
Datum: 29.09.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 101/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0929.2U101.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 44 O 105/05
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VIII ZR 339/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 9. März 2009 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen teilweise abgeändert:

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte – unter Einschluss der erstinstanzlichen Verurteilung insgesamt – 13.708,19 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.03.2005 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Berufung der Klägerin werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen. Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz werden der Klägerin zu 94 % und der Beklagten zu 6 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweiligen Gegenpartei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% der titulierten Beträge abzuwenden, wenn nicht diese vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % der jeweils zu vollstreckenden Beträge leistet.

Die Revision der Klägerin wird zugelassen.

Aufgehoben durch Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.02.2013 (III ZR 339/11) 1
und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht Hamm
zurückgewiesen.

Gründe: 2

A) 3

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadenersatz wegen der Lieferung angeblich 4
mangelhaften Fugenmaterials und fehlerhafter Verarbeitungshinweise. Die Beklagte begehrt
widerklagend die Bezahlung der von ihr gelieferten Baumaterialien.

Die Klägerin ist Nachunternehmerin einer Arbeitsgemeinschaft „H – H2“, die ihrerseits durch 5
das pharmazeutische Unternehmen B2 mit der Errichtung einer pharmazeutischen Fabrik in
K, Irland, beauftragt war. Die Arbeitsgemeinschaft „H – H2“ beauftragte im Jahr 2004 die
Klägerin mit der Erstellung der Bodenbeläge. Die Böden sollten nach den zwischen der
Klägerin und ihrer Auftraggeberin getroffenen Vereinbarungen mit Fliesen des Fabrikats „Y“
ausgelegt werden und elektrisch ableitfähig sein, wobei die Ableitfähigkeit über die Fugen
hergestellt werden sollte.

Mit der Ausführung der Verlegearbeiten beauftragte die Klägerin die – inzwischen insolvente 6
– B GmbH. Diese nahm im Oktober 2004 mit der Beklagten Kontakt auf, welche ihr auf
Anfrage unter dem 14. Oktober 2004 schriftlich bestätigte, dass mit der von ihr produzierten
Kontaktschlämme Y2 und dem Fugenmörtel Y3 sowie weiteren zugehörigen
Systemkomponenten ein ableitfähiger Boden hergestellt werden könne. Wegen der weiteren
Einzelheiten des Schreibens vom 14. Oktober 2004 wird auf die als Anlage K1 zu der
Klageschrift vom 7. Juli 2005 zu den Akten gereichte Kopie (Bl. 15 d.A.) Bezug genommen.
Daraufhin bestellte die Klägerin die vorgenannten Baustoffe und die zugehörigen
Systemkomponenten bei der Beklagten.

Die ersten durch die Beklagte u.a. per Schiff angelieferten Baumaterialien trafen am 7
12. Januar 2005 auf der Baustelle in K ein. Ebenfalls in der ersten Januarhälfte 2005
entsandte die Beklagte zwei Mitarbeiter, die Zeugen M und X, zur Baustelle, um eine
Probefläche zu legen und die Mitarbeiter der B GmbH in die Verarbeitung der Baustoffe
einzuweisen. In der Folgezeit verlegten die Mitarbeiter der B GmbH zunächst die Fliesen im
so genannten Rüttelverfahren. Dabei wird die Kontaktschlämme frisch in frisch auf den
Zementestrich aufgebracht, nachdem dessen Abbindevorgang durch einen Zusatzstoff
verzögert worden ist. Im Anschluss werden die Fliesen maschinell in die Kontaktschlämme
eingerüttelt. Nach Aushärtung der vorliegend verwendeten Kontaktschlämme Y2 sollte die
Verfugung vorgenommen werden. Dies sollte in zwei Schritten geschehen, um eine
vollständige Verfüllung der 18 mm tiefen Fugen bei gleichzeitig ebenflächigem Abschluss der
Fugen mit den Fliesenoberkanten zu erreichen und so die Ableitfähigkeit der Fugen zu
gewährleisten. Im Rahmen des ersten Arbeitsgangs sollten die Fugen bis auf eine Höhe von
12 bis 15 mm verfüllt werden, 2 bis 3 Tage später sollten sie sodann in einem zweiten
Arbeitsgang oberflächenbündig ausgebildet werden. Der durch die Beklagte gelieferte
Fugenmörtel Y3 besteht aus zwei Komponenten, einer pulverförmigen (A-Komponente) und
einer flüssigen (B-Komponente), die erst unmittelbar vor der Verarbeitung zu dem in die
Fugen einzubringenden Mörtel vermischt werden. Das genaue Mischungsverhältnis der
Mörtelkomponenten sollte durch die Zeugen M und X festgelegt werden. Die Zeugen brachen
ihre Tätigkeit indessen am 12. oder 14. Januar 2005 zumindest auch mit der Begründung
wieder ab, dass die auf der Baustelle vorherrschende Bodentemperatur für eine Verarbeitung

