
Datum: 21.05.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 15/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0521.12U15.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 3 O 389/00

Tenor:

Die Berufung der Streitverkündeten der Beklagten wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 29.11.2001 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 59.995,98 € (117.341,93 DM) nebst 4 % Zinsen seit dem 10.02.2001 zu zahlen.

2.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin 149.921,01 € (293.220,00 DM) nebst Zinsen in Höhe von 4% von 22.894,63 € (44.778,00 DM) und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von 29.616,07 € (57.924,00 DM), jeweils seit dem 20.10.2001 zu zahlen.

3.

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Mietausfallschäden in Form von Mietminderungen der Mieterin T für den Zeitraum ab November 2001 zu zahlen, die dadurch entstehen, daß sich Bodenstrukturen (Bodenplatten) unter dem Fachmarktzentrum des Grundstückskomplexes H K-Straße in H, sowie Außenbereiche um das Grundstückszentrum weiter absenken und zu Beeinträchtigungen an den von der Mieterin angemieteten Objekten und ihrer Nutzung führen.

4.

Es wird festgestellt, daß der zur Hauptsache gestellte Antrag der Kläger in der Klageschrift vom 14.09.2000 zu Nr. 3 auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 150.000,00 DM nebst Zinsen an die Kläger in der Hauptsache erledigt ist.

5.

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, zukünftig Schäden zu beseitigen, die sich aus der zu Ziffer 3 ersichtlichen Absenkung der Bodenplatten unter dem Fachmarktzentrum ergeben, und daß sie Schäden ersetzt, die auf Grund der zuvor bezeichneten Absenkung eintreten, soweit es sich nicht um Gegenstände der Entscheidungsformel zu 3 handelt.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz werden zu 11,12 % der Klägerin und zu 88,88 € der Beklagten auferlegt.

Die durch den Beitritt der Streitverkündeten in erster Instanz verursachten Kosten werden zu 11,12 % der Klägerin auferlegt; im übrigen tragen die Streitverkündeten ihre Kosten selbst.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 3,84 % der Klägerin und zu 96,16 % den Streitverkündeten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, sofern nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|---|----|
| Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen Mietausfalls und begehrt die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung für die Zukunft. | 2 |
| Die Beklagte war Eigentümerin einer größeren Grundstücksfläche in #####5 H. Sie vermietete mit Verträgen von 1995/1996 eine Nutzfläche von 1.718 m ² eines noch zu errichtenden Gewerbeobjekts an die T eG. Mit weiterem Vertrag vom 06.08.1996 veräußerte die Beklagte eine Teilfläche von 13.747 m ² des vorgenannten Grundbesitzes zum Preise von 13.990.725,00 DM an die Klägerin, deren Gesellschafter zu dieser Zeit Herr J2 und die E und J mbH waren. Die Gesellschafter haben später gewechselt; weitere Gesellschafter sind eingetreten. | 3 |
| In dem Kaufvertrag verpflichtete sich die Beklagte, auf dem Grundstück ein Fachmarktzentrum nach vorliegenden Bauplänen zu errichten und die Gewerbeflächen bis zur Übergabe vollständig zu vermieten. Die Gewährleistung für Baumängel sollte sich nach BGB-Werkvertragsrecht richten. Wegen weiterer Einzelheiten des Vertrages wird auf dessen Inhalt Bezug genommen. | 4 |
| Das Objekt wurde im Jahre 1997 fertiggestellt und abgenommen. Die T betrieb darin die Märkte "S" und T-Markt"; weitere Mieterin war die Firma T3. Die Mieter zahlten den Mietzins vereinbarungsgemäß an die Klägerin. | 5 |
| Bereits kurz nach Fertigstellung der Bauarbeiten kam es zu Absenkungen des Baugrundes sowohl im Bereich unter der Bodenplatte des Fachmarktzentrums als auch im Außenbereich des Objektes. Diese Senkungen führten zu verschiedenen Rissen in Außen- und Innenwänden des Gebäudes, die im Gutachten des von der Beklagten beauftragten Sachverständigen Dr. I vom 25.02. und 10.03.1998 dokumentiert sind. Nach dem Gutachten des vom Haftpflichtversicherer des Streitverkündeten zu 1) beauftragten Sachverständigenbüros U vom 12.02.1998 beruhen die Absenkungen auf einer ungenügenden Beachtung der unter der Mutterbodenschicht anstehenden Torfschicht. | 6 |
| Mit Schreiben vom 04. und 07.11.1997 rügte die T gegenüber der Klägerin das Absacken der Bodenplatte und die daraus resultierenden Folgeschäden. Mit Schreiben vom 07.01.1998 kündigte die Firma T gegenüber der Klägerin eine 50 %-ige Mietminderung ab 06.01.1998 an. | 7 |
| Am 14.02.1998 meldete die weitere Mieterin, die Firma T3 gegenüber der Klägerin Schäden in Form von Absackungen und Wandrissen auch in ihrem Mietbereich. Mit Schreiben vom 23.04.1998 kündigte die Firma T3 eine 50 %-ige Mietminderung ab 01.01.1998 an. | 8 |
| Im Mai 1998 veranlaßte die Beklagte Verpressungsarbeiten, bei denen mit Hilfe von Rohren stabilisierendes Material in den Boden eingebracht wurde. Diese Verpressungen wurden später mehrfach wiederholt. | 9 |
| Mit Schreiben vom 06.05.1998 kündigte die Firma T eine weitere 50 %-ige Mietminderung für den T-Markt für 6 Wochen an und verlangte mit Schreiben vom 06.07.1998 weiteren Schadensersatz in Höhe von netto 59.981,38 DM für schadensbedingte zusätzliche Werbung, sowie zusätzliche Personalkosten und Warenschäden. Mit Schreiben vom 30.11.1999 verlangte die Klägerin von der Beklagten vergeblich die Zahlung von | 10 |

