OLG Bamberg, Hinweisbeschluss v. 14.02.2023 – 12 U 25/22

Titel:

Mängelbeseitigungsvorschuss, Planungsverschulden, Beweislastverteilung, Vorteilsausgleichung, Sachverständigengutachten, Mitverschulden

Schlagworte:

Mängelbeseitigungsvorschuss, Planungsverschulden, Beweislastverteilung, Vorteilsausgleichung, Sachverständigengutachten, Mitverschulden

Vorinstanz:

LG Coburg, Endurteil vom 22.02.2022 – 22 O 657/18

Rechtsmittelinstanzen:

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

BGH, Beschluss vom 21.05.2025 – VII ZR 130/23

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Coburg vom 22.02.2022 (Az.: 22 O 657/18) einstimmig gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert des Berufungsverfahrens auf 30.026,14 € festzusetzen.

2. Die Beklagte erhält Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15.03.2023.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Parteien streiten um Mängelbeseitigungskosten in Form eines Vorschussanspruchs für eine Treppenanlage an der Kirche in X..

2
Die Treppenanlage der St. … Kirche in X. wurde aufgrund des Bauvertrages vom 26.11./27.11.2008, dem ein Angebot vom 07.11.2008 zugrunde lag (Anlage K 1 und K 2), von der Beklagten umfassend saniert. In dem von der Klägerin vorgegebenen Leistungsverzeichnis wurden Winkelstufen aus Fließbeton des Fabrikats 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 bei einer Neuverlegung die gleichen Probleme wie nach dem erstmaligen Einbau zu erwarten seien, 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 Leistungen 721,14 € in Rechnung stellte.

6
Die Klägerin hat in erster Instanz vorgetragen:

7

Auch nach der Nachbesserung bestünden Mängel an der Kirchentreppe, zu deren Sanierung ein Betrag von 24.000,00 € benötigt werde. Der Klägerin stehe gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB ein Vorschussanspruch zu. Insbesondere lägen die Voraussetzungen für das Selbstvornahmerecht mit Aufwendungsersatzanspruch vor, da der Beklagten 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 Klägerin hat in erster Instanz 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 Sankt …, X., 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

9
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

10
Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.

11
Die Beklagte hat in erster Instanz vorgetragen:

12
Die vorhandenen Risse stellten keine juristisch relevanten Mängel dar und diese hätten sich durch Kalkablagerungen inzwischen geschlossen. Die Risse seien überwiegend unter 0,2 mm breit. Durchrisse bestünden nicht. Soweit tatsächlich Durchrisse vorliegen sollten, seien diese nicht ausschließbar auf die Klopfprobe des gerichtlichen Sachverständigen zurückzuführen.

13
Zudem hat die Beklagte vorgetragen, dass die Risse aufgrund fehlender Drainmatten und seitlichem Schutz vor Wasser auch ohne die von der Klägerin gerügten Verarbeitungsfehler aufgetreten wären.

14
Die Ausschreibung enthalte keine Leistungen zum Schutz der Treppenanlage gegen Wassereintritt 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.

15
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.

16
Die Abhilfemöglichkeit durch die Drainmatten sei von der Klägerin als Nachtrag abgelehnt worden. Da der Nachtrag von der Klägerin abgelehnt worden sei und die Bedenken der Beklagten gegen das zu verwendende Material nicht gehört worden seien, bestehe keine Grundlage für eine Haftung der Beklagten.

17
Das der Klägerin anzurechnende Planungsverschulden verdränge ein etwaiges noch in Betracht kommendes Ausführungsverschulden. Bei Verlegung und/oder seitlichem Schutz vor eindringendem Wasser sei ein partiell fehlendes Gefälle oder die Herstellung mit drei statt zwei Mörtelauflagen vollständig zu vernachlässigen. Die Kosten für die Drainmatten seien Sowieso-Kosten, die die Klägerin zu tragen habe.

18
Die Klägerin habe trotz der bestehenden und bestätigten konstruktiven und planerischen Mängel in ihren Vorgaben diese bis heute nicht angepasst. Bevor eine Mängelbeseitigung vorgenommen werden könne, schulde die Klägerin der Beklagten zunächst einmal eine fachgerechte umsetzbare Planung. Allein aus diesem Grund könne der Anspruch der Klägerin nicht in Höhe der vom Sachverständigen taxierten Beträge ausfallen.

19
Die Klägerin müsse sich zudem im Verhältnis zur Beklagten ein Planungsverschulden der von ihr mit der Planung beauftragten Architekten gemäß §§ 254 Abs. 1, Abs. 2, 278 Abs. 1 BGB als Mitverschulden zurechnen lassen.