des Fugenmörtels zu gering sei. Zugleich forderten sie die Mitarbeiter der B GmbH auf, den Arbeitsbereich zunächst einzuhausen und zu beheizen. Mit Schreiben vom 21. Januar 2005 wies die Klägerin die B3 GmbH darauf hin, dass die Verfugung bei einer Mindesttemperatur von 10 °C vorzunehmen sei, um die zugesicherten Materialeigenschaften nicht zu beeinflussen. Ferner müsse gewährleistet sein, dass die zu verfugende Fläche vor, während und sieben Tage nach der Verfugung vor Nässe geschützt sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des Schreibens vom 21. Januar 2005 wird auf die als Anlage B4 mit der Klageerwiderung vom 23. September 2005 vorgelegte Kopie (Bl. 53 d.A.) Bezug genommen.

Am 31. Januar 2005 kehrte der Zeuge M zur Baustelle zurück. Bis zum 2. Februar 2005 wies er die Mitarbeiter der B GmbH u.a. in die Verarbeitung des durch die Beklagte gelieferten Fugenmörtels ein. Erneut hielt sich der Zeuge M gemeinsam mit dem Zeugen X in der Zeit vom 10. bis zum 14. Februar 2005 zur weiteren Unterstützung der Mitarbeiter der B GmbH auf der Baustelle auf. Bei einer dieser Gelegenheiten legte der Zeuge M das Mischungsverhältnis der beiden Mörtelkomponenten für die Anmischung des durch die Beklagten gelieferten Fugenmaterials fest. In der Folgezeit wurden die Verfugungsarbeiten durchgeführt. 8

Die von ihr gelieferten Materialien fakturierte die Beklagte der Klägerin mit Rechnungen vom 7. Januar 2005, 2. Februar 2005, 22. Februar 2005 und 1. März 2005 mit insgesamt 67.918,30 €. Wegen der Einzelheiten der Rechnungen wird auf die als Anlage B1 zu der Klageerwiderung vorgelegten Kopien (Bl. 46 bis 49 d.A.) Bezug genommen. 9

Mit einem Schreiben vom 7. März 2005 teilte die B GmbH der Beklagten mit, dass die Firma B2 die Verfugung reklamiert habe. In einem zwei Wochen zuvor verfugten, etwa 2 bis 3 m² großen Bereich sei es infolge einer Leckage an einem Wasserschlauch zu einer Beaufschlagung mit Wasser gekommen. Nachdem das Wasser abgetrocknet gewesen sei, sei es an den Fugen zu Ausblühungen und Abplatzungen gekommen. Wegen der Einzelheiten des Schreibens vom 7. März 2005 wird auf die als Anlage K6 mit der Replik vom 26. Oktober 2005 zu den Akten gereichte Kopie (Bl. 74 d.A.) Bezug genommen. Weitere Fugenaufbrüche reklamierte das „H – H2“ mit Schreiben vom 8. und 16. März 2005 (Anlagen K7 und K8, Bl. 75 f. d.A.) gegenüber der Klägerin. Es zeigte sich, dass den Fugenoberflächen teilweise eine ausreichende mechanische Festigkeit fehlte. Sie waren zum Teil brüchig und zeigten keine ausreichende Haftung an den Fliesenflanken. In Teilbereichen fehlte es an einem ausreichenden Verbund zwischen Erst- und Zweitverfugung. 10

