OLG Bamberg, Urteil v. 24.08.2023 – 12 U 58/22

Titel:

Pflicht des Bodenlegers zur Prüfung des Bodenunterbaus bei nicht unterkellerten Räumen

Normenketten:

BGB § 305 Abs. 2, § 633, § 634 Nr. 2, Nr. 4
ZPO § 263

Leitsätze:

1. Ist der Auftraggeber im Baubereich nicht bewandert, ist die VOB/B in den Bauvertrag gem. § 305 Abs. 2 BGB nur wirksam einbezogen, wenn sie ihm tatsächlich zur Kenntnis gebracht wird. (Rn. 65 – 66) (redaktioneller Leitsatz)
2. Verlangt der Bauherr nach Geltendmachung von Mängelbeseitigungskosten zusätzlich Feststellung, dass Schadensersatz in Form von entgangenem Gewinn geschuldet ist, handelt es sich um eine Klageerweiterung gem. § 263 ZPO. (Rn. 68) (redaktioneller Leitsatz)
3. Vor Durchführung von Bodenverlegungsarbeiten in nicht unterkellerten Räumen ist der Bodenleger verpflichtet zu prüfen, wie der Fußbodenunterbau beschaffen ist, insbesondere, ob ein ausreichender Schutz gegen aufsteigende Feuchtigkeit besteht, die zu Mängeln am Fußbodenbelag führen kann. Bleibt diese Prüfung ohne Ergebnis, muss er auch bei einem BGB-Bauvertrag Bedenken anmelden. (Rn. 71 – 83) (redaktioneller Leitsatz)
4. Eine die Bausubstanz zerstörende Bohrkernentnahme ist hierfür nicht erforderlich und daher nicht geschuldet. (Rn. 73) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Unterkellerung, Erkundigungspflicht, Prüfpflicht, Fußbodenunterbau, Bodenverlegungsarbeiten, VOB/B, BGB-Bauvertrag, Bedenkenanzeige, Bohrkernentnahme, aufsteigende Feuchtigkeit, Klageerweiterung

Vorinstanz:

LG Bayreuth, Grund- und Teilurteil vom 14.07.2022 – 31 O 173/21

Rechtsmittelinstanz:

OLG Bamberg, Beschluss vom 28.08.2023 – 12 U 58/22

Fundstellen:

BauR 2024, 278
MDR 2024, 161
LSK 2023, 22572
NJW-RR 2023, 1579
NZBau 2023, 782
NZM 2024, 289
ZfBR 2024, 27

Tenor

1. Die Berufung der Streithelferin gegen das Grund- und Teilurteil des Landgerichts Bayreuth vom 14.07.2022, Az. 31 O 173/21, wird zurückgewiesen.

2. Die Streithelferin die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Streithelferin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Parteien streiten um die Einstandspflicht der Beklagten für Schäden am Fußbodenbelag der klägerischen Geschäftsräume in K..

2
Die Klägerin hatte die Geschäftsräume in K., W. Straße 5 in einem ca. 1970-1975 erstellten Gebäude neu angemietet und wollte sie für ihre Zwecke sanieren lassen; vorher wurden sie von einem Lebensmittelmarkt genutzt.

3
Der ursprüngliche Fußbodenbelag der nicht unterkellerten Räume bestand aus einem Terrazzo-Boden auf einer Tragschicht aus Zement, die unmittelbar auf dem sandigen Untergrund aufsteht, ohne dass Dämmung, Folienquerung oder eine sonstige Feuchtigkeitssperrlage vorhanden ist (vgl. Gutachten B., Seite 12).

4
Nach einem Angebot der Beklagten vom 01.09.2014, ergänzt um ein Verhandlungs- und Vergabeprotokoll vom 08.09.2014, schlossen die Parteien auf Angebot des Beklagten vom 10.09.2014 und mit Annahme der Klägerin vom 15.09.2014 einen Vertrag über „Trockenbauarbeiten, Brandschutz, Deckenmontage, Türeneinbau, Malerarbeiten, Bodenlegerarbeiten“ (Anlage Ast 2). Zur Gewährleistung ist in § 7 des Vertrages geregelt, dass diese nach den Regelungen des BGB erfolgen sollte. In § 8 ist explizit geregelt, dass Bedenken und Behinderungen hinsichtlich der Ausführung vom Auftragnehmer (Beklagte) anzuzeigen seien. Für Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages wurde in § 9 geregelt, dass diese der Schriftform bedürfen.

5
Bereits am 13.09.2014 hatte die Beklagte ein weiteres Angebot betreffend „BV: Umbau Markt zum Sanitätshaus … Bodenbelagsarbeiten“ vorgelegt, das von der Klägerin unter dem 25.09.2014 angenommen wurde (Anlage Ast 1). Am Ende des von der Klägerin entworfenen Angebotes steht: „Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Verfassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“.

6
Die Bodenbelagsarbeiten hat die Streithelferin als Subunternehmerin der Beklagten ausgeführt. Sie hat auf dem Terrazzoboden elektrisch Feuchtigkeitswerte von 47-52 Digits ermittelt, den Fliesenboden mechanisch abgefräst, gesäubert und mit Spachtelmasse vorbereitet, anschließend mit einem faserarmierten Nassbett-Klebstoff den von der Klägerin ausgesuchten PVC-Belag aufgeklebt (Gutachten B., Seite 5). Eine weitere Untersuchung des Bodenaufbaus hat sie nicht angestellt, ebenso wenig die Beklagte. Bedenken wurden der Klägerin nicht angezeigt.

7
Unter dem 09.12.2014 legte die Beklagte Schlussrechnung (Anlage Ast 3) über alle Arbeiten, die die Klägerin ausgeglichen hat.

8
Mit E-mail vom 26.02.2016 (Anlage Ast 4) zeigte die Klägerin an: „Probleme mit dem Boden, sieht aus wie starke Abnutzungen …“. Die Beklagte verwies die Klägerin an die Streithelferin, die am 07.06.2016 die Situation prüfte, jedoch nichts veranlasste.

