

letzte Aktualisierung: 18.10.2019

OLG Naumburg, Urt. v. 11.7.2019 – 1 U 116/18

BGB §§ 278, 280 Abs. 1, 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 634 Nr. 2 u. 4, 637 Abs. 1 u. 3
Mangelhaftigkeit neu errichteter Eigentumswohnungen bei Schimmelpilzbefall

1. Eine neu errichtete Eigentumswohnung ist mangelhaft, wenn es dort bis zur Abnahme zum Eintrag von Nässe kommt, die ein über die normale Hintergrundbelastung von 10.000 KBE/g hinausgehendes Schimmelpilzwachstum auslöst.
2. Schimmelpilzwachstum in Innenräumen ist ein Gesundheitsrisiko, dessen Beseitigung der Erwerber einer neu errichteten Eigentumswohnung vom herstellenden Verkäufer (Unternehmer) verlangen kann, ohne dass dem die Unverhältnismäßigkeit der Kosten oder des Aufwandes entgegenstehen.
3. Beruft sich der nacherfüllungspflichtige Unternehmer im Prozess auf die Unverhältnismäßigkeit der sachverständig begründeten und ermittelten Mangelbeseitigungskosten, kann dies eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck bringen, sodass es einer Fristsetzung nach § 637 Abs. 1 BGB für den Vorschuss zur Selbstvornahme nicht mehr bedarf. Auf eine vorausgegangene vermeintliche Zuvielforderung des Erwerbes beim Umfang der beanspruchten Mangelbeseitigung kommt es dann nicht an.
4. Der Erwerber hat gegen den Verkäufer neben der Leistung Anspruch auf Ersatz der aufgewandten Sachverständigenkosten. Ob sich dieser Schadensersatzanspruch der Höhe nach auf den Anteil des späteren Prozesserfolges beschränkt, bleibt offen.
5. Wird die auf Zahlung des Restkaufpreises der Eigentumswohnung gerichtete Widerklage rechtskräftig abgewiesen, weil das Gericht erster Instanz eine Aufrechnung des Käufers mit Teilen der Klageforderung annimmt, steht für die gegen die damit verbundene (teilweise) Klageabweisung gerichtete Berufung des Käufers fest, dass die betroffenen Teile seiner Klageforderung verbraucht sind.

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 U 116/18 OLG Naumburg
6 O 145/14 LG Halle

verkündet am: 11.07.2019
Bittdorf, JHS'in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Krause als Einzelrichter

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 28. Januar 2019 verkündete Endurteil des Landgerichts Halle teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin 7.756,02 EUR nebst Zinsen für das Jahr in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. Mai 2014 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1. der Klägerin jeden weiteren, durch den Eintritt von Wasser aus der darüber liegenden Wohnung in die von der Klägerin erworbene Wohnung Nummer 2 im Erdgeschoss, M. Straße 14, H. , entstandenen Schaden zu ersetzen hat.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Widerklage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufungen der Beklagten zu 1. gegen das am 25. Juni 2018 verkündete Teilurteil und das am 28. Januar 2019 verkündete Endurteil des Landgerichts Halle werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin erster Instanz - einschließlich des selbständigen Beweisverfahrens 4 OH 4/17 - tragen die Klägerin zu 64% und die Beklagte zu 1. zu 36%. Von den insoweit entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beklagte zu 1. und den Kosten der Nebenintervention werden der Klägerin 29% auferlegt. Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin im Berufungsverfahren 1 U 119/15 tragen die Klägerin 63% und die Beklagte zu 1. 37%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. und die Kosten der Nebenintervention fallen der Klägerin zu 25% zur Last. Von den Kosten des Berufungsrechtszuges werden der Klägerin 16% und der Beklagten zu 1. 84% auferlegt. Die Klägerin trägt die Kosten der Nebenintervention im Umfang von 16%. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Dieses Urteil und die angefochtenen Entscheidungen des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des nach den Urteilen vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

und beschlossen:

Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird bis zur Verbindung durch Senatsbeschluss vom 30.04.2019 für das Verfahren 1 U 116/18 auf 68.000 EUR und im Verfahren 1 U 67/19 auf 34.496,79 EUR (Berufung der Beklagten = 12.150 EUR; Berufung der Klägerin = 22.126,05 EUR) sowie danach auf die Gebührenstufe bis 110.000 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 1. (im Folgenden nur noch Beklagte) aus einem Wohnungseigentumserwerbsgeschäft des Jahrs 2012 wegen Mängeln auf Vorschuss zur Selbstvornahme und Schadensersatz in Anspruch. Der Senat war mit der Sache bereits verfasst.

Durch Teil- und Schlussurteil vom 31.03.2016 hat er das erste Urteil des Landgerichts in der Sache vom 10.08.2015 (unter weitgehender Abweisung der Klage Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 2.163,03 EUR Umzugskosten und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten für weitere Umzugskosten der Klägerin) soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt wurde (ausgenommen 127,20 EUR wegen denen es an einer ausreichenden Berufungsbegründung der Klägerin mangelte) teilweise aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Halle zurückverwiesen. Wegen der näheren Einzelheiten und den zugrunde liegenden Feststellungen wird auf die Senatsentscheidung vom 31.03.2016 verwiesen.

Das Landgericht hat daraufhin Beweis erhoben. Es wurden Zeugen vernommen und (zunächst im selbstständigen Beweisverfahren 6 OH 5/15 = 10 OH 5/15 = 4 OH 4/17) ein Gutachten des Sachverständigen K. eingeholt. Mit *Teilurteil vom 25.06.2018* hat das Landgericht über den geltend gemachten Vorschussanspruch entschieden und Ziff. 1. der Klage insoweit zum Teil stattgegeben. Die Beklagte wurde verurteilt, an die Klägerin 68.000 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Wegen der dem zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird auf das *Teilurteil vom 25.06.2018* Bezug genommen.

Die Beklagte hatte zwischenzeitlich mit der Widerklage (Bd. IV Bl. 90 ff. d.A.) ausstehende 33.135,25 EUR des vereinbarten Kaufpreises aus den Raten fünf und sieben geltend gemacht. Über die Widerklage sowie die übrigen Klageanträge (für Dezember 2013 bis April 2014 gezahlter Mietzins von 2.150 EUR, Sachverständigenkosten F. i.H.v. 8.165,48 EUR, H. i.H.v. 1.112,19 EUR und R. i.H.v. 11.968,65 EUR, vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.885,51 EUR nebst weitergehender Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten) hat das Landgericht mit *Endurteil vom 28.01.2019*, auf das wegen der dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, entschieden. Die Beklagte wurde verurteilt, an die Klägerin weitere 2.022,13 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Darüber hinaus hat die Einzelrichterin festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeden weiteren Wohnungsschaden aus dem Wassereintritt zu ersetzen. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Auch die Widerklage wurde abgewiesen.