20
Zudem seien die angesetzten Mängelbeseitigungskosten völlig überzogen.

21
Unter dem Aktenzeichen 11 OH 10/16 wurde beim Landgericht Coburg auf Antrag der Klägerin vom 09.06.2016 ein selbständiges Beweisverfahren zur Frage der Mangelhaftigkeit der Treppe durchgeführt. Auf die schriftlichen Gutachten und Ergänzungsgutachten vom 20.07.2017, 11.12.2017 und 05.06.2018 des Sachverständigen A. wird Bezug genommen.

22
Der Sachverständige A. hat sein Gutachtensergebnis im Rahmen eines Ortstermins am 28.02.2020 erläutert. Auf das Protokoll des Ortstermins wird Bezug genommen (Blatt 111 ff. d.A.).

23
Mit schriftlichem Gutachten vom 16.09.2020 (Blatt 186 d.A.) hat der Sachverständige A. zu weiteren Fragen Stellung genommen und sein Beweisergebnis im Termin vom 29.09.2020 (Blatt 193 d.A.) erläutert.

24
Zuletzt hat der Sachverständige zu ergänzenden Fragen der Beklagten mit schriftlichem Gutachten vom 29.06.2021 (Blatt 250 ff. d.A.) Stellung genommen.

25
Hinsichtlich des jeweiligen Beweisergebnisses wird auf die schriftlichen Gutachten sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

26
Mit dem am 22.02.2022 verkündeten Endurteil hat das Landgericht der Klage überwiegend stattgegeben. Die Beklagte wurde verurteilt an die Klägerin einen Mängelbeseitigungsvorschuss in Höhe von 23.305,00 € nebst Zinsen zu bezahlen. Dem Feststellungsantrag und dem Antrag auf Ersatz der vorgerichtlichen Sachverständigenkosten von 721,14 € nebst Zinsen hat das Landgericht ebenfalls stattgegeben. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.

27
Auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen.

III.

28
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer zulässigen Berufung, mit der sie die Abänderung der angefochtenen Entscheidung und die Abweisung der Klage erstrebt.

29
Die Berufung wird im Wesentlichen begründet wie folgt.

1. Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

30

Der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch der Treppe seit Errichtung der Treppenanlage im Jahr 2009, mithin seit nunmehr 13 Jahren, sei in keinster Weise beeinträchtigt. Das Landgericht habe daher die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung bestätigen müssen.

2. Fehlende Fälligkeit des klägerischen Anspruchs:

31
Bevor eine Mängelbeseitigung vorgenommen werden könne, schulde die Klägerin der Beklagten zunächst eine fachgerechte umsetzbare Planung. Die Klägerin habe trotz der bestehenden konstruktiven und planerischen Mängel an ihren Vorgaben diese bis heute nicht angepasst. Solange die Klägerin nicht planerisch nachweise, dass die von ihr vorgeschriebenen Betonstufen in 3 cm Stärke für den vorgeschriebenen Einsatzzweck vor Ort geeignet seien, schulde die Beklagte keine Mängelbeseitigung.

3. Kein Mitverschuldenseinwand wegen nicht rechtzeitigem Bedenkenhinweis

32
In Anbetracht dessen, dass das Gericht keine durchgerissenen Treppenstufen festgestellt habe und dass festgestellte Risse aufgrund von Kalkablagerungen wieder versintert seien, gebe es keinen entscheidungserheblichen Mangel. Wenn aber die Beklagte nach den Feststellungen des erkennenden Gerichts keine durchgerissenen Stufen zu vertreten habe, komme eine alleinige Haftung neben der des Planers nicht mehr in Betracht.

4. Planungsverschulden Klägerin

33
Aufgrund des evidenten Planungsverschuldens der Klägerin entfalle eine etwaige Mithaftung der Beklagten.

5. Unzutreffende Beweislastverteilung

34
Solange die Klägerin, die Mängel behaupte und Vorschuss beanspruche, nicht nachgewiesen habe, dass durchgerissene Platten vorliegen, die die Beklagte zudem zu vertreten habe, habe das Gericht der Klägerin nichts zusprechen dürfen.

