellen könnten. Die Verlegung der Winkelstufen sei nicht fachgerecht zwängungsfrei erfolgt. Die Entwässerung der Winkelstufen sei nicht fachgerecht, insbesondere liege ein negatives Gefälle vor. Auch seien die Stoßfugen fehlerhaft mit elastischem Fugenmaterial verfugt.

**9**

Nach Behebung dieser Ausführungsfehler sei die Funktionsfähigkeit der kompletten Treppenanlage auf Dauer gesichert.

**10**

Die Klägerin trägt weiter vor, dass die Ausschreibung mit der Position 02 „Leitungsgraben herstellen und Sicherungstrang Rohrleitungen und Verfüllung herstellen“ Leistungen zum Schutz der Treppenanlage gegen Wasser von den seitlichen Böschungen enthalte. Eine seitliche Randeinfassung sei nicht erforderlich.

**11**

Die Klägerin trägt zudem vor, dass die Beklagte zu keinem Zeitpunkt Bedenken gegen das vorgeschriebene Material erhoben habe.

**12**

Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Einbau von Drainmatten technisch nicht notwendig sei. Sofern die Beklagte die Einbringung von Drainmatten für erforderlich halte, so müsse sie diese im Rahmen der Nachbesserung einbringen und könne lediglich gesondert Sowieso-Kosten geltend machen. Sie könne die Nachbesserung nicht von der Übernahme der Sowieso-Kosten abhängig machen.

**13**

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 24.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche über den nach Ziffer 1. rechtskräftig zuerkannten Betrag hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die aus der norm- und regelgerechten, dauerhaft mangelfreien Sanierung der Kirchentreppe der Kirche ... sowie aller bautechnischen Vor- und Nachgewerke, Architekten- und Rechtsvertretungskosten sowie sonstige Kosten entstehen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 721,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

**14**

Die Beklagte beantragt

die Klageabweisung.

**15**

Die Beklagte trägt vor, dass die vorhandenen Risse keine juristisch relevanten Mängel darstellen würden und sich durch Kalkablagerungen zwischenzeitlich geschlossen hätten. Die Risse seien überwiegend unter 0,2 mm und es bestünden keine Durchrisse. Soweit tatsächlich Durchrisse vorliegen sollten, seien diese nicht ausschließbar auf die Klopfpflege des gerichtlichen Sachverständigen zurückzuführen.

**16**

Zudem trägt die Beklagte vor, dass die Risse aufgrund fehlender Drainmatten und seitlichem Schutz vor Wasser auch ohne die von der Klägerin gerügten Verarbeitungsfehler aufgetreten wären.

**17**

Die Ausschreibung enthalte keine Leistungen zum Schutz der Treppenanlage gegen Wasser von den seitlichen Böschungen. Vor der ersten Nachbesserung seien Bedenken gegen das von der Klägerin vorgeschriebene Material gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B erhoben worden.

**18**

Aufgrund der fehlenden Planung zur Bauwerksentwässerung der Treppenanlage könne der Beklagten das immer wieder anstehende Wasser und die feuchtigkeitsbindenden Erd- und Pflanzenbestandteile in der Treppenanlage nicht angelastet werden.

**19**

Die Abhilfemöglichkeit durch die Verlegung von Drainmatten sei von der Klägerin als Nachtrag abgelehnt worden. Nachdem der Nachtrag der Beklagten abgelehnt worden sei und auch vor der Nachbesserung der Treppenanlage die Bedenken gegen das zu verwendende Material nicht gehört worden seien, bestehe keine Grundlage für eine Haftung der Beklagten.

**20**

Das der Klägerin anzurechnende Planungsverschulden verdränge ein etwaiges noch in Betracht Kommendes Ausführungsverschulden. Bei Verlegung von Drainmatten und/oder seitlichem Schutz vor eindringendem Wasser sei ein partiell fehlendes Gefälle oder die Herstellung mit drei statt zwei Auflagern vollständig zu vernachlässigen. Die Kosten für die Drainmatten seien Sowieso-Kosten, die die Klägerin zu tragen habe.

**21**

Die Klägerin habe trotz der bestehenden und bestätigten konstruktiven und planerischen Mängel an ihren Vorgaben diese bis heute nicht angepasst. Bevor eine Mängelbeseitigung vorgenommen werden könne, schulde die Klägerin der Beklagten zunächst einmal eine fachgerechte, umsetzbare Planung. Alleine aus diesem Grund könne der Anspruch der Klägerin nicht in Höhe der vom Sachverständigen taxierten Beträge ausfallen.

**22**

Die Klägerin müsse sich zudem im Verhältnis zur Beklagten das Planungsverschulden der von ihr mit der Planung beauftragten Architekten gemäß § 254 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, § 278 Abs. 1 BGB als Mitverschulden zurechnen lassen.

**23**

Zudem seien die angesetzten Mängelbeseitigungskosten völlig überzogen.