Gegen das *Teilurteil vom 25.06.2018* wendet sich die Berufung der Beklagten (eingelegt durch die Beklagte selbst und ihre Streithelferin zu 1.) mit dem Ziel der Abweisung des Klageantrages zu 1. Das *Endurteil vom 28.01.2019* fechten die Klägerin und die Beklagte durch die Streithelferin zu 1. an.

Mit ihrer Berufung gegen das Endurteil wendet sich die Klägerin gegen die Kürzung der Sachverständigenkosten und der Rechtsanwaltsgebühren. Zu Unrecht seien die ersatzfähigen Aufwendungen für die Sachverständigen Dr. F. und R. von 19.112,97 EUR auf 13.379,08 EUR reduziert worden. Die Differenz von 5.733,89 EUR verfolge die Klägerin weiter. Außerdem sei es nicht gerechtfertigt, die Geschäftsgebühr auf 1,3 zu reduzieren. Auch insoweit werde der Differenzbetrag von 779,26 EUR (2.885,51 EUR abzgl. 2.085,95 EUR) zum Gegenstand der Berufung gemacht. Zudem habe das Landgericht zu Unrecht eine Aufrechnung der Klägerin gegen die Restkaufpreisforderung der Beklagten von 15.592,90 EUR angenommen.

Bei der Kürzung der Sachverständigenkosten vernachlässige das Landgericht die Erheblichkeit des Schadens. Es sei vom gerichtlichen Sachverständigen zudem nicht festgestellt, dass der von der Klägerin angegebene Schaden nicht doch vorliege.

Die vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit sei keineswegs als durchschnittlich anzusehen. Es seien mehrere Sachverständige auf speziellem Gebiet tätig geworden. Der Schaden sei nicht gering. Dies rechtfertige eine 1,6 Geschäftsgebühr.

Eine Aufrechnungserklärung liege nicht vor. Die letzte Rate von 3,5% sei überhaupt nicht fällig. Die Klägerin habe sich darüber hinaus auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Die Aufrechnung sei für den Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden, in dem Zahlen des Gutachtens vorlägen. Die Klägerin habe nämlich ein erkennbares Interesse daran, Gelder einzubehalten, um ihre erheblichen weiteren Schäden abzudecken.

Die Klägerin habe nie die Nacherfüllung unterbunden. Der Fußbodenaustausch sei notwendig. Nichts anderes habe der gerichtliche Sachverständige festgestellt. Eben dies sei von der Beklagten stets verweigert worden. Deshalb habe die Klägerin die unzureichenden Mangelbeseitigungsmaßnahmen der Beklagten ablehnen dürfen. Natürlich habe die Klägerin auch weiterhin ein Interesse an der Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten. Dies folge bereits aus den weiter anfallenden Lagerkosten, Planungs- und Bauüberwachungskosten oder einer Wertminderung der Wohnung.

Die Klägerin beantragt,

- die Berufungen der Beklagten gegen das Teilurteil vom 25.06.2018 und das Endurteil vom 28.01.2019 zurückzuweisen.

- das Endurteil des Landgerichts vom 28.01.2019 teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, über die erstinstanzlich ausgeurteilten 2.022,13 EUR hinaus weitere 22.126,05 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.05.2014 an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte und ihre Streithelferinnen beantragen,

- das Teilurteil des Landgerichts vom 25.06.2018 abzuändern und die Klage zu Ziff. 1. abzuweisen, hilfsweise die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.
- das Endurteil des Landgerichts Halle vom 28.01.2019 abzuändern und die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 127,87 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.08.2014 zu zahlen und die Klage und die Widerklage im Übrigen abzuweisen, und
- die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil vom 28.01.2019 zurückzuweisen.

Die Beklagte und ihre Streithelferin zu 1. vertreten die Auffassung, das Landgericht habe die gesetzlichen Voraussetzungen des Vorschussanspruchs nur unzureichend beachtet und anhand des Sachverhalts geprüft. Tatsächlich lägen diese nicht in Gänze vor. Es bleibe unberücksichtigt, dass die Klägerin stets die Beseitigung des gesamten Fußbodens beansprucht habe, während sich im Zuge der Beweisaufnahme nur die teilweise Sanierungsbedürftigkeit des Fußbodenaufbaus ergeben habe. Diese Zuviehforderung sei entscheidend. Tatsächlich hätten ein rechtserhebliches Mangelbeseitigungsverlangen nebst Fristsetzung oder eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung angesichts dessen zu keinem Zeitpunkt vorgelegen. Vielmehr sei es nach Klärung des Schadensumfangs erforderlich, erstmals eine den tatsächlichen Umfang der Arbeiten betreffende Frist zu setzen. Selbst wenn ihr der vom Landgericht festgestellte Sanierungsumfang angeboten worden wäre, hätte die Klägerin sich darauf nicht eingelassen. Zudem hätte das Landgericht das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen nicht verwerten dürfen, da dieses auf Ermittlungen beruhe, die über den Beweisbeschluss hinausgingen.

Gegen das Endurteil des Landgerichts wenden die Beklagte und ihre Streithelferin ein, dass die Mietkosten der Klägerin in Höhe von 2.150 EUR zu Unrecht in die Berechnung des Landgerichts eingeflossen seien. Für diesen Aufwand sei der Wasserschaden nicht ursächlich geworden. Die Klägerin habe den der Vereinbarung vom 21.06.2013 zugrunde liegenden Fertigstellungstermin 30.09.2013 durch Nichtzulassung der Nacherfüllung und ihre Zuviehforderung

derung unterwandert. Damit sei die Verzögerung der Beklagten nicht mehr zuzurechnen. Darüber hinaus verfolge die Klägerin vor dem Landgericht in einem neuen Verfahren bezifferte Ansprüche, sodass überhaupt nicht ersichtlich sei, in welcher Hinsicht noch ein Feststellungsinteresse für den unbestimmten Feststellungsausspruch des Landgerichts bestehe.