6. Fehlende fachliche Geeignetheit

35
Die Beklagte wendet sich gegen die Feststellung des Landgerichts, wonach es sich bei dem gerichtlichen Sachverständigen A. um einen als gerichtsbekannt zuverlässigen und fachkundigen Gutachter handele, der auf die jeweiligen Nachfragen der Beklagten jeweils überzeugend geantwortet habe. Erst auf Vorhalt der Ergebnisse des Privatsachverständigen B. habe der gerichtliche Sachverständige A. eingeräumt, dass Risse mit einer geringen Nennweite kein Wasser transportieren und durch Kalkablagerung versintern können, mithin keinen rechtserheblichen Mangel darstellten.

7. Verletzung der Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 GG

36
Die Berufung rügt, dass das Landgericht sich in den Entscheidungsgründen nicht mit dem Sachverständigengutachten B. vom 25.08.2017 (Anlage AG 5) auseinandergesetzt habe und prozessual dessen Einvernahme unberechtigterweise ausgelassen habe. Dies verstoße gegen das rechtliche Gehör.

8. Vorteilsausgleichung

37
Die Berufung wendet sich gegen die Ausführungen des Landgerichts zur Vorteilsausgleichung auf Seite 15 unten der angefochtenen Entscheidung. Wenn bei einer Außentreppe dem Auftraggeber nach ca. 15 Jahren ein neuer Aufbau der Auflager zugesprochen werde, habe dieser gerade unter Berücksichtigung der weiterhin offenen Seiten und des weiterhin viel zu dünnen Materials der Trittstufen einen erheblichen Vorteil, der auszugleichen sei.

38
Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Auf die Ausführungen in der Berufungserwiderung vom 04.07.2022 wird Bezug genommen.

IV.

39
Die Berufung ist zulässig (§§ 511 ff. ZPO), in der Sache jedoch nicht begründet.

40
Auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung, denen der Senat beitritt, wird Bezug genommen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen ist ergänzend auszuführen:

1. Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung:

41
Nach der von der Berufung zitierten Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 06.12.2001 – VII ZR 241/00 – Juris, Leitsatz 2b) und Rdnr. 40 ff.) gelten bezüglich der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung folgende Grundsätze:

„Eine Nachbesserung ist unverhältnismäßig, wenn der mit der Nachbesserung erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwandes steht (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 367 = BauR 1973, 112 = NJW 1973, 130; Urteil vom 4. Juli 1996 – VII ZR 24/95, BauR 1996, 858 = ZfBR 1996, 313; Urteil vom 24. April 1997 – VII ZR 110/86, BauR 1997, 638 = ZfBR 1997, 249). Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung mit Rücksicht auf das objektive Interesse des Bestellers an der ordnungsgemäßen Erfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist (BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 – VII ZR 24/95, BauR 1996, 858 = ZfBR 1996, 313 m.w.N.).

Eine Unverhältnismäßigkeit liegt danach in aller Regel nur vor, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller hingegen objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Nachbesserung nicht verweigern.

Dieses Verständnis der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung ergibt sich aus der Risikoverteilung des Werkvertrages. Der Unternehmer trägt grundsätzlich das Erfüllungsrisiko für die versprochene Leistung, und zwar ohne Rücksicht auf den dafür erforderlichen Aufwand. Er kann dagegen nicht einwenden, dieser sei höher oder unverhältnismäßig höher als der vereinbarte Preis. Vielmehr ist er grundsätzlich zu jedem erforderlichen Aufwand verpflichtet. Diese Risikoverteilung wird nicht dadurch verändert, daß der Unternehmer mangelhaft leistet (BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 – VII ZR 24/95, BauR 1996, 858 = ZfBR 1996, 313). Der Maßstab für das objektive Interesse des Bestellers an der ordnungsgemäßen Erfüllung ist der vertraglich vereinbarte oder der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch des Werkes“.

42
Im vorliegenden Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beseitigung der Mängel einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 13 Abs. 6 VOB/B). Zwar wird die Treppe seit deren Errichtung im Jahr 2008, also seit nunmehr 15 Jahren genutzt. Es ist auch richtig, dass von einer Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes dann gesprochen wird, wenn die Mängel die Gebrauchsfähigkeit so gut wie nicht beeinträchtigen („Schönheitsfehler“ oder optische Mängel) und auch nur mit erheblichen Kosten beseitigt werden können (Ingenstau/Korbion, VOB/B, 22. Aufl., § 13 Abs. 6 VOB/B Rdnr. 42 mwN).