Nachdem Untersuchungen und Versuche, die entstandenen Probleme zu beseitigen, nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen geführt hatten, kam es am 23. März 2005 auf Initiative des „H – H2“ zu einem Ortstermin auf der Baustelle in K, an dem auch mehrere Mitarbeiter der Beklagten teilnahmen. Als Ergebnis der Besprechung wurde u.a. Folgendes festgehalten: Es sei festgestellt worden, dass die Fugen dreier am 22. März 2005 für etwa 15 Stunden mit Wasser beaufschlagter Probeflächen Abplatzungen und Beschädigungen aufwiesen. Ein vorangegangener Versuch, durch eine etwa fünftägige Beheizung eine „Nacherhärtung“ der Fugen zu erreichen, sei erfolglos geblieben. Daraus sei zu folgern, dass ein Fehler in der gesamten bis zu diesem Zeitpunkt verfugten Fläche vorliege und eine „Komplettsanierung“ erforderlich sei. Die Beklagte werde spätestens bis zum 4. April 2005 ein „Alternativmaterial“ vorschlagen, mit dem im unmittelbaren Anschluss auf der Baustelle eine Probefläche angelegt werden solle. Ferner werde die Beklagte ein Konzept erarbeiten, nach dem das bereits verbaute Fugenmaterial ohne Beschädigung der Fliesen entfernt werden könne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die als Anlage K11 mit der Replik vom 26. Oktober 2005 zu den Akten gereichte Kopie des Gesprächsprotokolls vom 23. März 2005 (Bl. 80 f. 11

d.A.) Bezug genommen.

Im April 2005 entschied das „H – H2“, dass der mit dem von der Beklagten gelieferten Fugenmaterial verfugte Boden vollständig entfernt und neu erstellt werden solle, da in der Zwischenzeit kein Einvernehmen über die Ursache der Fugenmängel erzielt worden war und sämtliche Vorschläge, die Mängel durch weniger weitreichende Maßnahmen zu beseitigen, aus Sicht der Arbeitsgemeinschaft keinen Erfolg versprachen. Die Entscheidung der Arbeitsgemeinschaft teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 9. Mai 2005 mit und forderte sie zugleich wegen angeblicher Fehlerhaftigkeit des gelieferten Fugenmaterials unter Fristsetzung bis zum 19. Mai 2005 zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 200.000,00 € und zur Abgabe einer verbindlichen Erklärung der Bereitschaft auf, sämtliche weiteren der Klägerin entstehenden Schäden zu übernehmen. Mit Schreiben vom 11. Mai 2005 wies die Beklagte eine Einstandspflicht für etwaige der Klägerin entstandene Schäden zurück. Wegen der Einzelheiten der Schreiben vom 9. und 11. Mai 2005 wird auf die als Anlage K4 und K5 zur Klageschrift vorgelegten Kopien (Bl. 19 f., 21 f. d.A.) Bezug genommen.

12

Noch am 9. Mai 2005 wurde mit den Abbrucharbeiten begonnen. Zu diesem Zeitpunkt waren insgesamt 2.100 m² Fliesenboden mit dem Fugenmörtel der Beklagten verfugt, wobei die Zweitverfugung nur auf einem Teil dieser Gesamtfläche abgeschlossen war. Die Klägerin ließ durch die B GmbH zunächst eine Teilfläche von 1.700 m² durch vollständige Entfernung der bereits verlegten Fliesen und eine Neuverfliesung sanieren. Auf dieselbe Weise ließ sie Ende 2005 die verbliebene Teilfläche von 400 m² sanieren.

13

Die Klägerin ist der Auffassung gewesen, dass die Beklagte ihr zum Ersatz der Sanierungskosten verpflichtet sei. Die Beklagte habe die bei der Verlegung der Fliesen zu Tage getretenen Mängel zu vertreten, da entweder – so hat die Klägerin behauptet – der durch die Beklagte angelieferte Fugenmörtel von Anfang an oder infolge zu geringer Temperaturen während des Seetransportes mangelhaft oder zumindest für eine Verwendung unter den klimatischen Bedingungen in Irland ungeeignet gewesen sei oder die Mitarbeiter der Beklagten fehlerhafte Anweisungen für die Anmischung des Fugenmörtels erteilt hätten. Am 31. Januar 2005 habe der Zeuge M die Mitarbeiter der B GmbH angewiesen, von dem in den Verarbeitungsrichtlinien der Beklagten vorgegebenen Mischungsverhältnis der pulverförmigen und der flüssigen Komponente des Fugenmörtels abzuweichen und den Anteil der flüssigen Komponente zu erhöhen. Die genaue Menge der zusätzlich je Gebinde hinzuzusetzender Flüssigkomponente habe er vorgegeben, indem er auf einem bei der Anmischung des Fugenmörtels zu verwendenden Messbecher eine Markierung mit einem wasserfesten Filzstift angebracht habe. Mit dem auf diese Weise in seiner Zusammensetzung veränderten Fugenmaterial habe eine fachgerechte Verfugung nicht erreicht werden können. Soweit die Beklagte geltend mache, die Mängel der Verfugung beruhten auf anderen, allein der B GmbH zuzurechnenden Umständen, sei dies unzutreffend. Die Verfugung sei bei einer ausreichend hohen, den Verarbeitungsrichtlinien der Beklagten entsprechenden Temperatur durchgeführt worden. Um dies zu gewährleisten, seien die jeweils zur Verfugung anstehenden Flächen eigens mit Planen eingehaust und mit Heizstrahlern beheizt worden. Auch sei vor dem Abschluss der Verfugungsarbeiten keine Feuchtigkeit von außen in das Gebäude eingedrungen. Ferner sei der Fliesenbelag – entgegen der Einschätzung des gerichtlich bestellten Sachverständigen Dr. T3 – fachgerecht auf den Estrich aufgebracht worden. Die fehlerhaften Fugen, so hat die Klägerin weiter behauptet, hätten entfernt und durch eine neue Verfugung ersetzt werden müssen. Dazu habe der gesamte bereits vollständig oder teilweise verfugte Boden aus der Baulichkeit entfernt und sodann erneut hergestellt werden müssen.