Selbst wenn das Teilurteil des Landgerichts zutreffen würde, käme eine über das Endurteil hinausgehende Erstattung der Privatsachverständigenkosten nicht in Betracht. Denn immerhin habe die Klägerin aufgrund der Feststellungen ihrer Sachverständigen zu viel verlangt. Auf die Möglichkeit der Erwerberin, Ursache und Ausmaß der Schäden richtig zu beurteilen, komme es, wie auf die Möglichkeit des Auffindens weiterer Schäden im Zuge der Sanierung, nicht an.

Die Kürzung der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten durch das Landgericht sei schon im Hinblick auf die berechtigte Vorschussforderung folgerichtig. Ebenso zutreffend sei die Auffassung des Landgerichts, wonach die Sache gerade nicht von überdurchschnittlicher Schwierigkeit gewesen sei.

Das von der Klägerin geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht sei in eine Aufrechnung umzudeuten. Für ein Zurückbehaltungsrecht habe nach dem Zusprechen eines Vorschusses kein Anlass mehr bestanden. Zudem habe das Landgericht die Aufrechnungserklärung im Tatbestand des Urteils festgestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften beider Instanzen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg, während sich die Rechtsmittel der Beklagten als unbegründet erweisen. Soweit das Landgericht die Beklagte zur Zahlung eines Vorschusses nach §§ 637 III; 634 Nr. 2 BGB und zum Schadensersatz nach §§ 280 I; 278; 634 Nr. 4 BGB verurteilt hat, beruhen das Teilurteil vom 25.06.2018 und das Endurteil vom 28.01.2019 auf keiner Rechtsverletzung i.S.v. §§ 513 I; 529 ZPO. Dagegen stößt das Endurteil zum Teil auf durchgreifende rechtliche Bedenken, soweit die aus §§ 280 I; 634 Nr. 4 BGB folgenden Ersatzansprüche der Klägerin zumindest bzgl. der Sachverständigenkosten eine Kürzung erfuhren. Hierüber ist durch Endurteil zu entscheiden, nachdem die Klägerin im letzten Termin zur Sache verhandelt hat.

1. a) Das Landgericht hat im Teilurteil vom 25.06.2018 zur Begründung ausgeführt: Die Klägerin habe auf Grund der im Wohnungseigentumserwerbsvertrag eingegangenen Bauverpflichtung der Beklagten gegen die Verkäuferin einen Anspruch auf Vorschuss aus §§ 634 Nr. 2; 637 BGB. Die Wohnung Nr. 2 sei mit einem Mangel behaftet. Dieser beschränke sich nicht nur auf den vor der Abnahme eingetretenen Wassereinbruch. Vielmehr sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Estrichdämmung des Wohnungseigentums teilweise mit Schimmelpilzsporen belastet. Das Werk eigne sich damit nicht für die gewöhnliche Verwendung und weise keine Beschaffenheit auf, die bei Neubauwohnungen gleicher Art üblich sei und die die Klägerin der Art nach hätte erwarten können (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB). Nach den Veröffentlichungen des Umweltbundesamtes, insbesondere im neuesten Schimmelpilzleitfaden (Leitfaden: Zur Vorbeugung, Erfassung und Sanierung von Schimmelbefall in Gebäuden), und anderer wissenschaftlicher Einrichtungen sei bei einer Schimmelpilzkonzentration ab 10.000 KBE/g von einem Schimmelpilzbefall auszugehen. Schon ein geringer Befall stelle sich für die Klägerin als Mangel dar. Nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen K. seien in fünf Räumen der Wohnung der Klägerin Schimmelpilzkonzentrationen über diesem Grenzwert festzustellen. Dort müsse, so der Sachverständige, zum Erreichen der vertraglich geschuldeten normalen Hintergrundbelastung die Estrichdämmung entfernt werden. Ein grenzwertüberschreitender Befall mit Pilzsporen sei für den Unternehmer reaktions- und damit nacherfüllungspflichtig. Deshalb sei in den betroffenen Räumen der Fußbodenaufbau ggf. nebst der angrenzenden Bauteile komplett auszutauschen, was sich bereits aus der Notwendigkeit des Auswechsels der Heizschlangen der Fußbodenheizung ergäbe. Ohne diese Maßnahme würden die Randfugen des Fußbodenaufbaus als Schwachstelle verbleiben. Chemische Maßnahmen seien ebenso unzureichend. Von schwer zu besiedelnden Materialien und einer schnellen Trocknung des Wasserschadens könne nicht ausgegangen werden. Die Sanierungsschritte des von der Klägerin beauftragten Sachverständigen R. seien nach den Feststellungen des Sachverständigen K. nachvollziehbar und entsprächen der üblichen Schimmelpilzsanierung. Soweit die Zeugen die Sanierungsvorstellungen der Beklagten dargestellt hätten, seien diese unzureichend und entbehrten mit der mikrobiellen Untersuchung des Fußbodenaufbaus einer ausreichenden tatsächlichen Grundlage. Soweit die Sanierung des Fußbodenaufbaus danach erforderlich sei, habe es keiner Fristsetzung der Klägerin zur Nacherfüllung nach § 637 I BGB bedurft, denn die Beklagte habe mehrfach die einzig in Betracht kommende Mangelbeseitigungsmaßnahme ernsthaft und endgültig abgelehnt. Auf weniger habe sich die Klägerin nicht einlassen müssen. Der danach geschuldete Vorschuss (§ 637 III BGB) sei zu schätzen (§ 287 ZPO). Insoweit schließe sich die Einzelrichterin der Kostenermittlung des Sachverständigen K. im Ergänzungsgutachten vom 24.11.2017 an. Genaueres müssten die konkrete Sanierungsplanung und die während der Sanierung zu treffenden Feststellungen zum Ausmaß des Schimmelbefalls ergeben. Die Berücksichtigung von Sanierungsaufwand auch außerhalb der betroffenen Räume sei richtig. Derartige Kosten seien sehr wahrscheinlich, da die Klägerin sich beispielsweise nicht auf Rohrkupplungen verweisen lasse müsse, denn diese entsprächen nicht dem geschuldeten Neubaulzustand. Dass der Sachverständige bei der Kostenermittlung auf seine Erfahrung und Baukostentabellen zurückgegriffen habe, begegne im Hinblick auf die von Beklagtenseite eingewandten geringeren örtlichen Baukosten keinen Bedenken. Dies sei eine Frage der endgültigen Abrechnung des Vorschusses. Neben dem danach geschuldeten Vorschuss von 68.000 EUR habe die Beklagte Rechtshängigkeitszinsen aufzubringen.