**24**

Unter dem Aktenzeichen 11 OH 10/16 ist auf Antrag der Klägerin vom 09.06.2016 ein selbstständiges Beweisverfahren zur Frage der Mangelhaftigkeit der Treppe durchgeführt worden. Hinsichtlich des Beweisergebnisses wird auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen ... vom 20.07.2017, 11.12.2017 und 05.06.2018 der Beiakte 11 OH 10/16 verwiesen.

**25**

Der Sachverständige ... hat seine Gutachtensergebnisse im Rahmen eines Ortstermins am 28.02.2020 unter Bezugnahme auf den aktuellen Zustand der Treppe erläutert. Insoweit wird auf das Protokoll des Ortstermins verwiesen (Bl. 111 ff. d.A.).

## **26**

Mit schriftlichem Gutachten vom 16.09.2020 (Bl. 186 d.A.) hat der Sachverständige zu weiteren Fragen Stellung genommen und sein Beweisergebnis im Termin vom 29.09.2020 (Bl. 193 d.A.) erläutert. Zuletzt hat der Sachverständigen zu ergänzenden Fragen der Beklagten mit schriftlichem Gutachten vom 29.06.2021 (Bl. 250 ff. d.A.) Stellung genommen. Hinsichtlich des jeweiligen Beweisergebnisses wird auf die schriftlichen Gutachten sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## **27**

Mit Zustimmung der Parteien ist mit Beschluss vom 17.12.2021 (Bl. 278 d.A.) eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren angeordnet worden,

## **28**

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien samt Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

### **29**

Die Klage ist zulässig und im tenorierten Umfang auch begründet. Der Klägerin steht ein Mängelbeseitigungsvorschussanspruch in Höhe von 23.305 € nach §§ 13 Abs. 1, 5 Nr. 2 VOB/B zu.

A. Begründetheit

I. Vorschussanspruch (Ziffer 1)

### **30**

Der Klägerin steht ein Mängelbeseitigungsvorschussanspruch in Höhe von 23.305 € nach §§ 13 Abs. 1, 5 Nr. 2 VOB/B zu, wobei die geschuldete Mängelbeseitigung aber nicht den Austausch der Winkelstufen umfasst.

### **31**

Nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen, wenn der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt. Nach allgemeiner Auffassung gewährt die Regelung über ihren Wortlaut hinaus nicht nur Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten, sondern auch einen Vorschussanspruch (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl. 1999, Rdnr. 1587).

### **32**

1. Die Kirchentreppe ist auch nach der ersten Nachbesserung im Jahr 2013 hinsichtlich folgender Punkte mangelhaft: Keine zwängungsfreie Verlegung, negatives Gefälle und fehlerhafte Verfüllung der Stoßfugen. Diese Fehler in der Ausführung konnten im Rahmen der Beweisaufnahme durch den Sachverständigen festgestellt werden.

### **33**

a) Das Vertragsverhältnis der Parteien richtet sich nach den Vorschriften der VOB/B. Nach dem Deckblatt des Leistungsverzeichnisses Ziffer 1 ist die VOB Ausschreibungsbestandteil. Mit der Unterschrift am Ende des Blattes bestätigt die Beklagte, dass die obigen Vereinbarungen als Vertragsbestandteil gelten (Anlage 12 des Gutachtens vom 20.07.2017, Bl. A 36, beigezogenen Akte 11 OH 10/16). Zudem wird die VOB für Angebot, Ausführung und Abrechnung als geltend unter „3. Vertragsgrundlagen“ vereinbart (Anlage 12 des Gutachtens vom 20.07.2017, Bl. A 40, beigezogenen Akte 11 OH 10/16). Danach ist die VOB wirksam einbezogen worden.

### **34**

b) Da von einer Abnahme der Treppe, zumindest konkludent auszugehen ist, richten sich die Mängelrechte nach § 13 VOB/B und nicht nach § 4 Abs. 7 VOB/B. Nach § 13 Abs. 1 ist die Bauleistung sachmängelfrei, wenn das hergestellte Werk der vereinbarten Beschaffenheit und den anerkannten Regeln der Technik

entspricht. Fehlt eine Vereinbarung der Beschaffenheit, ist die Bauleistung gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.

### **35**

Danach ist von folgenden Sachmängeln auszugehen:

### **36**

(1) Hinsichtlich der Verlegung der Winkelstufen ist von mehreren Ausführungsfehlern auszugehen. Dabei kann es an dieser Stelle dahinstehen, ob diese fehlerhafte Verlegung zu den Rissen geführt hat und ob diese wiederum einen Mangel darstellen, da bereits die Verlegung entgegen den anerkannten Regeln der Technik ausreichend ist, um einen Mangel zu begründen. Die Mangelsymptomatik „Riss“ muss hierbei nicht zwingend kumulativ vorliegen (BGH BauR 1984, 401; OLG Köln NJW-RR 1994, 1431; OLG Celle IBR 2006, 404; OLG Jena, IBRRS 2016, 1766). Nur wenn mit einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik nachweisbar keinerlei Risiken verbunden sind, entfällt nach teilweise vertretener Auffassung insoweit ein Mangel (OLG Koblenz BeckRS 2013, 22536) bzw. soll dem Auftraggeber die Berufung auf seine Mängelrechte wegen Rechtsmissbrauchs zu versagen sein (Kapellmann/Messerschmidt/Weyer VOB/B § 13 Rn. 44).