Schadensersatz in Höhe von insgesamt 237.323,31 DM.

Die Klägerin hat behauptet:	11
Die Firma T habe entsprechend ihrer Ankündigung die Miete für das Objekt "S" ab 06.01.1998 bis zum Abschluß der ersten Verpressungsarbeiten Ende Juni 1998 um 50 % gemindert und zwar für Januar 1998 in Höhe von 9.899,30 DM und für die Monate Februar bis Juni 1998 in Höhe von monatlich jeweils 11.803,00 DM, insgesamt also in Höhe von 68.914,30 DM.	12
Für den "T-Markt" sei die Miete entsprechend dem Schreiben der T vom 06.05.1998 für die Dauer von 6 Wochen ebenfalls um 50 %, d.h. in Höhe von 29.925,00 DM gemindert worden.	13
Die Firma T3 habe für die Monate März bis Juni 1998 und für die Monate Dezember 1998 und Januar 1999 die Miete um insgesamt 18.502,63 DM gemindert.	14
Für den Monat August 2000 habe die Firma T entsprechend ihrem Schreiben vom 28.06.2000 die Nettokaltmiete für die beiden Ladenlokale von insgesamt 63.506,00 DM um 20 %, d.h. um 12.701,20 DM gemindert.	15
Ferner habe die Firma T den mit Schreiben vom 06.07.1998 geltend gemachten Schadensersatz von 59.981,38 DM "realisiert".	16
Mit der am 18.09.2000 eingegangenen und am 09.02.2001 zugestellten Klage hat die Klägerin zunächst den Antrag gestellt, die Beklagte zu verurteilen, 190.025,51 DM zu zahlen und die Schadensersatzverpflichtung für Mietminderungen ab September 2000 festzustellen. Den weiteren Antrag, die Beklagte zu verurteilen, 150.000,00 DM nebst Zinsen als Vorschuß für weitere Verpreßarbeiten zu zahlen, hat die Klägerin später einseitig in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem die Verpreßarbeiten im Laufe des Verfahrens durchgeführt worden waren.	17
Mit Schriftsatz vom 15.10.2001 hat die Klägerin die Klage der zwischenzeitlichen Entwicklung angepaßt und mit der Behauptung, die Firma T habe entsprechend ihrem Schreiben vom 28.06.2000 die Miete für beide Ladenlokale in Höhe von 20 %, d.h. also in Höhe von monatlich 12.701,20 DM bis zum 31.10.2001, folglich also für 15 Monate in einer Gesamthöhe von 190.518,00 DM gemindert und die Staffelmiete für das Objekt "S" von August 1998 bis einschließlich Oktober 2001 in einer monatlichen Höhe von 1.318,00 DM und die Staffelmiete für das Lokal "T-Markt" ab August 1999 bis einschließlich Oktober 2001 in Höhe von monatlich 1.900,00 DM nicht bezahlt, die Klage um insgesamt 293.220,00 DM erhöht.	18
Den weiteren Antrag, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, das Niveau der Parkplatzfläche so anzuheben, daß ein Gefälle von 3 % nicht überschritten wird, hat die Klägerin später zurückgenommen.	19
Die Klägerin (die Gesellschafter der GbR) hat abschließend in erster Instanz beantrag,	20
1.	21
die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamthandsgläubiger 190.025,51 DM nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	22