Dies hält auf die Berufung der Beklagten einer Nachprüfung durch den Senat stand.

b) Wie der Senat mit der Verfügung vom 12.11.2018 mitgeteilt hatte, war das Teilurteil des Landgerichts (vgl. § 301 ZPO) unzulässig. Angesichts der noch ausstehenden Schlussentscheidung bestand offensichtlich die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen (vgl. hierzu Zöller/Feskorn, ZPO, 32. Aufl., § 301 Rdn. 12 m.w.N.). Dieser Mangel ist nunmehr

durch den Beschluss des Senats vom 30.04.2019 geheilt. Die Unzulässigkeit des Teilurteils endet, wenn sich die prozessuale Situation so entwickelt, dass es nicht mehr zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen kann, wie etwa durch die Verbindung der Rechtsmittelverfahren gegen das Teil- und das Schlussurteil (Zöller/Feskorn, § 301 Rdn. 23).

c) Auf das Vertragsverhältnis der Parteien sind die Bestimmungen des BGB in der Fassung vor dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts vom 28.04.2017 (BGBl. I 969) anzuwenden (Art. 229 § 39 EGBGB).

d) Der Senat hat zur materiellen Rechtslage bereits in dem Teil- und Schlussurteil vom 31.03.2016 Stellung genommen. Danach hängt der geltend gemachte Vorschussanspruch der Klägerin davon ab, ob sich die in diesem Zusammenhang aufgestellte Mangelbehauptung beweisen lässt. Den Beweis eines Schimmelbefalls bzw. Schimmelwachstums in der Wohnung, insbesondere auch der Estrichdämmung, hat die Klägerin mit Hilfe des Gutachtens des Sachverständigen K. geführt. Damit ist die von der Beklagten verkaufte Wohnung nicht frei von Sachmängeln i.S.v. § 633 I, II 1, 2 BGB. Die insoweit getroffenen Feststellungen des Landgerichts bieten keine Anhaltspunkte für Zweifel an ihrer Richtigkeit oder Vollständigkeit.

aa) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Gutachten des Sachverständigen zu verwerten, denn das Verfahren der Beweisaufnahme verlief ordnungsgemäß.

Das zunächst von der Klägerin eingeleitete selbständige Beweisverfahren wurde zutreffend im Streitverfahren fortgesetzt. Auch während des Prozesses kann die Begutachtung durch einen Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren erfolgen (§ 485 I ZPO). Beruft sich in diesem Fall eine Partei im Prozess auf Tatsachen, über die selbständig Beweis erhoben wurde, so steht das selbständige Beweisverfahren einer Beweiserhebung vor dem Prozessgericht gleich (§ 493 I ZPO). Die Verwertung des Beweises erfolgt von Amts wegen (Zöller/Herget, § 493 Rdn. 1). Damit geht auch die Zuständigkeit für die weitere Beweiserhebung auf das Prozess- bzw. Streitgericht über (BGH NJW 2018, 1171, 1172; Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl., § 493 Rdn. 4).

Das Gutachten des Sachverständigen ging außerdem zu keinem Zeitpunkt über die Beweisanordnung des Landgerichts vom 09.10.2015 hinaus. Es wurde über die Behauptung der Klägerin, in den einzelnen Räumen sei jeweils eine mikrobielle Belastung mit Schimmelpilzen und Bakterien vorhanden, Beweis erhoben. Diese Behauptung bezog sich schon dem Wortlaut nach nicht auf die Zimmerluft, sondern meinte die gesamte Wohnung, also auch die

einzelnen Bauteile, wie den Fußboden. Aus Ziff. II e) konnte nicht der Schluss gezogen werden, es ginge nur um die Zimmerluft. Auch unter Berücksichtigung der Antragsschrift war das Verständnis des Sachverständigen, welches seiner Begutachtung zugrunde lag, zwingend. Denn die Klägerin verwies ausdrücklich auf das eingeholte Parteigutachten des Sachverständigen Dr. F. und stellte gerade die Betroffenheit der Fußbodenkonstruktion als streitig dar. Gerade dem sollte durch den Beschluss des Landgerichts nachgegangen werden.

bb) Zutreffend hat das Landgericht die Mangelhaftigkeit der Wohnung angenommen und in diesem Zusammenhang auch die Betroffenheit der Fußbodenkonstruktion bis hin zur Estrichdämmung in fünf Räumen festgestellt. Insoweit wies die Wohnung zur Zeit der Abnahme (vgl. BGH, Urteil vom 25.02.2016 – VII ZR 210/13) nicht die vertraglich vereinbarte und vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit auf. Die Beklagte hatte sich zumindest stillschweigend verpflichtet, eine funktionstaugliche Wohnung herzustellen (BGH, Urteil vom 29.09.2011 – VII ZR 87/11; BGH, Urteil vom 08.05.2014 – VII ZR 203/11; Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Aufl., S.279; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., S. 410). Das bedeutet, dass die Wohnung dazu geeignet sein musste, darin ohne (bekannte) gesundheitliche Risiken auf Dauer zu leben. Diese Voraussetzungen waren mit der Feuchtigkeit und dem davon initiierten Schimmelwachstum nicht gegeben. Schimmelwachstum in Innenräumen ist ein Gesundheitsrisiko und ein hygienisches Problem, das jedenfalls in einer neu errichteten Wohnung dann gegeben und als Mangel zu behandeln ist, wenn die normale Hintergrundbelastung, die der Sachverständige unter Hinweis auf die Erkenntnisse des Umweltbundesamtes (vgl. hierzu auch S. 114 des Schimmelpilzleitfadens 2017) überzeugend mit 10.000 KBE/g angegeben hat, überschritten wird. Eine Eignung zu Wohnzwecken fehlt (OLG Frankfurt, Urteil vom 10.02.2006 – 21 U 57/05).

e) Die Mangelhaftigkeit der Wohnung führt zu einem Nacherfüllungsanspruch der Klägerin (§ 634 Nr. 1 BGB). Dieser Anspruch richtet sich gegen die Beklagte, ohne dass es an dieser Stelle auf die Ursache oder ein Verschulden ankommt. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Anspruch nicht auf Grund unverhältnismäßiger Kosten (§ 635 III BGB) oder unverhältnismäßigen Aufwandes (§ 275 II BGB) ausgeschlossen. Es besteht kein Missverhältnis zum objektiven Interesse der Klägerin an der vertraglich geschuldeten Leistung. Der von der Klägerin angestrebte Beseitigungsvorteil ist die Herstellung gesundheitlich unbedenklicher Wohnbedingungen und zwar auch im Hinblick auf die Dauerhaftigkeit des Wohnens. Auch wenn die Klägerin derzeit geringen Schimmelpilzbelastungen gewachsen sein könnte, schließt dies den zukünftigen Erwerb von Risikofaktoren, wie z.B. einer Immunschwäche, nicht aus. Ist danach das Leistungsinteresse der Klägerin unabweisbar, kommen die Einwände der Beklagten nicht zum Tragen. Hinzu tritt die Ersatzpflicht des haftpflichtversicher-

ten Streithelfers, die es noch weniger verständlich erscheinen lässt, warum das Leistungsinteresse der Klägerin zurücktreten soll.

f) Damit steht der Klägerin aber auch das Recht zur Selbstvornahme offen. Auf eine Fristsetzung nach § 637 I BGB kommt es nicht mehr an (§§ 637 II 1; 323 II Nr. 1 BGB).