### **37**

Zwar konnte der Sachverständige ... auf Nachfrage nicht sicher sagen, dass die Rissbildung (allein) auf die Verlegeart zurückzuführen sei, jedoch bestätigt der Sachverständige durch die fehlerhafte Verlegung der Winkelstufen eine anhaltende Unterfeuchtung und Befeuchtung der Belagstufen, was einen schnelleren Zerfall des Mörtelbettes zumindest fördert sowie vor allem bei Temperaturschwankungen, die im Außenbereich zwangsläufig vorliegen, ein erhöhtes Rissrisiko mit sich bringt. So dass unabhängig davon, ob man der obigen Ansicht folgt, jedenfalls bereits durch den Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik aufgrund der drohenden Risiken von einem Mangel auszugehen ist.

### **38**

Als Ausführungsfehler hat der Sachverständige in seinen Gutachten festgestellt, dass die Mörtelauflagen der Winkelstufen zu breit durchgeführt worden seien und nicht zwangungsfrei erfolgten. Auch seien die Mörtelauflagen auf einem Untergrund im Gegengefälle erfolgt, was ebenfalls gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoße. Dabei legt der Sachverständige seinen Ausführungen verschiedene Regelwerke zugrunde. In seinem Ausgangsgutachten vom 20.07.2017 führt er unter anderem die VOB C-ATV DIN 18333 sowie das Merkblatt Verlegung von Betonwerksteinen Informationsgemeinschaft Betonwerkstein e.V. an und erläutert, dass die Verlegung nur auf zwei Mörtelstreifen am äußersten Ende der Betonwerksteinstufe erfolgen dürfe. Jedenfalls dürfe die Mörtelaufgabe nicht, wie erfolgt auf drei Punkten durchgeführt werden. Eine zwangungsfreie Lagerung eines Betonbalkens (hier Betonwinkelstufen) setze voraus, dass die Längenänderung des Betonbalkens beim Austrocknen und dauerhaft im Gebrauchszustand (z.B. infolge thermischer Längenänderung durch Sonneneinstrahlung) nicht behindert werde. Dies werde bei der durchgeführten Verarbeitung auf drei breiten Auflagepunkten nicht gewährleistet.

### **39**

Die zwangungsfreie Auflage als anerkannte Regel der Technik erläutert der Sachverständige im Gutachten vom 16.09.2020 (Bl. 186 d.A.) dann auch nochmals unter dem von der Beklagten vorgelegten Regelwerk „Treppenkompass“ (Anlage B 6) und kommt auch hierbei zum Ergebnis, dass die Ausführung der Beklagten nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Neben der nicht zwangungsfreien Verlegung sei die Mörtelaufgabe auch, zu breit ausgeführt und die Mörtelqualität fraglich.

### **40**

Den Ausführungen des Sachverständigen schließt sich das Gericht vollumfänglich an. Der Sachverständige P. ist dem Gericht als erfahrener und kompetenter Sachverständiger bekannt. Die gutachterlichen Erkenntnisse beruhen auf eigenen Untersuchungen und Wahrnehmungen vor Ort und werden mit fachlichen Quellen belegt. Zudem hat sich der Sachverständige mit den Einwendungen der Beklagten auseinandergesetzt und konnte Fragen der Parteien und des Gerichts verständlich und widerspruchsfrei erläutern.

### **41**

Danach stellt die von der Beklagten durchgeführte Verlegeart auf drei Mörtelstreifen ohne Trennlage sowie einem negativen Gefälle einen Mangel dar.

**42**

(2) Ebenso als mangelhaft im Sinne des § 13 Abs. 1 VOB/B ist die Verfüllung der Stoßfugen mit elastischer Fugenmasse anzusehen, da dies nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Nach den Ausführungen des Sachverständigen, denen aus oben genannten Gründen zu folgen ist, sehe die VOB C DIN 18333 den Verschluss mit Zementmörtel vor, was auch einer gewöhnlichen Ausführung entspreche, selbst wenn die mögliche Verfüllung der Stoßfuge mit dauerelastischem Material in der Literatur dennoch vereinzelt benannt werde. Die Verfüllung der Stoßfuge mit dauerelastischem Material erzeuge eine sogenannte ‚Wartungsfuge‘, die wenig dauerhaft sei.

**43**

(3) Die weiter als Mangel von der Klägerin genannte Rissbildung ist dagegen nur in den Fällen als Mangel anzusehen, sofern ein Durchriss festgestellt werden kann.

**44**

An 14 Stufen konnte der Sachverständige oberflächige Haarrisse, die weitgehend versintert sind, und an weiteren acht Stufen aufgrund visueller Beurteilung und einer Klopfprobe anzunehmende Durchrisse der Winkelstufen mit Zweiteilung feststellen.