2.	24
a)	25
die Beklagte zu verurteilen, als sie als Gesamthandsgläubiger weitere 293.220,00 DM nebs	26
5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	27
b)	28
festzustellen daß die Beklagte verpflichtet sei, auch weitere Mietausfallschäden der Kläger	29
bezüglich des Mieters T seit November 2001 zu ersetzen,	30
3.	31
festzustellen, daß der Antrag zur Zahlung von 150.000,00 DM Verpressungskosten in der	32
Hauptsache erledigt sei	33
4.	34
festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, auch zukünftig die Schäden zu beseitigen und	35
Schäden zu ersetzen, die sich aus einer erneuten Absenkung der Bodenplatte des Gebäudes	
ergeben, soweit sie nicht in Klageantrag zu 2 b) enthalten seien.	36
Die Beklagte und die ihr beigetretenen Streitverkündeten haben beantragt,	37
	38
die Klage abzuweisen.	39
	40
Sie haben die Auffassung vertreten, die später eingetretenen Gesellschafter seien nicht	41
berechtigt, Mietminderungen geltend zu machen. Die Minderung sei überhöht, weil der	
Geschäftsbetrieb der Ladenlokale nicht beeinträchtigt gewesen sei.	
Wegen weiterer Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der	42
vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	
Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil für Recht erkannt:	43
1.	44
Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamthandsgläubiger 39.535,72 DM nebst 4	45
% Jahreszinsen seit dem 10.02.2001 zu zahlen.	
2.	46
	47

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Kläger als Gesamthandsgläubiger 105.529,20 DM nebst 5 % Jahreszinsen über dem Basiszinssatz gemäß § 1 DÜG von 95.259,00 DM sowie von 7.374,00 DM, sowie weitere 4 % Jahreszinsen von 2.896,20 DM, jeweils beginnend mit dem 20.10.2001 zu zahlen.

3. 48

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern als Gesamthandsgläubigern Mietausfallschäden in Form von Mietminderungen der Mieterin T für den Zeitraum beginnend mit November 2001 zu zahlen, die dadurch entstehen, daß sich Bodenstrukturen (Bodenplatten) unter dem Fachmarktzentrum des Grundstückskomplexes H, K-Straße in H, sowie Bereiche im Außenbereich um das Grundstückszentrum weiter absenken und zu Beeinträchtigungen an den von der Mieterin angemieteten Objekten und ihrer Nutzung führen. 49

4. 50

Es wird festgestellt, daß der zur Hauptsache gestellte Antrag der Kläger in der Klageschrift vom 14.09.2000 zu Nr. 3 auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 150.000,00 DM nebst Zinsen an die Kläger in der Hauptsache erledigt ist. 51

5. 52

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, zukünftig Schäden zu beseitigen, die sich aus der zu Ziffer 3 ersichtlichen Absenkung der Bodenplatten unter dem Fachmarktzentrum ergeben, und daß sie Schäden ersetzt, die auf Grund der zuvor bezeichneten Absenkung eintreten, soweit es sich nicht um Gegenstände der Entscheidungsformel zu 3) handelt. 53