43
Es handelt sich hier jedoch nicht lediglich um Schönheitsfehler bzw. optische Mängel. Die fehlerhafte Ausführung der Mörtelauflagen (drei statt zwei Auflagen, die nicht streifenförmig, sondern zu breit ausgeführt wurden), die Verlegung der Stufen im Gegengefälle mit der Folge, dass sich Wasser ansammelt, und die Verfüllung der Stoßfugen mit elastischer Fugenmasse sind Mängel, die sich nach den Feststellungen des Sachverständigen auf die Lebensdauer und damit auf die Gebrauchsfähigkeit der Treppe auswirken. Ausweislich der Feststellungen des Landgerichts hat der Sachverständige A. infolge der fehlerhaften Verlegung der Winkelstufen und der Verlegung im Gegengefälle eine anhaltende Unterfeuchtung und Befeuchtung der Belagstufen festgestellt, was einen schnelleren Zerfall des Mörtelbettes zumindest fördere und vor allem bei Temperaturschwankungen, die im Außenbereich

zwangsläufig vorliegen, ein erhöhtes Rissrisiko mit sich bringe. Darüber hinaus erzeuge die Verfugung der Stoßfuge mit dauerelastischem Material anstelle mit Zementmörtel eine sog. „Wartungsfuge“, die wenig dauerhaft sei (LGU Seite 7 und 8).

44
Bereits im Erstgutachten im selbständigen Beweisverfahren vom 20.07.2017 hat der Sachverständige A. ausgeführt, dass

− aufgrund des zu erwartenden zunehmenden Zerfalls der Auflagemörtelstreifen durch Frosteinwirkung und damit des Zerfalls der Lastabtragungselemente einerseits und des

− Schadenspotentials an den Winkelstufen selbst aus der mehrfach nicht zwängungsfreien Lagerung im Zusammenhang mit den über die gesamte Nutzungsdauer bestehenden thermischen Belastungen und Wasserbelastungen im jahreszeitlichen Wechsel (frei bewitterte Treppe) – Wasseraustritt, Frostschäden, Ausblühungen, übermäßige Verwitterung ein bautechnischer Gebrauchstauglichkeitsmangel vorliege. Dieser sei auch mitursächlich für die oben dargestellte optische Mangelhaftigkeit.

45
Dies hat der Sachverständige in seinen weiteren Gutachten nochmals bestätigt. Der Sachverständige A. hat auf Seite 8 seines Gutachtens vom 16.09.2020 (Blatt 193 d.A.) hierzu festgestellt, dass die Mörtelauflagen auf Untergrund im Gegengefälle ein erhöhtes Frost- und Verschleißrisiko mit sich bringen. Der nicht zwängungsfreie Unterbau erhöhe die Gefahr von Rissbildungen. Die Verfüllung der Stoßfuge mit dauerelastischem Material erzeuge eine sog. Wartungsfuge, die wenig dauerhaft sei (Gutachten vom 16.09.2020, Blatt 10 = Blatt1 195 d.A.).

46
In Anbetracht dessen, dass die festgestellten Mängel nicht nur die Optik der Treppe beeinträchtigen, sondern sich auch auf die Lebensdauer und Gebrauchstauglichkeit der Treppe auswirken (vgl. Seiten 43 und 47 des Gutachtens A. vom 20.07.2017), hat die Klägerin ein objektiv berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung. Von einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung kann daher nicht ausgegangen werden. Es liegt hier eben nicht nur ein optischer Mangel vor, vielmehr ist auch die Gebrauchstauglichkeit, insbesondere die Lebensdauer der Treppe beeinträchtigt.

2. Fehlende Fälligkeit des klägerischen Anspruchs

47
Die Rüge der Berufung, die Klägerin schulde zunächst eine ordnungsgemäße Planung für den Wiederaufbau einer mangelfreien Treppenanlage, kann nicht gefolgt werden. In dem ersten, im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten hat der Sachverständige auf die Frage, ob es sich um einen planerischen oder handwerklichen Fehler handelt, ausgeführt, dass ein handwerklicher (Ausführungs-) Fehler vorliege und hierzu auf die Ausführungen unter Ziffer 10 verwiesen (vgl. Gutachten vom 20.07.2017, Seite 49, und Seite 42 ff.).

48
Im Ergänzungsgutachten vom 29.06.2021 (Blatt 250 ff.) hat der Sachverständige A. festgestellt, dass eine von der Regeldicke abweichende Dicke der Trittplatten der Stufen vorliege. Der ausführungsbedingt fehlende seitliche Schutz der Treppenstufen könne die Sichtbarkeit von Rissen fördern, eine Verursachung von Rissbildungen könne aus der Gesamtsituation aufgrund der Lage der entstandenen Rissbildungen aber nicht abgeleitet werden (Seite 12 des Ergänzungsgutachtens vom 29.06.2021 = Blatt 261 d.A.).

