
Datum: 13.05.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 172/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0513.21U172.03.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 275/02
Schlagworte: Entbehrlichkeit einer Fristsetzung; Kosten gerichtlicher Verfahren als Schaden
Normen: § 13 Nr. 7 VOBIB

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 17. Juli 2003 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 23.691,13 EUR nebst 4 % Zinsen seit dem 09.08.2002 zu zahlen.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 11 % und der Beklagte zu 89 %. Die außergerichtlichen Kosten der Streithelferin hat der Beklagte ebenfalls zu 89 % zu tragen. 11 % ihrer außergerichtlichen Kosten trägt die Streithelferin selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird gestattet, die Zwangsvollstreckung der Gegenseite durch Si-cherheitsleistung in Höhe von 110% des aus

dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizulegenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A. Sachverhaltsdarstellung

Der Senat nimmt Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Der Sachverhalt stellt sich nunmehr wie folgt dar:

1994 betrieben der Kläger und Herr S ein Ingenieurbüro, der Beklagte unterhielt einen Meisterbetrieb für Fliesenlegerarbeiten.

Im Laufe des Jahres errichtete der Kläger zusammen mit den Eheleuten S das aus zwei zusammenstehenden Einfamilienhäusern bestehende Bauvorhaben L-Straße #1/ #2 in F.

In beiden Häusern führte die Streithelferin des Klägers (im folgenden: Streithelferin) die Estricharbeiten und der Beklagte die Keramikbodenbelagsarbeiten aus. Hierzu gab er gegenüber dem Kläger unter dem 06.03.1994 ein Angebot ab (Anlage K 1), das der Kläger mit Schreiben vom 17.03.1994 (Anlage K 2) akzeptierte. Dem Auftrag lag die VOB/B zugrunde.

Beim Bauvorhaben des Klägers (L-Straße #1) führte die Streithelferin die Estricharbeiten in der Zeit vom 04.05. bis zum 06.05.1994 aus. Gut 7 Wochen später, am 27.06.1994 begann der Beklagte mit den Oberbodenbelagsarbeiten. Er belegte den gesamten Fußboden im Erdgeschoss mit Terrakotta-Bodenfliesen und brachte dazugehörige Sockelfliesen an. Seine Arbeiten wurden am 14.09.1994 abgenommen.

Nach dem Einzug in die Bauvorhaben zeigten sich in allen drei Stockwerken beider Häuser, unabhängig davon, ob Keramik- oder, wie im Obergeschoss, Holzfußböden verlegt wurden, Randabsenkungen. Bei dem aus zwei Ebenen bestehenden Fliesenfußboden im Erdgeschoss des klägerischen Hauses traten diese Randabsenkungen verstärkt auf. Hier zeigten sich auch wellenförmige Erhöhungen und Vertiefungen in der Bodenfläche.

Die aufgetretenen Mängel rügten die Bauherren mit Schreiben vom 07.05.1996 (Bl. 26 d. BA 9 OH 41/96 LG Essen) zunächst gegenüber der Streithelferin, die ihre Verpflichtung zur Nachbesserung leugnete. Sie stellte anheim, den Sachverhalt durch einen Sachverständigen ermitteln zu lassen, und vertrat hierbei die Auffassung, dass die Mängel auch auf die Arbeiten des Beklagten zurückzuführen sein könnten. Der Beklagte war ebenfalls nicht bereit, seine Verpflichtung zur Nachbesserung anzuerkennen.

Mit Schriftsatz vom 13.09.1996 leiteten der Kläger und die Eheleute S ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Streithelferin und gegen den Beklagten ein (9 OH 41/96 LG Essen). Zur Begründung verwiesen sie auf die sichtbaren Mangelerscheinungen und ihre mögliche Verursachung durch sowohl die Streithelferin als auch den Beklagten.

In dem Verfahren vertrat der Beklagte (Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 01.10.1996, Bl. 40ff d. BA 9 OH 41/96 LG Essen) die Auffassung, dass er selbst mängelfrei

gearbeitet und insbesondere die Restfeuchtigkeit des Estrichs ausreichend und zutreffend überprüft habe. Hierzu verwies er auf Messprotokolle vom 14.06.1994 und vom 27.06.1994 (Bl. 45, 46 d. BA 9 OH 41/96 LG Essen, zugleich Bl. 78, 79 d. A.), die die von ihm mit einem sog. CM-Messgerät ordnungsgemäß durchgeführten Messungen der Restfeuchte des Estrichs belegten. Die Mängel müßten daher ausschließlich auf Ausführungsfehler der Streithelferin zurückzuführen sein.

In dem Verfahren erstattete der Fliesenlegermeister S2 am 28.04.1997 ein schriftliches Gutachten (Bl. 73ff d. BA 9 OH 41/96 LG Essen). In dem Gutachten ermittelte er verschiedene Bauausführungsfehler der Streithelferin bei den Estricharbeiten. In Bezug auf die Arbeiten des Beklagten führte er aus, dass keine Ausführungsfehler zu erkennen seien. Eine die Verlegung zulassende Restfeuchte habe der Beklagte durch Messungen festgestellt, die von ihm vorgelegten Messprotokolle stellten die Bauherren nicht in Frage. 11

Zur Sanierung der starken Randabsenkungen und Verwölbungen im Erdgeschoss des klägerischen Hauses hielt der Sachverständige S2 die Entfernung des gesamten Fliesenbelages einschließlich Estrich und Dämmung für erforderlich und schätzte die hierfür notwendigen Kosten auf brutto 42.142,47 DM. Bei den Böden der Obergeschosse beider Bauvorhaben stellte er leichte Verwölbungen fest, die durch geringfügige Arbeiten zu verdecken seien, und ermittelte insoweit einen Minderwert von 11.480,00 DM. 12

Den Feststellungen des Sachverständigen S2 und seinen Schlussfolgerungen widersprach die Streithelferin, wobei sie - unter Bezugnahme auf ein von ihr eingeholtes Privatgutachten - erneut die Auffassung vertrat, dass ein ungünstiges Trocknungsverhalten des Estrichs mit einem zu früh erfolgten Verlegen der Fliesen die eigentliche Mängelursache sei. Demgegenüber verteidigte der Beklagte das Gutachten des Sachverständigen S2 als sachlich zutreffend (Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 13.10.1997, Bl. 159f d. BA 9 OH 41/96 LG Essen). 13