14

Zur Schadenshöhe hat die Klägerin behauptet, an die B GmbH für die Sanierung der Teilfläche von 1.700 m² bereits 209.100,00 € gezahlt zu haben. Durch den Ausbau der mangelhaften Fliesenfläche seien weitere Kosten in Höhe von 46.002,00 € verursacht worden. Für die Sanierung der weiteren Teilfläche von 400 m² hat die Klägerin in erster Instanz ungeachtet der bereits Ende 2005 erfolgten Sanierung einen Vorschussanspruch in Höhe von 60.024,00 € geltend gemacht. Darüber hinaus hat die Klägerin behauptet, dass das „H – H2“ angekündigt habe, eine weitere Schadenersatzforderung über 272.767,00 € geltend zu machen, weswegen – wie die Klägerin weiterhin gemeint hat – eine Verpflichtung der Beklagten zu weiterem Schadenersatz festzustellen sei.

Die Klägerin hat beantragt, 16

- 1 die Beklagte zu verurteilen, an sie 315.126,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank hierauf seit dem 12. Mai 2005 zu zahlen; 1178
- 2 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle weitergehenden Kosten, mit denen die Klägerin aus dem Einbau fehlerhaften Verfügunsmaterials am Neubau der pharmazeutischen Fabrik B2 in K/Irland belastet wird, zu erstatten. 120

Die Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Widerklagend hat sie beantragt, 23

die Klägerin zu verurteilen, an sie 67.918,30 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von 34.839,40 € für die Zeit vom 16. März 2005 bis zum 12. April 2005 und von 67.918,30 € seit dem 13. April 2005 zu zahlen. 24

Die Klägerin hat beantragt, 25

die Widerklage abzuweisen. 26

Die Beklagte hat behauptet, dass das von ihr angelieferte Material frei von Mängeln gewesen sei. Sie hat bestritten, dass ihr Mitarbeiter M fehlerhafte Anweisungen für die Anmischung des Fugenmörtels erteilt habe. Insbesondere habe der Zeuge M die Mitarbeiter der B GmbH nicht angewiesen, den Flüssigkeitsanteil des Mörtels unter Zuhilfenahme einer von ihm auf einem Messbecher angebrachten Markierung zu erhöhen. Selbst wenn er aber eine solche Anweisung erteilt haben sollte, so hat die Beklagte weiter behauptet, sei diese nicht ursächlich für die Fehlerhaftigkeit der Verfügun geworden. Die an den Fugen aufgetretenen Mängel seien vielmehr allein darauf zurückzuführen, dass die Mitarbeiter der B GmbH die ihnen erteilten Verarbeitungshinweise nicht ausreichend beachtet hätten. Die Verfügun sei bei einer zu geringen Temperatur durchgeführt und der Boden nicht ausreichend vor Feuchtigkeit geschützt worden. Ferner hätten die Mitarbeiter der B GmbH dem Fugenmörtel auch über etwaige Anweisungen des Zeugen M hinaus weitere Flüssigkeitsanteile beigemischt, bei der Mischung von Pulver und Flüssigkeit die richtige Reihenfolge nicht beachtet, teilweise sogar von einer ordnungsgemäßen Anmischung des Fugenmörtels vollständig abgesehen und stattdessen die Pulverkomponente schicht über die Fliesenfläche verteilt. Darüber hinaus seien die Fugen unabhängig von der Qualität des Fugenmaterials 27