**45**

Nach den Ausführungen des Sachverständigen beeinträchtigten Haarrisse bis 0,2 mm den Gebrauchswert von Betonwerksteinen nicht, es sei denn es handle sich um Bruchrisse. Ebenso sei keine wesentliche Beeinträchtigung des Aussehens anzunehmen. Rissweiten unter 0,4 mm seien nach Stand der Technik als unbedenklich einzustufen, wobei der Sachverständige sich auf Ausführungen im Betonwerkstein-Kalender 2009 bezieht (Gutachten vom 20.07.2017, Bl. 37).

**46**

Eine Mangelhaftigkeit im rechtlichen Sinne ist danach nur anzunehmen, wenn die technische Gebrauchstauglichkeit in Frage steht, das heißt wenn Risse über 0,4 mm oder Bruchrisse vorliegen, oder wenn die Risse eine derart optische Beeinträchtigung darstellen, dass die Treppe nicht mehr der üblichen Verwendung entspricht. Bei der Beurteilung von optischen Beeinträchtigungen bestehen naturgemäß Auslegungsspielräume, da immer der Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen Randbedingungen zu berücksichtigen ist.

**47**

Der Sachverständige führt in seinem Gutachten aus, dass die nicht nur vereinzelt auftretenden Haarrisse unter Mitberücksichtigung der fehlerhaften Entwässerung und Lagerung, welche die Sichtbarkeit der Risse durch die Feuchte beeinflusse, seiner Ansicht nach eine optisch wesentliche Beeinträchtigung darstellen würden, betont hierbei aber, dass diese Bewertung einem subjektiven Auslegungsspielraum unterliege.

**48**

Da die feinen Haarrisse über die Jahre noch zusätzlich versintert sind und die Anforderungen an die Optik einer Außentreppe aus Betonsteinen nicht mit der einen Innentreppe im Wohnbereich verglichen werden kann und hier keine zu hohen Maßstäbe anzulegen sind, stellen die Risse keine wesentliche optische Beeinträchtigung dar, die einer Verwendung als Außentreppe entgegenstünde und damit einen Mangel begründen würde. Der Sachverständige stützt seine Einschätzung einer optischen Beeinträchtigung darauf, dass die Haarrisse mangels ordnungsgemäßer Entwässerung dauerhaft befeuchtet seien und damit besonders sichtbar. Bei Behebung der Verlegungsfehler ist jedoch davon auszugehen, dass eine ordnungsgemäße Entwässerung stattfindet und somit keine Dauerbefuchtung der Risse mehr vorliegt, was wiederum zu einer geringeren Sichtbarkeit führt. Insbesondere da der Sachverständige in seinem letzten Gutachten vom 29.06.2021 feststellt, dass der fehlende seitliche Treppenschutz, der mangels Ausschreibung nicht durch die Beklagte geschuldet war und ist, keine relevante Auswirkung auf die Befuchtung und Rissbildung habe.

**49**

Sofern bei Ausbau der Stufen tatsächlich Durchrisse, wie vom Sachverständigen vermutet, festgestellt werden können, ist dagegen ein Mangel anzunehmen und der Stufenbelag ist grundsätzlich auszutauschen, da diese einer Gebrauchstauglichkeit der Treppe entgegenstehen.

**50**

Dass Durchrisse, wie von der Beklagten angeführt, erst durch die Klopfprobe des Sachverständigen verursacht worden sind, ist nicht anzunehmen. Der Sachverständige führt hierzu nachvollziehbar aus, dass eine Beschädigung des geprüften Objektes durch den Prüfungsvorgang selbst zu einem sich veränderten Vibrationsverhalten der Rissflanken im Verlauf der Prüfung führen müsse, was bei den vorliegenden Prüfungen nicht der Fall gewesen sei. Gerade auch unter dem Gesichtspunkt, dass Trittstufen der täglichen Belastung durch Begehung standhalten müssen, erscheint eine Beschädigung durch eine einmalig durchgeführte dosierte Klopfprobe als fernliegend und wird seitens des Gerichts ausgeschlossen.

#### **51**

2. Die Eintrittspflicht der Beklagten für die festgestellten Mängel bezüglich des mit der Klage geltend gemachten Vorschussanspruchs besteht aufgrund der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages ohne Rücksicht auf ein Verschulden.

#### **52**

3. Ein Ausschluss der Haftung nach § 13 Abs. 3 VOB/B ist aufgrund mangelnder nachgewiesener Kausalität nicht anzunehmen. Ein solcher käme ohnehin alleine für die als Mangel anzusehenden durchgerissenen Stufen in Betracht, da allein hinsichtlich dieser Mangelercheinung ein vorheriger Bedenkenhinweis in Betracht kommt.