Gestützt auf das Gutachten des Sachverständigen S2 verklagten die Bauherren (die Ehel. S und der Kläger) die Streithelferin im August 1998 auf Zahlung von 51.382,47 DM (9 O 257/98 LG Essen). Sie verlangten die vom Sachverständigen S2 geschätzten Mängelbeseitigungskosten von 42.142,47 DM sowie einen korrigierten Minderwert von 9.240,00 DM und teilten die Klageforderung im Verlauf des Rechtsstreits auf den Kläger (46.342,47 DM) und die Eheleute S (5.040,00 DM) auf. Bereits in der Klageschrift verkündeten sie dem Beklagten den Streit und begründeten dies damit, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass nicht die in dem Verfahren verklagte Streithelferin, sondern der Beklagte für die Mängel hafte. In dem Verfahren stritten die Bauherren und die Streithelferin weiter darüber, ob die aufgetretenen Mängel auf eine fehlerhafte Ausführung der Estricharbeiten oder der Fliesenlegerarbeiten zurückzuführen seien. 14

Während des Rechtsstreits veräußerte der Kläger mit notariellem Vertrag vom 08.09.1999 (Bl. 198ff d. BA 9 O 257/98 LG Essen) sein Haus zu einem Kaufpreis von 960.000,00 DM an die Zeugen I2 und I3. Im Kaufvertrag ist unter Ziff. IX eine Sondervereinbarung enthalten, nach der die Vertragsparteien übereinstimmend erklären, dass der Plattenbelag im Parterregeschoss mangelhaft sei. Insoweit führe der Verkäufer bereits gerichtliche Auseinandersetzungen, die er auch nach Eigentumsübergang in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten zu Ende führen werde. Im Verhältnis der Vertragsparteien gelte, dass die Käufer den Mangel auf ihre Kosten durch ein Fachunternehmen beseitigen lassen würden und dass sich der hierfür vom Verkäufer angegebene Aufwand zur Mängelbeseitigung auf 30.000,00 DM belaufe. Mit diesem seien sämtliche Ansprüche des Käufers hinsichtlich des Estrich- und Fliesenschadens abgegolten. 15

- Nach der Veräußerung erklärte der Kläger den Rechtsstreit 9 O 257/98 LG Essen in Höhe eines Teilbetrages von 16.342,47 DM für erledigt und verlangte weiter die Zahlung von 30.000,00 DM von der Streithelferin. 16
- Das Landgericht Essen hat in dem Verfahren ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Ing. I eingeholt (schriftliches Gutachten vom 18.10.1999, lose; Gutachtenergänzung vom 24.01.2000, Bl. 169ff d. BA 9 O 257/98 LG Essen, nebst Erläuterung in der mündlichen Verhandlung vom 11.04.2000, Bl. 221ff d. BA 9 O 257/98 LG Essen). 17
- Der Sachverständige I kam zu dem Ergebnis, dass die vom Sachverständigen S2 aufgeführten Mängel nicht zu den Verformungen des Estrichs geführt hätten. Die Ursache der Randabsenkungen und der Estrichverwölbung sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine zu frühe Fliesenverlegung vor dem Erreichen der Belegreife des Estrichs. Das Schadensbild sei die typische Folge bei einem im Schwindvorgang behinderten Estrich. Die vom Beklagten für den 27.06.1994 dokumentierte Messung im Eingangsbereich des Erdgeschosses sei zur Ermittlung der Restfeuchte des Estrichs nicht ausreichend gewesen. Mit dieser einen Messung könne keine repräsentative Aussage über die Estrichfläche von ca. 80 qm getroffen werden. Aufgrund der starken Verwölbungen des Estrichs im Randbereich müsse bezweifelt werden, dass die Messung auch tiefere Schichten des Estrichquerschnittes erfasst habe. Die festgestellte mittlere Stärke des Estrichs von größer/gleich 50 mm sei ausreichend. Die Schwankungen in der Estrichstärke seien nach der einschlägigen DIN 18560 kein Mangel und auch in der Praxis nicht ungewöhnlich. 18
- Mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 03.01.2000 (Bl. 143ff d. BA 9 O 257/98 LG Essen) trat der Beklagte diesem Rechtsstreit auf Seiten des Klägers bei. Er vertrat weiterhin den Standpunkt, dass die Mängel auf das Estrichgewerk zurückzuführen seien. Die Verformungen beruhten zwar auf seinen vor der Belegreife des Estrichs ausgeführten Fliesenarbeiten. Hierfür sei aber die Streithelferin verantwortlich, weil sie den Estrich mit erheblichen Unterschieden in seiner Stärke eingebracht habe, ohne den Kläger oder ihn (den Beklagten) hiervon in Kenntnis zu setzen. Die Restfeuchte eines ordnungsgemäß verlegten Estrichs habe er hinreichend genau überprüft. Die Prüfstelle im Eingangsbereich des EG sei mit Bedacht gewählt worden, weil dort eine schattige Stelle vorgelegen habe. Im Hauptraum sei mit einem problematischen Trocknungsverhalten nicht zu rechnen gewesen. 19
- Mit seinem Urteil vom 11.04.2000 (Bl. 233ff d. BA 9 O 257/98 LG Essen) hat das Landgericht die Klage mit der Begründung, abgewiesen, dass nicht bewiesen sei, dass die Verformungen auf mangelhaft durchgeführten Estricharbeiten beruhten. 20
- Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt (21 U 147/00 OLG Hamm). Mit dieser hat er nicht mehr bestritten, dass das Austrocknungsverhalten des Estrichs die entscheidende Schadensursache sei. Diese sei allerdings durch die vom Sachverständigen S2 aufgezeigten Mängel verstärkt worden. An seiner Auffassung, dass er mit den Mehrstärken des Estrichs nicht habe rechnen müssen, die Streithelferin insoweit vielmehr eine Hinweispflicht treffe, hat er festgehalten. Im Senatstermin vom 09.10.2001 hat er dann vorgetragen, dass er am 27.06.1994 im Erdgeschoss des Hauses des Klägers insgesamt 3 Messungen durchgeführt habe, von denen nur eine notiert worden sei (hierzu hat er dann im vorliegenden Rechtsstreit ein weiteres Messprotokoll vom 27.06.1994 vorgelegt, Bl. 80 d.A.). 21
- Mit seinem Urteil vom 09.10.2001 (Bl. 328ff d. BA 9 O 257/98 LG Essen) hat der Senat die Berufung des Beklagten in dem Verfahren 21 U 147/00 OLG Hamm zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: 22

Es lasse sich nicht feststellen, dass die Randabsenkungen durch Mängel der Estricharbeiten verursacht worden seien. Diese seien nicht mangelhaft. Dem anders lautenden Gutachten des Sachverständigen S2 sei nicht zu folgen. Es sei durch die Feststellungen des Sachverständigen I widerlegt.