ohnehin fehlerhaft hergestellt worden, da sie nicht bündig mit den Fliesenoberkanten abgeschlossen hätten und der Boden infolgedessen nicht ableitfähig gewesen sei. Die Klägerin – so ist die Beklagte der Auffassung gewesen – sei daher nach wie vor zur Bezahlung der mangelfreien Ware verpflichtet. In Bezug auf die Höhe des geltend gemachten Schadens hat die Beklagte dessen Entstehung mit der Begründung bestritten, dass die Klägerin nicht nur die gelieferten Baumaterialien, sondern auch die Verlege- und Abbrucharbeiten der B GmbH nicht bezahlt habe. Darüber hinaus hat die Beklagte die Höhe und die Angemessenheit der geltend gemachten Sanierungskosten bestritten und behauptet, dass allenfalls Kosten von maximal 132.460,00 € angemessen seien.

Wegen des weitergehenden erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 28

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen X, M, Q, X2, X3 und X4 sowie Einholung schriftlicher Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. T3 vom 5. Februar 2007 und 17. Dezember 2008 und deren Erläuterung durch den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte 7.225,40 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 16. März 2005 zu zahlen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagten stehe gemäß § 433 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 7.225,40 € zu, der auf die Widerklage zuzubilligen sei. Auf das Vertragsverhältnis der Parteien sei nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB deutsches Rechts anwendbar. Unstreitig habe die Beklagte der Klägerin die in den Rechnungen vom 7. Januar, 2. und 22. Februar sowie 1. März 2005 näher bezeichneten Baustoffe geliefert und sie zu dem jeweils vertraglich vereinbarten Kaufpreis mit insgesamt 67.918,30 € in Rechnung gestellt. Die Rechnung vom 7. Januar 2005 verhalte sich in Höhe des zugesprochenen Betrages von 7.225,40 € nicht über die Kontaktschlämme Y2 und den Fugenmörtel Y3, sondern über andere Baumaterialien, hinsichtlich derer die Klägerin keine Mängel vorgetragen und die sie aus diesem Grund zu bezahlen habe. 29

Im Übrigen, so hat das Landgericht weiter ausgeführt, sei die Widerklage abzuweisen. Die Beklagte könne den Kaufpreis für das mit den verbleibenden Rechnungspositionen fakturierte Fugenmaterial nicht verlangen. Sie sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vielmehr verpflichtet, die Klägerin nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen fehlerhafter Verarbeitungshinweise im Wege des Schadenersatzes von ihren Kaufpreisforderungen freizustellen. Es handle sich aus Sicht der Klägerin um nutzlose Aufwendungen. Aufgrund der Bekundungen der vernommenen Zeugen stehe fest, dass der Zeuge M den Mitarbeitern der B GmbH die Anweisung erteilt habe, sich bei der ersten Verfüguung nicht durchgehend an den schriftlichen Verarbeitungshinweisen der Beklagten auf den Arbeitsblättern S 30 und S 40 zu orientieren, sondern bei der Anmischung des Fugenmaterials eine zusätzliche Dosis der flüssigen Mörtelkomponente hinzuzufügen. Der Zeuge M habe im Rahmen seiner Vernehmung selbst ausgeführt, für die Erstverfüguung auf einem Messbecher in einer vom Becherboden aus gemessenen Höhe von 6,5 cm eine Markierung angebracht zu haben. Diese Aussage sei durch die Angaben der weiteren vernommenen Zeugen bestätigt worden. Aufgrund der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr.-Ing. T3 stehe fest, dass das durch die Markierung des Zeugen M vorgegebene Mischungsverhältnis zu einer Erhöhung des Anteils der flüssigen Komponente auf 23,73 % führe. Weiter habe der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass ein mit diesem Mischungsverhältnis hergestelltes Fugenmaterial mangelhaft und für die Verfüguung ungeeignet sei. Das fehlerhafte Mischungsverhältnis habe – auch bei Beachtung der erforderlichen Verarbeitungstemperatur und ausreichendem Schutz vor Feuchtigkeit – zur Folge, dass Schwindprozesse einträten, das Material austrockne und der notwendige Haftverbund 30

