



*Rechtsprechung aktuell:
Neue Entwicklungen im Bau- und Architektenrecht (2024)*

Skript zum Nachweis von
2,5 Fortbildungsstunden
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich Willkommen zu Ihrer Fortbildung gemäß § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte widmen Sie sich den in diesem Skript dargelegten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Zeit von 2,5 Stunden. Nach Bearbeitung dieses Materials erreichen Sie über die Seminareseite die Lernerfolgskontrolle, die im Multiple-Choice-Format stattfindet. Die Lernerfolgskontrolle fokussiert sich ausschließlich auf den Inhalt des Skripts.

Im Anschluss an die Online-Lernerfolgskontrolle leiten wir Sie zur Zahlungsseite weiter, wo Sie die Kursgebühr entrichten können. Nach erfolgreichem Abschluss der Kontrolle und Eingang Ihrer Zahlung senden wir Ihnen spätestens am nächsten Werktag die für den Nachweis Ihrer Fortbildung nötigen Unterlagen per E-Mail zu.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl in der Lernerfolgskontrolle (mindestens 70% korrekte Antworten) nicht erreichen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Studium des Skripts zu vertiefen und die Lernerfolgskontrolle erneut und ohne zusätzliche Kosten zu absolvieren.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

Ihr Team von

Hanse Seminare

Entscheidung 1 - OLG Bamberg Urt. v. 24.8.2023 – 12 U 58/22

Gründe:

I.

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

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.

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).

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, Türeineinbau, 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.

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 Fassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“.

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.

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

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.

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.

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).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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).

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.

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).

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.

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.

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

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.

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).

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

Wenn überhaupt, hätte eine solche Verpflichtung die von der Klägerin beauftragte I-Plan Ingenieurgesellschaft 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.

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.

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.

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.

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

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.

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

Das Landgericht hat die Akten des selbständigen Beweisverfahrens beigezogen.

II.

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.

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.“

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.

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

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.

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.

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

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.

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.

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.

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.

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

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.

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

Die Berufung wird begründet wie folgt:

1. Verjährung

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

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

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

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

5. Entgangener Gewinn

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

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.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

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

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.

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

IV.

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

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.).

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).

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.

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:

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass es 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 Fassung. VOB liegt zur Einsichtnahme in unseren Geschäftsräumen aus“. Dies könne die Geschäftsführerin der Klägerin nicht übersehen haben.

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).

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 unstrittig, dass die VOB/B der Klägerin nicht übergeben wurde (so auch der Tatbestand der angefochtenen Entscheidung, Seite 5, 1. Absatz).

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 Antragschrift 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

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 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

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

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 Mängelbeseitigungsarbeiten) bedurfte es einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht.

cc) Prüfpflicht des Unternehmers

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).

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/Koebler, 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.

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.

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.

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).

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.“

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“.

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“.

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.

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.

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.

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.

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:

Das Landgericht hat zu Recht eine quotale Mithaftung der Klägerin verneint. Auf die Ausführungen auf Seite 9 der Urteilsgründe, denen der Senat beitrifft, 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

Das Landgericht ist den Ausführungen des Sachverständigen gefolgt, wonach der von ihm vorgeschlagene Sanierungsweg Sowiesokosten nicht beinhaltet (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.

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

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.

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

V.

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).

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

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.

Entscheidung 2 - BGH Urt. v. 22.6.2023 – VII ZR 881/21

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Mängelrechte wegen Rissen in einer aus Betonfertigteilen hergestellten Attika und wegen Durchbiegungen der an der Betonfertigteilfassade angebrachten Beton-Fensterlamellen geltend.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte am 1. August 2005 unter Einbeziehung der VOB/B mit der Herstellung einer Betonfertigteilfassade am Bauvorhaben V. . Für Mängelgewährleistungsansprüche wurde eine Verjährungsfrist von vier Jahren vereinbart. Zu den Leistungen der Beklagten gehörten unter anderem die Herstellung einer Attika sowie Vorhangfassaden mittels Betonfertigteilelementen und Betonlamellen vor den Fenstern.

Die Klägerin nahm die Leistung hinsichtlich der Attikaelemente am 14. Dezember 2006 ab. Bezüglich der Betonlamellen erfolgte eine Abnahme unter Vorbehalt am 11. Dezember 2007. Mit der Beklagten am 22. Juni 2010 zugewandtem Schreiben vom 17. Juni 2010 rügte die Klägerin hinsichtlich der Leistung „Betonfertigteilfassaden“ eine Haarrissbildung an der Oberfläche, teilweise durchgehend auf der ganzen Materialstärke, und forderte die Beklagte zur Mängelbeseitigung bis zum 31. August 2010 auf.

Mit am 1. Dezember 2010 beim Landgericht eingegangenen und der Beklagten am 21. Dezember 2010 zugewandtem Schriftsatz beantragte die Klägerin die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. In diesem Verfahren wurde ein Gutachten nebst mehrerer Ergänzungsgutachten eingeholt. Der Sachverständige stellte unter anderem Risse im Attikabereich sowie Durchbiegungen der Beton-Fensterlamellen fest. In der vom Landgericht auf Antrag bis zum 19. April 2013 verlängerten Stellungnahmefrist zum ersten Ergänzungsgutachten nahm die Klägerin Stellung, ohne sich zu den Rissen in den Attikaelementen zu äußern. Das selbständige Beweisverfahren wurde sodann hinsichtlich der nach Auffassung der Klägerin mangelhaften Beton-Fensterlamellen fortgesetzt. Die Risse in den Attikaelementen waren nicht mehr Gegenstand der weiteren Ergänzungsgutachten. Die letzte in dem Verfahren vom Landgericht gesetzte Frist zur Stellungnahme endete mit Ablauf des 23. März 2015, ohne dass die Parteien hiervon Gebrauch machten.

Mit der am 26. Juni 2015 eingereichten Klage hat die Klägerin die Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 762.000 € bezüglich der Beton-Fensterlamellen sowie in Höhe von 67.200 € bezüglich der Attika, jeweils nebst Zinsen, hilfsweise für den Fall, dass die Nacherfüllung unmöglich sein sollte, die Zahlung von 436.736,07 € nebst Zinsen verlangt. Darüber hinaus hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte einen gegebenenfalls verbleibenden Minderwert/Minderungsbetrag am Gebäude zu tragen habe, der dadurch entstehe, dass nach der Betonsanierung der Risse der Betonteilfassade im Attikabereich ein optischer Mangel verbleibe. Das Landgericht hat der Klage auf den Hilfsantrag betreffend die Beton-Fensterlamellen in Höhe von 101.905,08 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen.

Auf die wechselseitig eingelegten Berufungen hat das Berufungsgericht die Beklagte wegen Mängeln an der Attika verurteilt, an die Klägerin 67.200 € nebst Zinsen zu zahlen. Außerdem hat es dem Feststellungsantrag stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage betreffend den Hauptantrag hinsichtlich der Beton-Fensterlamellen als derzeit unbegründet abgewiesen. Über den Hilfsantrag hat es mangels Bedingungseintritts nicht entschieden.

Mit ihrer vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision wendet sich die Beklagte allein gegen ihre Verurteilung im Hinblick auf die Risse in der Attika und verfolgt insoweit ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Eine zunächst ebenfalls eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hinsichtlich des Komplexes betreffend die Beton-Fensterlamellen hat die Beklagte zurückgenommen.

Der Senat hat mit Beschluss vom 18. Januar 2023 festgestellt, dass das Berufungsgericht die Zulassung der Revision auf Ansprüche der Klägerin wegen der Attika-Elemente wirksam beschränkt hat. Die von der Klägerin eingelegte Revision wegen der Abweisung ihrer Klage in Bezug auf Ansprüche hinsichtlich der Beton-Fensterlamellen hat er als unzulässig verworfen und ihre vorsorglich eingelegte Beschwerde gegen die teilweise Nichtzulassung der Revision im Urteil des Berufungsgerichts zurückgewiesen.

Mit der ebenfalls für den Fall der Verwerfung ihrer Revision hilfsweise eingelegten Anschlussrevision verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Zahlung eines Kostenvorschusses hinsichtlich der Beton-Fensterlamellen weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Anschlussrevision der Klägerin ist unzulässig.

A. Revision der Beklagten

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Stuttgart, Urteil vom 30. November 2021 – 10 U 58/21, BauR 2022, 666), soweit für die Revision der Beklagten von Relevanz, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 67.200 € als Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung wegen Rissen in der Attika gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) sowie auf die begehrte Feststellung.

Der Anspruch sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht verjährt. Die vierjährige Verjährungsfrist habe mit der Abnahme am 14. Dezember 2006 begonnen und hätte grundsätzlich am 14. Dezember 2010 geendet. Aufgrund der der Beklagten am 22. Juni 2010 zugegangenen Mängelanzeige habe sich die Gewährleistungsfrist gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2002) auf zwei Jahre ab diesem Zeitpunkt bis zum 22. Juni 2012 verlängert.

Das selbständige Beweisverfahren vor dem Landgericht habe die Verjährung hinsichtlich der Risse in der Attika nicht lediglich bis zum Ende der am 19. April 2013 ablaufenden Stellungnahmefrist zum ersten Ergänzungsgutachten nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt. Würden mehrere Mängel in einem einheitlichen Beweisverfahren anhängig gemacht, richte sich das Ende der Verjährungshemmung für alle geltend gemachten Mängel nach dem Abschluss des gesamten selbständigen Beweisverfahrens.

Die Gegenansicht, wonach das Beweisverfahren und damit die Verjährungshemmung hinsichtlich mehrerer Mängel selbständig mit ihrer jeweiligen sachlichen Erledigung ende, überzeuge, was das Berufungsgericht näher ausführt (OLG Stuttgart, Urteil vom 30. November 2021 – 10 U 58/21, BauR 2022, 666, juris Rn. 171 ff.), nicht. Es sei daher vorzugswürdig, in Bezug auf den Weiterlauf der Verjährung abzuwarten, bis das selbständige Beweisverfahren einheitlich beendet werde.