#### **53**

Beweispflichtig für alle Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 VOB/B ist der Auftragnehmer, weil er sich damit auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Sachmängelhaftung nach § 13 Abs. 1 und 2 VOB/B beruft. Der Auftragnehmer muss deshalb insbesondere die Ursächlichkeit eines Umstands aus dem Risikobereich des Auftraggebers für den Mangel sowie vor allem die Erfüllung seiner Hinweispflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B beweisen (Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 7. Aufl. 2020, VOB/B § 13 Rn. 132).

#### **54**

Vom Auftraggeber vorgeschriebene Baustoffe oder -teile setzen eine entsprechende Anordnung voraus.

#### **55**

Unter Position 4 des Leistungsverzeichnisses (Seite 23) sind für die Belagwinkelstufen genaue Vorgaben gemacht. Hier heißt es „E. Winkelstufen aus Fließbeton, Winkelstufen aus Fließbeton, Format 16,5 × 33 cm, Stärke 30 mm, Stufenlänge 1,60-2,50 m ... Verlegung im Mörtelbett, Fabrikat: Fa. ..., Muschelkalk Nr. 2, Oberfläche gestrahlt“. Zum Ende des Vorspanntextes wiederum ist vermerkt, dass Sondervorschläge ausdrücklich nicht erwünscht sind und nicht berücksichtigt werden.

#### **56**

Die Beklagte hatte unstreitig vor der ersten Nachbesserung darauf hingewiesen, dass bei einer erneuten „konservativen Verlegung“ der ausgewählten Stufen im Mörtelbett ein ähnliches Schadensbild in Form von Rissbildung zu erwarten sei. Hierbei hatte die Beklagte ausdrücklich auf eine alternative Verlegungsart auf Drainmatten verwiesen. Dagegen erfolgte vor der ersten Nachbesserung kein ausdrücklicher Bedenkenhinweis hinsichtlich der Dicke der gewählten Winkelstufen. Dies wird von der Klägerin bestritten und ergibt sich auch aus dem vorgelegten Schreiben der Beklagten vom 08.10.2012 (Anlage B 3) oder der Aktennotiz vom 20.09.2012 (Anlage B 2) nicht. Erstmals im Schreiben vom 16.06.2015 (Anlage B 4) wird die Dünnwandigkeit der Stufen erwähnt. Dieses Schreiben liegt jedoch zeitlich nach der ersten Nachbesserung und kommt somit nicht als vorheriger Bedenkenhinweis in Betracht. Sonstige Beweisangebote der Beklagten liegen insofern nicht vor.

#### **57**

Auch mündliche Bedenkenhinweise können in einem VOB/B-Vertrag dazu führen, dass der Auftragnehmer von seiner Haftung für Mängel frei werden kann. Es genügt, wenn der Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung des Hinweises erkennen kann (OLG Schleswig, Urteil vom 187.2018 – 12 U 8/18 = BeckRS 2018, 21376). Danach würde grundsätzlich auch eine mündliche Äußerung der Bedenken genügen.

#### **58**

Bezüglich des (mündlichen) Hinweises auf die Verlegeart konnte die insoweit beweisbelastete Beklagte allerdings nicht den Nachweis der Kausalität erbringen.

#### **59**

Der Sachverständige konnte nicht mit Sicherheit feststellen, dass die Risse allein aufgrund der vorgeschriebenen Verlegungsart (Mörtelaufgabe) entstanden sind. In seinem schriftlichen Gutachten vom 29.06.2021 (Bl. 250 ff. d.A.) führt der Sachverständige aus, dass die im Leistungsverzeichnis vorgeschriebenen Winkelstufen mit einer Dicke von 30 mm von der gemäß VOB C DIN 18333 vorgeschriebenen Regeldicke von 40 mm abwichen. Zwar konnte der Sachverständige nicht sicher ausschließen, dass die Rissbildung auch ohne die dokumentierten Verarbeitungsfehler bei den grundsätzlich rissgefährdeten Betonbauteilen auf dem Mörtelbett aufgetreten wären. Allerdings konnte der Sachverständige für die Verlegung auf Drainmatten lediglich feststellen, dass die flächigen Verlegung auf Drainmatten aufgrund der verbesserten Spannungsverteilung zum Untergrund die Rissneigung bei rissanfälligen Bauteilen, die vorliegenden Konstruktion sei aufgrund der freien Bewitterung als grundsätzlich rissanfällig anzusehen, reduziere. Ein Ausschluss von Durchrissen bei der Verlegung von Drainmatten vermochte er nicht zu bestätigen. Diese Aussage kann entgegen der Ausführungen der Beklagten auch dem letzten Gutachten vom 29.06.2021 nicht entnommen werden. Der Sachverständige spricht lediglich von einer Reduktion der Rissneigung.

#### **60**

Da danach nicht feststeht, dass bei Beachtung des Hinweises (Verlegung auf Drainmatten) keine Durchrisse entstanden wären, kann die Bedenkenanzeige hier nicht zu einem Ausschluss der Haftung führen.

#### **61**

4. Der Mängelvorschuss nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B bedarf einer vorherigen angemessenen Fristsetzung gegenüber dem Auftragnehmer.