49
Diese allenfalls in Betracht kommenden Planungsfehler waren jedoch nach den Feststellungen des Landgerichts nicht kausal für die hier in Betracht kommenden Schäden. Kausal hierfür waren die Verlegefehler der Beklagten, nämlich:

− die fehlerhafte, nicht zwängungsfreie Verlegung auf drei zu breiten Mörtelstreifen,

− die Verlegung in Gegengefälle mit der Folge von Wasseransammlungen und Durchfeuchtung der Stufen und

− die Ausführung der Stoßfuge mit dauerelastischem Material anstelle mit Zementmörtel.

50
Die nach den DIN-Normen bei Errichtung des Werkes vorgeschriebene Mindestdicke der Stufen wurde bereits vor der ersten Nachbesserung aufgehoben. Der fehlende seitliche Schutz vor Wasser- und Schmutzeintrag war nach den Ausführungen des Sachverständigen für die Gesamtsituation nicht relevant (LGU Seite 13).

51
Allenfalls vorliegende Planungsfehler sind daher nicht kausal für die hier geltend gemachten Schäden.

52
Einer erneuten Planung für die Neuerrichtung der Treppe bedarf es nicht, da die ursprüngliche Planung nicht fehlerhaft war bzw. etwaige Planungsfehler (Mindestdicke Stufen, fehlender seitlicher Schutz) jedenfalls nicht kausal für die hier eingetretenen Schäden waren.

3. Kein Mitverschuldenseinwand wegen nicht rechtzeitigem Bedenkenhinweis

53
Der Argumentation der Berufung, das Landgericht vermenge die Folgen nicht oder nicht rechtzeitig angemeldeter Bedenken und die Frage nach dem Mitverschulden des Auftraggebers aufgrund von Planungsmängeln, kann nicht gefolgt werden.

54
Richtig ist, dass das Landgericht diese beiden Fragen unter einem Punkt, hier unter Ziffer 5. der angefochtenen Entscheidung (LGU Seite 12 ff.) behandelt hat. Nicht gefolgt werden kann der Berufung jedoch darin, dass das Landgericht diese Fragen in unzulässiger Weise miteinander vermengt.

55
In der Sache hat das Landgericht die Fragen der Bedenkenmeldung und des Mitverschuldens durchaus auseinandergehalten, indem es zunächst ausführt, dass die Beklagte eine hinreichende Bedenkenanmeldung nicht habe beweisen können, so dass eine Haftungsbefreiung gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B nicht in Betracht komme.

56
Sodann erörtert das Landgericht die Frage eines Mitverschuldens der Klägerin im Rahmen der Ausschreibung und Planung (§ 254 BGB) und kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass, selbst wenn man einen Planungsfehler durch Ausschreibung zu dünner Platten und durch fehlende seitliche Abdichtung unterstellen würde, dieser für die hier eingetretenen Schäden nicht kausal geworden sei. Kausal für die Schäden seien die Verlegefehler der Beklagten.

57
Dies entspricht den Ergebnissen der eingeholten gerichtlichen Gutachten.

4. Planungsverschulden Klägerin:

58
Die Berufung macht geltend, dass aufgrund des evidenten Planungsverschuldens der Klägerin eine etwaige Mithaftung der Beklagten entfalle.

59
Dem kann nicht gefolgt werden. Ein für die hier aufgetretenen Mängel relevantes Planungsverschulden der Klägerin hat das Landgericht zu Recht verneint. Kausal für die hier aufgetretenen Mängel der Gebrauchstauglichkeit waren Verlegefehler der Beklagten, nicht etwa zu dünne Trittplatten oder ein fehlender seitlicher Schutz der Stufen. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen.

60
Die Ausführungen der Berufung, der Sachverständige habe nie geprüft, ob bei der streitgegenständlichen Treppenanlage erhebliche Risse vorliegen oder nicht, können nicht nachvollzogen werden. Der Sachverständige hat bereits im ersten Gutachten im Beweissicherungsverfahren im Rahmen des Punktes „Örtliche Feststellungen“ eine umfangreiche fotografische und schriftliche Dokumentation der Risse durchgeführt (Gutachten vom 20.07.2017, Seiten 10- 32). Der Sachverständige hat darüber hinaus im Rahmen der Erörterung der „Bautechnischen Anknüpfungen“ umfangreiche Ausführungen zur Bewertung

der vorgefundenen Risse aus bautechnischer Sicht gemacht (Seiten 33-38 des Gutachtens vom 20.07.2017). Weiter hat der Sachverständige sodann die Verlegegrundsätze im Einzelnen erläutert (Seite 39-42 des Gutachtens vom 20.07.2017). Schließlich hat der Sachverständige eine Bewertung des Geltungswertes und des Gebrauchswertes der Stufen aus technischer Sicht vorgenommen (Seite 42 -47 des ersten Gutachtens).