Ein Hinweis des Landgerichts zur Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens bezüglich der Risse in der Attika sei nicht erfolgt. Damit sei das selbständige Beweisverfahren auch in Bezug auf diesen Mangel erst zum 23. März 2015 beendet worden. Wegen § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sei daher von der Hemmung der Verjährung bis zum 23. September 2015 auszugehen, weshalb die Klage vom 26. Juni 2015 in unverjährter Zeit erhoben worden sei und diese zu einer erneuten Hemmung der Verjährung geführt habe.

II.

Die Verurteilung der Beklagten hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht in Frage gestellt hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 und Nr. 6 VOB/B (2002) auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mangelbeseitigung in Höhe von 67.200 € nebst Zinsen sowie auf Erstattung eines etwaig verbleibenden Minderwerts/Minderungsbetrags wegen der Risse in der Attika vorliegen.

2. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung hat keinen Erfolg. Die Ansprüche sind nicht verjährt.

a) Ohne Rechtsfehler und von der Revision ebenfalls nicht angegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die vierjährige Verjährungsfrist mit Abnahme der Leistung am 14. Dezember 2006 zu laufen begonnen hat und die Verjährung zunächst durch das selbständige Beweisverfahren nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt worden ist.

b) Diese Hemmung dauerte gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB bis zum Ablauf des 23. September 2015 an, so dass der vorherige Eingang der Klage am 26. Juni 2015 die Verjährung der Ansprüche gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO ebenfalls gehemmt hat. Denn das eingeleitete selbständige Beweisverfahren war – auch hinsichtlich der Risse in der Attika – (erst) am 23. März 2015 beendet.

Ein selbständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung anderweitig beendet im Sinne von § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 – VII ZR 172/09 Rn. 11 m.w.N., BauR 2011, 287 = NZBau 2011, 156). Erfolgt die Beweiserhebung durch ein schriftliches Sachverständigengutachten, ist dies mit dessen Übersendung an die Parteien der Fall, wenn weder das Gericht nach § 492 Abs. 1, § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO eine Frist zur Stellungnahme gesetzt hat noch die Parteien innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 – VII ZR 172/09 Rn. 11, BauR 2011, 287 = NZBau 2011, 156). Läuft eine vom Gericht gesetzte Frist zur Stellungnahme ab, ohne dass die Parteien hiervon Gebrauch machen, endet das Verfahren grundsätzlich mit deren Ablauf.

Entscheidend für die Beurteilung der sachlichen Erledigung ist dabei grundsätzlich das Ende der gesamten Beweisaufnahme. Das gilt unabhängig davon, ob in einem selbständigen Beweisverfahren die Sicherung des Beweises hinsichtlich nur eines Mangels oder mehrerer – auch voneinander unabhängiger – Mängel stattfindet und auch ohne Rücksicht darauf, ob diese durch einen oder mehrere Sachverständige erfolgt. Soweit der Senat mit Urteil vom 3. Dezember 1992 (VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329) entschieden hat, dass die Beweissicherung und damit die Unterbrechung der Verjährung bei mehreren, voneinander unabhängigen Mängeln desselben Bauvorhabens mit dem Abschluss der Beweissicherung hinsichtlich eines jeden dieser Mängel ende, auch wenn die verschiedenen Mängel und Sachverständigengutachten Gegenstand nur eines, formal zusammengefassten Verfahrens geworden sind (dem folgend etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 2. April 2020 – 12 U 77/19, BauR 2021, 1170, juris Rn. 14 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 20. August 2019 – 13 U 60/16, juris Rn. 25; OLG Koblenz, Urteil vom 17. Mai 2013 – 10 U 286/12, VersR 2013, 1542, juris Rn. 41 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 16. Dezember 2008 – 21 U 117/08, BauR 2009, 1477, juris Rn. 10 f.; OLG Dresden, Beschluss vom 28. Oktober 2008 – 9 U 1128/08, IBRRS 2009, 0093; OLG München, Urteil vom 13. Februar 2007 – 9 U 4100/06, BauR 2007, 1095 = NZBau 2007, 375, juris Rn. 12 f.; BeckOK BGB/Henrich, Stand: 1. Mai 2023, § 204 Rn. 75; BeckOK ZPO/Kratz, Stand: 1. März 2023, § 494a Rn. 1.2; MünchKommBGB/Grothe, 9. Aufl., § 204 Rn. 103; Schmidt-Räntsch in Erman, BGB, 16.

Aufl., § 204 Rn. 45; Schmitz/Vogel in Festschrift für Koeble, 2010, S. 635, 636 ff.; a.A. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Kalle, NZBau 2023, 215; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1565 ff.; Handschumacher, jurisPRPrivBauR 6/2009 Anm. 5; Rast in Festschrift für Locher, 2022, S. 433, 438 ff.; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 628 ff.), hält er an dieser Auffassung aus den nachfolgenden Gründen nicht mehr fest.

aa) Bereits der Wortlaut von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB spricht für diese Auslegung der Norm in Bezug auf das selbständige Beweisverfahren. Die Bestimmungen über die Verjährung enthalten eine formale Regelung; ihre Auslegung muss sich grundsätzlich eng an den Wortlaut anlehnen. Das gebietet die Rechtssicherheit (BGH, Urteil vom 20. Februar 2002 – VIII ZR 228/00, BGHZ 150, 55, juris Rn. 14; Urteil vom 6. November 1969 – VII ZR 159/67, BGHZ 53, 43, juris Rn. 19).

Gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB endet die Hemmung nach § 204 Abs. 1 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder – wie bei einem selbständigen Beweisverfahren – „anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens“. Danach muss das Verfahren insgesamt sachlich erledigt sein. Eine teilweise Beendigung des Verfahrens im Hinblick auf einzelne von mehreren Beweisgegenständen, insbesondere auf die konkret zu begutachtenden Mängel reicht nach dem Wortlaut von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB, wie im Übrigen auch der Vorgängervorschriften zum Kauf- (§ 477 Abs. 2 BGB a.F.) und Werkvertrag (§ 639 Abs. 1 i.V.m. § 477 Abs. 2 BGB a.F.), nicht aus (so auch Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1567; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 631 f., 633).

Vielmehr knüpft die Norm durch ihren Wortlaut an die Beendigung des prozessualen Verfahrens, das zur Hemmung geführt hat, an (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1565 ff.; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 633). Dessen Umfang beurteilt sich nach dem, einem verfahrenseinleitenden Antrag stattgebenden, Beschluss des Gerichts gemäß § 490 Abs. 2 ZPO. Dieses so bestimmte Verfahren ist erst mit dessen sachlicher Erledigung beendet. Ein anderes, früheres Ende hat das in Gang gesetzte selbständige Beweisverfahren, wenn der Antrag nicht zurückgenommen wird, grundsätzlich nicht.

Dieser Wortlaut entspricht dem in der Gesetzesbegründung zu § 204 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, wonach „die durch die in Absatz 1 genannten Rechtsverfolgungsmaßnahmen ausgelöste Hemmung [...] während des gesamten Verfahrens“ andauern soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 117).

Es handelt sich bei der Begutachtung verschiedener Mängel nicht etwa um mehrere selbständige Beweisverfahren, die nur äußerlich gemeinsam durchgeführt werden. Denn auch wenn die Beweiserhebung im Hinblick auf einen selbständigen Mangel inhaltlich bereits abgeschlossen ist, im Übrigen aber noch fortgesetzt wird, kann der Antragsgegner mangels Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens beispielsweise (noch) nicht nach § 494a Abs. 1 ZPO beantragen, dass der Antragsteller binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben hat, um so im Fall des Unterbleibens die Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO auszulösen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; BeckOK ZPO/Kratz, Stand: 1. März 2023, § 494a Rn. 1.2; Handschumacher, jurisPR-PrivBauR 6/2009 Anm. 5). Auch wird – nicht anders als in einem Rechtsstreit – ein Gegenstandswert des gerichtlichen Verfahrens aus der Summe der Werte, die jedem Mangel zuzuordnen sind, gebildet.

bb) Sinn und Zweck von § 204 BGB stützen ebenfalls diese Auslegung. Den verjährungshemmenden Tatbeständen des § 204 Abs. 1 BGB liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass der Gläubiger durch aktives Betreiben seines Anspruchs seinen Rechtsverfolgungswillen so deutlich macht, dass der Schuldner gewarnt wird und sich auf eine Inanspruchnahme noch nach Ablauf der ursprünglichen

Verjährungsfrist einstellen muss (BGH, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14 Rn. 30 m.w.N., BGHZ 207, 40).

Dieser die Hemmung der Verjährung rechtfertigende Rechtsverfolgungswille des Gläubigers bleibt aber auch dann für den Schuldner weiter erkennbar, wenn im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens ein Mangel begutachtet worden ist, die Parteien keine Fragen mehr an den Sachverständigen stellen oder Einwendungen gegen dessen Gutachten haben, die Begutachtung hinsichtlich weiterer in demselben Verfahren anhängiger Mängel jedoch noch nicht abgeschlossen ist. Es ist für den Schuldner absehbar, dass sein Gläubiger regelmäßig noch den Abschluss des gesamten Verfahrens abwarten möchte, um dann etwaige weitere Maßnahmen zur Durchsetzung seiner (Mängel-)Ansprüche auf Grundlage des vollständigen Begutachtungsergebnisses zu ergreifen. Der Schuldner muss sich daher weiterhin, auch wenn die Beweissicherung betreffend einen Mangel beendet ist, auf eine Inanspruchnahme einstellen.