zwischen Vor- und Nachverfugung nicht hergestellt werden könne. Der durch die fehlerhaften Verarbeitungshinweise entstandene Schaden sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach §§ 278, 254 BGB teilweise durch die Klägerin selbst zu tragen. Selbst wenn den Mitarbeitern der B GmbH bei der Verarbeitung des Fugenmaterials Fehler anzulasten seien, seien diese für die Entstehung des Schadens nicht kausal geworden. Der Fugenmörtel sei bereits aufgrund der fehlerhaften Verarbeitungshinweise in vollem Umfang unbrauchbar gewesen. Nachträglich begangene weitere Verarbeitungsfehler hätten diesen Schaden nicht vergrößern können. Ein zu berücksichtigendes Mitverschulden habe sich die Klägerin nur dann entgegenhalten lassen müssen, wenn den Mitarbeitern der B GmbH bereits bei der Anmischung des Fugenmaterials weitere Fehler unterlaufen wären. Derartige Fehler habe die Kammer indessen auf der Grundlage der Aussagen der weiter vernommenen Zeugen nicht feststellen können.

Die Klage, so hat das Landgericht weiter ausgeführt, sei insgesamt abzuweisen. Die Klägerin 31 habe nicht beweisen können, dass die durch die Beklagten gelieferten Baustoffe mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB gewesen seien und ihr aus diesem Grund ein Anspruch auf Schadenersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB zustehe. Der Sachverständige Dr.-Ing. T3 habe die auf das außerprozessual eingeholte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T4 gestützte Behauptung, dem Material der Beklagten fehle ein notwendiger Aluminiumbestandteil, nicht bestätigt. Stattdessen habe der Sachverständige vielmehr ausgeführt, das durch die Beklagte gelieferte Material Y3 sei bei Beachtung der durch die Beklagte schriftlich gefassten Verarbeitungsrichtlinien zur Verarbeitung auch in Irland durchaus geeignet. Auch die fehlerhaften Verarbeitungshinweise des Zeugen M führten nicht zu einer Verpflichtung der Beklagten, die Kosten für die Beseitigung des schadhafte Fliesenbelags und für die Neuverlegung der Fliesen ganz oder anteilig zu erstatten. Denn der durch die Klägerin insoweit geltend gemachte Schaden sei zum Zeitpunkt der Verlegung der Fliesen bereits vollumfänglich eingetreten gewesen. Angesichts der Ausführungen des Sachverständigen Dr. T3 sei davon auszugehen, dass die im Rüttelverfahren erfolgte Verfliesung nicht fachgerecht vorgenommen worden sei und sich infolgedessen kein ausreichend fester Verbund zwischen den Fliesen und der darunter liegenden Estrichschicht gebildet habe. Dies habe zur Folge, dass sich die Fliesen schon alsbald nach der Verlegung wieder ablösen. Infolgedessen habe die Notwendigkeit eines vollständigen Austauschs des Fliesenbodens bereits vor dem Beginn der Verfugungsarbeiten bestanden. Die Verfugung habe den durch die fehlerhaften Bodenbelagsarbeiten entstandenen Schaden nicht erhöht. Sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Kosten wären in gleicher Höhe auch ohne die fehlerhaften Verarbeitungshinweise der Beklagten angefallen.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidungsgründe des Landgerichts wird auf die 32 angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung wenden sich beide Parteien mit ihren wechselseitigen jeweils 33 form- und fristgerecht eingelegten Berufungen.

Die Klägerin rügt, das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass ihr infolge der 34 Fehlerhaftigkeit der Verfugung kein Schaden entstanden sei, weil der Fliesenbelag bereits vor Beginn der Verfugung mangelhaft gewesen sei und habe ausgetauscht werden müssen. Insoweit habe sich das Landgericht auf die Ausführungen des Sachverständigen T3 gestützt, ohne sich ausreichend mit den diesbezüglichen Angriffen der Klägerin auseinanderzusetzen. So sei der Sachverständige bei den Ausführungen zur angeblichen Mangelhaftigkeit des Fliesenbelags über den erteilten Gutachtenauftrag, der sich nur auf die Verfugung bezogen habe, hinausgegangen. Zudem sei der Sachverständige mangels ausreichender Kompetenz