Die Schäden seien auf die Ausführung der Bodenbelegarbeiten vor der Belegreife des Estrichs zurückzuführen. Insoweit sei der verklagten Streithelferin auch keine Hinweispflichtverletzung vorzuwerfen. Die Feststellung der Restfeuchte des Estrichs gehöre zu den elementaren Prüfungspflichten des Fliesenlegers, der die Geeignetheit der Vorunternehmerleistung eigenverantwortlich zu prüfen und den Bauherrn auf Bedenken insoweit hinzuweisen habe. 24

Genauere Hinweise auf die Estrichstärke seien weder üblich noch dem Estrichleger mit zumutbarem Aufwand möglich. Die Schwankungen der Estrichstärke lägen im Erdgeschoss noch im üblichen Rahmen, wenn man von einem kleineren Bereich im Toilettenraum absehe. Das verstoße gegen keine DIN-Norm. Die Tragfähigkeit und Ebenheit eines Estrichs werde durch die DIN-Normen vorgegeben. Diese Vorgaben halte der von der Streithelferin eingebrachte Estrich ein. 25

Dass sich die unterschiedlichen Stärke des Estrichs auf die Messergebnisse des Beklagten ausgewirkt habe, sei nicht feststellbar, auch dann nicht, wenn der Beklagte die im Senatstermin vorgetragenen drei Messungen ausgeführt habe. Ob es der Beklagte zu vertreten habe, dass er die zu hohe Restfeuchtigkeit des Estrichs nicht erkannt habe, habe der Senat in dem ihm vorliegenden Rechtsstreit nicht zu klären. 26

Nach dem Abschluss des Verfahrens 9 O 257/98 LG Essen / 21 U 147/00 OLG Hamm forderte der Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 22.04.2002 (Anlage K 9) vergeblich zur Schadensersatzzahlung auf. 27

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt der Kläger vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 26.561,26 EUR, und zwar: 28

Ausgleich der Kaufpreisminderung: 30.000,00 DM	15.338,76 EUR	29
Ant. Kosten (89,12 %) des selbständigen Beweisverfahrens 9 OH 41/96 LG Essen	4.166,16 EUR	
Ant. Eigene Kosten (89,12 %) des Hauptsacheverfahrens 9 O 257/98 LG Essen	1.753,21 EUR	
Der Streithelferin aufgrund des Verfahrens 9 O 257/98 LG Essen erstattete Kosten	<u>5.303,13 EUR</u>	
Summe:	26.561,26 EUR	

Der Kläger hat behauptet, der von ihm mit den Eheleuten I3 vereinbarte Kaufpreis sei aufgrund der Mängel des Erdgeschossfußbodens von 990.000 DM auf 960.000 DM reduziert worden. 30

Er hat beantragt, 31

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 26.561,26 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten³² über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2002 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 33

die Klage abzuweisen. 34

Er hat gemeint, dass die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht vorlägen. 35
Es fehle eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, die nicht entbehrlich gewesen sei. Die Mängel habe er nicht zu vertreten. Hierzu hat er behauptet, er habe die Restfeuchte des Estrichs ordnungsgemäß überprüft und im Erdgeschoss des klägerischen Hauses fortlaufend Messungen durchgeführt, die zum Teil nicht dokumentiert worden seien. Am 27.06.1994 seien drei Messungen durchgeführt worden, die die Belegreife des Estrichs ergeben hätten (Protokolle Bl. 79, 80 d. A.). Wenn sich Jahre später herausstelle, dass die Verlegung der Fliesen rein technisch zu früh gewesen sei, könne ihm das nicht vorgeworfen werden. Ihm seien die erheblichen Unterschiede in der Stärke, insbesondere die Mehrstärken des Estrichs nicht bekannt gewesen.

Mit seinem Urteil vom 17.07.2003 hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur 36
Begründung ausgeführt:

Der Kläger könne vom Beklagten die Mängelbeseitigungskosten nicht als Schaden ersetzt 37
verlangen, weil er keine Nachfrist zur Mängelbeseitigung gesetzt habe und diese auch nicht entbehrlich gewesen sei. Der Beklagte habe eine Nachbesserung nicht ernsthaft und endgültig verweigert. In diesem Sinne könne man das prozessuale Verhalten des Beklagten im selbständigen Beweisverfahren und in dem gegen die Streithelferin geführten Hauptsacheprozess nicht auslegen. Die geltend gemachten Verfahrenskosten habe der Beklagte ebenfalls nicht zu ersetzen. Es bestehe die Möglichkeit, dass der Beklagte einem Nachbesserungsverlangen des Klägers Folge geleistet hätte, so dass die Kosten von Anfang an nicht entstanden wären.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten 38
Berufung, die er im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Beklagte sei zum Schadensersatz verpflichtet. Das ergebe sich aus der Entscheidung 39
des Senats im Vorprozess. Der Schaden des Klägers bestehe in dem Preisnachlass von 30.000 DM = 15.338,76 EUR, den er den Käufern I3 aufgrund des mangelhaften Erdgeschossfußbodens gewährt habe. Zu ersetzen seien außerdem die geltend gemachten Verfahrenskosten von insgesamt 11.222,50 EUR.

An einer fehlenden Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung scheitere der 40
Schadensersatzanspruch nicht. Die Verfahrenskosten seien als Kosten der Untersuchung und der Rechtsverfolgung bereits aufgrund der mangelhaften Leistung des Beklagten angefallen und deswegen auch ohne Aufforderung zur Mängelbeseitigung zu erstatten. In Bezug auf die Mängelbeseitigungskosten sei eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung entbehrlich gewesen. Sie sei aufgrund des gesamten Verhaltens des Beklagten nur eine unnütze, überflüssige Förmerei. Der Beklagte habe mit allen Mitteln seine Verantwortlichkeit gelehnet. Er habe sich einer Haftung auf jeden Fall entziehen wollen. Die Nachbesserungsaufforderung sei auch deswegen entbehrlich, weil der Beklagte das Risiko des falschen Gutachtens des Sachverständigen S2 tragen müsse. Seine mangelhafte Arbeit habe den weiteren Kausalverlauf in Gang gesetzt. Hinzu kämen seine Anstrengungen, sich der eigenen Verantwortung zu entziehen und auf einen Dritten zu verweisen. Eine

Mängelbeseitigungsaufforderung hätte der Beklagte ohnehin nicht befolgt.