cc) Auch prozessökonomische Erwägungen sprechen für dieses Ergebnis. Es wäre für die Parteien unnötig umständlich und zeitaufwändig, wenn der Besteller gezwungen wäre, Ansprüche aus einzelnen im selbständigen Beweisverfahren abschließend begutachteten Mängeln klageweise geltend zu machen, nur um ein Ende der Verjährungshemmung zu verhindern, während sich andere Mängel noch in der Begutachtungsphase befinden, zumal dann die Notwendigkeit hinzukäme, sukzessive weitere Mängelansprüche nach Abschluss der Begutachtung durch Klageerweiterung in den Rechtsstreit einzuführen (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 22. Aufl., Anh. 2 Rn. 127; Schmeel, BauR 2022, 1564, 1569; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 630). Dies läuft dem den Zivilprozess prägenden gesetzgeberischen Ziel zuwider, einen Rechtsstreit möglichst kompakt und zügig zu entscheiden (vgl. § 272 Abs. 1 ZPO). Zudem widerspricht es dem jedenfalls mit dem selbständigen Beweisverfahren auch verfolgten Zweck der Vermeidung eines Rechtsstreits (§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 – VII ZB 56/07 Rn. 12, BauR 2010, 651 = NZBau 2010, 368), wenn der Antragsteller aus verjährungsrechtlichen Gründen frühzeitig zur Klageerhebung gezwungen wird. Eine gütliche Einigung zwischen den Parteien wird eher zustande kommen, wenn über alle vom Besteller behaupteten Mängel Klarheit besteht, da erst dann ein umfassender, den gesamten Streit beendender Vergleich möglich wird (vgl. auch Schmeel, BauR 2022, 1564, 1568; Handschumacher, jurisPRPrivBauR 6/2009 Anm. 5; Rast in Festschrift für Locher, 2022, S. 433, 442; Kainz in Festschrift für Koeble, 2010, S. 625, 630).

dd) Die rechtliche Selbständigkeit von Mängeln und der aus ihnen resultierenden Ansprüche (vgl. etwa BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650, juris Rn. 30) führt zu keinem anderen Ergebnis.

Ansprüche wegen mehrerer, voneinander unabhängiger Mängel der Werkleistung verjähren grundsätzlich selbständig. Beginn, Dauer und Ende der Verjährung ist daher für jeden Mängelanspruch gesondert festzustellen (vgl. zu diesem Ausgangspunkt BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329, juris Rn. 7 f.). So hemmt ein selbständiges Beweisverfahren die Verjährung nicht allgemein für Mängelansprüche aus dem betreffenden Werkvertrag. Eine Hemmung tritt vielmehr lediglich für Ansprüche aus denjenigen Mängeln ein, die zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329, juris Rn. 8 zum Beweissicherungsverfahren der §§ 485 ff. ZPO in der bis zum 31. März 1991 geltenden Fassung). Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen aus solchen, gemeinsam zum Gegenstand eines Verfahrens gemachten mehreren verschiedenen Mängeln unterschiedlich enden könnte (anders noch BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92, BGHZ 120, 329, juris Rn. 8). Denn für das Ende der Hemmung kommt es ausschließlich auf die Beendigung des Verfahrens an; der rechtlichen Selbständigkeit eines Mängelanspruchs kommt hierfür keine eigenständige rechtliche Relevanz zu. Es handelt sich – wie oben dargelegt – hinsichtlich aller geltend gemachten Mängel bei einem selbständigen Beweisverfahren um ein einziges Verfahren. Dessen Ende

insgesamt ist deshalb für die Dauer der Hemmung maßgebend, nicht anders als bei einer Klage wegen Ansprüchen aus mehreren, voneinander unabhängigen Mängeln die Dauer der Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmt wird.

B. Anschlussrevision der Klägerin

I.

Das Berufungsgericht hat – anders als das Landgericht – eine Nacherfüllung hinsichtlich des an den Beton-Fensterlamellen bestehenden Mangels nicht für (subjektiv) unmöglich erachtet. Jedoch ständen der Klägerin derzeit keine Mängelansprüche aufgrund der durchgebogenen Betonlamellen zu. Denn es fehle trotz mangelhafter Werkleistung der Beklagten mangels Erfüllung einer Mitwirkungsobliegenheit der Klägerin an einer wirksamen Fristsetzung zur Nacherfüllung. Die Änderungen an den Betonlamellen bedürften der planerischen Mitwirkung der Klägerin.

II.

Die hiergegen gerichtete Anschlussrevision der Klägerin, über die aufgrund des Bedingungseintritts zu entscheiden ist, ist unzulässig.

1. Eine Anschlussrevision gemäß § 554 ZPO ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur zulässig, wenn ihr Gegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit demjenigen der Revision steht. Auf diese Weise wird einerseits der Wille des Gesetzgebers befolgt, wonach durch die Anschlussrevision dem Revisionsbeklagten die Möglichkeit eröffnet werden soll, eine Abänderung des Berufungsurteils zu seinen Gunsten zu erreichen, wenn das Revisionsverfahren ohnehin durchgeführt werden muss (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 108). Andererseits wird der auch nach § 554 ZPO fortbestehenden Akzessorietät der Anschlussrevision als eines unselbständigen Rechtsmittels hinreichend Rechnung getragen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 – VII ZR 154/18 Rn. 38 m.w.N., BauR 2019, 1648 = NZBau 2019, 572).

2. Zwischen der Anschluss- und der Hauptrevision besteht kein derartiger hinreichender rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang. Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision reicht es hierfür nicht aus, dass die Ansprüche auf derselben Vertragsgrundlage beruhen und daher beide jeweils von Anfang an Gegenstand des Verfahrens waren (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 – VII ZR 71/15 Rn. 31, BauR 2019, 668 = NZBau 2019, 170). Hinsichtlich der von der Revision einerseits und der Anschlussrevision andererseits betroffenen Mängel stellen sich keine übergreifenden Fragen, die mit dem Umstand in Zusammenhang stehen, dass die Mängel an demselben von der Beklagten ausgeführten, aufgrund eines Vertrags geschuldeten Gewerks aufgetreten sind. Die Frage der Anspruchsverjährung stellt sich hinsichtlich etwaiger Ansprüche wegen der mangelhaften Beton-Fensterlamellen – unter anderem schon wegen deren späterer Abnahme – nicht in derselben Weise wie im Hinblick auf Ansprüche wegen der mangelhaften Attika. Die Anschlussrevision greift das berufsgerichtliche Urteil hinsichtlich letzterem auch nur wegen dessen Annahme, der Anspruch bestehe wegen einer fehlenden Mitwirkung der Klägerin im Rahmen der Nacherfüllung jedenfalls derzeit nicht, an. Diese rechtliche Wertung ist wiederum für die Ansprüche wegen der mangelhaften Attika unerheblich.

C. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO sowie der entsprechenden Anwendung von § 516 Abs. 3 ZPO.

Entscheidung 3 - OLG Koblenz Urt. v. 15.12.2022 – 1 U 516/22

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten wegen einer Vielzahl verschiedener Mängel die Zahlung von Schadensersatz, Ersatzvornahmekosten und Kostenvorschuss.

Der Beklagte errichtete als Bauträger für die Mitglieder der Klägerin in der ...[Z] in ...[Y] bis 2010 zwei Objekte mit mehreren Eigentumswohnungen. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte nicht. Die Klägerin rügte in der Folgezeit gegenüber dem Beklagten diverse Mängel und forderte den Beklagten 2011 durch mehrere Schreiben jeweils unter Fristsetzung zur Nachbesserung zahlreicher Mängel auf; auf den Inhalt der Schreiben und die darin beanstandeten Mängel wird Bezug genommen (Anlagen K3 – K15). Die Drittwiderbeklagten behielten die von dem Beklagten angeforderte letzte Schlussrate des Bauträgervertrages ein.

Ein Großteil der Wohnungseigentümer nahm den Beklagten in einem Vorprozess wegen behaupteter Mängel aus dem Bauvertrag von 2008 in Anspruch (8 O 124/11 – LG Koblenz). Das Verfahren endete am 6. August 2013 im zweiten Rechtszug vor dem OLG Koblenz (4 U 425/13) durch den Abschluss eines Vergleichs. Hierin verpflichtete sich der Beklagte innerhalb einer bestimmten Frist 100.000 € und weitere 40.000 € zur Beteiligung an aufgelaufenen außergerichtlichen Kosten und den Kosten des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens an die Klägerin zu zahlen. Nach fristgerechter Zahlung verzichtete die Klägerin auf die im Verfahren 8 O 129/13 weiter geltend gemachten Ansprüche. Auch sollten alle Ansprüche aufgrund geltend gemachter Mängel, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens 8 OH 15/10 und der Klageverfahren 8 O 124/11 und 8 O 129/13 (jeweils Landgericht Koblenz) waren, abgegolten sein.

Die Klägerin hat angeführt, die Werkleistung des Beklagten weise zahlreiche, in den vorgelegten Schreiben (Anlagen K3 – K15) gerügte Mängel auf, die nicht Gegenstand der zuvor geführten Verfahren und des geschlossenen Vergleichs gewesen seien. Sie habe gegen den Beklagten aufgrund der Mängel der Werkleistung einen Anspruch auf Kostenvorschuss in Höhe von 131.576,41 €, auf Zahlung von „Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ in Höhe von 42.385,08 €. Ein weiterer Schadensersatzanspruch bestehe wegen Mangelfolgeschäden in Höhe von 1.148,35 €. Die fehlende Abnahme stehe dem Begehren nicht entgegen. Der Beklagte habe seine Leistungen als fertiggestellt angeboten und sie habe ihn nach verweigerter Abnahme erfolglos zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Rechtsbeziehung der Parteien sei bereits vor Klageerhebung in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis übergegangen. Der Beklagte habe außergerichtlich und in den geführten Verfahren die Mängelbeseitigung abgelehnt. Sie – die Klägerin – sei mit Schreiben vom 13. Januar 2015 (Anlage K36) in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis übergegangen. Einer weiteren bzw. nochmaligen Mängelbeseitigungsaufforderung unter Fristsetzung nach dem Übergang in das Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis habe es nicht bedurft. Jedenfalls habe der Beklagte die Leistungen ernsthaft und endgültig verweigert.