9
Mit E-Mail vom 14.11.2018 (Anlage Ast 5) beklagte die Klägerin die Untätigkeit der Streithelferin und teilte mit: „Der Fußboden hebt sich an immer mehr Stellen auf und es besteht für Kunden und Mitarbeiter eine Stolpergefahr“ und setzte Frist bis 29.11.2018, den Mangel zu beheben.

10
Schließlich beauftragte die Klägerin einen Privatgutachter (Anlagen Ast 6 bis Ast 8). Das Ergebnis teilte sie der Beklagten mit und setzte Frist zur Mängelbeseitigung bis 31.05.2019 (Anlage Ast 9).

11

Am 09.09.2019 beantragte die Klägerin die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. Der Antrag im Verfahren 31 OH 17/19 des LG Bayreuth wurde der Beklagten am 13.09.2019 zugestellt. Das Beweisverfahren endete mit der Anhörung des Sachverständigen B. am 12.11.2020. Ein schriftliches Gutachten (Anlage Ast 18) wurde erstellt. Unstreitig nach der Beweisaufnahme ist die Mangelursache, nämlich eine Verseifung (Auflösung in seine Bestandteile und Funktionsverlust) des verwendeten Klebstoffs aufgrund ständiger Feuchtigkeitseinwirkung. Der nicht gegen Feuchtigkeit abgedichtete Unterbau zieht ständig Feuchtigkeit nach oben. Die Feuchtigkeit kann nicht durch den PVC-Belag entweichen und sammelt sich im Bereich der darunterliegenden Klebstoffschicht. Der Dispersionskleber hält einer anhaltenden Feuchtigkeitsbelastung nicht stand. Beim ursprünglichen Bodenbelag konnte die Feuchtigkeit durch die unbehandelte Terrazzoschicht aufsteigen und in der Folge verdunsten und führte zu keinen Problemen.

12
Die Klage ist am 11.03.2021 anhängig geworden. Nach Festsetzung eines vorläufigen Streitwerts erging am 19.03.2021 Vorschussanforderung. Nach Einzahlung des Vorschusses am 30.03.2021 wurde die Klage am 12.04.2021 zugestellt.

13
Nach Klageerhebung hat die Klägerin im Februar 2022 die Sanierung im Zeitraum vom 15.02.2022 bis 01.03.2022 durchführen lassen. Während der Sanierung war das Ladenlokal der Klägerin geschlossen.

14
Die Klägerin hat in erster Instanz die Auffassung vertreten, die Beklagte und die Streithelferin seien für den Mangel des Fußbodenbelages verantwortlich. Sie hätten vor der Verlegung eines feuchtigkeitsdichten Oberbelags den Fußbodenaufbau abklären müssen, das Problem aufsteigender Feuchtigkeit erkennen können und auf Bedenken gegen die geplante Ausführung hinweisen müssen.

15
Einen Planer habe die Klägerin nur für die Trockenbauarbeiten gehabt. Das Leistungsverzeichnis für die Bodenbelagsarbeiten habe die Beklagte bzw. die Streithelferin selbständig erstellt. Nachdem die Bodenbelagsarbeiten Teil des ursprünglichen Vertrages waren, seien dessen Gewährleistungsregeln anzuwenden.

16
Die VOB/B sei schon deshalb nicht anwendbar, weil sie der im Bausektor nicht kundigen Klägerin unstreitig nicht übergeben wurde. Eine konkludente Abnahme könne nicht vor dem 30.06.2015 angenommen werden.

17
Außerdem hat sich die Klägerin auf Hemmung nach § 203 BGB durch die Mängelrüge vom 16.02.2016 und die nachfolgende Tätigkeit der Klägerin im Auftrag der Beklagten (K 31) bis Pfingsten 2019 und ab 13.05.2019 bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens berufen (Blatt 63 ff. d.A.; Anlage Ast 13, Ast 25-29).

18
Mit der ursprünglichen Klage forderte die Klägerin Sanierungskostenvorschuss in Höhe von 35.781,85 € für die vom Sachverständigen B. vorgeschlagene Variante einer Epoxidharzabdichtung (I.) sowie (II.) die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, auch die diesen Vorschussbetrag übersteigenden Kosten zu erstatten.

19
Nach der Durchführung der Sanierung beansprucht die Klägerin die tatsächlich entstandenen Kosten für eine Ausführung mit dampfdichtem Vinyl in Höhe von 35.798,23 € netto (Blatt 110 d.A.; Anlagen Ast 35-Ast 41).

20
Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 35.798,23 € netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 21.01.2020 zu zahlen.
II. aufgegangen in Ziffer I.
III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die gesamten infolge der Durchführung der Sanierung entstehenden Verluste aus Umsatzerlösen/Verluste von

Betriebseinnahmen und Schäden aus entstehenden Lohnkosten für sanierungsbedingt freizustellende Mitarbeiter abzüglich ersparter Aufwendungen zu ersetzen.

21
In einem nicht zu dieser Frage nachgelassenen Schriftsatz nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin den ihr während der Sanierung entgangenen Gewinn auf 45.200,75 € beziffert und eine Umstellung des Feststellungsantrages Ziffer III. auf einen Leistungsantrag angekündigt.

22
Die Beklagte und die Streithelferin haben in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.

23
Die Beklagte hat sich auf Verjährung berufen. Es handele sich um zwei getrennte Verträge, wobei der Vertrag über die Ausführung der Bodenbelagsarbeiten einer Verjährung nach der VOB/B unterliege. Der Vertrag über die Bodenbelagsarbeiten sei nachträglich und zusätzlich geschlossen worden. Die Arbeiten seien im Oktober 2014 durchgeführt worden und am 27.10.2014 abgenommen worden. An diesem Tag sei auch eine vorläufige Rechnungsstellung erfolgt (Anlage B 2). Verjährung sei deshalb spätestens mit Ablauf des 27.10.2018 eingetreten. Wenigstens mit der Eröffnung des Sanitätshauses nach Fertigstellung der Arbeiten am 08.11.2014 zzgl. 8 Werktagen gemäß § 12 Abs. 5 Nummer 2 VOB/B sei eine konkludente Abnahme erfolgt, spätestens aber mit der Schlusszahlung vom 19.12.2014.