nicht in der Lage, die Mangelhaftigkeit des Fliesenbelags zuverlässig zu beurteilen. Er sei als Sachverständiger für Bauschäden nicht öffentlich bestellt und vereidigt und auch kein Fachmann für das Fliesenlegerhandwerk. Zudem habe er seine Bemerkungen zu etwaigen Ausführungsfehlern unter den Vorbehalt „ohne Anspruch auf genaue Sachkenntnis“ gestellt. In der Sache sei die Einschätzung des Sachverständigen, dass etwa 40 % der Fliesen nicht auf dem Mörtelbelag anhafteten und zwischen Fliesen und Mörtel Hohllagen bestanden, unzutreffend. Der Fliesenbelag sei vielmehr frei von Mängeln gewesen. Das Landgericht habe trotz der Einwände der Beklagten verfahrensfehlerhaft von der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens abgesehen. Ferner korrigiert und ergänzt die Klägerin ihren Vortrag zu der Höhe des ihr entstandenen Schadens. Die Kosten für den Ausbau und die Entsorgung der mit dem Fugenmaterial der Beklagten verfugten Fliesen hätten für die zunächst sanierte Teilfläche von 1.700 m² 40.766,00 € betragen. Die Kosten der Neuverfliesung dieser Fläche hätten sich – wie bereits in erster Instanz geltend gemacht – auf 209.100,00 € belaufen. Die Entsorgungskosten bezüglich der Teilfläche von ca. 400 m² (genau: 388 m²) hätten 13.269,00 € betragen, die Kosten der Neuverfliesung dieser Fläche 46.560,00 €. Insgesamt sei ihr ein Schaden in Höhe von 309.695,00 € entstanden.

In Höhe von 13.708,19 € erklärt sie die Aufrechnung der ihr nach ihrer Auffassung zustehenden Schadensersatzforderung mit der nach ihrer Auffassung berechtigten Kaufpreisforderung der Beklagten und trägt dazu vor: Die insgesamt verflieste Fläche habe – unstreitig – 3.470 qm betragen (1.700 qm + 388 qm + 1.382 qm). Für eine Teilfläche von 1.382 qm seien die gelieferten Kontaktschlämme Y2 und ein entsprechender Teil der gelieferten sonstigen Materialien für sie nicht nutzlos gewesen. Die Teilfläche von 1.382 qm machte einen Anteil von 39,82 % an der Gesamtfläche aus. Entsprechend sei die Kaufpreisforderung der Beklagten für Y2 und sonstige Materialien mit 13.708,19 € (= 39,82 % von 27.200,00 € für Y2 + 7.225,40 € für sonstige Materialien) gerechtfertigt. 35

Die Klägerin beantragt, 36

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils 37

- 1 die Beklagte zu verurteilen, an sie 295.986,81 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. August 2005 zu zahlen, 389

- 2 die Widerklage insgesamt abzuweisen. 401

Die Beklagte beantragt, 42

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 43

Ferner beantragt die Beklagte, 44

die Klägerin unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils zu verurteilen, an sie weitere 27.200,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. März 2005 zu zahlen. das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 45

Die Klägerin beantragt, 46

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 47

Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, dass das Landgericht die Widerklage auch insoweit zurückgewiesen habe, als diese die Kaufpreisforderung für die Kontaktschlämme Y2 betroffen habe. Insoweit sei die Widerklage begründet, weil dieses Material objektiv mangelfrei gewesen sei und die Klägerin insoweit auch keine Mängel geltend gemacht habe. Das Landgericht habe daher Rechnungsforderungen in einer Gesamthöhe von 27.200,00 € zu Unrecht aberkannt. Weiter rügt die Beklagte, das Landgericht habe in diesem Zusammenhang einen irreführenden Hinweis erteilt. Auf die Erklärung des Beklagtenvertreters im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 9. März 2009, auf die Widerklage müssten die Forderungen bezüglich der Baumaterialien etwa in Höhe der Hälfte der Widerklageforderung zugesprochen werden, habe der Vorsitzende geantwortet: „Nicht ganz.“ Hiermit habe das Landgericht unter Verletzung der Vorschrift des § 139 ZPO nicht zu erkennen gegeben, dass es letztlich nur etwa 10 % der Widerklageforderung zusprechen werde. Bei einem entsprechenden Hinweis hätte im Termin aufgeklärt werden können, dass der Beklagten weitere Rechnungsforderungen zustehen. Im Übrigen wiederholt und vertieft die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen.	48
Wegen des weitergehenden Sachvortrags der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	49
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. T3, das dieser in der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2011 erläutert hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten vom 20. Dezember 2010 und den Berichterstatteervermerk zu der mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 2011 Bezug genommen.	50
B)	51
Die Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. Die der Klägerin hat keinen Erfolg.	52
1.	53
Der Beklagten steht die geltend gemachte Kaufpreisforderung in tenorierter Höhe gegen die Klägerin zu, § 433 BGB.	54
a)	55
Auf das Vertragsverhältnis der Parteien ist deutsches Kaufrecht anzuwenden. UN-Kaufrecht findet keine Anwendung, da Irland, wo die Klägerin ihren Sitz hat, kein Vertragsstaat des CISG ist. Nach den Vorschriften des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen Art. 28 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB ist mangels Rechtswahl das Recht desjenigen Staates anzuwenden, in dem die Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt, ihre Hauptniederlassung hat. Bei dem vorliegenden Kaufvertrag über die Lieferung von Baustoffen wird die vertragscharakteristische Leistung durch die Beklagte als Verkäuferin erbracht.	56
b)	57
Die Beklagte hat die Klägerin unstreitig mit den in ihren Rechnungen vom 7. Januar 2005, 2. Februar 2005, 22. Februar 2005 und 1. März 2005 (Bl. 46 bis 49 d.A.) näher bezeichneten Baustoffen beliefert und ihr hierfür den jeweils vereinbarten Kaufpreis, insgesamt 67.918,30 € in Rechnung gestellt.	58
c)	59