Der Kläger beantragt,	41
abändernd den Beklagten zu verurteilen, an ihn 26.561,26 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2002 zu zahlen.	42
Der Beklagte beantragt,	43
die Berufung zurückzuweisen.	44
Die Streithelferin hat sich dem Antrag des Klägers angeschlossen.	45
Unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen, das er ergänzt und vertieft, verteidigt der Beklagte das angefochtene Urteil im wesentlichen wie folgt:	46
Eine ihm obliegende Pflicht, die Belegreife des Estrichs zu prüfen, habe er nicht, jedenfalls nicht schuldhaft verletzt.	47
Mit seinen Messungen habe er den Austrocknungsprozess des Estrichs begleitet, der schlüssig verlaufen sei. So habe er ca. Mitte Juni 1994 eine erste Messung im Erdgeschoss des klägerischen Hauses durchgeführt, die noch eine für die Fliesenarbeiten zu hohe Restfeuchte ergeben habe. Am 27.06.1994 habe er dann die Restfeuchte des Erdgeschosestrichs an drei verschiedenen Stellen gemessen und hierbei jeweils Wert unter 2 % erhalten, der eine Fliesenverlegung zugelassen habe. Außerdem habe er mit der Belegung fast 2 Monate, also das Doppelte der gängigen Trocknungszeit von 28 Tagen gewartet. Ihm seien daher keine Messfehler vorzuwerfen, das verkenne der Sachverständige I.	48
Er (der Beklagte) bleibe dabei, dass der Estrich nicht DIN-gerecht verlegt worden sei, weil er zu gravierende Unterschiede in seiner Stärke aufweise. Die gegenteiligen Ausführungen des Sachverständigen seien unzutreffend. Die Rohdichte des Estrichs, die für seine Festigkeit und sein Trocknungsverhalten maßgeblich sei, sei auch noch gar nicht untersucht worden. Das gelte auch für die Frage, inwieweit das verwendete Dämmmaterial zu den Verformungen beigetragen habe. Im Übrigen könnten auch Punktlasten dazu beigetragen haben, dass sich der Estrich gerade in den Randbereichen abgesenkt habe, auch das sei noch ungeklärt. Letztendlich sei noch ungeklärt, warum die Randabsenkungen nur im Erdgeschoss und nicht auch in dem mit Parkett belegten oberen Geschossen so massiv aufgetreten seien.	49
Die für einen Schadenersatzanspruch notwendige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei nicht entbehrlich gewesen. Ihm könne auch nicht vorgehalten werden, dass er auf ein Nachbesserungsverlangen des Klägers nicht reagiert hätte. Dieses habe der Kläger nicht gestellt, obwohl er hierzu auch nach dem Gutachten des Sachverständigen I noch Gelegenheit gehabt habe. Ein Nachbesserungsverlangen der Eheleute S habe er (der Beklagte) geprüft und von ihm als berechtigt angesehene Mängel beseitigt. Sein Verhalten im selbständigen Beweisverfahren und in dem Vorprozess lasse ebenfalls nicht darauf schließen, dass er zur Nachbesserung nicht bereit gewesen sei. So habe er sich den Beweisergebnissen in den Vorprozessen nicht verschlossen. Für das falsche Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren habe er nicht einzustehen.	50
Ihn treffe auch keine Verpflichtung, auf eine umfassende Aufklärung von Mängelursachen hinzuwirken, so dass er die durch die Führung der Vorprozesse entstandenen Kosten nicht zu tragen habe. Die Führung dieser Prozesse falle ausschließlich in den	51

Verantwortungsbereich des anwaltlich vertretenen Klägers und sei ihm (dem Beklagten) nicht zuzurechnen. Er müsse das Risiko des falschen Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren und des vom Kläger darauf hin angestregten Prozesses gegen die Streithelferin nicht tragen.	
Hinzu komme, dass die Bauherrn die anstehenden Arbeiten selbst koordiniert hätten, so dass dem Kläger insoweit gemachte Fehler als Mitverschulden zuzurechnen seien.	52
Außerdem seien die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens Kosten des vorliegenden Rechtsstreits und könnten deswegen nicht selbständig eingeklagt werden.	53
Die nach dem Verkauf des Hauses noch geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten seien übersetzt. Die Erwerber hätten ohnehin beabsichtigt, den Fliesenfußboden zu verändern. Eine Nachbesserung durch den Beklagten sei mit einem geringen Kostenaufwand von ca. 1.850,00 EUR möglich gewesen.	54
Letztendlich sei die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches mit dem Hausverkauf unmöglich geworden.	55
Der Senat hat die Parteien angehört und durch die schriftliche Vernehmung der Zeugen I3 und I2 sowie durch Gutachten der Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Prof. Dr. Ing. I Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Aussagen der Zeugen I3 und I2 (Bl. 315ff d.A.), die gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen I vom 04.02.2004 (Bl. 234ff d.A.) und den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 13.05.2004 Bezug genommen.	56
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die bezeichneten Urkunden, den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und den Inhalt der Beiakten 9 OH 41/96 LG Essen, 9 O 257/98 LG Essen / 21 U 147/00 OLG Hamm und 9 O 284/94 LG Essen / 21 U 121/96 OLG Hamm, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.	57
B. Begründung	58
Die Berufung des Klägers ist überwiegend begründet.	59
Der Beklagte schuldet dem Kläger gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B die Erstattung der Kaufpreisminderung in Höhe von 15.338,76 EUR und den Ausgleich der geltend gemachten Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 8.352,37 EUR, zusammen 23.691,13 EUR.	60
Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B sind erfüllt (II.).	61
Bei der Schadenshöhe (III.) waren Abstriche zu machen. Der Schadensersatzanspruch des Klägers war bei den verlangten Verfahrenskosten zu kürzen, weil diese Kosten zum Teil im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen sind und der Klage insoweit das Rechtsschutzinteresse fehlt (I.). Für einen weiteren Teil der Verfahrenskosten haftet der Beklagte nicht, weil nicht nur der Kläger sondern auch die Eheleute S die Vorprozesse geführt haben und in diesen nicht nur Mängel am Erdgeschossfußboden des klägerischen Hauses geltend gemacht wurden (III.)	62
I.	63
	64

Der Klage fehlt das Rechtsschutzinteresse, soweit der Kläger mit ihr die Erstattung seiner anteiligen, auf den Beklagten bezogenen Kosten aus dem selbständigen Beweisverfahren verlangt. Das sind 1.916,89 EUR. Von den geltend gemachten weiteren Verfahrenskosten des selbständigen Beweisverfahrens hat der Beklagte 840,99 EUR nicht zu erstatten, insoweit ist die Klage unbegründet. Es bleiben restliche 1.916,89 EUR, deren Erstattung der Kläger zu Recht verlangt.