61
Seine Ausführungen im Erstgutachten hat er in den weiteren Ergänzungsgutachten vertieft und auf Nachfragen der Parteien erläutert.

62
Bei einem weiteren Ortstermin am 11.08.2020 hat der Sachverständige die Treppenstufen in Augenschein genommen und durch Klopfprobe untersucht, um festzustellen, ob die Stufen durchgerissen sind. Auf das Protokoll vom 29.09.2020 wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

63
In Anbetracht der fundierten und nachvollziehbaren Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen erscheint es ungerechtfertigt, dem Sachverständigen fehlende Sachkenntnis zu unterstellen.

64
Nicht die fehlende Biegezugfestigkeit des Stufenbelages, sondern die oben beschriebene fehlerhafte Verlegung der Stufe durch die Beklagte war im konkreten Fall schadensursächlich. Die Berufung zitiert auf Seite 4 der Berufungsbegründung selbst die einschlägige Vorschrift in der VOB/C, wonach die Stufen spannungsfrei zu verlegen sind, was bedeutet, dass sie auf zwei Mörtelquerstreifen (in Laufrichtung) verlegt werden müssen. Das ist hier nicht geschehen. Die Stufen wurden auf drei zu breiten Mörtelauflagen verlegt, so dass die Verlegung nicht zwängungsfrei war mit der Folge, dass Spannungsrisse auftreten. Einer Überprüfung der Biegezugsfestigkeit der Trittplatten bedurfte es, da hier Verlegefehler vorliegen, nicht.

5. Unzutreffende Beweislastverteilung:

65
Die Berufung meint, das Gericht erster Instanz habe der Beklagten rechtsfehlerhaft die Verantwortung für durchgehende Risse und die Folgen für deren Ersatz angelastet, obwohl die Begutachtung solche bislang nicht ergeben habe. Solange die Klägerin, die Mängel behaupte und Vorschuss beanspruche, nicht nachgewiesen habe, dass durchgerissene Platten vorliegen, die zudem die Beklagte zu vertreten habe, habe das Gericht der Beklagten nichts zusprechen dürfen.

66
Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Werkleistung nicht verkannt. Davon, dass diese bei der Klägerin liegt, ist das Landgericht bei seinen Ausführungen zutreffend ausgegangen. Die Klägerin hat mit dem Gutachten des Sachverständigen A. den ihr obliegenden Beweis, dass die Werkleistung der Beklagten mangelhaft war, geführt. Auf die obigen Ausführungen zur fehlerhaften Verarbeitung wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

67
Die aufgetretenen feinen Haarrisse hat das Landgericht von vornherein nicht als Mangel angesehen (LGU Seite 9). Davon, dass Stufen durchgerissen sind, ist das Landgericht in den Urteilsgründen nicht ausgegangen und hat der Klägerin daher, was die Kosten für einen Austausch der Stufen angeht, keinen Vorschuss für Mängelbeseitigung zugesprochen. Das Landgericht hat ausgeführt, dass die infolge der mangelhaften Verarbeitung aufgetretenen Risse nur insoweit einen Mangel darstellen, als Durchrisse vorliegen. Dass die Stufen durchgerissen sind, konnte der Sachverständige A. aufgrund der äußeren Besichtigung der Stufen und der durchgeführten Klopfprobe nicht feststellen. Daher ist das Landgericht aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen nicht von Durchrissen ausgegangen. Das Landgericht hat daher den Austausch der Stufen, der nur bei durchgerissenen Stufen erforderlich ist, von den zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten ausgenommen. Auf die Ausführungen des Landgerichts auf Seite 15 der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Ein Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten betreffend den Austausch durchgerissener Stufen wurde vom Landgericht nicht ausgeurteilt.

6. Fehlende fachliche Geeignetheit

68

Die Berufung rügt, das Landgericht habe den Sachverständigen A. zu Unrecht als zuverlässigen und fachkundigen Gutachter angesehen. Es wird beanstandet, dass der gerichtliche Gutachter eine unzulässige branchenuntypische Hammerschlagmethode angewendet habe. Es sei unzulässig, der Beklagten künftige Mängelbeseitigungskosten aufzuerlegen für den Fall, dass sich beim Ausbau der Stufen herausstellen sollte, dass Stufen durchgerissen sind.