Bereits in seinem Teil- und Schlussurteil hat der Senat ausgeführt, dass hier jede der Parteien das Risiko trägt, das Ausmaß des Mangels verkannt zu haben. Vor allem trifft dies nunmehr auf die Beklagte zu, denn sie hat auf das Verlangen der Klägerin stets die Sanierungsbedürftigkeit des Fußboden bestritten und nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens nur unzureichende Mangelbeseitigungsarbeiten angeboten, die die Klägerin ablehnen durfte (= endgültige Verweigerung der Mangelbeseitigung).

Die bislang erst zum Teil feststehende Fußbodenbetroffenheit ändert hieran nichts. Auch bei den Mangelrechten kann eine erhebliche Zuvieforderung gemäß § 242 BGB einem wirksamen Beseitigungsverlangen entgegenstehen. Die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Unwirksamkeit von Mahnungen bei Zuvieforderungen gelten grundsätzlich auch bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht, dessen Besonderheiten allerdings zu berücksichtigen sind (BGH, Urteil vom 05.10.2005 – X ZR 276/02). Ein überhöhtes Nachbesserungsverlangen ist unschädlich, sofern es der Unternehmer als Aufforderung zur Erbringung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen konnte und der Besteller zur Entgegennahme auch dieser eingeschränkten Nacherfüllung bereit ist (Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2014, § 634 Rdn. 53). Hieran besteht vorliegend kein Zweifel. Der Besteller wird regelmäßig Nachbesserungen, die ihm die vertraglich vereinbarte Nutzung gestatten, selbst dann nicht zurückweisen, wenn er meint, noch mehr verlangen zu können (BGH a.a.O.). Das trifft auch auf die Klägerin zu, denn sie hat gegen das Teilurteil kein Rechtsmittel eingelegt, akzeptiert also erst einmal den vom Sachverständigen für notwendig erachteten Mangelbeseitigungsumfang. Dass sich die Klägerin gegenüber einer nacherfüllungswilligen Beklagten anders verhalten hätte, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat bisher jedoch zu keiner Zeit auch nur ansatzweise in Aussicht gestellt, sich dem Boden und dessen Sanierung zuwenden zu wollen. Selbst als sie die Gelegenheit zur Untersuchung des Wohnung und zur Ermittlung des Ausmaßes des Schadens hatte, beschränkte man sich auf Luftmessungen, die für sich betrachtet unzureichend bzw. nicht aussagekräftig sind (vgl. S. 101 f.; S. 115 f. des Schimmelpilzleitfadens). Hätte sich die Beklagte dem berechtigten Anliegen der Klägerin ernsthaft zugewandt, hätte sich die Klägerin dem Ergebnis der notwendigen Untersuchungen durch die Beklagte sicher nicht verschlossen. Anders war ihr Nachverfüllungsverlangen nicht zu verstehen.

Im Ergebnis kommt es hierauf nicht einmal an. Auch nach dem Vorliegen des Gutachtens hat sich die Beklagte u.a. mit ihrem Schriftsatz vom 02.03.2018 auf den Standpunkt gestellt, die vom Sachverständigen vorgesehene Mangelbeseitigung sei unverhältnismäßig. Es ginge nur um die Raumlufte (Bd. VI Bl. 105 f.). Das ist aber nicht der Fall, denn die Schimmelsporen können aus dem Fußboden bzw. dessen Randbereiche durch Begehen austreten, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat. Ein gefahrlos hinnehmbarer unsanierter Zustand des Fußbodens setzt nicht zu erreichende dauerhafte Dichtheit voraus und stellt sich zudem als Werteinbuße dar, weil jeder Wohnungserwerber in diese Richtung aufzuklären wäre. Beruft sich der Unternehmer zu Unrecht auf §§ 635 III; 275 II BGB kann eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung vorliegen (Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. § 636 Rdn. 5), was der Senat angesichts des durchgängig zum Ausdruck gebrachten Unwillens der Beklagten zur nachhaltigen Mangelbeseitigung annimmt. Entscheidend ist, ob aus der Sicht des Vertragspartners unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände die Erfüllungsbereitschaft endgültig fehlt, was auch bei einem bloßen Rechtsirrtum der Fall sein kann, wenn weitere Umstände hinzukommen, insbesondere sich der Vertragspartner als uneinsichtig zeigt (BGH, Urteil vom 07.03.2013 – VII ZR 162/12). Die Beklagte ist erkennbar nicht bereit, den Fußboden zu sanieren. Ermittlungen wurden von ihr in diese Richtung nicht geführt. Ihre mehrfach geäußerte Bereitschaft zur Nacherfüllung schloss eine tiefergehende Fußbodensanierung nie ein und ignorierte offensichtlich die berechtigten Bedenken der Klägerin.

g) Für die nach § 287 ZPO zu schätzenden, zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen kann der Besteller einen abzurechnenden Vorschuss verlangen (§ 637 III ZPO). Gegen den vom Landgericht mit sachverständiger Hilfe ermittelten Betrag von 68.000 EUR ist nichts zu erinnern. Der Anspruch geht auf den Geldbetrag, der die Kosten der Mangelbeseitigung mutmaßlich, das heißt aus Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich deckt. Hieran sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Zusätzlich werden Prozesszinsen geschuldet.

Damit ist gleichzeitig festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen, also auch die den Vorschuss übersteigenden Selbstvorkosten (BGH, Urteil vom 25.09.2008 – VII ZR 204/07).