Im übrigen wird die Klage abgewiesen. 54

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: 55

Trotz des personellen Wechsels seien die jetzigen Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf seiten der Klägerin aktiv legitimiert. Die Beklagte hafte gemäß § 635 BGB für die mangelhafte Erfüllung der Bauverpflichtung. Für Fehler der Bodengutachter und des bauplanenden und bauleitenden Architekten sei die Beklagte gemäß § 278 BGB verantwortlich. Da der Schaden in Form der Mietzinsminderung bereits eingetreten sei, bedürfe es keiner Nachbesserungsaufforderung mit Fristsetzung gemäß § 634 BGB. Der Schaden durch die Mietzinsminderung sei auch bei den Klägern eingetreten, da diesen ab Besitzübergang die Mieten zugestanden hätten. Der Schaden sei jedoch nicht in der von den Klägern vorgetragenen Höhe eingetreten. Die von der T vorgenommene Mietminderung sei deutlich zu hoch. Es fehle Vortrag der Kläger zu Schadensbefunden in den einzelnen Geschäftslokalen, Angaben zu einem Umsatzrückgang und nähere Darlegungen zu den Auswirkungen der Mängel auf dem Geschäftsbetrieb der Mieter. Der Schaden könne daher nur gemäß § 287 BGB geschätzt werden und zwar auf 20 % - statt 50 % für die Objekte "S" und "T-Markt" in der Zeit von Januar 1998 bis Juni 1998. Das bedeute, daß für den Markt "S" 5 Monate und 26 Tage zu 20 % des Mietzinses von 23.606,00 DM, insgesamt also 27.565,72 DM Minderung gerechtfertigt seien. Beim "T-Markt" sei die Minderung für 6 Wochen bei einer Miete von 39.900,00 DM in Höhe von 11.970,00 DM, insgesamt also im Urteilsausspruch zu 1) in Höhe von 39.535,72 DM berechtigt. Die Mietminderung der Firma T3 sei nicht zu berücksichtigen, weil mangels Angabe von Minderungszeiträumen und Höhe der monatlichen 56

Miete eine Berechnung nicht möglich sei.

Für den Zeitraum von August 2000 bis Oktober 2001 seien statt der Mietminderung durch die Firma T in Höhe von 20 % lediglich 10 % als Mindestminderung gemäß § 287 ZPO zugrunde zu legen. Bei einer unstreitigen Gesamtmiete für "S" und "T-Markt" von 63.506,00 DM netto ergebe sich auf 15 Monate ein Schaden von 95.259,00 DM. Die entgangene Staffelmiete sei ebenfalls nur mit 10 % zu berücksichtigen, was bei dem Objekt "S" für 39 Monate 5.140,20 DM und für den "T-Markt" für 27 Monate 5.130,00 DM ausmache. 57

Für die Begleichung der angeblich von der Firma T aufgewandten Werbungs- und Personalkosten und angeblich eingetretene Warenschäden in Höhe von 59.981,38 DM könnten die Kläger von der Beklagten keinen Ersatz beanspruchen, da die Kausalitätsfragen völlig offen seien und eine Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO nicht möglich sei. 58

Die Zinsen auf den insgesamt zuerkannten Schadensbetrag von 145.064,92 DM seien wegen der Neufassung des § 288 BGB zum 01.05.2000 zu staffeln. 59

Der Klageantrag auf Feststellung der Ersatzverpflichtung für weitere Mietausfallschäden sei begründet, da weitere Beeinträchtigungen zu befürchten seien. 60

Hinsichtlich des früheren Klageantrags zu 3) (Klage auf Vorschuß für Verpressungsarbeiten) sei die Hauptsache nach zwischenzeitlicher Vornahme von Verpressungsarbeiten erledigt. 61

Neben der Feststellung der Ersatzverpflichtung für weitere Mietausfallschäden sei auch festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei künftige darüber hinausgehende Schäden aus der Absenkung der Bodenplatten unter dem Fachmarktzentrum zu beseitigen und Schäden zu ersetzen, die auf Grund der Absenkung eintreten. 62