Der Beklagte hat Drittwiderklage auf Zahlung der jeweils letzten Rate (in unterschiedlicher Höhe) aus den mit den Drittwiderbeklagten geschlossenen Bauträgerverträgen erhoben. Nach Zahlungen der Drittwiderbeklagten auf die Restwerklohnforderungen des Beklagten haben der Beklagte und neun Drittwiderbeklagte den Rechtsstreit erstinstanzlich hinsichtlich der Drittwiderklage übereinstimmend für erledigt erklärt. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung am 26. November 2021 haben zwei Drittwiderklagen gegen Wohnungseigentümer – die Drittwiderbeklagten zu 8) und 11) – noch keine Erledigung gefunden. In der mündlichen Verhandlung haben beide Parteien zu den noch laufenden Drittwiderklagen keine Anträge gestellt. Im Übrigen haben die Parteien hinsichtlich eines Betrages in Höhe von 113,05 € übereinstimmend die Erledigung des Rechtsstreits erklärt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. a. an sie zu Händen des Verwalters 131.576,71 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit als abrechenbaren Vorschuss zur Mängelbeseitigung,

b. zu Händen des Verwalters weitere 45.385,08 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit,

c. zu Händen des Verwalters weitere 1.148,35 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. sie von den für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung entstandenen Honoraransprüchen der Rechtsanwälte ... in Höhe von 2.638,83 € freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben und eingewandt, dass die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei. Teilweise sei das Sondereigentum betroffen. Die geltend gemachten Ansprüche bestünden nicht, weil entweder eine nach der Baubeschreibung nicht geschuldete Leistung gefordert werde, der Mangelbeseitigungsaufwand unrichtig sei oder die geltend gemachten Mängel bereits durch Vergleichsschluss abgegolten worden seien. Sie selbst habe nicht ernsthaft und endgültig die Nachbesserung verweigert, nachdem die Klägerin ihrerseits die Abnahme abgelehnt habe. Zudem habe die Klägerin erst in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021 verbindlich erklärt, dass ein Erfüllungsanspruch nicht mehr weiterverfolgt und stattdessen ins Abrechnungsverhältnis gewechselt werde. Es fehle aber an einer Fristsetzung zur Mangelbeseitigung nach dem Übergang ins Abrechnungsverhältnis. Diese könne nicht mehr nachgeholt werden, da die Klägerin einen großen Teil der behaupteten Mängel bereits selbst beseitigt habe. Ihr sehe zudem selbst ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.583,50 € wegen des Abbruchs von weiteren Vergleichsverhandlungen ohne sachlichen Grund zu, die zu unnützen Kosten auf ihrer Seite geführt hätten; mit diesem Anspruch hat die Beklagte hilfsweise aufgerechnet.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat den Beklagten durch ein Teilurteil zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 1.148,35 € (Mangelvorwürfe NM 55 – Entkopplung Putzanschlüsse sowie NM 58 – erhöhte Verstopfungsgefahr) verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Die Hilfsaufrechnung des Beklagten sei unbegründet.

Hinsichtlich der bestehenden Schadensersatzansprüche sei nicht erkennbar, dass diese Punkte bereits durch den im Vorprozess geschlossenen Vergleich erledigt worden seien. Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bestehe nur aus einem berechtigten Gegenstandswert in Höhe von insgesamt 1.148,35 €.

Das Begehren eines Kostenvorschusses sei unbegründet. Aufgrund der Erklärung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021, in der sie eine weitere Zusammenarbeit mit dem Beklagten verweigert habe, sei ab diesem Zeitpunkt von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen. Es fehle aber an einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nach Abnahme oder nach Übergang in ein

Abrechnungsverhältnis. Maßgeblich sei, dass erstmals zum Zeitpunkt der Abnahme überhaupt zu beurteilen möglich sei, ob ein Werk mangelfrei sei oder nicht und denkbare auch erst im Anschluss ein entsprechendes (Nacherfüllungs-)verlangen an den Unternehmer herangetragen werden könne. Dabei bestehe häufig auch aus rechtspraktischer Sicht des betroffenen Unternehmers ein starkes Bedürfnis für eine Fristsetzung nach der Abnahme oder nach Übergang in ein Abrechnungsverhältnis, wenn zwischenzeitlich (nach der ersten Fristsetzung im Erfüllungsstadium) eine Begutachtung stattgefunden habe, aus der sich Gründe ergäben, dass der Unternehmer jetzt doch seiner Pflicht zur Nachbesserung nachkomme. Eine Fristsetzung sei auch nicht entbehrlich gewesen, da eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten nicht vorliege. Eine solche sei erkennbar nicht vorgetragen worden. Das bloße Bestreiten von gerügten Mängeln für sich alleine genüge nicht. Auch der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Ersatzvornahmekosten in Höhe von 45.385,08 € bestehe nicht. Der Anspruch scheitere daran, dass die Selbstvornahme bereits vor dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis vorgenommen worden sei und es im Übrigen auch insoweit an einer Fristsetzung nach Übergang in das Abrechnungsverhältnis fehle.

Die vom Beklagten zur Hilfsaufrechnung gestellte Gegenforderung in Höhe von 10.583,40 € bestehe nicht. Es sei nicht erkennbar, dass die Klägerin Vertrauen für das Zustandekommen eines Vergleiches erweckt habe und dem Beklagten durch eine entsprechende Täuschung des Vertrauens unnütze Kosten entstanden seien.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, wobei sie ihren Anspruch bezüglich des Kostenvorschuss um 30.073,68 € reduziert, da die tatsächlichen Kosten der Mangelbeseitigung durch Montage eines tragfähigen Stahlbauteils im Bereich des Spalts um einen entsprechenden Betrag niedriger gewesen seien als die Kostenschätzung bei der Klageerhebung. Dies betreffe den Neumangel 34 bezüglich des zu großen Abstandes zwischen den Balkonplatten und dem Geländer. Im Übrigen hält sie an ihrem Begehren fest, da nach dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis bereits aus Rechtsgründen keine Fristsetzung mehr erforderlich gewesen sei. Zudem habe das Landgericht nicht beachtet, dass ein Übergang in das Abrechnungsverhältnis bereits im Schriftsatz vom 13. Januar 2015 (Anlage K36) mit der Erklärung, es würden nur noch Kosten der Ersatzvornahme geltend gemacht, erfolgt sei. Sie habe lediglich vorsorglich in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021 nochmals erklärt, dass sie eine weitere Leistungserbringung durch den Beklagten endgültig verweigere. Im Übrigen sei schon vor dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis keine Fristsetzung mehr erforderlich gewesen. Aus den Anlagen K3 – K15 ergebe sich, dass wegen sämtlicher geltend gemachter Mängel eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bereits im Jahr 2011 erfolgt sei. Anschließend sei der Beklagte in keiner Weise tätig geworden. Er habe auch nichts unternommen, nachdem der Sachverständige eine Vielzahl der geltend gemachten Mängel bestätigt habe und habe sogar an der erhobenen Drittwiderklage festgehalten. Ein derartiges eindeutiges passives Verhalten reiche, um von einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung auszugehen.

Die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen,

1. a) an sie weitere 101.502,73 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit als abrechenbaren Vorschuss zur Mängelbeseitigung,

b) an sie weitere 45.385,08 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. sie von den für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung entstandenen Honoraransprüchen der Rechtsanwälte ... in Höhe von weiteren 2.437,12,83 EUR freizustellen;

sowie hilfsweise,

das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 25. Februar 2022 in Ziff. 3 des Tenors aufzuheben und die Sache zur Entscheidung zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Es fehle an einer Anspruchsberechtigung der Klägerin, da sie sich von den beiden Wohnungseigentümergeinschaften ...[X] und ...[W] keine Ermächtigung zur Klageerhebung erhalten habe. Zutreffend habe das Landgericht nach dem Übergang in das Abrechnungsverhältnis eine weitere Fristsetzung gefordert. Eine solche sei auch nicht entbehrlich gewesen, da er zu keinem Zeitpunkt eine Nachbesserung endgültig verweigert habe. Vielmehr sei es die Klägerin gewesen, die sein weiteres Tätigwerden verhindert habe. Sie habe das berechnete Ansinnen zur Abnahme verweigert und statt dessen immer weitere Mängel geltend gemacht, die die geltend gemachten Ansprüche nicht hätten begründen können. Er habe bereits im ersten Rechtszug hinreichend dargetan, dass die meisten geltend gemachten Mängel bereits durch den im Vorprozess vor dem Oberlandesgericht Koblenz (4 U 425/13) geschlossenen Vergleich endgültig abgegolten worden seien. Er selbst sei auch nie wirksam wegen der streitgegenständlichen Mängel zur Nachbesserung aufgefordert worden. Die entsprechenden Aufforderungsschreiben seien an den nicht mehr mandatierten Rechtsanwalt ...[A] aus ...[V] gegangen, der jedoch für das weitere Verfahren zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bevollmächtigt gewesen sei.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die wechselseitig eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache einen vorläufigen Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung im Umfang der Anfechtung und zur Zurückweisung an das Landgericht, da dieses durch ein unzulässiges Urteil sowie verfahrensfehlerhafter Weise entschieden hat (§ 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 7 ZPO).

1. Das Landgericht hat durch ein unzulässiges Urteil über die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf Kostenvorschuss und

„Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ entschieden, weshalb die Sache nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO zurückzuverweisen ist.

a) Es liegt ein unzulässiges Urteil vor.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann ein Urteil gemäß § 301 ZPO nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist gegeben, wenn in einem Urteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über die sonstigen Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dies gilt auch, soweit es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen, noch das Gericht gemäß § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Demnach ist der Erlass eines

Teilurteils bereits dann unzulässig, wenn in dem Teilurteil eine Rechtsfrage entschieden wird, die für die weitere Entscheidung durch Schlussurteil neu zu entscheiden sein wird (vgl. zum Ganzen BGH, NJW 2004, 1452; BGH, NJW 2009, 2814; BGH, NJW 2013, 1009).

bb) Eine solche Gefahr besteht hier. Das Teilurteil über die von der Klägerin als Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemachten Ansprüche auf Kostenvorschuss bzw. „Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ ist wegen der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen unzulässig, wenn der Beklagte als Bauträger im Wege der Drittwiderklage die aus seiner Sicht ausstehenden Restraten aus den Erwerbsverträgen gegen die Wohnungseigentümer geltend macht, das Gericht über diese aber noch nicht entschieden hat bzw. mitentscheidet. Dies ergibt sich schon daraus, dass die drittwiderbeklagten Wohnungseigentümer zumindest ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des geltend gemachten Vorschussanspruchs geltend machen (vgl. OLG Stuttgart, NJW 2013, 699, 700). Für die Geltendmachung genügt die umfängliche Verteidigung durch die Drittwiderbeklagten gegen das Drittwiderklagebegehren, da zur Erhebung der Einrede kein förmlicher Antrag gestellt werden muss; es genügt, wenn der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (OLG Stuttgart, a.a.O., m.w.N.). Insofern haben die vom Landgericht abgewiesenen und die mit der Drittwiderklage verfolgten Ansprüche teilweise identische tatsächliche Voraussetzungen, über die zu entscheiden wäre, weshalb bei einer zeitlich gestaffelten Entscheidung durch Teil- und Schlussurteil die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen begründet ist.