Sind der Streitgegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens und der eines nachfolgenden Hauptsacheprozesses identisch, so gehören die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu den Kosten des Hauptsacheprozesses. Sie werden von der dort zu treffenden Kostenentscheidung mitumfasst, müssen im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht und können nicht selbständig eingeklagt werden (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage 2002, Rz. 123 m. w. Nachw.). 65

Die Streitgegenstände des selbständigen Beweisverfahrens 9 OH 41/96 LG Essen und des vorliegenden Hauptsacheprozesses sind teilweise identisch. Das führt dazu, dass der Beklagte dem Kläger nur einen Teil der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu erstatten (3.833,78 EUR) und dass diese Kostenerstattung wiederum zum Teil (1.916,89 EUR) in dem zum vorliegenden Rechtsstreit durchzuführenden Kostenfestsetzungsverfahren zu erfolgen hat. 66

Identisch sind die Streitgegenstände beider Verfahren, soweit es um die Verantwortlichkeit des Beklagten für die Randabsenkungen und Verwölbungen beim Erdgeschossfußboden des klägerischen Hauses geht. In dem selbständigen Beweisverfahren gab es mit dem Kläger und den Eheleuten S aber zwei Antragsteller und mit dem Beklagten und der Streithelferin zwei Antragsgegner. Außerdem ging es nicht nur um die Mängel beim Erdgeschossfußboden des klägerischen Hauses, sondern auch um Mängel der Obergeschossböden und der Böden des Hauses der Eheleute S. 67

Der Senat kann dem Beklagten deswegen die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nur anteilig zurechnen. Er hat sich bei der notwendigen Quotierung an den vom Sachverständigen S2 geschätzten Mängelbeseitigungs- und Minderwertbeträgen (in der von den Bauherrn später korrigierten Höhe) orientiert. Das ist sachgerecht, weil die Bauherrn diese Kostenermittlung ihren nachfolgenden Prozessen zugrunde gelegt haben. Außerdem hat der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit bereits die Verfahrenskosten auf der Grundlage der Kostenermittlung des Sachverständigen S2 aufgeteilt, ohne dass der Beklagte diesen Ansatz in Frage gestellt hat. 68

Der Sachverständige S2 hat Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 42.142,47 DM ermittelt, zu dem die von ihm geschätzten Minderwerte in der von den Bauherrn korrigierten Höhe von 9.240,00 DM zu addieren sind. Das ergibt zusammen 51.382,47 DM. Von diesem Betrag entfallen nur die Mängelbeseitigungskosten auf den im vorliegenden Rechtsstreit in Frage stehenden mangelhaften Erdgeschossfußboden im Haus des Klägers. Das entspricht einer Quote von 82,01 %, die zu einem Anteil von 3.833,78 EUR an den - zwischen den Parteien nicht streitigen - Gesamtkosten des selbständigen Beweisverfahrens (4.674,78 EUR) führt. Hinsichtlich der verbleibenden 840,99 EUR ist die Klage, wie bereits erwähnt, unbegründet, weil der Beklagte für diese Kosten nicht einzustehen hat. 69

Der Betrag von 3.833,78 EUR ist noch auf die beiden Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens, den Beklagten und die Streithelferin aufzuteilen, weil der Kläger nur den auf den Beklagten entfallenden Kostenanteil des selbständigen Beweisverfahrens im Kostenfestsetzungsverfahren anzumelden hat und ihm der auf die Streithelferin entfallende 70

Kostenanteil - wie noch darzulegen ist - bereits im vorliegenden Rechtsstreit zuzusprechen ist.

Der Senat hält es für angemessen, den Betrag von 3.833,78 EUR hälftig auf den Beklagten und die Streithelferin aufzuteilen, weil ihre Verantwortlichkeit für den mangelhaften Erdgeschossfußboden im Zeitpunkt der Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens ungeklärt war. 71

Damit sind 1.916,89 EUR der Kosten des Klägers aus dem selbständigen Beweisverfahren im Kostenfestsetzungsverfahren des vorliegenden Rechtsstreits geltend zu machen, so dass der Klage insoweit das Rechtsschutzinteresse fehlt. 72

II. 73

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B sind erfüllt. Die Parteien, die beide bauverfahren sind, haben die Geltung der VOB/B vereinbart. 74

Bei der begehrten Erstattung der Kaufpreisminderung und der Verfahrenskosten geht es um sog. Mangelfolgeschäden. Ob diese noch zu den engeren (und damit von § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B erfassten) oder bereits zu den weiteren (und damit von § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B erfassten) Mangelfolgeschäden zu rechnen sind, kann offen bleiben, weil die Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B und die des § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B vorliegen. 75

1. 76

Die Werkleistung des Beklagten wies einen wesentlicher Mangel auf, der die Gebrauchsfähigkeit des Erdgeschossfußbodens erheblich beeinträchtigte. Die Randabsenkungen und Verwölbungen des Fliesenfußbodens im Erdgeschoss des klägerischen Hauses waren darauf zurückzuführen, dass der Beklagte den Fliesenfußboden vor der Belegreife des Estrichs eingebracht hatte. 77

Das steht bereits aufgrund der Interventionswirkung des Vorprozesses 9 O 257/98 LG Essen für die im vorliegenden Rechtsstreit zu treffende Entscheidung fest, §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO. 78

Der Beklagte muss die tragenden Feststellungen aus dem Senatsurteil vom 09.10.2001 - 21 U 147/00 - gegen sich gelten lassen, aus denen sich der vorstehende Mangel und seine Ursache ergibt. 79

Soweit der Beklagte dieses Beweisergebnis im vorliegenden Rechtsstreit erneut in Frage stellt, ist dem bereits aus Rechtsgründen nicht weiter nachzugehen. In dem Vorprozess ist dem Beklagten bereits in der Klageschrift der Streit verkündet worden. Er ist durch den Kläger in dem Verfahren auch nicht daran gehindert worden, umfassend vorzutragen und macht nunmehr auch keine neuen Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend, die ihm im Vorprozess noch unbekannt waren. 80

Weitere, für den Schaden mitursächliche Fehler des Estrichlegers gibt es nach den Feststellungen des Senatsurteils vom 09.10.2001 nicht. Das gilt insbesondere für die unterschiedliche Stärke des eingebrachten Estrichs und dafür, dass der Estrichleger auf diese nicht hingewiesen hat. 81