24
Unabhängig davon treffe die Beklagte keine Verantwortung für die Wasserdurchlässigkeit bzw. fehlende Abdichtung des Fußbodens. Weder sei diese Situation für die Beklagte oder die Streithelferin erkennbar gewesen noch habe eine rechtliche Verpflichtung zur Überprüfung des Fußbodenaufbaus mit einer CM-Messung bestanden (Gutachten B., Seite 15).

25
Dabei sei auch das Baujahr des Gebäudes (ca. 1970-1975) zu berücksichtigen.

26
Wenn überhaupt, hätte eine solche Verpflichtung die von der Klägerin beauftragte I-Plan Ingenieursgesellschaft GmbH getroffen, die für die Planung sämtlicher Arbeiten verantwortlich gewesen sei. Selbst wenn sie nur die Trockenbauarbeiten geplant hätte, hätte sie die Beklagte auf die aufsteigende Feuchtigkeit hinweisen müssen.

27
Jedenfalls habe der Eigentümer des Gebäudes (Ehemann der Geschäftsführerin der Klägerin) den Zustand des Gebäudes gekannt, in dem es massive Feuchteschäden bis hin zum Hausschwamm gegeben habe.

28
Die vom Sachverständigen B. vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen führten – auch nach eigener Einsicht des Sachverständigen – nicht zur Beseitigung der Mängel. Aufsteigende Feuchtigkeit dringe nicht nur durch die Bodenplatte, sondern auch durch das Mauerwerk ein. Es müsse vielmehr zuerst eine ordnungsgemäße Abdichtung des Bodens und des gesamten Bauwerks stattfinden. Bei den Vorschlägen des Sachverständigen – Abdichtungsschicht aus Epoxidharz oder mit einer Sperrmatte – handele es sich um Sowiesokosten.

29
Die von Klägerseite gestellten Feststellungsanträge rügt die Beklagte als unbestimmt und damit unzulässig. Zum Feststellungsantrag könnten allenfalls Ansprüche auf Ersatz entgangenen Gewinns bestehen, um deren korrekte Berechnung sich die Klägerin nicht drücken könne. Dabei könne der Zeitraum nicht angesetzt werden, der für die sowieso anzubringende Abdichtung gebraucht werde. Ein völliges Schließen des Geschäfts sei auch nicht notwendig.

30
Die Streithelferin, die dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten ist hat vorgetragen:

31
Eine Abdichtung der Bodenplatte gegen das Erdreich könne und müsse der Bodenleger nicht prüfen. Hierzu bedürfe es einer zerstörenden Prüfung auch der Bodenplatte, um festzustellen, ob eine geeignete

Abdichtung vorhanden sei. Über die dazu erforderlichen bauphysikalischen Kenntnisse und Erfahrungen verfüge der Bodenleger nicht.

32
Auch die vom Sachverständigen B. erwähnte CIM-Messung sei nicht möglich gewesen

33
Das Landgericht hat die Akten des selbständigen Beweisverfahrens beigezogen.

II.

34
Mit dem am 14.07.2022 verkündeten Grund- und Teilurteil hat das Landgericht die Klage in Ziffer I. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag stattgegeben.

35
Der Tenor der angefochtenen Entscheidung lautet wie folgt:

„1. Die Klage ist in Ziffer I. dem Grunde nach gerechtfertigt.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die gesamte infolge der Durchführung der Sanierung im Zeitraum vom 15.02.2022 bis einschließlich 01.03.2022 entstandenen Verluste aus Umsatzerlösen/Verluste von Betriebseinnahmen und Schäden aus entstehenden Lohnkosten für sanierungsbedingt freizustellende Mitarbeiter abzüglich ersparter Aufwendungen zu ersetzen.

3. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.“

36
Die Beklagte sei aus Bauvertrag verpflichtet, der Klägerin Mangelbeseitigungskosten und Schadensersatz für Mangelfolgeschäden für den von der Streithelferin verursachten Baumangel zu leisten, welcher der Beklagten nach § 278 BGB zuzurechnen sei.

37
Der Mangel als solcher und seine Ursache seien nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens außer Streit geblieben.

38
Hinsichtlich der Verantwortlichkeit für den Mangel schloss sich das Landgericht den Ausführungen des Sachverständigen B. im selbständigen Beweisverfahren an. Danach sei es aus technischer Sicht Angelegenheit des Bodenlegers, sicherzustellen, dass der ausgewählte Belag und dessen Befestigung für die zu belegende Fläche geeignet sei und die Beschaffenheit des Bodens aufzuklären. Im vorliegenden Fall sei es ohne weiteres abzusehen, dass aufsteigende Feuchtigkeit aus dem naturbelassenen Boden sich unter dem dampfdichten Belag sammeln und zur Verseifung des verwendeten Klebers führen würde. Es handele sich gerade nicht um einen Fall des sich unvorhersehbar verwirklichenden Baugrundrisikos.

39
Die Verantwortlichkeit der Streithelferin entspreche auch dem allgemeinen Grundsatz, dass es zunächst Sache des Unternehmers sei, zu prüfen, ob das von ihm angebotene Werk für den Auftraggeber geeignet und von Nutzen sei.

40
Eine zu einer ggf. quotalen Mithaftung führende Mitverantwortlichkeit der Klägerseite sah das Gericht nicht.

41
Hinsichtlich etwaiger Sowiesokosten schloss sich das Landgericht ebenfalls der Beurteilung des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren an, wonach der von ihm vorgeschlagene Sanierungsweg Sowiesokosten nicht beinhalte.

42
Abzüge Neu für Alt seien nicht zu berücksichtigen, da das Werk der Streithelferin wenigstens seit Februar 2016 fehlerbehaftet gewesen sei, ohne dass die Beklagte Abhilfe geschaffen hätte.