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. 63

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Klägerin, wie auch die Beklagte Berufung eingelegt. Die Klägerin meint, das Landgericht habe unzulässigerweise den Schadensersatzprozeß wegen Baumängeln wie einen Mietprozeß behandelt. Entscheidend sei, daß der Schaden in voller Höhe durch die Minderung des Mietzinses eingetreten sei. Für eine Schätzung auf einen geringeren Betrag sei daher kein Raum. Es komme nicht darauf an, ob die Minderung des Mietzinses mietrechtlich gerechtfertigt gewesen sei. Es sei auch nicht Aufgabe der Klägerin gewesen, sich wegen dieser Abzüge mit den Mietern gerichtlich zu streiten. 64

Für die Mietminderung in der Zeit bis Juni 2000 seien die geltend gemachten 190.025,51 DM in voller Höhe zu erstatten, so daß zum Urteilsausspruch zu 1) zu den dort ausgeurteilten 39.535,72 DM weitere 150.489,70 DM zu zahlen seien. Im Rahmen des Urteilstenors zu 2) (Klageantrag zu 2 a) seien weitere 187.690,80 DM zu zahlen, weil das Landgericht statt der beantragten 293.220,00 DM lediglich 105.529,20 DM zugebilligt habe. 65

Ebenso seien die entgangenen Staffelmietserhöhungen vollständig und nicht nur zum Teil zu ersetzen. 66

Auch wegen der von der Firma T geltend gemachten weiteren Kosten von 59.981,38 DM bestehe eine Ersatzverpflichtung der Beklagten, weil auch insoweit die Klägerin auf den entsprechenden Vorschlag der Firma T habe eingehen dürfen, ohne sich einem Streit mit der Mieterin einlassen zu müssen. 67

Die Klägerin, die im Verlaufe des Berufungsverfahrens die Klage der Gesellschafter in eine Klage der Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst umgestellt hat, beantragt,

1. 69

in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte kostenpflichtig zu verurteilen, an die Klägerin weitere 338.180,59 DM zu zahlen, nämlich 70

71

a) 72

auf den Klageantrag zu 1) über zugesprochene 39.535,72 DM hinaus weitere 150.489,70 DM ~~nebst~~ nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Februar 2001

74

b) 75

auf den Klageantrag zu 2 a) über ausgeurteilte 105.529,20 DM hinaus weitere 187.690,80 DM nebst 5 % Jahreszinsen über dem Basiszinssatz gemäß § 1 DÜG. 76

77

Die Streitverkündeten beantragen, 78

unter teilweiser Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage insgesamt abzuweisen. 79

80

Sie vertreten die Auffassung, es habe der Klägerin obliegen, die Berechtigung für eine Mietzinsminderung im Sinne von § 537 BGB dem Grunde und der Höhe nach darzulegen und zu beweisen. Eine Schätzung im Sinne von § 287 ZPO scheide aus, da diese mangels von der Klägerin vorzutragende Gesichtspunkte völlig in der Luft hängen würde. Die Mietzinsminderungen seien auch deshalb nicht gerechtfertigt gewesen, weil die Beklagte sofort nach Bekanntwerden der Schäden Reparaturarbeiten - weitgehend außerhalb der Geschäftszeiten - vorgenommen habe und auch die Mitte 1998 vorgenommenen Verpressungsarbeiten zu keiner Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes geführt hätten. Ab August 2000 sei eine Mietminderung nicht einmal in der vom Landgericht geschätzten Höhe von 10 % gerechtfertigt, da die Klägerin Mängel, die zu dieser Zeit noch bestanden hätten, nicht vorgetragen habe. 81

Die Beklagte meint ferner, daß ein Rechtsschutzinteresse für die Feststellungsanträge nicht bestehe, daß die Klage wegen des Vorschußanspruchs für die Verpreßarbeiten sich nicht in der Hauptsache erledigt habe, da ein Anspruch von vornherein nicht gegeben gewesen sei, daß die Gesellschafter der Klägerin nicht aktiv legitimiert seien und daß den Klägern von vornherein kein ersatzfähiger Mietausfallschaden entstanden sein könne, weil sie nicht anstelle der Beklagten in die Mietverträge als Vermieter eingetreten seien. 82