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung war die Drittwiderklage noch gegen zwei Drittwiderbeklagte rechtshängig, weshalb die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen tatsächlich gegeben war. Dass sich im Verlauf des Berufungsverfahrens eine dieser Drittwiderklagen einseitig erledigt hat, ändert hieran nichts.

cc) Es auch nicht aufgrund des Nichtverhandelns der Parteien zur Drittwiderklage im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht von einem zulässigen Teilurteil auszugehen, weil die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen ausnahmsweise hinzunehmen wäre. Auch bei nur teilweiser Säumnis der Parteien – wenn diese etwa die Anträge nur in Bezug auf einen von mehreren Ansprüchen stellen – ist grundsätzlich § 251a ZPO anwendbar. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 301 ZPO kann insoweit ein Teilurteil ergehen und wegen des Rechtsstreits im Übrigen nach § 251a Abs. 3 ZPO das Ruhen beschlossen werden (vgl. MünchKommZPO/Stackmann, 6. Auflage 2020, § 251a ZPO Rn. 7). Ein solches Vorgehen setzt aber voraus, dass ein Teilurteil zulässig ist. Anderenfalls muss entweder nach Lage der Akten entschieden oder die Sache vertagt oder das Ruhen des Verfahrens angeordnet werden (§ 251a Abs. 3 ZPO). Nicht eröffnet ist hingegen eine Entscheidung durch ein unzulässiges Teilurteil über den nicht von der Säumnis betroffenen Teil. Bei dieser Sachlage war es prozessual ohne weiteres möglich, der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen zu begegnen, weshalb eine Ausnahme von den Voraussetzungen des § 301 ZPO nicht in Betracht kommt.

b) Wegen der festgestellten Unzulässigkeit des Teilurteils nach § 301 ZPO sieht sich der Senat veranlasst, von seiner Zurückverweisungsbefugnis nach § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO Gebrauch zu machen. Ein Antrag ist gemäß § 538 Abs. 2 S. 3 ZPO nicht erforderlich; die Klägerin hat die Zurückverweisung aber auch hilfsweise beantragt.

Die Zurückverweisung bezieht sich nur auf den von der Klägerin angefochtenen Teil des Teilurteils, also nur auf den von der Klageabweisung betroffenen Teil. Dabei kann offenbleiben, ob im Übrigen ebenfalls ein unzulässiges Teilurteil vorliegt. Wird ein das Gebot der Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlussurteil verletzendes Teilurteil nur teilweise angefochten, steht einer auf diesen Verfahrensfehler gestützten Aufhebung des gesamten Teilurteils das Verbot der reformatio in peius entgegen (BGH, NJW 2013, 1009). Die eingetretene Rechtskraft hinsichtlich der Entscheidung im Übrigen ist daher auch dann zu berücksichtigen, wenn insoweit ein unzulässiges Teilurteil vorliegt.

c) Von einer eigenen Sachentscheidung sieht der Senat ab. Zwar kann das Berufungsgericht im Falle eines unzulässigen Teilurteils den ganzen Rechtsstreit an sich ziehen und durch einheitliches Urteil entscheiden (vgl. nur Zöller/Heßler, ZPO, 34. Auflage 2022, § 538 ZPO Rn. 55 m.w.N.). Dies ist jedoch nur ausnahmsweise gerechtfertigt. Regelmäßig ist eine Zurückverweisung angezeigt, damit nicht der gesamte nach dem Teilurteil anhängig gebliebene Prozess erst in der zweiten Instanz beginnt (BGH, NJW-RR 1994, 379). Vorliegend spricht für die Zurückverweisung, dass hinsichtlich des abgewiesenen Teils der Klage eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich und eine weitere Aufklärung des komplexen Sachverhalts geboten ist. Es erscheint sachdienlich, die – bereits begonnene – Beweisaufnahme in erster Instanz fortzusetzen und die erforderliche Entscheidungsreife dort herbeizuführen.

2. Zudem liegen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vor, da das landgerichtliche Urteil auf einem wesentlichen Verfahrensfehler beruht.

a) Ein wesentlicher Verfahrensfehler liegt vor.

aa) Unter Zugrundelegung der materiell-rechtlichen Beurteilung des Vorbringens der Parteien zur Begründung der Klageforderung (vgl. Ball in Musielak/Voit, 19. Auflage 2022, § 538 ZPO Rn. 10 m.w.N.) liegt eine Verletzung von Verfahrensnormen vor, die das rechtliche Gehör der Parteien gewährleisten und eine umfassende und sachgerechte Aufklärung des streitigen Sachverhalts gewährleisten sollen (vgl. Ball, a.a.O. Rn. 11). Das Landgericht hat zwar im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgehalten, die Klägerin begehre mit dem Klageantrag zu 1. b) die Zahlung von Ersatzvornahmekosten und Schadensersatz. Diese Darstellung findet in dem – vom Landgericht auch in einem Klammerzusatz in Bezug genommenen – Vorbringen der Klägerin eine Grundlage, da diese den Klageantrag zu 1. b) auf „Ersatzvornahmekosten/Schadensersatz“ stützt. Bei dieser Art der Anspruchsverfolgung war das Landgericht gehalten, durch einen rechtlichen Hinweis nach § 139 Abs. 1 ZPO auf eine Konkretisierung hinzuwirken, da – hiervon geht offenkundig auch das Landgericht aus – diese Ansprüche auseinanderzuhalten sind und es daher einer Klarstellung zum Verhältnis der – sprachlich parallel formulierten – Geltendmachung bedurfte. Statt dessen hat das Landgericht den entscheidungserheblichen Prozessstoff verkürzt und damit verkannt, indem es ausschließlich über einen Anspruch auf Zahlung von Ersatzvornahmekosten entschieden hat, ohne zuvor das Verhältnis der Anspruchsverfolgung und damit den Gegenstand des Rechtsstreits zu klären. Hierin liegt eine offenkundige Missachtung des einschlägigen Prozessrechts, da das Landgericht den Kläger mit seinem Antrag und dem dazugehörigen Lebenssachverhalt nicht gehört hat.

bb) Dieser als ein Fall der Verletzung rechtlichen Gehörs von Amts wegen zu prüfende Verfahrensfehler (vgl. BGH, NJW 2004, 1876) ist wesentlich, denn die angefochtene Entscheidung beruht hierauf. Das Landgericht wäre ohne den Verfahrensverstoß möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gelangt. Im Falle einer Hinweiserteilung hätte die Klägerin ihr Begehren konkretisiert. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin klargestellt, dass sie – entsprechend der Auslegung des prozessualen Vorgehens durch den Senat – Ersatzvornahmekosten und hilfsweise Schadensersatz geltend mache, soweit sie zuvor eine Ersatzvornahme in die Wege geleitet hat. Insofern wäre für das Landgericht klar geworden, dass es das Schadensersatzbegehren hilfsweise prüfen muss. Hierzu ist es – mangels gebotener Erörterung bzw. Hinweiserteilung durch das Landgericht – nicht gekommen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Landgericht bei Berücksichtigung des letztlich verfahrensfehlerhaft übergangenen Hilfsbegehrens zu der Entscheidung gekommen wäre, dass die Klägerin jedenfalls mit diesem Begehren obsiegt. Das Verfahren stellt somit keine ordnungsgemäße Grundlage für die Entscheidung dar (vgl. Ball in Musielak/Voit, § 538 ZPO Rn. 9). Da die mit dem Klageantrag zu 1. b) geltend gemachten Ersatzvornahmekosten bereits entstanden sind, ist ein möglicher Schadensersatzanspruch jedenfalls nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Geltendmachung fiktiver Mängelbeseitigungskosten

im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung nicht möglich ist (vgl. BGH, NJW 2018, 1463), was das Landgericht aber ohnehin mangels Prüfung nicht erwogen hat. Auch die Argumente des Landgerichts zur Ablehnung des Anspruchs auf Ersatz der Selbstvornahmekosten nach § 637 Abs. 1 BGB, es sei eine Selbstvornahme zeitlich vor dem Übergang ins Abrechnungsverhältnis erfolgt und es fehle an einer Fristsetzung nach dem Übergang ins Abrechnungsverhältnis, spielen für den Schadensersatzanspruch nach der vom Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes keine Rolle.

cc) Selbst wenn die Entscheidung des Landgerichts nicht hinsichtlich aller von der Klägerin gerügten Mängel von dem Verfahrensfehlern in der Weise betroffen sein sollte, dass das Urteil darauf beruht, führen die Verfahrensfehler doch zur vollständigen Aufhebung und Zurückverweisung der Rechtssache, soweit die Klage abgewiesen wurde. Der Erlass eines Teilurteils (§ 301 ZPO) ist dem Senat nicht möglich, da ein Ausspruch über einen Teil des Rechtsstreits nicht getrennt von dem restlichen Verfahrensgegenstand getroffen werden kann (vgl. Musielak in Musielak/Voit, § 301 ZPO Rn. 3a; Ball in Musielak/Voit, § 538 ZPO Rn. 4); die Voraussetzungen der Mängelrechte werden bei jedem einzelnen Mangel relevant und zu prüfen sein, so dass die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen besteht.