43

Die Einrede der Verjährung werde erfolglos erhoben. Es sei von einer fünfjährigen Verjährungsfrist nach BGB auszugehen. Das Angebot vom 11.09.2014 und seine Abnahme bewegten sich im Rahmen von § 3 des Werkvertrages vom 10.9.2014; die Auftragserteilung werde deshalb von seinen Regelungen insgesamt mit erfasst. Die individualvertragliche Regelung gehe der Einbeziehung der VOB/B durch die AGB der Beklagten vor. Im Übrigen sei die Einbeziehung der VOB/B im vorliegenden Fall eindeutig überraschend. Überraschende Klauseln seien auch im Verhältnis zwischen Kaufleuten unzulässig.

44
Ohnehin sei davon auszugehen, dass die Verjährung so lange gehemmt gewesen sei, als die Streithelferin mit der Klägerin über die Mängelbeseitigung verhandelt habe, insoweit seien die §§ 164 ff. BGB analog anzuwenden, nachdem die Beklagte die Klägerin an die Streithelferin verwiesen habe.

45
Zum Schaden zähle auch der entgangene Gewinn, der zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht abschließend bezifferbar gewesen sei, so dass die Feststellungklage in Ziffer III. zulässig und begründet gewesen sei.

46
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Verwertung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen B. im selbständigen Beweisverfahren und der Niederschrift über dessen mündliche Erläuterung im selbständigen Beweisverfahren im Termin vom 12.11.2020.

III.

47
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Streithelferin mit ihrer Berufung, mit der sie die Abänderung der angefochtenen Entscheidung und die Abweisung der Klage erstrebt.

48
Die Berufung wird begründet wie folgt:

1. Verjährung

49
Das Landgericht gehe zu Unrecht von einer fünfjährigen Verjährung nach BGB aus. Es sei ein Vertrag unter der Geltung der VOB/B wirksam vereinbart worden. Vereinbart worden sei damit auch die Gewährleistungsfrist des § 13 Abs. 4 VOB/B (Ausgabe 2012) mithin 4 Jahre nach Abnahme. Etwaige Ansprüche der Klägerin seien damit verjährt.

2. Mängelansprüche

50
Selbst wenn noch keine Verjährung eingetreten wäre, stünden der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche schon dem Grunde nach nicht zu. Das Landgericht überspanne die Anforderungen an die Verantwortlichkeit des Bodenlegers für den Mangel. Der Sachverständige B. habe die Schadensursache ermitteln können, weil der Privatgutachter der Klägerin eine Kernbohrung durchgeführt habe. Zu einer Kernbohrung bis in die Sandschicht seien der Beklagte und die Streithelferin jedoch nicht verpflichtet gewesen. Die Berufung zitiert eine Entscheidung des OLG Oldenburg vom 01.09.2020 im Verfahren 2 U 43/20, wonach Kernbohrungen nicht zu den Prüfpflichten des Auftragnehmers für Bodenbelagsarbeiten gehören. Derartige zerstörende Prüfungen gehörten sogar für einen planenden Architekten nicht zu dessen Pflichten, und daher erst Recht nicht zu den Pflichten eines Bodenlegers.

3. Mitverantwortlichkeit

51
Jedenfalls bestehe eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin, weil sie weder den beklagten noch die Streithelferin darüber informiert habe, dass Teile des Hauses älteren Datums und nicht unterkellert seien.

4. Sowiesokosten

52
Es sei auch nicht zutreffend, dass der vom Sachverständigen vorgeschlagene Sanierungsweg keine Sowiesokosten enthalte.

5. Entgangener Gewinn

53
Anders als das Landgericht meine, gehöre entgangener Gewinn nicht zu dem zu ersetzenden Schaden.

54
Die Streithelferin beantragt im Berufungsverfahren:

Das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 14.07.2022 (Aktenzeichen 31 O 173/21) wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelferin.

55
Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

56
Die von der Streithelferin zitierte Entscheidung sei mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar.

57
Der Senat hat Beweis erhoben durch mündliche Anhörung des Sachverständigen B. im Termin vom 13.07.2023. Auf das Protokoll vom 13.07.2023 wird Bezug genommen.

58
Die Beklagte hat sich im Berufungsverfahren nicht beteiligt und keinen Antrag gestellt.

IV.

59
1. Die Berufung ist zulässig (§§ 511 ff. ZPO).

60
a) Nach § 67 Satz 1 ZPO ist der Nebenintervenient berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit seine Erklärungen und Handlungen nicht mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen. Danach ist es dem Streithelfer grundsätzlich unbenommen, das der Hauptpartei zustehende Rechtsmittel einzulegen, auch wenn die Hauptpartei hiervon absieht. Das Rechtsmittel ist aber unzulässig, wenn die Hauptpartei dessen Einlegung widerspricht (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2017 – I ZR 91/15, WM 2017, 1430 Rn. 17). Daraus folgt, dass der einfache Streithelfer keinen Rechtsschutz im eigenen Interesse verlangen kann; er unterstützt lediglich die Hauptpartei, der er beigetreten ist. Das Rechtsmittel eines einfachen Streithelfers ist daher, auch wenn er dabei in eigenem Namen und kraft eigenen (prozessualen) Rechts neben der Hauptpartei handelt, stets ein Rechtsmittel für die Hauptpartei (vgl. BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZB 96/15, WM 2016, 1955 Rn. 15, 20; Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 208/94, NJW 1997, 2385, 2386, juris Rn. 19; jeweils m.w.N.). Ob ein Widerspruch im Sinne des § 67 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO vorliegt, ist vom Berufungsgericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unter Würdigung aller aus dem Akteninhalt ersichtlichen Anhaltspunkte umfassend zu prüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZB 96/15, WM 2016, 1955 Rn. 25). Dabei ist zu beachten, dass ein Widerspruch der Hauptpartei nicht ausdrücklich erklärt werden muss. Es reicht vielmehr aus, wenn sich dieser durch schlüssiges Verhalten aus dem Gesamtverhalten der Hauptpartei zweifelsfrei ergibt, wobei allein die bloße Untätigkeit oder auch eine Zurücknahme des von der Hauptpartei zunächst selbst eingelegten Rechtsmittels nicht genügen. Steht ein möglicher Widerspruch jedoch nicht mit der nötigen Eindeutigkeit fest, ist die Prozesshandlung im Zweifel als wirksam anzusehen (BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZB 96/15, WM 2016, 1955 Rn. 27 m.w.N.).