#### **62**

Mit Schreiben des klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 28.04.2016 (Anlage K 5) wurde die Beklagte mit Frist zur Mangelbeseitigung aufgefordert. Hierbei ist es grundsätzlich ausreichend, dass die Rissbildung als mögliches Mangelsymptom genannt wird (BGHZ 154, 119 = NJW 2003, 152).

#### **63**

5. Der Anspruch auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung entfällt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht wegen eines ganz überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin gem. § 254 Abs. 1 BGB. Auch eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin wegen Planungsfehlern scheitert zumindest an einer nachgewiesenen Kausalität der Planungsfehler.

#### **64**

a) Der Besteller muss sich in entsprechender Anwendung des § 254 BGB an der Mängelbeseitigung beteiligen, wenn ihn selbst ebenfalls eine kausale Verantwortung an dem Mangel trifft (BGH Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82). Es ist auch anerkannt, dass sich der Auftraggeber ein Planungsverschulden eines von ihm eingesetzten Architekten unter dem Gesichtspunkt der Haftung für Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss (vgl. etwa BGH BauR 1985, 561; 2002, 86; Jurgeleit in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil, Rdnr. 95).

#### **65**

Im vorliegenden Fall kommen als Planungsfehler zum einen die nach den anerkannten Regeln der Technik zum Ausführungszeitpunkt zu dünn gewählten Auflagestufen zum anderen der fehlende seitliche Schutz vor Wasser- und Schmutzeintrag in Betracht.

#### **66**

Einen hinreichenden Bedenkenhinweis vor der ersten Nachbesserung bezüglich dieser Punkte durch die Beklagte konnte diese nicht nachweisen, so dass keine Haftungsbefreiung nach § 13 Bas. 3 VOB/B in Betracht kommt (s.o.).

#### **67**

Doch auch eine Mithaftung nach § 254 BGB kann hier nicht zugunsten der Beklagten angenommen werden.

#### **68**

Die Beklagte trägt insoweit die Beweislast einer kausalen Mit(-verantwortung) der Klägerin.

#### **69**

Eine Kausalität der an sich als Planungsfehler anzusehenden Anordnungen der Klägerin für die von ihr gerügten Mängel ergab die durchgeführte Beweisaufnahme entgegen der Ansicht der Beklagten nicht.

#### **70**

b) Allein die Tatsache, dass die Winkelstufen aufgrund ihrer Dicke nicht den DIN-Anforderungen für die vorliegende Verwendung entsprechen, wird von der Klägerin nicht als Mangel vorgetragen beziehungsweise wird nicht auf dieser Grundlage die Mangelbeseitigung, der Austausch des Stufenbelages, verlangt. Dabei ist zudem zu sehen, dass wie der Sachverständige im Gutachten vom 11.12.2017 ausführt die Mindestdickenanforderung im Jahr 2012, also noch vor der ersten Nachbesserung, in der ATV DIN 18333: 2012-09 ersatzlos entfallen ist.

#### **71**

Hinsichtlich der Rissbildung, wobei wie oben festgestellt nur ein Durchriss ein Mangel darstellt, konnte die Kausalität der Plattenstärke nicht festgestellt werden. Zwar bestätigt der Sachverständige eine grundsätzliche Rissgefährdung solcher Betonteile aufgrund geringer Zugfestigkeit beziehungsweise Biegefestigkeit, aber alleine die Gefahrgeneignetheit, die auch für Betonteile von stärkerer Dicke gilt, ist nicht ausreichend, um eine Mithaftung anzunehmen. Vielmehr führt der Sachverständige in seinem Gutachten vom 11.12.2017 aus, dass eine Reduzierung der Dicke der Betonplatten grundsätzlich zu einer Verminderung der Rissneigung führe und sich aus der Plattendicke im vorliegenden Fall grundsätzlich keine negativen Einflüsse ableiten ließen (Gutachten vom 11.12.2017, Seite 9, Beiakte 11 OH 10/16).

#### **72**

c) Der fehlende, seitliche Schutz der Treppenstufen könne nach den Ausführungen des Sachverständigen im Gutachten vom 29.06.2021 (Seite 7 und 8) die Sichtbarkeit von Rissen zwar fördern, eine Verursachung von Rissbildungen könne jedoch aufgrund der Lage der entstandenen Rissbildungen nicht abgeleitet werden. Das begrenzte Eindringen von Wasser und Schmutz über die Seiten der Treppenanlage beeinflusse die Gesamtsituation nicht relevant.