b) Auch von der auf der Grundlage der rechtlichen Bewertung durch den Senat zu beurteilenden Entscheidungsrelevanz der Verfahrensfehler ist auszugehen. Der Senat kann in der Sache über die vom Landgericht abgewiesenen Klageforderungen ohne eigene Beweisaufnahme zum Bestehen der streitigen Mängel nicht entscheiden. Die übrigen Voraussetzungen für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche – also unabhängig von den aufgrund des streitigen Vorbringens der Parteien zu klärenden Mängeln – liegen jedoch vor.

aa) Die Klägerin ist als Wohnungseigentümergeinschaft zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt. Zwar wurden zwei Häuser errichtet (...[X] und ...[W]), doch bilden die Eigentümer beider Objekte eine einheitliche Wohnungseigentümergeinschaft. Dies folgt aus § 14 Nr. 4 der Teilungserklärung des Notars ...[B] vom 14. Mai 2008 (Anlage VII zu UR.Nr. ...). Daraus ergibt sich, dass es sich um ein ungeteiltes Grundstück einer Mehrhausanlage handelt, bei dem lediglich für jedes Haus zusätzlich eine Untergemeinschaft gebildet wird. Die Untergemeinschaft einer Mehrhausanlage ist indes nicht rechtsfähig (vgl. hierzu Hügel/Elzer, WEG, 3. Auflage 2021, § 9a WEG Rn. 49 ff.). Ob einzelne Ansprüche das Sondereigentum betreffen, kann an dieser Stelle dahinstehen, da dieser Einwand jedenfalls nicht zu einer Entscheidungsreife des gesamten Rechtsstreits führt.

bb) Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Erstattung der Kosten der durchgeführten Ersatzvornahme aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 Alt. 2 und Abs. 3 BGB schlüssig dargelegt.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Besteller Mängelrechte nach § 634 grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes (an der es hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums fehlt) geltend machen. Der Besteller kann aber berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 – 4 BGB auch ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, in dem die verbleibenden Rechte des Bestellers ausschließlich auf Geld gerichtet sind. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) geltend macht oder die Minderung erklärt. Im Hinblick auf § 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB (Kosten der Ersatzvornahme bzw. Vorschussverlangen) gilt dabei, dass allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung im Wege der Ersatzvornahme für das Herbeiführen eines Abrechnungsverhältnisses nicht genügt. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis erst dann, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das

Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen und zwar selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werkes führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren (vgl. BGH, Urteile vom 19. Januar 2017: BGH NJW 2017, 1607 – Anbau; BGH BauR 2017, 879 – Terrasse; BGH NJW 2017, 1604 – Fassade).

(2) Diese Voraussetzungen hat die Klägerin schlüssig vorgetragen.

(a) Der Beklagte hat sein Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten. Die Klägerin hat jedoch erhebliche Mängel gerügt, weshalb keine Abnahme erfolgt ist.

(b) Auch von den hinsichtlich der einzelnen Mängel erforderlichen Fristsetzungen ist nach dem Vortrag der Klägerin auszugehen.

(aa) Das – für die erhobenen Ansprüche auf Kostenvorschuss und Erstattung von Selbstvorkosten bedeutsame – Vorbringen der Klägerin zur bereits erfolgten Vornahme einer Fristsetzung genügt zur Darlegung der entsprechenden

Anspruchsvoraussetzung. Die Rechtsansicht des Landgerichts, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zwingend nach dem Übergang in das Gewährleistungsstadium (also nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses, hier mit der Erklärung, unter keinen Umständen mehr mit dem Beklagten zusammenarbeiten zu wollen) gesetzt werden müsse, teilt der Senat nicht.

Das Landgericht argumentiert – insoweit sinngemäß – dahingehend, bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergebe sich, dass sich die Fristsetzung jeweils auf die Nacherfüllung beziehe, die begrifflich nur nach dem Erfüllungsstadium eintreten könne. Zudem könne erst zum Zeitpunkt der Abnahme (oder dem Vorliegen des Abnahmesurrogats) bestimmt werden, ob ein Mangel vorliege, denn hierbei handle es sich bei einem Werkvertrag um den maßgeblichen Zeitpunkt für die Frage der Mangelfreiheit.

Diese Ansicht überzeugt bei näherer Betrachtung nicht. Zunächst kann den drei genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Anbau, Terrasse, Fassade s.o.), in denen die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Möglichkeit der Geltendmachung der Mängelrechte ohne Abnahme höchststrichterlich ausgestaltet worden sind, nicht entnommen werden, dass eine vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses gesetzte Frist „verbraucht“ ist und nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses eine (neue) Nacherfüllungsfrist gesetzt werden muss, um die Mängelrechte auch ohne Abnahme geltend machen zu können. In der Entscheidung „Anbau“ bestätigt der Bundesgerichtshof, das Berufungsgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die (dortige) Beklagte unbeschadet einer fehlenden Abnahme den Werklohn wirksam gemindert hat. In diesem Fall war eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, da bereits mehrere Nachbesserungsversuche gescheitert waren und der Unternehmer ein weiteres Tätigwerden ablehnte. Jedenfalls im Falle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung ist folglich nicht ersichtlich, dass der Bundesgerichtshof eine (erneute) Fristsetzung nach dem Eintritt des Abrechnungsverhältnisses verlangt, damit die Mängelrechte auch ohne Abnahme geltend gemacht werden können. Zudem führt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung aus: „Sowohl Minderung als auch Schadensersatz statt der Leistung setzen gemäß § 638 Abs. 1 i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB sowie gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass der Besteller dem Unternehmer zuvor eine Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist ist der Schadensersatzanspruch entstanden.“ In den beiden Entscheidungen „Terrasse“ und „Fassade“, die jeweils einen Vorschussanspruch des Bestellers zum Gegenstand hatten, ist es zu Zurückverweisungen an das Berufungsgericht gekommen. Nach den dortigen Feststellungen lag ein Abrechnungsverhältnis nicht vor und es stand nicht fest, ob der Besteller zum Ausdruck gebracht hatte, weitere Arbeiten des Bestellers an dem Werk unter keinen Umständen mehr

zuzulassen. Der Bundesgerichtshof hat sich jedoch auch in dem Fall „Fassade“, in dem bereits eine Nacherfüllungsfrist gesetzt worden war, nicht veranlasst gesehen, für das weitere Verfahren darauf hinzuweisen, dass eine solche Frist bei dem späteren Eintritt eines Abrechnungsverhältnisses „verbraucht“ sein und dann eine erneute Fristsetzung erforderlich werden würde. Zudem wird aus den drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs deutlich, dass danach zu unterscheiden ist, wann ein Anspruch „entstanden ist“ und wann er „geltend gemacht“ werden kann. Demnach ist ein Anspruch dann entstanden, wenn alle erforderlichen Voraussetzungen – darunter die Fristsetzung – vorliegen. Die Frage, wann ein Anspruch „geltend gemacht“ werden kann bezieht sich dagegen nach dem Sinn, in dem die Formulierung von dem Bundesgerichtshof verwendet worden ist, dem allgemeinen Sprachgebrauch und auch dem Verständnis des Senats auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Begehrte tatsächlich beansprucht werden kann (hier: sobald ein Abrechnungsverhältnis eingetreten ist); „geltend machen“ bedeutet jedoch nicht, dass erst ab diesem Zeitpunkt überhaupt damit begonnen werden darf, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs herbeizuführen.

Soweit ersichtlich, sind nach den drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 19. Januar 2017 keine Entscheidungen von Oberlandesgerichten ergangen, die – wie hier das Landgericht – eine Fristsetzung nach dem Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses für zwingend erforderlich halten und eine frühere Fristsetzung als verbraucht ansehen. Soweit sich das Landgericht zur Untermauerung seiner Rechtsansicht in den Urteilsgründen auf die Verfügung des Vorsitzenden des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 6. August 2021 – 3 U 167/21 beruft, hat dieser auf Anfrage des erkennenden Senats bestätigt, dass keine Divergenz besteht und dem Verfahren 3 U 167/21 ein abweichender Sachverhalt zu Grunde lag. Das KG (NZBau 2019, 507) und das OLG Celle (Urteil vom 6. Februar 2020 – 8 U 133/19, BeckRS 2020, 51341) verlangen im Gegenteil sogar, dass die Nachfrist vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses und gerade nicht erst nach diesem Zeitpunkt gesetzt worden sein muss. So argumentiert das KG, dass die Berechtigung des Bestellers, den Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis umzuwandeln, im Regelfall eine vorherige Nachfristsetzung voraussetze, denn diese bereite das Abrechnungsverhältnis vor. Nach dem Bundesgerichtshof sei die entscheidende Hürde für die Geltendmachung der Sekundärrechte nicht die Abnahme, sondern die Fälligkeit der Werkleistung. Dies sei der Zeitpunkt, nach dem eine Nachfrist gesetzt werden müsse. In der Entscheidung des OLG Celle scheitert der Schadensersatzanspruch daran, dass der Beweis einer ordnungsgemäßen Aufforderung zur Nacherfüllung vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses nicht geführt worden sei. Weiter wird betont, dass dann, wenn ein Abrechnungsverhältnis eingetreten ist, die Voraussetzungen eines bis zu diesem Zeitpunkt nicht entstandenen Schadensersatzanspruchs nicht mehr herbeigeführt werden können.