61
Nicht den Schranken des § 67 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO unterliegt der streitgenössische Nebenintervenient. Als Streitgenosse der Hauptpartei gilt der Nebenintervenient, insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (und des Prozessrechts, vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, BGHZ 92, 275, 276 f., juris Rn. 10) die Rechtskraft der in dem Hauptprozess erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist (§ 69 ZPO). Als

Streitgenosse kann ein Nebenintervenient auch gegen den Willen der Hauptpartei ein Rechtsmittel durchführen. Das Gesetz räumt ihm mit Rücksicht auf die stärkere Einwirkung des Urteils auf seine rechtlichen Belange ein eigenes Prozessführungsrecht ein, das unabhängig von dem Willen der von ihm unterstützten Hauptpartei ist (vgl. Senat, Beschluss vom 29. November 2011 – VI ZR 201/10, NJW-RR 2012, 233 Rn. 4; BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, BGHZ 92, 275, 276, juris Rn. 8). Schon nach dem Wortlaut des § 69 ZPO ist aber erforderlich, dass zwischen dem Nebenintervenienten und dem Prozessgegner der von ihm unterstützten Hauptpartei ein Rechtsverhältnis besteht, auf das sich die Rechtskraft des ergehenden Urteils auswirkt. Eigentlicher Grund dafür, dass die Befugnisse des streitgenössischen Nebenintervenienten gegenüber einem „einfachen“ Streithelfer erheblich erweitert sind, ist nämlich, dass die Rechtskraft der ergehenden Entscheidung gerade für ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Prozessgegner von Bedeutung ist (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1984 – IVb ZB 23/84, BGHZ 92, 275, 277, juris Rn. 11 m.w.N.). Hingegen genügt es nicht, dass Rechte oder Verbindlichkeiten des Nebenintervenienten durch Rechte oder Verbindlichkeiten der Parteien bedingt oder in anderer Weise mittelbar von der Entscheidung des Hauptprozesses abhängig sind (BGH, Beschluss vom 18. Januar 2022 – VI ZB 36/21, Rdn. 7-9).

62
b) Nach diesen Grundsätzen ist die Berufung der Streithelferin zulässig. Es kann im konkreten Fall dahinstehen, ob es sich um eine streitgenössische Nebenintervention im Sinne des § 69 ZPO handelt und die Streithelferin daher berechtigt ist, auch gegen den Willen der unterstützten Partei Rechtsmittel einzulegen, denn nach dem gesamten Akteninhalt ist nicht erkennbar, dass die Einlegung der Berufung durch die Streithelferin mit dem Willen der von der Streithelferin unterstützten Beklagten in Widerspruch steht. Die Beklagte hat sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 05.04.2023 (Blatt 227 d.A.) lediglich mitgeteilt, dass sie dem Berufungsverfahren nicht beigetreten sei und eine Teilnahme am Termin nicht beabsichtigt sei. Anträge im Berufungsverfahren hat die Beklagte nicht gestellt. Sonstige Anhaltspunkte aus dem aktenkundigen Gesamtverhalten der Beklagten, dass die Einlegung der Berufung durch die Streithelferin dem Willen der Beklagten widerspricht, haben sich nicht ergeben. Die Berufung der Streithelferin ist daher zulässig.

63
2. In der Sache ist die Berufung nicht begründet. Das Landgericht hat zu Recht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Ersatz von Mangelbeseitigungskosten und Schadensersatz für Mangelfolgeschäden dem Grunde nach bejaht. Auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung, denen der Senat folgt, wird Bezug genommen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen ist ergänzend auszuführen:

a) Verjährung:

64
Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass es sich sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um einen BGB-Werkvertrag handelt und die Ansprüche wegen Mängeln daher einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist unterliegen, § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Der Auffassung der Berufung, dass auf den vorliegenden Vertrag die 4-jährige Gewährleistungsfrist nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B anzuwenden sei, vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Es kann dahinstehen, ob es sich bei den Verträgen über die Bodenbelagsarbeiten (Anlage Ast 1) und dem Vertrag über weitere Arbeiten (Anlage Ast. 2) um zwei getrennte Vertragsverhältnisse handelt. Jedenfalls wurde in den Vertrag über die Bodenbelagsarbeiten (Ast 1) die VOB/B nicht wirksam einbezogen. Die Berufung stützt ihre Auffassung, wonach die VOB/B Vertragsgrundlage geworden sei, darauf, dass bei dem zweiten Vertrag über Bodenbelagsarbeiten der Geschäftsführer der Klägerin seine Unterschrift unmittelbar neben den Absatz gesetzt habe, der wörtlich laute: „Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Verfassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“. Dies könne die Geschäftsführerin der Klägerin nicht übersehen haben.

65
Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. In den Vertrag über Bodenbelagsarbeiten wurde die VOB/B nicht wirksam einbezogen. Nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB werden AGB (und damit auch die VOB/B) nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

- Die andere Vertragspartei ausdrücklich oder durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

- der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

- Ist die VOB/B dem Bauherrn nicht vertraut, so muss sie ihm vom Unternehmer konkret zur Kenntnis gebracht werden. Ein bloßer Hinweis auf die VOB/B reicht in diesen Fällen in der Regel nicht aus (Werner/Pastor, Der Bauvertrag, 17. Aufl., Kapitel 5 Rdnr. 1190, 1191).