#### **73**

d) Dagegen ist die ordnungsgemäße zwängungsfreie Verlegung auf einem Mörtelbett (und nicht auf einer Drainmatte) nicht als Planungsfehler anzusehen und ein Mitverschulden kann hieran nicht angeknüpft werden. Der Sachverständige führte hierzu aus, dass es sich hierbei um eine zulässige und anerkannte Verlegeart handele, die im vorliegenden Fall nur fehlerhaft ausgeführt worden sei. In seinem Gutachten vom 20.07.2017 (Seite 49 f.) erläutert der Sachverständige dass bei der vorliegenden konservativen Planung mit Auflagerung von dünnen und grundsätzlich rissanfälligen Winkelstufen aus Hochleistungsbeton auf Mörtelstreifen begrenzt auftretende Haarrisse nicht vollständig auszuschließen seien und solche grundsätzlich nicht als baulicher Mangel gelten würden. Das Rissrisiko könne durch die flächige Verlegung auf Drainmatten verringert werden. Damit liege zwar in der flächigen Verlegung eine modernere, abweichende Bauweise vor, die jedoch nicht dazu führe, dass die Verlegung auf Mörtelstreifen nicht mehr dem Stand der Technik entspreche. Vielmehr sähen die aufgeführten Regelwerke, wie auch der von der Beklagten angeführte Treppenkompass, diese Verlegungsart weiterhin vor.

#### **74**

Danach konnte kein für die gerügten Mängel kausaler (Planungs-)fehler der Klägerin festgestellt werden, der eine Mithaftung begründen könnte.

#### **75**

6. Der Mängelvorschuss ist derzeit in Höhe von 23.305 € der Klägerin zuzusprechen.

#### **76**

Im Rahmen des Kostenvorschusses können die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung geltend gemacht werden. Dieser Vorschuss muss dann zur Mängelbeseitigung verwendet werden und darüber nach angemessener Zeit abgerechnet werden.

#### **77**

Im Gutachten vom 20.07.2017 (Seite 50 f.) hat der Sachverständige eine Kostenschätzung für die Mängelbeseitigung hinsichtlich des fehlerhaften Mörtelbettes, des Gefälles und der Stoßverfüllung vorgenommen, wobei er auch den Austausch aller Winkelstufen einbezogen hat. Im Gutachten vom 16.09.2020 (Seite 11) gibt der Sachverständige an, dass bei Wiederverwendung der verbauten Winkelstufen, die ausgenommen durchgerissener Stufen grundsätzlich möglich sei, eine Kosteneinsparung

von rund 4.250 € möglich sei. Dagegen sei aber eine Baukostensteigerung von 4,5-5 % p.a. seit der Erstellung der Kostenschätzung im Jahr 2017 anzunehmen.

#### **78**

Der Austausch von Stufen mit bloßen Haarrissen, die jedenfalls bei besserer Entwässerung der Treppe für sich gesehen keinen Mangel darstellen (s.o.), ist nicht vom Mangelbeseitigungsanspruch und damit auch nicht vom Vorschussanspruch umfasst.

#### **79**

Nach derzeitigem Kenntnisstand ist davon auszugehen, dass möglicherweise acht Stufen durchgerissen sind und damit nicht wiederverwendet werden können. Einen sicheren Durchriss konnte der Sachverständige ohne Ausbau der Stufen nicht feststellen.

#### **80**

Wenn die richtige Sanierung im Voraus nicht zu bestimmen ist, ist die Vorschussklage nur insoweit begründet, als die Mindestkosten festgesetzt werden können. Kann der Sachverständige zum Beispiel nicht sicher voraussagen, ob eine kostengünstige oder eine kostenträchtigere Sanierung notwendig sein wird, so kann Vorschuss nur in Höhe der kostengünstigeren Variante zuerkannt werden. Gleiches gilt, wenn der Sachverständige bei einer feststehenden Sanierung die Kostenentwicklung nicht vorhersagen kann, weil die Einzelheiten der vorzunehmenden Maßnahmen sich erst bei der Mängelbeseitigung herausstellen. Dann besteht lediglich Anspruch auf Zahlung des Mindestbetrages. Der ungeklärte Rest kann nachgefordert werden (BGH Urt. v. 10.4.2003 – VII ZR 251/02 = BauR 2003, 1211).

#### **81**

Da derzeit nicht sicher feststeht, dass tatsächlich acht Stufen durchgerissen sind, sondern die Beurteilung durch Klopfprobe und visuelle Beurteilung nach dem Sachverständigen nur zu einer hohen Wahrscheinlichkeit führt und vollständige Sicherheit nur durch Ausbau der Stufen und eine erneute Prüfung erreicht werden kann, ist der Austausch des Stufenbelages im Rahmen des Ausbaus endgültig zu klären. So dass der Austausch der Stufen insgesamt derzeit von den zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten auszunehmen ist und gegebenenfalls nachzufordern ist.

#### **82**

Dagegen sind jedoch wiederum die gestiegenen Baukosten mit  $4 \text{ (Jahre 2018 – 2021)} \times 4,5 \%$  zu berücksichtigen, so dass im Ergebnis ein Betrag von 23.305 €  $((24.000 \text{ €} - 4.250 \text{ €}) + 4 \times 4,5 \%)$  zuzusprechen ist.