82

Für den Mangel ist vielmehr allein der Beklagte als Fliesenleger (objektiv) verantwortlich, weil die Belegreife des Estrichs vor dem Beginn seiner Fliesenarbeiten nicht so untersucht hat, dass ihm die zu hohe Restfeuchte des Estrichs aufgefallen ist. Auch diese Feststellung des Senatsurteils ist tragend, weil sie Ausgangspunkt der rechtlichen Feststellung des Senats war, dass den verklagten Estrichleger keine besonderen Hinweispflichten trafen.	
2.	83
Der Schadensersatzanspruch des Klägers scheitert nicht an fehlenden formellen Voraussetzungen.	84
Der Kläger hat es zwar vor der Veräußerung seines Hauses versäumt, den Beklagten ausdrücklich zur Mängelbeseitigung aufzufordern und ihm auch keine diesbezügliche Frist gesetzt. Hierbei steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf (Schadens-)Ersatz von Mängelbeseitigungskosten grundsätzlich erst dann zu, wenn er dem Auftragnehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) gesetzt hat, die dieser nicht genutzt hat.	85
Einer Aufforderung des Beklagten zur Mängelbeseitigung nebst einer Fristsetzung bedurfte es allerdings zu dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger sein Haus an die Zeugen I3 und I2 veräußerte, nicht mehr (mit der Folge, dass der Kläger vom Beklagten bereits zu diesem Zeitpunkt Schadensersatz verlangen konnte und mit der weiteren Folge, dass ihm der Schadensersatzanspruch nach der Veräußerung des Hauses weiterhin zusteht und mit der Übereignung nicht untergegangen ist, vgl. BGH NJW 1987, 645 (646f) und BGH BauR 1996, 735 (736f), auch Werner/Pastor, a.a.O. Rz 1679).	86
a)	87
Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung nebst Fristsetzung ist entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmerei wäre, weil der Auftragnehmer die Erfüllung seiner Nachbesserungspflicht bereits ernsthaft und endgültig abgelehnt hat. Eine derartige Weigerung des Auftragnehmers muss nicht ausdrücklich erklärt werden. Sie kann auch in einem schlüssigen Verhalten liegen. Das gesamte Verhalten des Auftragnehmers ist zu würdigen. In seinem prozessualen Bestreiten von Mängeln liegt nicht stets eine endgültige Nachbesserungsverweigerung (vgl. BGH NJW 2002, 1571 (1573)).	88
Vorliegend kommt der Senat jedoch zu dem Schluss, dass der Beklagte aufgrund seines Verhaltens in den mit dem Kläger geführten Gerichtsverfahren bereits vor der Veräußerung des Hauses durch den Kläger eine Nachbesserung ernsthaft und endgültig verweigert hat.	89
Der Kläger hat den Beklagten zwar nicht ausdrücklich zur Nachbesserung aufgefordert und ihm keine Fristen insoweit gesetzt. Er hat vielmehr zunächst primär die Streithelferin in Anspruch genommen. Dennoch hat er stets deutlich gemacht, dass er auch eine Verantwortung des Beklagten sieht, wenn der Estrichleger nicht haftet. So hat er das selbständige Beweisverfahren gegen beide Unternehmer angestrengt und dem Beklagten in dem Vorprozess gegen die Streithelferin frühzeitig den Streit verkündet.	90
Der Beklagte ist in beiden Prozessen aktiv geworden und hat durch seinen Vortrag jeweils klar zum Ausdruck gebracht, dass nicht er, sondern der Estrichleger die Mängel zu verantworten habe. Er ist zwar dem Vorprozess 9 O 257/98 LG Essen erst im Januar 2000 beigetreten, nachdem das für ihn ungünstige erste Gutachten des Sachverständigen I vorlag. Dafür hat er aber im selbständigen Beweisverfahren zweimal deutlich gemacht, dass er die Mängel nicht zu vertreten und insbesondere die Belegreife des Estrichs ausreichend und	91

zutreffend untersucht habe. Wer derart deutlich die eigene Verantwortung leugnet und sie einem anderen Handwerker zuschiebt, zeigt klar, dass er selbst nicht nachbessern will.

Dass das (falsche) Gutachten des Sachverständigen S2 den Beklagten in seiner Auffassung, nicht gewährleistungspflichtig zu sein, gestützt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Das Gutachten mag den Beklagten in seiner ablehnenden Haltung bestätigt und bestärkt haben. Da es falsch war und der Beklagte damit auch falsch lag, als er sich auf das Gutachten verließ, ändert das Gutachten nichts an der hier in Frage stehenden Bewertung seines Verhaltens. 92

Die Angaben des Beklagten im Senatstermin vom 13.05.2004 haben die vorstehende Beurteilung seines früheren Verhaltens bestätigt. So hat der Beklagte auch nach der durchgeführten Beweisaufnahme noch die Auffassung vertreten, dass die Mängel durch geringfügige, von ihm in der Berufungserwiderung vorgetragene Maßnahmen (vgl. S. 13, 14 der Berufungserwiderung vom 11.03.2004, Bl. 294f d.A.) mit Kosten von ca. 1.850,00 EUR zu beseitigen gewesen seien. Zu dieser Mängelbeseitigung sei er - der Beklagte - bereit gewesen, wenn ihn der Kläger hierzu aufgefordert hätte. Auch diese Äußerung ist ein Indiz dafür, dass der Beklagte die von ihm geschuldete umfassende Mängelbeseitigung stets verweigert hätte. Mit den vom Beklagten vorgesehenen Maßnahmen wären die Mängel am Erdgeschossfußboden nicht fachgerecht zu beseitigen gewesen, wie der Sachverständige X dem Senat glaubhaft geschildert hat. Nach den Angaben des Sachverständigen hätte man den Fliesenfußboden nicht partiell ausbessern können, sondern insgesamt erneuern müssen, um das einheitliche Erscheinungsbild des Bodens zu erhalten. Damit wären bei einer fachgerechten Nachbesserung zumindest die Kosten angefallen, die der Sachverständige I in seinem Gutachten vom 04.02.2004 beziffert hat. Letzterer hat gemeint, dass - bezogen auf den Zeitpunkt der Veräußerung des Hauses - allein die Erneuerung des Fliesenfußbodens (ohne die Erneuerung des Estrichs) Kosten in Höhe von 31.900,00 DM verursacht hätte. 93

b) 94

Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung nebst Fristsetzung war auch deswegen entbehrlich, weil dem Kläger eine Mängelbeseitigung durch den Beklagten nicht mehr zuzumuten war, als er sein Haus an die Zeugen I3 und I2 veräußerte. 95

Der Kläger hat wegen der in Frage stehenden, objektiv unstreitigen Mängel an seinem Erdgeschossfußboden im September 1996 das selbständige Beweisverfahren eingeleitet, das im Juni 1998 abgeschlossen war, ohne allerdings zu einer für den Kläger verlässlichen Klärung der Verantwortlichkeiten zu führen. Er hat darauf hin im August 1998 gegen die Streithelferin Klage erhoben und dem Beklagten den Streit verkündet. In der Zwischenzeit hat der Beklagte nicht zu erkennen gegeben, dass er für die Mängel verantwortlich sein könnte, sondern seine Haftung mit dem Hinweis auf Fehler des Estrichlegers stets verneint. Wenn der Kläger sich dann im August 1999 zum Verkauf des Hauses entschloss, war es ihm nach Auffassung des Senats nicht mehr zuzumuten, die Streithelferin oder den Beklagten zuvor noch einmal ausdrücklich zur Mängelbeseitigung aufzufordern. Beide Unternehmer hatten durch ihre bisherige Haltung klar zu verstehen gegeben, dass sie die Haftungsfrage zunächst gerichtlich klären lassen und solange nicht umfassend nachbessern wollten. 96

3. 97

Der Beklagte hat seine mangelhafte Leistung verschuldet. Das hat die vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme klar ergeben. 98

99

Die Messung der Restfeuchte des Estrichs vor Beginn der Bodenbelegarbeiten ist - das hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 09.10.2001 ausgeführt - eine der elementaren Prüfungspflichten des Fliesenlegers, die sich auch aus Ziff. 3.1.1 der DIN 18352 (ATV Fliesen- und Plattenarbeiten) ergibt.