69
Dem kann nicht gefolgt werden. Die Angriffe gegen die Sachkunde des Sachverständigen A., der von der Industrie- und Handelskammer für Oberfranken … öffentlich bestellt und vereidigt ist, sind nicht berechtigt. Der Gutachter hat eine sorgfältige Bestandsaufnahme vor Ort durchgeführt. Er hat seine vor Ort getroffenen Feststellungen im Gutachten fotografisch und schriftlich sorgfältig dokumentiert. Seine Ausführungen sind nachvollziehbar begründet und mit fachlichen Quellen belegt. Die zugrundeliegenden technischen Normen hat der Sachverständigen in seinem Gutachten genannt und erläutert. Die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen sind auch für bautechnische Laien sehr gut nachvollziehbar.

70
Die Frage, ob die Klopfprobe normgerecht sei, hat der Sachverständige beim Termin vom 29.09.2020 dahingehend beantwortet, dass ihm keine Norm diesbezüglich bekannt sei. Es handele sich um eine Methodik zur Schadensfeststellung. Anhand der Klopfprobe habe er Indizien für das Vorliegen eines Durchrisses gesammelt (Seite 3 und 4 des Protokolls vom 29.09.2020) = Blatt 195, 196 d.A.). Dass die vom Sachverständigen angewendete Klopfprobe zu Schäden geführt haben könnte, hat das Landgericht in den Entscheidungsgründen zu Recht ausgeschlossen (LGU Seite 10). Der Sachverständige hat in seinem Ergänzungsgutachten vom 29.06.2021 ausgeführt, dass er eine Beschädigung von Trittstufen infolge des Prüfvorganges mit dem Feustel ausschließe (Seite 5 des Ergänzungsgutachtens vom 29.06.2021 = Blatt 254 d.A.).

71
Das Landgericht hat der Beklagten keinen nur möglicherweise entstehenden Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten auferlegt. Weil eine Feststellung, dass die Stufen durchgerissen sind, durch den Sachverständigen nicht getroffen wurde, hat das Landgericht in der Konsequenz der Klägerin keinen Vorschuss für den Austausch der Stufen zugesprochen (LGU Seite 14, 15), der nur dann erforderlich ist, wenn sich beim Ausbau der Stufen herausstellen sollte, dass diese durchgerissen sind. Das Landgericht hat in den Entscheidungsgründen ausdrücklich nur die Mindestvorschusskosten in Höhe der kostengünstigsten Variante zugesprochen. Einen Vorschuss für Kosten, deren Notwendigkeit sich erst bei der Mängelbeseitigung herausstellt, hat das Landgericht ausdrücklich nicht zugesprochen auf die Ausführungen auf Seite 14, letzter Absatz/ Seite 15 oben der Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

72
Hinsichtlich der bei der Mängelbeseitigung möglicherweise künftig entstehenden zusätzlichen Kosten für den Austausch der Stufen hat das Landgericht zu Recht dem unter Ziffer 2. gestellten Feststellungsantrag der Klägerin stattgegeben (LGU Seite 16). Ein Feststellungsantrag ist auch neben einer Vorschussklage zulässig. Der Feststellungsantrag ist sinnvoll und geboten, soweit es um mögliche Schäden und Aufwendungen aufgrund des Mangels oder seine Beseitigung geht, die vom Vorschuss nicht erfasst sind (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Kapitel 2 Rdnr. 419). Sofern sich beim Ausbau der Stufen herausstellen sollte, dass diese durchgerissen sind, kann aufgrund des Feststellungsausspruchs somit ein Vorschuss für den Austausch nachgefordert werden. Dies ist entgegen dem Berufungsvorbringen zulässig.

7. Verletzung der Gewährung rechtlichen Gehörs

73
Die Berufung rügt, dass das Landgericht sich in seiner Entscheidung nicht mit dem Gutachten des Sachverständigen B. vom 25.08.2017 (Anlage AG 5) auseinandergesetzt. Insbesondere habe der Sachverständige B. ausgeführt, dass die Ausführung der Stoßfugen mit dauerelastischem Material keinen Mangel darstelle. Das Landgericht habe die Ausführungen des Sachverständigen B. nicht gewürdigt und prozessual die in erster Instanz beantragte Einvernahme des Sachverständigen als Zeuge unberechtigterweise unterlassen. Die Berufung beantragt, den gerichtlichen Sachverständigen A. zum Termin zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens und Ergänzungsgutachtens zu laden und ihm aufzugeben, insbesondere dazu Stellung zu beziehen, ob er bei seinen Feststellungen bleibt, nachdem er das Gutachten B. gewürdigt hat.