2. a) Zur Begründung des Endurteils vom 28.01.2019 hat das Landgericht ausgeführt: Die von ihr aufgewandten Sachverständigenkosten habe die Klägerin von der Beklagten ursprünglich im Umfang von 13.379,08 EUR erstattet verlangen können (§§ 634 Nr. 4; 280 I BGB). Diese Kosten würden auf einem vorwerfbaren Sachmangel beruhen und seien damit neben den vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten im Wege des Schadensersatzes neben der Leistung zu ersetzen. Die Schimmelschäden habe die Klägerin nur mit der in Anspruch genommenen sachverständigen und anwaltlichen Hilfe bewältigen bzw. ermitteln können. Die von den Sachverständigen abgerechneten vereinbarten Honorare habe die Klägerin be-

zahlt, sodass diese zum notwendigen Herstellungsaufwand zu zählen seien. Das dagegen vorgebrachte einfache Bestreiten der Beklagten sei nicht erheblich. Dennoch erwiesen sich die Fahrtkosten des Sachverständigen R. lt. Rechnung vom 20.09.2013 in Höhe von brutto 1.774,20 EUR als nicht ersatzfähiger Aufwand. Gerade weil mit dem Sachverständigen H. bereits ein ortsansässiger Bausachverständiger von der Klägerin hinzugezogen gewesen sei, habe sich der Geschädigten erschließen müssen, dass es der Beauftragung eines weiteren Bausachverständigen aus München nicht bedurft habe. Der Sachverständige Dr. F. habe auch mit einem ortsansässigen Bausachverständigen zusammenarbeiten können, womit keine Fahrtkosten entstanden wären. Danach seien an Sachverständigenkosten 19.112,97 EUR ersatzfähig:

- 1.112,19 EUR H. ,
- 3.142,49 EUR Dr. F. ,
- 3.973,41 EUR Dr. F. ,
- 1.049,58 EUR Dr. F. ,
- 8.794,33 EUR abzgl. 1.774,29 EUR Skonto = 7.020,04 EUR R. ,
- nach Skontoabzug 2.815,26 EUR R. .

Außerdem hätten sich die Mängel im Zuge der Beweisaufnahme nur teilweise bestätigt, was auch für den vorgerichtlich ermittelten und eingeklagten Vorschuss von 97.000 EUR gelte. Der mit dem Teilurteil der Kammer zugesprochene Vorschuss von 68.000 EUR entspräche nur 70% der Klageforderung, sodass die Sachverständigenkosten um 30% zu kürzen seien. Die geltend gemachten Mietkosten schulde die Beklagte nicht nur aus § 280 I BGB, sondern auch aus der Vereinbarung vom 21.06.2013. Es sei der Klägerin nicht zumutbar gewesen, in einer Wohnung zu leben, die teilweise mit Schimmelsporen belastet sei. Zwar sei eine Belastung der Raumluft nicht festzustellen gewesen. Der Sachverständige K. habe aber darauf hingewiesen, dass durch das Belaufen des Fußbodens eine Mobilisierung der Sporen möglich sei. Ferner sei im Zuge der notwendigen Sanierung sowieso ein Auszug notwendig. Die Wahl des betriebenen Gerichtsverfahrens könne der Klägerin nicht als Verletzung der Schadensminderungspflicht vorgeworfen werden. Hinzu kämen unter Berücksichtigung des für begründet erachteten Begehrens der Klägerin und des nur durchschnittlichen und die Regelgebühr von 1,3 rechtfertigenden Umfangs der anwaltlichen Tätigkeit vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten von 2.085,95 EUR. Der sich so auf 17.615,03 EUR summierende Schadensersatzanspruch der Klägerin sei durch ihre Aufrechnung gegen einen Restkaufpreisanspruch der Beklagten von 15.592,90 EUR erloschen. Von der fünften Kaufpreiskrate (37.033,55 EUR) habe die Klägerin unstreitig 13.644,05 EUR gezahlt. Außerdem seien durch Vorlage von Kontoauszügen weitere Zahlungen vom 24.05.2013 und 29.05.2013 in Höhe von 11.694,90 EUR und 5.847,45 EUR nachgewiesen. Hinzu komme die offene siebente Rate von 9.745,75 EUR. Zinsen habe die Beklagte aufgrund des mangelbedingten Leistungsverweigerungsrechts nie beanspruchen können. Erhebe die Klägerin die Einrede des nichterfüllten Vertrages und erkläre sie gleichzeitig die Aufrechnung gebühre der Aufrechnung der Vorrang. In diese Richtung sei dann die Verteidigung der Klägerin zu interpretieren. Es verbleibe dann nur noch eine Schadensersatzforderung von 2.022,13 EUR. Die Widerklage sei mangels Restkaufpreisanspruches abzuweisen. Da der Klägerin wahrscheinlich weitere Schäden entstehen würden, sei die begehrte Feststellung zu treffen.

Dies hält nur der Berufung der Beklagten stand.

b) Berufung der Beklagten:

Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil ist unbegründet. Das Landgericht hat zutreffend den Anspruch der Klägerin auf Ersatz der zwischen Dezember 2014 und April 2014 gezahlten Mieten von insgesamt 2.150 EUR bejaht sowie die Schadensersatzpflicht der Beklagten festgestellt (§§ 280 I; 634 Nr. 4 BGB).

aa) Die die Feststellungsklage (soweit bisher nicht beschieden) betreffenden Zulässigkeitsbedenken der Beklagten teilt der Senat nicht. Auch wenn die Klägerin an anderer Stelle bereits bezifferte Schadensersatzforderungen gerichtlich geltend macht, lässt dies das Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten (vgl. § 256 I ZPO) nicht entfallen. Der Umfang des Schadens und die noch ausstehende Sanierung lassen weitere Vermögensbeeinträchtigungen befürchten, für deren erfolgreiche Geltendmachung in der Zukunft die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung notwendig erscheinen (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 256 Rdn. 54).

Der dem Antrag stattgebende Ausspruch des Landgerichts ist nicht unbestimmt. Die Einschränkung der Ersatzpflicht auf Schäden, die nicht bereits anhängig sind, liegt in der Natur von künftigen Ersatzverpflichtungen, wie sie Gegenstand der beantragten Feststellung sind. Gemeint sind alle nach Anhängigkeit der Klage entstandenen Forderungen (OLG Naumburg NJW 2014, 798, 799; Stein/Jonas/Roth a.a.O.). Die Einschränkung ist also so unschädlich wie sie überflüssig ist.