#### **83**

Auch wenn die Sanierung der Treppe bereits knapp 12 Jahre zurückliegt und die erste Nachbesserung bereits knapp neun Jahre, ist kein Abzug im Rahmen der Vorteilsausgleichung aufgrund einer zu erwartenden längeren Lebensdauer anzunehmen. Den Einwand einer Vorteilsausgleichung wegen einer durch die verzögerte Mängelbeseitigung verlängerten Lebensdauer des Werkes hat die Rechtsprechung stets mit überzeugender Begründung zurückgewiesen. Dieser Abzug „Neu für Alt“ kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn – wie das regelmäßig der Fall sein wird – die erlangten Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem funktional fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Unternehmer soll dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Ein solches Ergebnis widerspräche dem Gesetzeszweck der Gewährleistung im Werkvertragsrecht. Zudem ist es nicht hinnehmbar, dass der Anspruch des Auftraggebers trotz Verzögerung der Mängelbeseitigung gekürzt wird (Jurgeleit in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil, Rdnr. 80 f.). Auch wenn die Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit der Treppe durch die fehlerhafte Entwässerung bisher als sehr gering anzusehen ist und insoweit grundsätzlich der Gedanke eines ausnahmsweisen Vorteilsausgleiches nicht fernliegend ist, ist dagegen zu sehen, dass die Lebensdauer der Treppe ohne Austausch der Winkelstufen und nur durch Austausch des Mörtelbettes nicht komplett auf Null zurückgesetzt werden kann und der Vorteil für die Klägerin hier ebenfalls sehr gering anzusetzen wäre.

#### **84**

Sofern sich bei dem Austausch der Mörtelaufgabe ergibt, dass tatsächlich acht Stufen durchgerissen sind und ausgetauscht werden müssen, ist zu beachten, dass der Austausch der übrigen Stufen dennoch nicht

von der Beklagten zu tragen ist, selbst wenn die verwendeten Stufen nicht mehr produziert werden und die Klägerin alle Stufen zum Erhalt eines einheitlichen Bildes austauschen möchte.

#### **85**

Bei Austausch des Unterbaus und der gesamten Winkelstufen ist von einer Verlängerung der Lebensdauer der Treppe beziehungsweise einem ersparten Renovierungsaufwand auszugehen. Dagegen ist lediglich eine optische Beeinträchtigung durch die Verstärkung der optischen Wahrnehmbarkeit der Rissbildung durch die bisher unzureichende Entwässerung der Treppenanlage zu sehen. Dass die Treppe zu irgendeinem Zeitpunkt nicht genutzt werden konnte oder eine Gefahr im Rahmen der Nutzung bestanden hätte, wird auch von der Klägerin nicht vorgetragen.

#### **86**

Danach ist der Austausch der nicht durchgerissenen Winkelstufen, sofern man diesen aufgrund eines einheitlichen Bildes bei Nichterlangung von gleichen Ersatzstufen überhaupt als kausalen Schaden ansehen will, jedenfalls im Rahmen des Vorteilsausgleiches aus dem Umfang der Mangelbeseitigungskosten auszunehmen.

#### **87**

7. Der Vorschussanspruch ist bei Rechtshängigkeit gemäß §§ 288, 291 BGB gesetzlich zu verzinsen (BGH Ur. v. 14.4.1983 – VII ZR 258/82 = BauR 1983, 365).

### II. Feststellungsantrag (Ziffer 2)

#### **88**

Der Feststellungsantrag ist im tenorierten Umfang begründet.

#### **89**

Soweit bei der tatsächlichen Durchführung der Mangelbeseitigung höhere Kosten als die geschätzten Kosten entstehen, können diese grundsätzlich dann als Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B geltend gemacht werden. Dabei war aber klarstellend aufzuführen, dass dies nur die Kosten der Beseitigung der Mängel betrifft, die als solche zu sehen sind und für die die Beklagte auch tatsächlich haftet. Die Beseitigung der Haarrisse fällt, wie oben ausgeführt, nicht darunter. Da die Klägerin diese im Verfahren jedoch als Mangel geltend macht, war insoweit die Feststellung klarstellend zu begrenzen.

### III. Zahlungsantrag (Ziffer 3)

#### **90**

Die für das private Gutachten zur Feststellung der Mängel aufgewandten Kosten in Höhe von 721,14 € sind nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B zu erstatten.

#### **91**

Erstattungsfähig sind auch Kosten für die Erstellung von Gutachten und Rechtsanwaltskosten, soweit diese zur Feststellung der Ursache eines Mangelsymptoms oder ansonsten für die Mängelsanierung notwendig sind (BGH Ur. v. 30.4.2014 – VIII ZR 275/13, BauR 2014, 1951).

### B. Nebenentscheidungen

#### **92**

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 709 ZPO.

#### **93**

Die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens werden von der Kostenentscheidung des sich anschließenden Hauptsacheverfahrens mit umfasst, wenn wie vorliegend die Streitgegenstände und die Parteien der beiden Verfahren identisch sind (BGH, Beschluss vom 12.09.2013 – VII ZB 4/13, BauR 2013, 2053 Rn. 11).