Der Senat kann vorliegend offen lassen, ob er sich der Rechtsansicht des KG und des OLG Celle anschließt, wonach die Fristsetzung zwingend vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses erfolgt sein muss; jedenfalls ist aber entgegen der Ansicht des Landgerichts eine Fristsetzung vor dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses nicht unerheblich und es besteht keine Notwendigkeit nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses erneut eine Frist zu setzen, um die Mängelrechte geltend machen zu können. Für dieses Verständnis spricht auch, dass anderenfalls ein widersprüchliches Verhalten des Bestellers gefordert würde. Im Fall der Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 BGB muss der Besteller erklären, dass er unter gar keinen Umständen mehr bereit ist, den Unternehmer Arbeiten an dem Werk durchführen zu lassen, um das Abrechnungsverhältnis herbeizuführen. Es ist nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage von dem Besteller nach dieser Erklärung noch verlangt werden kann, dem Unternehmer nun doch noch eine Frist für die Durchführung von Nacherfüllungsarbeiten zu setzen. Dies kann aus einem objektiven Empfängerhorizont nur so verstanden werden, dass die frühere Erklärung des Bestellers nicht ernst gemeint war, wodurch das Entstehen des Abrechnungsverhältnisses aber gerade wieder in Frage gestellt würde. Die Bedenken des Landgerichts, dass erst zum Zeitpunkt der Abnahme (oder dem Eintreten des Abnahmesurrogats) überhaupt bestimmt werden kann, ob ein Mangel vorliegt und deshalb erst danach eine Fristsetzung möglich ist, teilt der Senat nicht. Das KG (a.a.O.) hat zutreffend

herausgearbeitet, dass in den Fällen des Abrechnungsverhältnisses der Fälligkeitszeitpunkt (bzw. nach der Formulierung des Bundesgerichtshofs der Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer sein Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet) der Zeitpunkt ist, nach dem (und nicht vor dem) die Nachfrist gesetzt werden muss. Sobald der Unternehmer aber sein Werk als fertiggestellt anbietet (es also aus Unternehmersicht mangelfrei ist), kann beurteilt werden, ob ein Mangel vorliegt. Die Ansicht des Landgerichts wird – soweit ersichtlich – auch nicht im Schrifttum vertreten. So führt Rast (vgl. BeckOGK, Stand: 01.10.2022, § 637 BGB, Rn. 26) aus, dass es dem Besteller möglich sein muss, zuerst eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen und dann ohne weitere Fristsetzung die Rechtsfolge aus § 637 BGB geltend zu machen, damit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Gewährleistungsrechten vor Abnahme nicht ins Leere läuft.

(bb) Soweit der Beklagte anführt, die Fristsetzungen der Klägerin (Anlage K3 ff.) seien an seine damaligen Prozessbevollmächtigten – die Rechtsanwälte ...[A] – gerichtet gewesen, die in dieser Angelegenheit nicht mandatiert gewesen seien, steht dies einer wirksamen Fristsetzung nicht entgegen.

Dabei kann dahinstehen, dass die früheren Prozessbevollmächtigten des Beklagten nach dem Vorbringen der Klägerin auch in dieser Angelegenheit mandatiert gewesen seien und sich im Dezember 2013 im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Mangelpunkten NM 1-40 für den Beklagten bestellt und im Dezember 2013, Februar und März 2014 für den Beklagten mit der Hausverwaltung der Klägerin korrespondiert hätten. Ebenso kann offen bleiben, dass die Klägerin anführt, die weiteren Fristsetzungen von April 2014 bis Mai 2015 (Anlagen K4, K6 und weitere) seien von der Hausverwalterin gegenüber dem Beklagten persönlich erfolgt.

Jedenfalls hat der Beklagte die Fristsetzungen erhalten, weshalb der von ihm angeführte „Umweg“ über seine damaligen Prozessbevollmächtigten sich allenfalls auf die Angemessenheit der Fristsetzung auswirken kann. Das Landgericht hat keinen Sachverhalt festgestellt, wonach von einer unangemessenen Frist auszugehen wäre. Dabei ist zu beachten, dass jeder Mangel einen gesonderten Streitgegenstand darstellt (vgl. nur Kober in BeckOGK, Stand: 01.10.2022, § 634 BGB Rn. 886 m.w.N.) und daher auch die Angemessenheit der Frist jeweils gesondert zu beurteilen ist. Wurde von dem Besteller eine unangemessen kurze Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, so hat der Unternehmer als vertragliche Nebenpflicht auch ohne Nachfrage vor Fristablauf die Unangemessenheit der Frist anzuzeigen und die bekannten Umstände mitzuteilen, die dem Besteller die Ermittlung der angemessenen Frist ermöglichen. Zudem ist eine zu kurz bemessene Frist nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang (vgl. zum Ganzen auch Rast in BeckOGK, Stand: 01.10.2022, § 637 BGB Rn. 72 ff. m.w.N.). Es ist nach dem derzeitigen Sachstand nicht feststellbar, dass die Ersatzvornahmen vor Ablauf einer als angemessen anzusehenden Frist begonnen haben.

(cc) Nach alledem kommt es auf die Frage der Entbehrlichkeit der Fristsetzung derzeit nicht an. Allerdings ist festzuhalten, dass der Blickwinkel des Landgerichts (ungeachtet der mit der Formulierung „wie hier nicht“ unzureichenden Würdigung), wonach es auf eine „Verweigerungshaltung des Beklagten nach Übergang in des Abrechnungsverhältnis“ ankomme, zu eng gewählt ist. Vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt einer endgültigen Erfüllungsverweigerung nicht an.

cc) Damit sind (sofern die streitigen Mängel gegeben sind, was durch eine Beweisaufnahme zu klären ist) die Voraussetzungen gegeben, unter denen die Klägerin ein Vorschussverlangen nach § 637 Abs. 3 BGB bzw. die Zahlung von Ersatzvornahmekosten nach § 637 Abs. 1 BGB geltend machen kann. Die Klägerin hat die Ersatzvornahme – soweit deren Kostenersatz begehrt wird – durchgeführt. Die Geltendmachung des Mängelrechts nach § 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB setzt weiter das Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses voraus, da es nach dem Vortrag der Klägerin an einer Abnahme fehlt. Die insoweit erforderliche Erklärung, unter keinen Umständen mehr mit dem Beklagten

zusammenarbeiten zu wollen, hat die Klägerin unstreitig abgegeben. Damit liegen die Voraussetzungen vor, unter denen die Klägerin einen Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Erstattung der Kosten der durchgeführten Ersatzvornahmen auch ohne Abnahme geltend machen kann; vorausgesetzt, die streitigen Mängel bestehen und der Beweis zur Anspruchshöhe gelingt.

dd) Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist die Ersatzvornahme auch nicht zu früh erfolgt. Zum Zeitpunkt der Ersatzvornahme muss das Abrechnungsverhältnis gerade noch nicht entstanden sein. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Nach dem Eintritt des Abrechnungsverhältnisses (hier: durch die Erklärung, dass die Klägerin unter keinen Umständen mehr Arbeiten des Beklagten an dem Werk zulässt) kann der Anspruch geltend gemacht werden; die Voraussetzungen des Anspruchs, wozu bei einem Anspruch auf Erstattung der Kosten der durchgeführten Ersatzvornahme eben auch die Durchführung der Ersatzvornahme gehört, dürfen jedoch nicht erst ab diesem Zeitpunkt herbeigeführt werden. Es ist jedenfalls unschädlich, wenn diese bereits zuvor vorliegen; ob dies zwingend erforderlich ist, kann der Senat vorliegend offen lassen.

Unabhängig hiervon kann die Klägerin die (noch in der weiteren Beweisaufnahme abschließend zu klärenden) Kosten der Ersatzvornahme jedenfalls im Wege des (hilfsweise geltend gemachten) Schadensersatzes verlangen. Der Besteller kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor der Abnahme Schadensersatzansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht geltend machen, etwa Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen der §§ 281, 280 BGB oder Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB. Er hat insoweit die Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder aber die grundsätzlich eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend macht (vgl. BGH, NZBau 2017, 216). Dabei führt eine spätere etwaige Abnahme (oder der spätere etwaige Eintritt eines Abrechnungsverhältnisses) nicht dazu, dass bereits entstandene Schadenersatzansprüche in Wegfall kommen. Da die geltend gemachten Ersatzvornahmekosten bereits entstanden sind, ist ein möglicher Schadensersatzanspruch auch nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Geltendmachung fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung nicht möglich ist (vgl. BGH, NJW 2018, 1463).

ee) Die vom Beklagten erstinstanzlich als Reaktion auf die in der letzten mündlichen Verhandlung erfolgte Erklärung der Klägerin zum Übergang ins Abrechnungsverhältnis erhobene Einrede der Verjährung greift nicht. Für eine Abnahme fehlen jedwede Anknüpfungspunkte. Der Beklagte hat in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 25. Januar 2022 selbst auf die fehlende Abnahme abgestellt und dies sinngemäß in der Berufungserwiderung wiederholt, indem er auf die „Formalien“ verweist, die der Gesetzgeber im Falle einer fehlenden Abnahme vorschreibt. Insofern fehlt es an Anknüpfungspunkten, um einen Verjährungsbeginn im Sinne des § 634a Abs. 2 BGB zu einem Zeitpunkt anzunehmen, der die nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Verjährungshemmung führende Klageerhebung am 1. Juli 2015 als nach Verjährungseintritt erfolgt erscheinen lässt. Soweit der Begründungsansatz zur Einredeerhebung darauf hindeutet, der Beklagte gehe von einem Wechsel des geltend gemachte Mängelrechts aus, ist dies unerheblich, da insoweit § 213 BGB zu berücksichtigen wäre.

c) Die weiteren Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO liegen vor. Die Klägerin hat die Zurückverweisung hilfsweise beantragt. Der Zurückverweisungsantrag betrifft den Tenor zu 3. des angefochtenen Urteils, wonach die Klage im Übrigen abgewiesen wurde. Dies genügt, da eine unmittelbare Senatsentscheidung im Sinne einer Zusprechung der weiteren Klageforderung, wie sie die Klägerin in erster Linie erstrebt, nicht ohne Weiteres möglich ist (vgl. Zöller/Heßler, § 538 ZPO Rn. 4).

Zudem bedarf es der Durchführung einer umfangreichen und aufwändigen Beweisaufnahme, da die entscheidungserheblichen Fragen einer grundlegenden Sachaufklärung durch eine erneute

Hinzuziehung des Sachverständigen und durch die Vernehmung von Zeugen bedürfen. Bereits aus dem Protokoll der letzten mündlichen Verhandlung des Landgerichts folgt, dass auch aus Sicht der erstinstanzlich befassten Kammer – wie auch aus den Schriftsätzen beider Parteien hervorgeht – im Falle einer schlüssigen Anspruchsdarlegung durch die Klägerin einer komplexe und umfangreiche Beweisaufnahme durchzuführen ist.

aa) Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist hinsichtlich mehrerer Mangelvorwürfe eine Beweisaufnahme zur Feststellung der vertraglichen Grundlagen für die erst anschließend denkbare Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Klärung der technischen Fragen durchzuführen. Hiervon ist – ausweislich des Verhandlungsprotokolls – auch das Landgericht in der letzten mündlichen Verhandlung ausgegangen.