Die Berufung der Beklagten nimmt der Senat zum Anlass, den Feststellungsausspruch von Amts wegen i.S.e. Minus zu konkretisieren.

bb) In der Sache macht die Klägerin einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung geltend, für den es einer Fristsetzung nicht bedarf. Betroffen sind durch den Mangel hervorgerufene Schäden, deren Beseitigung nicht Teil des Nacherfüllungsanspruchs ist oder die durch die Nacherfüllung nicht mehr zu beseitigen sind. Der Unternehmer verletzt mit dem Mangel seine Vertragspflichten. Er ist gemäß § 280 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, er hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Letzteres liegt gemäß § 278 BGB schon deshalb fern, weil die Streithelferin zu 1. Erfüllungsgehilfin der Beklagten ist. Damit sind die Voraussetzungen für die Feststellung der Ersatzpflicht erfüllt, denn der Klägerin werden offensichtlich noch weitere Schäden entstehen, wie beispielsweise Miet- und Lagerkosten.

cc) Ihre Mietkosten kann die Klägerin bei der Beklagten liquidieren, ohne dass es hierfür auf die Vereinbarung vom 21.06.2013 ankommt. Der Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Anmietung einer Ersatzwohnung folgt schon aus § 280 I BGB.

Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht liegt nicht vor. Der Klägerin war nicht zuzumuten, in einer schimmelbelasteten Wohnung zu wohnen und sich angesichts der Sanierungspflicht der Beklagten dort dauerhaft einzurichten. Dafür kommt es nicht darauf an, dass

nach den bisherigen Feststellungen des Sachverständigen einige Teile der Wohnung nicht im Fußbodenbereich zu sanieren sind. Die Klägerin war angesichts des Ausmaßes des Schadens und der damit für sie verbundenen Einschränkungen und gesundheitlichen Risiken nicht verpflichtet, sich auf eine Teilnutzung der Wohnung einzulassen. Genauso wenig musste sich die Klägerin zur Beschleunigung der Sache mit einer unzureichenden Nacherfüllung durch die Beklagte abfinden.

c) Berufung der Klägerin:

Die Berufung der Klägerin hat in der Sache teilweise Erfolg. Das Endurteil des Landgerichts beruht auf Rechtsverletzungen soweit die Ersatzansprüche für aufgewandte Sachverständigenkosten gekürzt wurden. Die Beklagte hat der Klägerin aus § 280 I BGB auch Schadensersatz zu leisten, soweit für die Untersuchung des Mangels und seiner Folgen sowie für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung Kosten z.B. für Sachverständige oder Rechtsanwälte angefallen sind (vgl. auch § 635 II BGB). Dies lässt zwar auch die Ermäßigung der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten nicht fehlerfrei erscheinen. Insoweit fehlt es jedoch an der Entscheidungserheblichkeit der Rechtsverletzung des Landgerichts, da die übrigen Voraussetzungen eines über die angefochtene Entscheidung hinausgehenden Erstattungsanspruchs der Klägerin insoweit nicht dargelegt sind.

aa) Sachverständigenkosten des Bestellers sind als Schadensersatz neben der Leistung zu erstatten (Kniffka/Koeble, S. 50; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rdn. 159). Es geht dabei um Aufwand, der es dem Besteller erlaubt, Ursache und Ausmaß des Mangels zuverlässig zu ermitteln, was bei Mängeln nicht ganz untergeordneter Bedeutung normalerweise nicht zu beanstanden ist (Werner/Pastor Rdn. 163, 165). Zu ersetzen ist nur der notwendige Aufwand, der sich danach richtet, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die Kosten auslösende Maßnahme (ex ante) als sachdienlich ansehen durfte (Werner/Pastor, Rdn. 165). Die in dieser Beziehung von den Beklagten gegen die Kosten der Sachverständigen Dr. F. und R. erhobenen Bedenken teilt der Senat nicht.

Der Einfluss von Feuchtigkeit auf das Bauwerk und die in diesem Zusammenhang zu befürchtende Schimmelpilzbelastung sind keine einfachen Fragen, die ein Bauherr ohne sachverständigen Beistand klären könnte. Dabei erfordert gerade die Schimmelpilzbelastung die Gesamtbewertung einer Vielzahl von Untersuchungen und Informationen, die nach dem aktuellen Schimmelpilzleitfaden des Umweltbundesamtes Fachleuten vorbehalten sein sollte. Die Gesamtbeurteilung setzt hohen Sachverstand voraus, der sich auf verschiedene Fachdisziplinen erstreckt und daher interdisziplinäres Zusammenwirken verlangt. Eine derart ge-

lagerte Sachkunde ist bei Bausachverständigen ohne spezielle Ausbildung nicht zu vermuten. Es war aus objektiver Sicht der Klägerin daher notwendig, sich der Mitwirkung hoch spezialisierter und im Zusammenwirken eingearbeiteter Sachverständiger zu bedienen, die weder an die Vergütungssätze des JVEG gebunden sind (Werner/Pastor, Rdn. 155) noch sich auf eine ortsübliche Sachverständigenvergütung beschränken müssen. Hoher Sachverstand ist auch entsprechend höher zu vergüten. Dementsprechend konnte die Klägerin die entsprechenden Honorarvereinbarungen treffen und abschließend die versprochene Vergütung zahlen, ohne sich berechtigten Einwänden der Beklagten ausgesetzt zu sehen. Der so in Übereinstimmung mit den Rechnungen und den zugrunde liegenden Vereinbarungen tatsächlich getätigte Aufwand ist nunmehr der Anhalt für den erforderlichen Geldbetrag (BGH, Urteil vom 19.07.2016 – VI ZR 491/15; BGH, Urteil vom 05.06.2018 – VI ZR 171/16). Insofern mögen sich darin auch Erkenntnis- und Einflussdefizite der Klägerin niedergeschlagen haben. Die Ersatzpflicht der Beklagten schränkt dies nicht ein (BGH a.a.O.). Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, den ihm zugänglichen Markt zu erforschen, um einen möglichst preisgünstigen Sachverständigen ausfindig zu machen (BGH, Urteil vom 28.02.2017 – VI ZR 76/16).

Die Kürzung der Sachverständigenkosten um 30% entsprechend dem Erfolg der Vorschussklage begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. In der Situation der Klägerin ist der Bauherr nicht in der Lage, den Mangel und die aus ihm folgenden Ansprüche richtig zu beurteilen (BGH, Urteil vom 22.10.1970 – VII ZR 71/69). Er ist auf Grund des Mangels quasi gezwungen, Sachverständige hinzuzuziehen. Es erscheint damit unbillig, ihn mit dem Risiko der zutreffenden Beurteilung durch den Sachverständigen zu belasten. Unter Umständen besteht deshalb sogar ein Anspruch auf Ersatz der Kosten eines ungeeigneten Gutachtens (Palandt/Grüneberg, § 249 Rdn. 58).