Den ihm obliegenden Prüfungspflichten hat der Beklagte nicht genügt. Das gilt auch dann, wenn man die von ihm behaupteten Messungen zugrunde legt, so dass der Senat darüber, ob der Beklagte diese Messungen überhaupt ausgeführt hat oder - wie der Kläger vorträgt - am 27.06.1994 nur die eine, im Messprotokoll Bl. 79 d. A. dokumentierte Messung vorgenommen hat, keinen Beweis zu erheben brauchte. 100

Der Beklagte will am 27.06.1994 drei Messungen an den Stellen des Fußbodens durchgeführt haben, die er in der Grundrisszeichnung (Anl. 1 zum Gutachten des Sachverständigen I vom 18.10.1999) markiert hat. 101

Diese Messungen waren unzureichend. Bei dem Erdgeschossfußboden des klägerischen Hauses hätte der Beklagte mindestens 6 Messungen durchführen müssen. Das haben dem Senat beide Sachverständigen bestätigt. Der dem Senat aus weiteren Verfahren als besonders sachkundig und erfahren bekannte Sachverständige X hat insoweit glaubhaft ausgeführt, dass sich die Anzahl der notwendigen Messungen an dem konkreten Bauvorhaben zu orientieren habe und nicht vorformulierten Anleitungen oder Messprotokollen entnommen werden könne. Da der Erdgeschossfußboden des klägerischen Hauses zwei Ebenen aufgewiesen habe, habe ein Fliesenleger auf jeder Ebene mindestens drei Messungen durchführen müssen, die sowohl die Raummitte als auch den Randbereich des Estrichs abgedeckt hätten. Ein Fliesenleger müsse wissen, dass das Trocknungsverhalten des Estrichs bei unterschiedlichen Ebenen und auch in der Ebene selbst unterschiedlich sein könne. Um sich einen zuverlässigen Eindruck von der Restfeuchte des Estrichs zu verschaffen, müsse ein Fliesenleger daher auf jeder Ebene mehrere Messungen, die die Raummitte und den Randbereiche erfassten, vornehmen. Diesen Ausführungen schließt sich der Senat an. 102

Dem Beklagten, der den vorstehenden Prüfungspflichten nicht genügt hat, ist zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Ihm hätten die bei der Messung der Restfeuchte des Estrichs zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen vertraut sein müssen. 103

4. 104

Die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B sind erfüllt, weil der Beklagte mit seiner unzureichenden Prüfung der Restfeuchte des Estrichs gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen hat, wie der Sachverständige X dem Senat ebenfalls glaubhaft bestätigt hat. 105

5. 106

Den Kläger trifft kein seinen Schadensersatzanspruch minderndes Mitverschulden. Der Beklagte mußte die Restfeuchte des Estrichs umfassend prüfen. Seine Prüfung mußte auch einer unterschiedlichen Beschaffenheit des Estrichs Rechnung tragen, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 09.10.2001 dargelegt hat. Insoweit trafen weder den Estrichleger noch den Kläger als die Arbeiten selbst koordinierender Bauherr besondere Hinweispflichten. Es hätte vielmehr dem Beklagten obliegen, sich über die Beschaffenheit des Estrichs zu erkundigen, wenn er derartige Angaben zur Erfüllung seiner Prüfungspflicht benötigte. Dass er dies getan hat, behauptet er selbst nicht. 107

III.	108
Dem Kläger ist ein Schaden in Höhe von 23.691,13 EUR entstanden, der im vorliegenden Urteil zu titulieren ist. Hinzu kommen - wie bereits ausgeführt - anteilige Verfahrenskosten des selbständigen Beweisverfahrens 9 OH 41/96 LG Essen in Höhe von 1.916,89 EUR, die der Kläger im Rahmen der Kostenfestsetzung geltend machen kann.	109
1.	110
Der Beklagte hat dem Kläger die beim Verkauf des Hauses mit den Eheleuten I3 und I2 vereinbarte Kaufpreisminderung von 30.000,00 DM = 15.338,76 EUR zu erstatten.	111
Diese Kaufpreisminderung hat der Kläger den Eheleuten I3 wegen des im Zeitpunkt der Veräußerung noch mangelbehafteten Erdgeschossfußbodens zugestanden. Hierfür spricht die vom Kläger mit den Eheleuten I3 im notariellen Kaufvertrag unter Ziffer IX. getroffene Sondervereinbarung. Im Übrigen haben die Eheleute I3 in ihren schriftlichen Zeugenaussagen klar bestätigt, dass sich der vereinbarte Nachlass nur auf den mangelbehafteten Erdgeschossfußboden bezog.	112
Für den Minderbetrag ist der Beklagte ersatzpflichtig. Seine mangelhafte Werkleistung war für den Abzug ursächlich. Er ist ihm als Schadensfolge zuzurechnen.	113
Als sich der Kläger zur Veräußerung seines Hauses entschloss, konnte er vom Beklagten bereits Schadensersatz in Höhe von mindestens 30.000,00 DM verlangen. Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten lagen bereits zu diesem Zeitpunkt vor. Die zur Mängelbeseitigung notwendigen Kosten beliefen sich auf mindestens 30.000,00 DM. Das ergibt sich aus den Gutachten der Sachverständigen X und I. Der Senat folgt der Darstellung der beiden Sachverständigen, nach der zumindest der gesamte Fliesenbelag zu erneuern war, um den mangelhaften Boden dauerhaft und fachgerecht zu sanieren. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang auch eine Erneuerung des Estrichs notwendig geworden wäre, bedarf keiner Entscheidung, da die bei der Erneuerung des Fliesenbelages anfallenden Kosten bereits 30.000,00 DM überschritten. Das ergibt sich aus der diesbezüglichen Kostenschätzung des Sachverständigen I, der sich der Sachverständige X unter Hinweis darauf, dass die Schätzung nicht einmal alle Folgekosten berücksichtige, angeschlossen hat.	114
Vor diesem Hintergrund durfte sich der Kläger mit den Eheleuten I3 auf eine Kaufpreisminderung von 30.000,00 DM verständigen, um den noch nicht behobenen Fußbodenmängeln Rechnung zu tragen. Das auch deswegen, weil die ihm zu der damaligen Zeit bekannte Schätzung der Mängelbeseitigungskosten durch den Sachverständigen S2 einen weitaus höheren Betrag auswies. Auch ausgehend hiervon durfte der Kläger annehmen, den Eheleuten I3 keinen unangemessen hohen Nachlass zuzubilligen.	115
Selbst wenn man dem Beklagten den im Kaufvertrag vereinbarten Minderungsbetrag als Schadensfolge nicht zurechnet, hat er dem Kläger 30.000,00 DM Schadensersatz zu zahlen. Der Kläger konnte im Zeitpunkt der Veräußerung des Hauses bereits Mängelbeseitigungskosten in Höhe von mindestens 30.000,00 DM als Schaden vom Beklagten ersetzt verlangen. Dieser Anspruch ist - wie bereits ausgeführt - mit der Veräußerung des Hauses nicht untergegangen, BGH NJW 1987, 645 (646f) und BGH BauR 1996, 735 (736f).	116
2.	117