66
Der Hinweis im Angebot „Ausführung nach VOB/B in der derzeit gültigen Fassung. VOB/B liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“ genügt zur Einbeziehung der VOB/B nicht. Die Klägerin als Auftraggeberin ist zwar Unternehmerin, aber im Baubereich nicht bewandert, daher muss ihr die VOB/B tatsächlich zur Kenntnis gebracht werden. Die Klägerin bestreitet, dass ihr die VOB/B übergeben worden sei (Blatt 4). Diesen Sachvortrag hat die Beklagte nicht bestritten. Es ist daher unstreitig, dass die VOB/B der Klägerin nicht übergeben wurde (so auch der Tatbestand der angefochtenen Entscheidung, Seite 5, 1. Absatz).

67
Die Verjährungsfrist richtet sich damit nach BGB und beträgt, da es sich um Arbeiten an einem Bauwerk handelt, 5 Jahre. Die Arbeiten wurden im Oktober 2014 ausgeführt. Die Verjährung begann damit nicht vor Oktober 2014. Die Zustellung der Antragsschrift im selbständige Beweisverfahren am 13.09.2019 – vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist – an die Beklagte hemmte die Verjährung, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB. Das selbständige Beweisverfahren war mit der Anhörung des Sachverständigen am 12.11.2020 beendet. Noch vor Ablauf der Sechsmonatsfrist aus § 204 Abs. 2 BGB ist die Klage der Beklagten am 12.04.2021 zugestellt worden.

b) Mängelansprüche

68
Die Klägerin hat ihre ursprünglich auf Kostenvorschuss gerichtete Klage nach Durchführung der Mängelbeseitigung noch in erster Instanz auf Ersatz der tatsächlich angefallenen Mängelbeseitigungskosten umgestellt. Soweit nunmehr aufgrund der erfolgten Mängelbeseitigung die tatsächlich angefallenen Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden, handelt sich nicht um eine Klageänderung, § 264 Nr. 3 ZPO (Grüneberg BGB, 82. Aufl., § 637 Rdnr. 9; BGH ZfBR 10, 246). Anders ist die die prozessuale Situation, soweit neben den Mängelbeseitigungskosten im Wege der Feststellungsklage nunmehr der Schadensersatz von Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn) gefordert wird. Insoweit handelt es sich um eine Klageerweiterung, da nunmehr außerdem Schadensersatz gefordert wird, der an weitere Voraussetzungen, insbesondere ein Verschulden gebunden ist (Grüneberg, a.a.O.; OLG Köln NJW 2013 1104). Die Klageerweiterung ist als sachdienlich im Sinne des § 263 ZPO zu beurteilen. Die Sachdienlichkeit ist objektiv im Hinblick auf die Prozesswirtschaftlichkeit und nicht kleinlich zu beurteilen. Die Klageänderung ist als sachdienlich zuzulassen, wenn der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und die Zulassung eine endgültige Beilegung des Streits fördert und einen neuen Prozess vermeidet (Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl., § 263 Rdnr. 8). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn der bisherige Streitstoff bildet eine verwertbare Grundlage für die Entscheidung über die geltend gemachten Mangelfolgeschäden.

aa) Mangel

69
Ein Mangel des Werkes, hier des Bodenbelages, liegt unstreitig vor. Infolge aufsteigender Feuchtigkeit aus dem Erdreich hat sich der verwendete Dispersionskleber aufgelöst. Der Bodenbelag hat sich vom Untergrund gelöst und hebt sich. Der von der Beklagten erstellte Bodenbelag ist nach dem funktionalen Mangelbegriff mangelhaft. Der Belag hebt sich an mehreren Stellen und es besteht für Kunden und Mitarbeiter eine erhebliche Stolpergefahr. Zudem platzen die Fugen/Stöße auf und die Kanten bzw. Elemente lösen sich ab. Das ist unstreitig.

bb) Fristsetzung

70

Die erforderliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist hier erfolgt: Zum einen mit E-Mail vom 14.11.2018 (Anlage Ast 5) und nochmals mit Schreiben vom 13.05.2019 (Ast 9) wurde die Beklagte unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung der Mängel aufgefordert. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen, sie hat vielmehr ein Angebot ihrer Nachunternehmerin vorgelegt, in dem sie die Beseitigung der Mängel als zu vergütende Leistung anbietet. Hinsichtlich der geltend gemachten Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn während der Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten) bedurfte es einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht.

cc) Prüfpflicht des Unternehmers

71
Die Streithelferin ist für den Mangel verantwortlich, weil sie vor Ausführung ihrer Arbeiten ihrer Prüfpflicht und Pflicht zur Anmeldung von Bedenken nicht nachgekommen ist. Die Mangelhaftigkeit des Fußbodens beruht darauf, dass der darunter liegende Unterbau nicht gegen aus dem Erdreich aufsteigende Feuchtigkeit abgedichtet war, wodurch sich der Dispersionskleber im Laufe der Zeit auflöste und es zu den Mangelerscheinungen (Aufwölbung des Fußbodens) kam. Die Beklagte bzw. die von der Beklagten beauftragte Streithelferin hätte vor der Ausführung der Arbeiten prüfen müssen, wie der Fußbodenunterbau beschaffen ist. Dieser Prüfpflicht ist die Streithelferin nicht in ausreichendem Maße nachgekommen. Die Beklagte muss sich die Pflichtverletzung der Streithelferin, derer sie sich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten bedient hat, zurechnen lassen (§ 278 BGB).

72
Der Werkunternehmer wird von der Mängelhaftung frei, wenn er bei gebotener Prüfung die Fehlerhaftigkeit bzw. Ungeeignetheit einer Leistungsbeschreibung, einer verbindlichen Anordnung des Auftraggebers, vorgeschriebener Stoffe oder Bauteile oder einer Vorleistung nicht erkennen konnte (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. Teil 5 Rdnr. 72). Da es sich um Aufklärungspflichten handelt, gelten insoweit die dazu entwickelten Grundsätze. Diese Prüfpflichten gelten nicht nur für einen VOB/B-Vertrag, sondern auch für einen Werkvertrag, der nach den BGB-Vorschriften zu beurteilen ist.