Hinsichtlich mehrerer vom Sachverständigen festgestellter Mängel hat der Beklagte den Einwand erhoben, es habe eine Vertragsänderung zwischen den Parteien stattgefunden, weshalb der festgestellte Mangel nicht in den Pflichtenkreis des Beklagten falle. Zudem habe die Klägerin die Absicht des Beklagten, einen festgestellten Mangel zu bearbeiten und zu beseitigen, unmöglich gemacht, indem ihm ohne rechtfertigenden Grund der Zugang zur Baustelle verweigert worden sei.

Lediglich beispielhaft wird zur Verdeutlichung der gebotenen umfangreichen Beweisaufnahme auf folgende Mangelvorwürfe verwiesen: Hinsichtlich des Neumangels 14 wegen eines fehlenden Fensters im Giebelbereich des Hauses ...[X] hat der Beklagte im Schriftsatz vom 12. Mai 2016 vorgetragen, der Einbau eines solchen Fensters sei nicht geschuldet gewesen. Es sei zu einer Vertragsänderung dahingehend gekommen, das aus Gründen der Fassadengestaltung angedachte Fenster nicht einzubauen. Hierfür sei die Höhenangst der Eigentümerin ...[F], deren Wohnung der gesamte Spitzbodenbereich ihrer darunterliegenden Penthousewohnung durch Teilungserklärung zugeordnet gewesen sei, maßgeblich gewesen. Dazu hat der Beklagte Zeugenbeweis durch Vernehmung der Architektin ...[C] angeboten. Die Kammer hat zwar in den Beweisbeschlüssen vom 25. Juli 2016 und 14. Juli 2017 ausgeführt, dass sie nicht von einem vertraglichen Verzicht ausgehe, hat sich aber nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Vertragsänderung stattgefunden hat. Bei der Beweisfrage hinsichtlich der fehlenden Verbreiterung einer Terrasse hat der Beklagte im Schriftsatz vom 28. Juni 2019 vorgetragen, es habe diesbezüglich eine Vereinbarung zwischen den Wohnungseigentümern ...[D] und ...[E] gegeben, wonach für diesen Mangel ein Betrag in Höhe von 551,20 € als Gutschrift erteilt werde. Hinsichtlich der Neumängel 42, 60 und 61 hat der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 2019 eingewandt, dass er u.a. die Schließanlage für das Haus ...[X] habe einbauen wollen, ihm der Einbau jedoch durch den Wohnungseigentümer ...[F] und andere Wohnungseigentümer des Hauses ...[X] untersagt worden sei. Hinsichtlich der unfertigen Kellerabdichtung des Hauses ...[X] hat der Beklagte im Schriftsatz vom 12. Mai 2016 vorgetragen, ihm sei aufgrund einer aktionistischen Eigeninitiative der Wohnungseigentümerin ...[G] und der Wohnungseigentümer ...[F] die Fertigstellung des Gewerkes unmöglich gemacht worden. Auch hierzu hat er die Vernehmung der Zeugin ...[H] beantragt.

bb) Zudem ist die erneute Hinzuziehung des Sachverständigen zu zahlreichen Mangelvorwürfen geboten.

Dies wird von beiden Parteien – ausgehend von der Rechtsauffassung des Senats – ebenso gesehen. Auch das Landgericht ist – abseits der vertretenen Rechtsansicht zum Fristsetzungserfordernis – hiervon ausgegangen. So wurde der Sachverständige auf Antrag der Parteien zur Erläuterung der schriftlichen Gutachten geladen. Erst nach einem rechtlichen Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2021 hat die Kammer von der mündlichen Anhörung des Sachverständigen abgesehen. Ausgehend von einem schlüssigen Vortrag der Klägerin zu Fristsetzung ist daher der Sachverständige erneut zu konsultieren, wobei das Landgericht nach § 411 Abs. 3 ZPO wählen kann, ob angesichts des erheblichen Umfangs und Schwierigkeitsgrads der zu klärenden Fragen eine

mündliche Erläuterung oder die Anordnung einer schriftlichen Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens sinnvoll erscheint.

Auch in diesem Zusammenhang wird lediglich beispielhaft zur Verdeutlichung der gebotenen umfangreichen Beweisaufnahme auf folgende Mangelvorwürfe verwiesen: Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 8. Juli 2020 Klärungsbedarf zu den Beweisfragen 1.2 und 1.7 sowie zu weiteren Beweisfragen (Garagen, Boden Haus ...[X], Abfluss der Regenrinne, Balkon Wohnung ...[J], Begleitheizung, negatives Gefälle des Abwasserrohres hinter dem Kanal Richtung Haus ...[X]) gesehen. Die mit dem Schriftsatz beantragte Anhörung des Sachverständigen betrifft im Wesentlichen die Neumängel 2, 6, 13, 28, 46, 58 und 59.

Das Landgericht wird jedoch auch im Übrigen aufgrund seiner eigenständigen Pflicht zur Würdigung des Sachverständigengutachtens zu prüfen haben, ob eine ergänzende Hinzuziehung des Sachverständigen zur weiteren Sachaufklärung geboten ist. Dies liegt hinsichtlich mehrerer Mängel auf der Hand, wie sich etwa bei einer Betrachtung der Neumängel 35, 36 und 48 zeigt. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 25. April 2019 hinsichtlich des Abflusses aus der Regenrinne des Balkons der Wohnung ...[I] die Ordnungsgemäßheit der Regenrinne überprüft und kam zu dem Ergebnis, dass die Dachrinne aufgrund eines Gegengefälles einen Mangel darstelle. Die gleiche Frage betrifft den bereits benannten Neumangel 28 und den Neumangel 36 hinsichtlich des Abflusses der Regenrinne der Balkone der Wohnungen ...[J] und ...[K]. Der Beklagte hat hiergegen in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 2019 eingewandt, bei der Ortsbesichtigung sei nur an einer Stelle die Regenrinne ausgebuchtet gewesen, sodass ein geringes Gegengefälle von ca. 0,5% festgestellt werden konnte. Er hat ausgeführt, dass ein solches Gegengefälle noch innerhalb der Toleranzen liege. Insbesondere sei die Dachrinne nicht auf einer Länge von 8,2 m zu erneuern. Zudem hat der Beklagte hinsichtlich der Abflussrinne auf dem Balkon der Wohnung ...[I] eingewandt hat, dass ein Ausbeulen der Dachrinne in dem betroffenen Bereich ausreichend sei.

Hinsichtlich des Neumangels 48 hat der Sachverständige zur Frage der Wärmedämmung an zwei Einschubtreppen zum Dachboden der Wohnung des Eigentümers ...[L] ausgeführt, dass die Öffnungen mit einer Wärmedämmung auszustatten seien. Erforderlich sei die Maßnahme auch zur Erreichung der Mindestanforderung an den Feuchteschutz zur Vermeidung von Schimmelpilzbildung an der Oberfläche zur Raumseite gemäß DIN 4108. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 2019 hiergegen eingewandt, dass die fehlende beanstandete Wärmedämmung zum Dachgeschoss nicht erforderlich sei, da die Funktion der Wärmedämmung hier durch die Dachspitze erfüllt werde. Einer zusätzlichen baulichen Maßnahme bedürfe es daher nicht. In diesem Zusammenhang hat er auch die Frage aufgeworfen, dass eine entsprechende Wärmedämmung mit einer Folienunterlage zwischen den Sparrenlagen in den Wohnungen ...[J] und ...[L] als Wärmedämmung eingebaut worden sei und der Sachverständige festgestellt habe, dass dies nicht zum Leistungsumfang des Beklagten gehört habe. Daraus wird deutlich, dass die Frage der Wärmedämmung an den Einschubtreppen zum Dachboden des Hauses ...[W] durch den Sachverständigen zu erläutern ist.

Schließlich konnte der Sachverständige zu einer Vielzahl von Mängeln keine eigenen Feststellungen mehr treffen, da die Mängel bereits beseitigt waren. Insoweit hat der Beklagte im Schriftsatz vom 28. Juni 2019 etwa zur Beweisfrage Neumangel 21 eingewandt, dass hinsichtlich des Belages der Kelleraußentreppe von der Firma ...[M] eine höherwertige Ausführung ausgeführt worden sei, als in der Baubeschreibung geschuldet gewesen sei.

cc) Bei der Entscheidung, in welchem Umfang Ansprüche der Klägerin bestehen, ist der Einwand der Beklagten, zahlreiche Mängel seien durch den Vergleich in dem Berufungsverfahren bei dem Oberlandesgericht Koblenz (4 U 425/13) abgegolten worden, zu berücksichtigen. Zumindest für die Neumängel 19, 21, 31, 42, 55 und 61 hat der Beklagte konkrete Anknüpfungstatsachen dargetan, wonach zu überprüfen sein wird, ob die neu geltend gemachten Mängel bereits von dem dargestellten

Vergleichsabschluss umfasst sind. Hierbei ist absehbar, dass eine Abgrenzung nur nach Durchführung einer Beweisaufnahme über die Art und Ausgestaltung des Mangels unter Hinzuziehung des Sachverständigen erfolgen kann.

III.

Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden nach § 21 Abs. 1 S. 1 GKG nicht erhoben. Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten. Das Urteil ist nach dem § 708 Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären (vgl. Zöller/Heßler, § 538 ZPO Rn. 59).

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht gegeben sind. Eine Divergenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung zu der Frage, ob eine (erneute) Nacherfüllungsfrist nach dem Entstehen des Abrechnungsverhältnisses gesetzt werden muss, liegt nicht vor.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 146.887,81 € festgesetzt.