Wegen weiterer Einzelheiten des Vortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 83

84

Der Senat hat zudem von der Beklagten bestrittenen Mietzinsminderungen der Firma T und der Firma T3 die Zeugin U vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den im Einverständnis mit den Parteien erstellten Berichterstattevermerk vom 09.04.2003 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

85

Die Klägerin hat zulässigerweise in der Berufungsinstanz die Parteibezeichnung berichtigt (BGH NJW 2003,1043). Klägerin ist nunmehr die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anstelle der Gesellschafter.

86

Die Berufungen der Klägerin und der Streithelfer der Beklagten sind zulässig. Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet, während die Berufung der Streithelfer der Beklagten unbegründet ist.

87

Für das Berufungsverfahren gelten die bis zum 31.12.2001 gültigen Vorschriften der ZPO (§ 26 Nr. 5 EGZPO). Auf das Schuldverhältnis der Parteien finden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung (Artikel 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

88

Gegen die Aktivlegitimation der Klägerin bestehen keine Bedenken. Die Klageforderung steht der Klägerin als Gesellschaft bürgerlichen Rechts unabhängig von einem Gesellschafterwechsel zu.

89

Für die Mietausfälle kann die Klägerin von der Beklagten gemäß § 635 BGB Schadensersatz verlangen, weil das von der Beklagten errichtete Gebäude mit Mängeln behaftet ist, die den Wert und die Tauglichkeit zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck erheblich beeinträchtigen (§ 633 BGB). Die Voraussetzungen des § 634 BGB brauchen nicht erfüllt zu sein, da die Schäden durch Nachbesserung nicht entfallen. Die Werkleistung der Beklagten war und ist mangelhaft, weil das Fachmarktzentrum nicht ausreichend sicher gegründet ist. Die Bodenabsenkungen sind darauf zurückzuführen, daß unterhalb der Mutterbodenschicht eine größere Torfschicht anzutreffen ist. Wer letztlich für diesen Mangel verantwortlich ist, kann dahinstehen, weil die Beklagte gegenüber der Klägerin als Vertragspartnerin gemäß § 278 BGB für alle eingeschalteten Erfüllungsgehilfen einstandspflichtig ist.

90

Die Mietminderungen durch die Firma T und die Firma T3 sind ursächlich auf die Bodenabsenkung und die damit einhergehenden Rißbildungen zurückzuführen. Obwohl die Klägerin vor der Eigentumsumschreibung nicht in die Mietverträge über das Fachmarktzentrum eingetreten ist, ist der Schaden durch die Mietausfälle allein bei ihr eingetreten. Aus § 9 des notariellen Vertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten ergibt sich, daß die Beklagte zur Vermietung des Objektes verpflichtet war, die Mietzinsforderungen jedoch an die Klägerin verkauft und abgetreten waren. Wenn die Mietforderungen nicht in voller Höhe eingingen, so stellt dies einen entgangenen Gewinn gemäß § 252 BGB dar, der als Schaden zu ersetzen ist.

91

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist dieser Schaden auch in voller Höhe zu ersetzen, da er der Höhe nach feststeht. Für die vom Landgericht vorgenommene Schätzung gemäß § 287 ZPO besteht daher keine Grundlage. Eine derartige Schätzung mag in einem Mietprozeß gerechtfertigt sein, wenn es um das Ausmaß der Mietbeeinträchtigung und die danach zu bemessende Mietminderung geht. Im Verhältnis zwischen den Parteien des vorliegenden Prozesses ist eine solche Schätzung jedoch nicht möglich, weil der Schaden bei der Klägerin unabhängig von der Berechtigung zur Mietminderung in voller Höhe eingetreten

92

ist. Es ist lediglich eine Frage des Mitverschuldens (§ 254 BGB), ob die Klägerin verpflichtet war, die Mieter auf Zahlung des teilweise einbehaltenen Mietzinses zu verklagen.