Von den geltend gemachten Verfahrenskosten waren dem Kläger 8.352,37 EUR zuzusprechen.	118
a)	119
Die Kosten gerichtlicher Verfahren hat ein Schädiger als Mangelfolgeschäden zu ersetzen, wenn die in Frage stehende Rechtsverfolgung zur Durchsetzung der berechtigten Ansprüche des Geschädigten notwendig war oder der Geschädigte die Rechtsverfolgung als notwendig ansehen durfte.	120
Der Bundesgerichtshof (BauR 1991, 745ff) hat den Architekten für die Kosten eines Prozesses gegen den Bauunternehmer haften lassen, den der Bauherr aufgrund eines im Beweissicherungsverfahren erstatteten falschen Gutachtens (das zu Unrecht Ausführungs- und keine Planungsfehler feststellte) geführt hatte. Es liege im Rahmen allgemeiner Erfahrung, so der Bundesgerichtshof, dass der geschädigte Bauherr zur Klärung der Verantwortlichkeiten ein Beweissicherungsverfahren betreibe und sodann den in diesem Verfahren anscheinend festgestellten Schädiger verklage. Dann lägen die aufgewandten Prozesskosten innerhalb des Schutzzwecks, dem die verletzten Pflichten des planenden Architekten dienen.	121
Ausgehend von diesen rechtlichen Grundsätzen hat der Beklagte für die Verfahrenskosten einzustehen, die dem Kläger aufgrund des selbständigen Beweisverfahrens 9 OH 41/96 LG Essen und des Vorprozesses 9 O 257/98 LG Essen entstanden sind.	122
Das aufgetretene Schadensbild legte eine Haftung des Estrichs- und/oder Fliesenlegers nahe. Dass der Kläger deswegen das selbständige Beweisverfahren gegen beide Unternehmer anstrebte, war sachgerecht (nachdem sich zuvor keiner der Unternehmer zu seiner Verantwortung bekannt hatte). Es lag dann auch nahe, dass der Kläger nach dem im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten des Sachverständigen S2 zunächst die Streithelferin und nicht den Beklagten verklagte.	123
Die durch diese Verfahren bedingten Kosten liegen innerhalb des Schutzzwecks des mit dem Beklagten abgeschlossenen Werkvertrages. Der Beklagte schuldete ein dauerhaft mangelfreies Werk. Er hätte die Mängelursache eigenverantwortlich prüfen und dem Kläger frühzeitig eine fachgerechte Nachbesserung anbieten müssen. Da er das versäumt hat, hat sich das durch seine Vertragsverletzung herbeigeführte Risiko zusätzlicher Schäden (in Form von Verfahrenskosten) verwirklicht.	124
Das falsche Beweissicherungsgutachten des Sachverständigen S2 hat den Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen. Das Gutachten beruht zwar auf unzureichenden Feststellungen und Bewertungen, es stellt aber noch kein völlig unsachgemäße Arbeit dar. Ihm liegt kein völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Sachverständigen S2 zugrunde, das dem Beklagten als Schädiger nicht mehr zuzurechnen wäre.	125
b)	126
Von den vom Kläger mit der vorliegenden Klage beanspruchten Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 11.222,50 EUR waren ihm 8.352,37 EUR zuzusprechen.	127
Dass dem Kläger aus Anlass der Vorprozesse Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 11.945,16 EUR entstanden sind (4.674,78 EUR im selbständigen Beweisverfahren, 1.967,25	128

EUR als eigene Verfahrenskosten im Rechtsstreit 9 O 257/98 und 5.303,13 EUR als der Streithelferin in dem Rechtsstreit 9 O 257/98 erstattete Kosten), bestreitet der Beklagte nicht.

Diese Verfahrenskosten sind - wie bereits unter I. ausgeführt - vom Beklagten nur zum Teil zu ersetzen. Sie sind zum einen zu kürzen, weil sie in Höhe von 1.916,89 EUR im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen sind (und der Klage insoweit das Rechtsschutzinteresse fehlt). Für einen weiteren Teil der Verfahrenskosten haftet der Beklagte nicht, weil nicht nur der Kläger sondern auch die Eheleute S die Vorprozesse geführt haben und in diesen nicht nur Mängel am Erdgeschossfußboden des klägerischen Hauses geltend gemacht wurden.

Ausgehend hiervon ergibt sich für die Verfahrenskosten folgende Schadensberechnung: 130

Von den erstattungsfähigen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens in Höhe von 3.833,78 EUR sind dem Kläger *hier* die Hälfte (der auf die Streithelferin entfallende Anteil) in Höhe von 1.916,89 EUR zuzusprechen. 131

Von den eigenen Kosten des Vorprozesses 9 O 257/98 LG Essen (1.967,25 EUR) kann der Kläger - wie auch im selbständigen Beweisverfahren - nur eine Quote von 82,01 % beanspruchen. Das sind 1.613,34 EUR. 132

Bei den der Streithelferin erstatteten Kosten (5.303,13 EUR) ist ebenfalls eine Quote zu bilden, weil der Beklagte für den der Streithelferin gegenüber geltend gemachten Minderwert (der sich auf Mängel der Obergeschossböden bezog) nicht haftet. Diese Quote hat der Senat entsprechend dem Verhältnis der vom Sachverständigen S2 geschätzten Mängelbeseitigungskosten (42.124,47 DM) zu den insgesamt auf den Kläger entfallenden Kosten (42.124,47 DM + 4.200,00 DM Minderwert = 46.324,47 DM) mit 90,93 % bemessen. Ausgehend hiervon sind die an die Streithelferin gezahlten Kosten in Höhe von 4.822,14 EUR vom Beklagten zu übernehmen. 133

Aus den vorgenannten Beträgen errechnen sich die insgesamt zu erstattenden Verfahrenskosten in Höhe von 8.352,37 EUR. 134

IV. 135

Rechtsgrundlage der Zinsforderung sind die §§ 291, 288 BGB. Bei der Zinshöhe waren Abstriche zu machen, weil für die Schadensersatzforderung, die vor dem 01.05.2000 fällig wurde, gem. § 288 BGB in der vor dem 01.05.2000 geltenden Fassung nur 4 % Zinsen gerechtfertigt. 136

C. 137

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB. 138

D. 139

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs.1, 101, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 140

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die 141

Entscheidung des Bundesgerichtshofes.