73
Zwar war die Streithelferin zur Abklärung des Untergrundes nicht zu einer zerstörenden Prüfung durch eine Bohrkernentnahme verpflichtet. Der erkennende Senat schließt sich der Rechtsprechung des OLG Oldenburg an, wonach es zur Erfüllung der Prüfpflicht einer Bohrkernentnahme nicht bedarf (OLG Oldenburg, Urteil vom 01.09.2020 – 2 U 43/20 – Juris). Zu einer solchen zerstörenden Prüfung, die der von der Klägerin beauftragte Privatgutachter vorgenommen hat, ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet.

74
Die Streithelferin hätte jedoch vor Ausführung der Arbeiten Erkundigungen über die Beschaffenheit des Fußbodenaufbaus einholen müssen. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Die Feuchtigkeitsmessungen mit einem elektronischen Gerät reichten zur Erfüllung der Prüfpflicht nicht aus. Diese Feststellungen beruht auf dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen B. im selbständigen Beweisverfahren, auf den Ausführungen des Sachverständigen B. bei seiner Anhörung im selbständigen Beweisverfahren am 12.11.2020 und auf den Angaben, die der Sachverständige B. bei seiner Anhörung durch den Senat im Termin vom 13.07.2023 gemacht hat.

75
Dem schriftlichen Gutachten zufolge hätte der Bodenverleger sich vor der Verlegung über das Vorhandensein einer entsprechenden Sperrschicht informieren müssen, da es sich hier um einen nicht unterkellerten Verlegebereich handelte (Gutachten B., Seite 19).

76
Diese Aussage hat der Sachverständige B. bei seiner mündlichen Anhörung im selbständigen Beweisverfahren bestätigt und näher erläutert. Der Sachverständige hat ausgeführt:

„Aus Sicht des Fußbodenlegers – mein Gewerbe – ist zu sagen, dass, wenn ich in ein solches Haus komme, muss ich Aufklärung betreiben, wie der Fußbodenaufbau ist. Wenn ich sehe, dass es sich um ein erdberührtes Gebäude handelt, muss ich nachfragen, welche Dichtung eingebracht ist. Wenn mir dazu keine Angaben gemacht werden können, muss ich selbst aufklären. Diese Aussagen treffe ich als in unserem Gewerbe üblich. Das entspricht auch den Ausführungen im DKB-Merkblatt Nr. 8.“

77
Auf Frage des Gerichts hat der Sachverständige weiter erklärt:

„Es kommt also nicht darauf an, ob der Streithelfer seine eigene Feuchtigkeitsmessung vor dem Verlegen richtig durchgeführt hat, sondern darauf, ob er den Umstand außer Acht gelassen hat, dass dann noch Feuchtigkeit nachziehen kann“.

78
Auf Frage von Rechtsanwalt K2. hat der Sachverständige weiter ausgeführt:

„Das Problem bei der vom Streithelfer durchgeführten Messung ist, dass er eben nur an der Oberfläche misst; wenn die durch Luftzug etwa gerade hinreichend trocken ist, dann misst er einen Wert, mit dem er eigentlich nichts anfangen kann. Er muss versuchen, Informationen zum Aufbau des Estrichs zu bekommen und wenn er sie nicht bekommt, muss er Bedenken anmelden“.

79
Ergänzend hierzu hat der Sachverständige B. bei seiner Anhörung durch den Senat im Termin vom 13.07.2023 erklärt, dass nach den einschlägigen DIN-Normen der Bodenleger bei erdberührenden Fußbodenkonstruktionen den Auftraggeber danach befragen müsse, ob der Boden normgerecht abgedichtet sei. Hintergrund sei, dass mit den Geräten, die der Bodenleger nutze, bei normaler Prüfung nicht festgestellt werden könne, ob eine Abdichtung vorhanden ist. Die Prüfpflicht des Bodenlegers höre bei der Folie auf. Damit sei die Schrenzlage gemeint, also die Abdichtung über der Dämmung und unter dem Estrich.

80
Eine weitere Möglichkeit, den Boden ohne zerstörende Prüfung nach aufsteigender Feuchtigkeit zu prüfen, sei es, eine Folie mit einer Dicke von 0,5 mm auf einer Fläche von 1 qm des Bodens aufzukleben und ca. 2-3, bis 4 Tage zuzuwarten. Wenn aufsteigende Feuchtigkeit vorhanden sei, werde sie an der Folie kondensieren und könne dadurch erkannt werden.

81
Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen des Sachverständigen B. im schriftlichen Gutachten, bei seiner mündlichen Anhörung im selbständigen Beweisverfahren und seiner Anhörung durch den Senat Bezug genommen.

82
Der Senat schließt sich den Ausführungen des Sachverständigen B. in vollem Umfang an. An der Fachkompetenz des Sachverständigen B., der öffentlich bestellter Sachverständiger für das Parkettlegerhandwerk und Bodenlegergewerbe ist, bestehen keine Zweifel. Das Gutachten des Sachverständigen und dessen mündliche Ausführungen waren in sich schlüssig und für Laien gut nachvollziehbar. Die einschlägigen DIN-Normen und Fachregeln des Bodenlegerhandwerks hat der Sachverständige in seinen Ausführungen genannt und erläutert.

83
Die dem Bodenleger obliegende Erkundigungspflicht nach dem Bodenaufbau hat die Streithelferin im konkreten Fall nicht erfüllt. Dass der Bereich, in dem der Fußboden verlegt werden sollte, nicht unterkellert war, war für den Fußbodenleger erkennbar. Damit bestand nach den Ausführungen des Sachverständigen B. eine Erkundigungspflicht nach dem Bodenaufbau. Die Streithelferin hätte also Erkundigungen nach dem Aufbau des Fußbodens anstellen müssen. Dass dies geschehen ist, haben weder die Beklagte noch die Streithelferin vorgetragen. Die Streithelferin hat zwar Feuchtigkeitsmessungen mit einem elektronischen Gerät ausgeführt. Diese waren aber nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht geeignet, aus dem Boden aufsteigende Feuchtigkeit zu erkennen. Auch die Abdeckung des Bodens mit einer Folie, die zur Erkennung von aufsteigender Feuchtigkeit aus dem Boden geeignet gewesen wäre, wurde nicht durchgeführt. Demzufolge hat die Streithelferin ihre Pflicht zur Prüfung des Bodenaufbaus und zur Anmeldung von Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung verletzt.