Ein solches Mitverschulden der Klägerin ist jedoch nicht gegeben. 93

Zum Zeitpunkt der Mietminderungen war immer noch die Beklagte Vermieterin des Objektes. Sie war daher nicht nur gegenüber den Mietern zur Abstellung von Mängeln verpflichtet, sondern ihr oblag diese Pflicht auch gegenüber der Klägerin, weil sie dieser die Mietzinsforderungen verkauft und abgetreten hatte. 94

Bei dieser Sachlage brauchte sich die Klägerin nicht dem Risiko einer möglicherweise ganz oder teilweise erfolglosen Mietzinsklage gegen die Mieter auszusetzen, sondern durfte es der Beklagten überlassen, durch geeignete Maßnahmen, notfalls auch durch Klage im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft - falls sie die Mietminderung für unberechtigt hielt - für die vollständige Mietzinszahlung zu sorgen. 95

Die Höhe der Mietzinsminderung ist durch die glaubhafte Aussage der Zeugin U in Verbindung mit den überreichten Kontoauszügen und den Schreiben der Mieter, in denen diese die Kürzung der Miete ankündigen, bewiesen. Zwar liegen nicht über alle Mietabzüge Kontoauszüge vor. Die Zeugin, zu deren beruflichen Aufgaben es gehört, die Zahlungseingänge unter anderem der Mieter des Fachmarktzentrums H zu verbuchen, hat jedoch glaubhaft bekundet, daß die von der Klägerin behaupteten Mietminderungen auf ihrer eigenen Auswertung der Buchungsunterlagen beruht. Gründe für Zweifel an der Richtigkeit der Zeugenaussage bestehen für den Senat nicht. 96

Demgemäß hat die Klägerin einen Schadensersatzanspruch über die ausgeurteilten 20 % hinaus in Höhe von jeweils 50 % der monatlichen Nettomiete von 23.606,00 DM für die Zeit vom 06.01. bis zum 30.06.1998, das sind 5 Monate und 26 Tage 97

als Mietausfall für das Objekt "S" in Höhe von insgesamt **68.914,30 DM** 98

und für das Objekt "T-Markt" von 50 % statt 20 % von monatlich 39.900,00 DM netto für rund 6 Wochen vom 06.05.1998 bis zum 16.06.1998 (berechnet mit 1,5 Monaten) 99

in Höhe von insgesamt **29.925,00 DM.** 100

Da das Landgericht insoweit bereits 39.535,72 DM ausgeurteilt hat, sind weitere 59.303,58 DM auf den Urteilsausspruch zu 1) zuzuerkennen. 101

Nach der Aussage der Zeugin U steht außerdem fest, daß der Mieter T3 für die Zeit von März bis Juni 1998 und für Dezember 1998 und Januar 1999 die Miete um insgesamt 18.502,63 DM gemindert hat. Da auch hier der Ausfall fest steht, kommt es auf die vom Landgericht vermißten Schätzgrundlagen nicht an. 102

Insgesamt kann daher die Klägerin von der Beklagten als Ersatz für Mietausfälle im Jahre 1998 und im Januar 1999 117.341,93 (statt der vom Landgericht ausgeurteilten 39.535,72 DM) verlangen. 103

Die Berufung der Klägerin hat jedoch keinen Erfolg, soweit sie Ersatz für angeblich an die Firma T gezahlten Schadensersatz von 59.981,38 DM netto für Werbungskosten, Warenschäden und Personalkosten gezahlt haben will. Die Klägerin hat insoweit trotz Auflage des Senats nicht schlüssig dargelegt, wann und in welcher Form (Zahlung Abzug von der Miete usw.) der behauptete Betrag geflossen ist. Die Zeugin U hatte zu dieser 104

angeblichen Schadensersatzleistung keine Angaben machen. Insoweit ist die Klägerin daher beweisfällig geblieben.