Es kann dahinstehen, ob die vom Landgericht für seine gegenteilige Auffassung herangezogene Entscheidung des OLG Düsseldorf in der dort dargestellten Allgemeinheit zutrifft. Jedenfalls hier hat der gerichtliche Sachverständige die Untersuchung der Wohnung der Klägerin keineswegs als beendet betrachtet und für weitere Feststellungen auf die Sanierung selbst verwiesen. Es lässt sich daher gegenwärtig gerade nicht feststellen, dass die Klägerin mit ihren Sachverständigen einen Aufwand betrieben hat, der sich letztlich in einem überhöhten Selbstvornahmeaufwand niederschlug.

bb) Genauso wenig ließen sich die vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten, insbesondere von einer 1,6 auf die Mittelgebühr von 1,3, reduzieren. Bei der Geschäftsgebühr handelt es sich um eine Rahmengebühr. Gemäß § 14 I 1, 2 RVG bestimmt der Rechtsanwalt die Ge-

büß im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, aber auch mit Blick auf ein besonderes Haftungsrisiko nach billigem Ermessen.

Kann eine Gebühr von mehr als 1,3 nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig ist, hätte der Senat bereits keine Bedenken, dies anzunehmen. Von Anfang an war nicht nur die Beseitigung des Wasserschadens, sondern es waren auch die Schimmelpilzbildung, die Belastung der Wohnung mit Sporen, die Aufklärung dieses Sachverhalts und die daraus zu ziehenden gewährleistungsrechtlichen Konsequenzen Gegenstand der vorgerichtlichen Tätigkeit des eingeschalteten Rechtsanwalts. Dies geht über einen normalen Baurechtsfall hinaus. Denn die Beeinträchtigung durch das Schimmelwachstum im Estrich muss aufwändig sachverständig ermittelt werden und führt für den Auftraggeber zu erheblichen Aufwendungen, die einen Rechtsanwalt auch einem überdurchschnittlichen Haftungsrisiko aussetzen. Hinzu kommt mit der Streithelferin zu 1. und deren Haftpflichtversicherer die Einbeziehung eines weiteren Beteiligten.

Für das Ergebnis käme es hierauf aber nicht einmal an. Dem Rechtsanwalt ist bei der Gesamtabwägung, was aus seiner Sicht als angemessen anzusehen ist, ein weites billiges Ermessen eingeräumt. Dieses Ermessen verleiht ihm einen Spielraum bis zu 20% (sog. Toleranzgrenze). Bewegt sich der Rechtsanwalt bei der Erhöhung der Regelgebühr um 0,3 innerhalb dieser Toleranzgrenze und ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Tätigkeit unterdurchschnittlich war, ist das von einem ersatzpflichtigen Dritten, wie der Beklagten, hinzunehmen (BGH, Urteil vom 08.05.2012 – VI ZR 273/11). Nach § 14 I 4 RVG kann ein ersatzpflichtiger Dritter nur einwenden, dass die vom Rechtsanwalt getroffene Bestimmung unbillig ist, was hier nicht zutrifft.

Allerdings kann die Klägerin über den vom Landgericht berücksichtigten und von keiner Seite angegriffenen Betrag hinaus weitergehende Anwaltskosten nicht erstattet verlangen. Es liegt weder ein Kostennote vor noch ist vorgetragen, dass die Klägerin die Rechtsverfolgungskosten bezahlt hat. Hierauf musste die Klägerin gemäß § 139 II 1 ZPO nicht gesondert hingewiesen werden, zumal die Beklagtenseite mehrfach auf die Unschlüssigkeit der Rechtsverfolgungskosten aufmerksam gemacht hat.

cc) Zu Unrecht wendet sich die Berufung der Klägerin gegen das teilweise Erlöschen des Ersatzanspruchs durch die vom Landgericht angenommene Aufrechnung gegen die berechtigte Widerklageforderung von 15.592,90 EUR. Dabei kann es offen bleiben, ob die Klägerin

eine Aufrechnung gegen die Widerklageforderung erklärt hat (vgl. § 388 BGB; Zöller/Greger, § 145 Rdn. 11b) oder die Aufrechnungserklärung hinreichend bestimmt war, um zum Erlöschen von Forderung und Gegenforderung führen zu können (vgl. Zöller/Greger, § 145 Rdn. 16a). Zumindest steht mangels Anfechtung der Entscheidung über die Widerklage nunmehr rechtskräftig fest, dass der Anspruch der Klägerin im Umfang der angenommenen Aufrechnung nicht mehr besteht, ihre Gegenforderung im Umfang der Widerklageforderung also verbraucht ist (§ 322 II ZPO; Zöller/Vollkommer, § 322 Rdn. 21). Hat das Gericht die Klage wegen der Aufrechnung abgewiesen, ohne deren Zulässigkeit trotz begründeten Anlasses zu prüfen, so ändert dieser Fehler an der Rechtskraft der Entscheidung nichts (Gottwald, in: MünchKomm.-ZPO, 5. Aufl., § 322 Rdn. 200; Zöller/Vollkommer, § 322 Rdn. 19).

dd) Nach alledem ergibt sich für die bezifferte Schadensersatzforderung der Klägerin folgende Rechnung:

- Sachverständigenkosten	:	19.112,97 EUR,
- Miete:		2.150,00 EUR,
- Rechtsanwaltskosten:		<u>2.085,95 EUR</u>
		<u>23.348,92 EUR.</u>

Davon ist die berechtigte Widerklageforderung von 15.592,90 EUR abzuziehen, die rechtskräftig zum teilweisen Erlöschen des Schadensersatzanspruches führte. Es bleibt ein Restanspruch von 7.756,02 EUR, auf den Prozesszinsen zu zahlen sind.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 I 1; 97 I, 101 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit entspricht §§ 708 Nr. 10; 711 1, 2; 709 2 ZPO.

Die Revision lässt der Senat nicht zu. Die Sache wirft keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auf und weder die Fortbildung des Rechts noch die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung verlangen nach einer Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der Streitwert ist nach §§ 47 I 1, II 1; 39 I; 43 I; 45 I 1, II; 48 I 1 GKG; § 3 ZPO festgesetzt.