c) Mitverantwortlichkeit der Klägerin:

84
Das Landgericht hat zu Recht eine quotale Mithaftung der Klägerin verneint. Auf die Ausführungen auf Seite 9 der Urteilsgründe, denen der Senat beitritt, wird Bezug genommen. Ergänzend ist im Hinblick auf das

Berufungsvorbringen auszuführen: Eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin, weil sie weder die Beklagte noch die Streithelferin darüber informiert hat, dass Teile des Hauses älteren Datums und nicht unterkellert waren (§ 254 Abs. 1 BGB) sieht der Senat nicht. Die Streithelferin als Fachunternehmen hätte insoweit die Initiative ergreifen müssen und zu der Frage des Fußbodenaufbaus von sich aus Erkundigungen bei der Klägerin einholen müssen. Dass das Haus in dem Bereich, in dem die Verlegearbeiten durchgeführt werden sollten, nicht unterkellert war, konnte und mußte die Streithelferin in Ausführung ihrer Prüfungspflicht erkennen. Die Klägerin war, was Bodenverlegearbeiten betrifft, nicht fachkundig. Bei dem bisherigen Terrazzoboden, der feuchtigkeitsdurchlässig ist, sind Probleme nicht aufgetreten. Es bestand daher für die Klägerin kein konkreter Anlass, von sich aus auf den Fußbodenaufbau hinzuweisen. Es war vielmehr die Aufgabe des Fußbodenverlegers, die Initiative zu ergreifen und bei der Klägerin Erkundigungen nach dem Fußbodenaufbau anzustellen. Die Klägerin war mangels konkreter Anhaltspunkte in der Vergangenheit nicht verpflichtet, von sich aus auf den Aufbau des Fußbodens hinzuweisen.

d) Sowiesokosten

85
Das Landgericht ist den Ausführungen des Sachverständigen gefolgt, wonach der von ihm vorgeschlagene Sanierungsweg Sowiesokosten nicht beinhalte (LGU Seite 9 unter Ziffer 6.). Demgegenüber meint die Berufung, um Sowiesokosten handele es sich bei sämtlichen Kosten, die im Rahmen der Mangelbeseitigung angefallen seien, um die fehlende Abdichtung gegen Bodenfeuchtigkeit herzustellen.

86
Auf die Frage, ob und ggf. inwieweit es sich bei den vom Sachverständigen B. in seinem schriftlichen Gutachten auf der Grundlage des damaligen Gutachtensauftrages ermittelten Kosten um Sowieso-Kosten handelt, kommt es nicht mehr an, denn die ursprünglich auf Kostenvorschuss gerichtete Klage wurde zwischenzeitlich auf Erstattung der tatsächlich entstandenen Kosten umgestellt. Nach der Antragsumstellung auf die tatsächlich entstandenen Kosten kommt es nur noch darauf an, ob und ggf. in welchem Umfang es sich bei diesen geltend gemachten Kosten um Sowieso-Kosten handelt. Diese Frage ist dem Betragsverfahren vorzubehalten und nicht im Verfahren über den Grund des Anspruchs, der Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, zu klären.

e) Entgangener Gewinn

87
Der Auffassung der Berufung, der entgangene Gewinn gehöre nicht zu dem nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schaden, kann nicht gefolgt werden. Hinsichtlich der Mangelfolgeschäden (entgangener Gewinn während der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten) wird ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 283 BGB), der eine Pflichtverletzung und ein Verschulden voraussetzt. Die Pflichtverletzung beim Werkvertrag besteht in der Verschaffung des mangelhaften Werks (Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 280 BGB Rdnr. 19). Das Verschulden wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet; der Unternehmer muss sich entlasten. Den ihr obliegenden Entlastungsbeweis hat die Beklagte nicht geführt. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme hat die Streithelferin ihre Pflicht zur Erkundigung nach dem Bodenaufbau und ihre Pflicht zur Anmeldung von Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung fahrlässig verletzt (§ 276 Abs. 1 BGB). Dass der Schaden auch bei Einhaltung der vom Sachverständigen B. geschilderten anerkannten Regeln der Technik eingetreten wäre, ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Das Verschulden der von der Beklagten mit den Bodenverlegearbeiten beauftragten Streithelferin muss sich die Beklagte zurechnen lassen (§ 278 Abs. 1 BGB). Somit besteht auch hinsichtlich der geltend gemachten Mangelfolgeschäden dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, der neben dem Nacherfüllungsanspruch auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten geltend gemacht werden kann. Die Klägerin macht, soweit sie entgangenen Gewinn verlangt, Schadensersatz neben der Leistung geltend. Der neben den Anspruch auf Nacherfüllung tretende Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB erfasst alle Schäden, die durch die Pflichtverletzung endgültig entstanden sind und durch Nachbesserung nicht beseitigt werden können (Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 280 Rdnr. 18). Dazu gehört auch ein während der Nachbesserungsarbeiten entstandener entgangener Gewinn. Der Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB wurde, da die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach vorliegen, somit dem Grunde nach zu Recht für gerechtfertigt erklärt. In welcher Höhe ein Anspruch auf Ersatz von entgangenem Gewinn während der Geschäftsschließung besteht, wird im Betragsverfahren zu prüfen sein.

88
Aus diesen Gründen war die Berufung gegen das Grund- und Teilurteil als unbegründet zurückzuweisen.

V.

89
Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. § 97 ZPO greift ein, wenn die Berufung gegen ein Grundurteil nach § 304 ZPO erfolglos blieb. Es ist daher nicht zulässig, die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens dem Schlussurteil über das Betragsverfahren zu überlassen (Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 97 ZPO Rdnr. 2).

90
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

91
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Die für die Entscheidung relevanten Rechtsfragen sind durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt.

Verkündet am 24.08.2023