Soweit die Klägerin in der Klageschrift und auch in der Berufungsschrift im Rahmen des Urteilsausspruchs zu 1) auch den Mietausfall für August 2000 in Höhe von 12.701,20 DM geltend macht, liegt eine Doppelberechnung vor. Die Mietausfälle für die Zeit ab August 2000 sind nämlich im Klageantrag zu 2 a) des klageerweiternden Schriftsatzes vom 15.10.2001 und im Urteilsausspruch zu Nr. 2 enthalten und werden unten abgehandelt. 105

Die Berufung der Klägerin hat auch Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Landgericht statt der tatsächlichen Mietminderung von 20 % für die Zeit von August 2000 bis Oktober 2001 im Wege der Schätzung lediglich 10 % angesetzt hat. Auch insoweit gilt, daß der Schaden der Höhe nach feststeht, somit eine Schätzung nicht zugänglich ist und daß ein Mitverschulden der Klägerin ausscheidet. Die Höhe der Mietminderung ist durch die Zeugin U bestätigt worden. 106

Demgemäß kann die Klägerin für insgesamt 15 Monate 20 % der Monatsnettomiete von 63.506,00 DM, insgesamt also 190.518,00 DM ersetzt verlangen. 107

Soweit die Firma T wegen der Baumängel die vertraglich vereinbarten Staffelmieten nicht bezahlt hat, liegt ebenfalls ein ersatzfähiger Schaden vor. Der Berechnung des Landgerichts, das auch hier lediglich 10 % anerkannt hat, ist aus den oben genannten Gründen nicht zu folgen. Die von der Zeugin U bestätigte, vertraglich vereinbarte und nicht bezahlte Mieterhöhung betrug für das Objekt "T-Markt" für die Zeit von August 1999 monatlich netto 1.900,00 DM. Da die Staffelmiete für die Zeit von August 1999 bis einschließlich Oktober 2001 nicht bezahlt worden ist, sind der Klägerin folglich für 27 Monate insgesamt 51.300,00 DM zu ersetzen. 108

Für die Fläche "S" wäre seit August 1998 eine vertragliche Mieterhöhung in Höhe von monatlich netto 1.318,00 DM fällig geworden. Für den Zeitraum von August 1998 bis einschließlich Oktober 2001 sind der Klägerin daher für 39 Monate insgesamt 51.402,00 DM zu ersetzen. 109

Zum Urteilsausspruch 2 (Klageantrag zu 2 a) hat demgemäß die Berufung, mit der insgesamt 293.220,00 DM, also 187.690,80 DM mehr als die zugesprochenen 105.529,20 DM verlangt werden, vollen Erfolg. 110

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg, als sie zum Urteilsausspruch zu 2) von dem gesamten zugesprochenen Betrag Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.10.2001 verlangt. Gemäß §§ 288, 291 ZPO, 229 § 1 EGBGB sind - wie das Landgericht zu Recht erkannt hat -- für die vor dem 01.05.200 fällig gewordenen Schadensersatzansprüche wegen der entgangenen Staffelmieten, nämlich 27.678,00 DM für "S" und 17.100,00 DM für "T-Markt", insgesamt also für 44.778,00 DM = 22.894,63 € lediglich 4% Zinsen zu zahlen. 111

Die Berufung der Streithelfer der Beklagten ist hingegen insgesamt unbegründet. 112

Soweit es um die Verurteilung zur Zahlung geht, wird auf die obigen Ausführungen zur Berufung der Klägerin verwiesen. 113

Die Berufung der Streithelfer gegen die Feststellungsaussprüche im Urteilstenor zu Nr. 3, 4 und 5 ist unbegründet, weil die Schadensursache nach den Feststellungen der Gutachter 114

nicht beseitigt sind und daher künftige Schäden und Mietminderungen drohen. Die Klägerin hat daher gemäß § 256 ZPO ein berechtigtes Interesse, daß sowohl die künftige Verpflichtung der Beklagten zur Schadensbeseitigung wie auch zum Schadensersatz für nicht beseitigte Schäden festgestellt wird.

Zu Recht hat auch das Landgericht festgestellt, daß der ursprüngliche Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Vorschuß für die Nachverpressung in der Hauptsache erledigt war, nachdem die Beklagte die Nachverpressung veranlaßt hatte. 115

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 101, 269 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 116

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen hierfür nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 117