74
Diesem Beweisantrag war nicht nachzukommen. Der BGH hat wiederholt hervorgehoben, dass sich das Gericht mit einem Privatgutachten genau so sorgfältig auseinanderzusetzen hat, als wenn es sich um eine abweichende Stellungnahme eines von ihm bestellten weiteren Gutachters handeln würde. Je nach den Umständen des Einzelfalles hat das Gericht daher – wenn die vorgetragenen Einwendungen gegen das von ihm eingeholte Gutachten nicht von vornherein unbeachtlich erscheinen – die Pflicht, den Sachverhalt weiter aufzuklären, andernfalls verletzt es die Vorschriften der §§ 412, 286 ZPO (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17 Aufl. Kapitel 1 Rdnr. 142 mwN).

75
Dieser Pflicht ist das Gericht vorliegend jedoch nachgekommen. Das Landgericht hat den Sachverständigen A. beauftragt, zu dem Privatgutachten B. Stellung zu nehmen. Der Sachverständige A. hat sich in seinem zweiten Ergänzungsgutachten vom 05.06.2018 mit den seitens des Sachverständigen B. gegen sein Gutachten erhobenen Einwendungen im Einzelnen auseinandergesetzt. Die Thematik betreffend die Ausführung der Stoßfuge mit dauerelastischem Material hat der Sachverständige A. auf Seite 8 seines zweiten Ergänzungsgutachtens behandelt. Auf die Ausführungen auf Seite 8 des zweiten Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen A. wird Bezug genommen.

76
In dem zweiten Ergänzungsgutachten nimmt der Sachverständige A. auch zu den weiteren seitens des Sachverständigen B. erhobenen Einwendungen gegen sein Gutachten Stellung.

77
Dem Beweisantrag auf erneute Vernehmung des Sachverständigen A. war daher nicht nachzugehen, weil der Sachverständige A. zu den gegen sein Gutachten erhobenen Einwendungen des Herrn B. bereits erschöpfend schriftlich Stellung genommen hat. Das Landgericht ist in seiner Entscheidung zu Recht den sorgfältig begründeten Ausführungen des Sachverständigen A. gefolgt, der mehrere Besichtigungen vor Ort durchgeführt hat. Der Sachverständige B. war nicht vor Ort.

8. Vorteilsausgleichung:

78
Dem Argument der Berufung, es habe im Rahmen der Vorteilsausgleichung ein Abzug „Neu für Alt“ gemacht werden müssen, kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat einen Abzug im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf Seite 15 der Entscheidungsgründe zu Recht und mit zutreffender Begründung abgelehnt.

79
Der Abzug „Neu für Alt“ kommt in Betracht, wenn die Beseitigung des Mangels zu einer Wertverbesserung gegenüber dem Zustand des Objekts ohne den Mangel führt. Die Wertverbesserung kann sich in erster Linie aus einer längeren Haltbarkeit aufgrund der Reparatur oder aus der Einsparung turnusmäßiger Renovierungsarbeiten ergeben. Diese Vorteile sind grundsätzlich anzurechnen. Der Abzug „Neu für Alt“ kann aber in vielen Fällen dadurch kompensiert sein, dass der Besteller bis zur Nachbesserung mit den negativen Auswirkungen des Mangels leben musste. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen der Unternehmer die Nachbesserung (bzw. Nacherfüllung) verzögert hat. In diesen Fällen verrechnet die Rechtsprechung den Vorteil der – jetzt – längeren Haltbarkeit mit den Nachteilen, die der Besteller aufgrund des Mangels bis zu seiner Beseitigung in Kauf nehmen musste (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl., Kap 12 Rdnr. 29137 mwN). Letzteres hat das Landgericht hier zu Recht angenommen (LGU 15, 16).

80
Aus diesen Gründen beabsichtigt der Senat, die aussichtslose Berufung einstimmig ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen. Auf die im Falle einer Rücknahme der Berufung in Betracht kommende Ermäßigung der Gerichtsgebühren weist der Senat ausdrücklich hin.

81
Den Streitwert des Berufungsverfahrens beabsichtigt der Senat, gemäß §§ 47 Abs. 1 GKG, 3 ZPO auf 30.026,14 € (23.305,00 € + 6.000,00 € + 721,14 €) festzusetzen.