Die Kaufpreisforderung besteht nur insoweit, als die Klägerin Mängel nicht reklamiert, indem und soweit sie einräumt, ein Teil der gelieferten Materialien sei für sie brauchbar gewesen. 60

(1) 61

Im Übrigen hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 281, 280 Abs. 1 und 3 BGB, dessen Geltendmachung zum Erlöschen der weitergehenden Kaufpreisforderung führt. 62

(a) 63

Die Beklagte hat die ihr nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegende Verpflichtung verletzt, der Klägerin die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu liefern. 64

Ein Sachmangel ist nach § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann gegeben, wenn bei einer zur Montage bestimmten Sache die Montageanleitung fehlerhaft ist. Das war vorliegend der Fall. Bei dem durch die Beklagte gelieferten Fugenmörtel handelte es sich um eine zur Montage bestimmte Sache im Sinne der Vorschrift. Das Fugenmaterial wurde nicht in verarbeitungsfähigem Zustand geliefert, sondern musste erst unmittelbar vor der Verarbeitung durch die Vermischung der beiden Komponenten A und B vor Ort angesetzt werden. Die Vermischung der beiden Komponenten erfolgte nach den Vorgaben des Mitarbeiters der Beklagten M, der die Mitarbeiter der durch die Klägerin mit den Fliesenlegerarbeiten betrauten B GmbH in die Herstellung und Verarbeitung des Fugenmörtels einwies. Die Vorgaben des Zeugen M bezüglich der Anmischung des Fugenmaterials sind als Montageanleitung im Sinne des § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB anzusehen. Dem steht nicht entgegen, dass sie nicht schriftlich verfasst waren. Eine Montageanleitung im Sinne des § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB kann auch mündlich erteilt werden (Weidenkaff in: Palandt, BGB, 70. Auflage, 2011, § 434 Rn. 48). Die Anweisungen des Zeugen M waren fehlerhaft. Sie waren nicht geeignet, eine brauchbare Fugenmasse herzustellen. 65

Dies steht fest aufgrund der durch das Landgericht fehlerfrei festgestellten Tatsachen, an die der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist. Das Landgericht hat aufgrund der erstinstanzlichen Beweisaufnahme festgestellt, dass der Zeuge M den Mitarbeitern der B GmbH die Anweisung erteilt hat, bei der Anmischung des für die Erstverfugung bestimmten Fugenmörtels einen höheren Anteil der flüssigen Mörtelkomponente zuzusetzen als auf den Arbeitsblättern der Beklagten vorgesehen. 66

Der Zeuge M hat im Rahmen seiner Vernehmung in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 10. September 2007 angegeben, bei einem der Ortstermine in K den Mitarbeitern der B GmbH Vorgaben bezüglich des Mischungsverhältnisses der Mörtelkomponenten für die Erstverfugung gemacht zu haben. Er könne sich daran erinnern, dazu auf einem Messbecher eine Markierung bei etwa 6,5 cm vom Innenboden aus gemessen angebracht zu haben. Weitere Markierungen habe er für die Erstverfugung auf bei deren Erstellung zu verwendenden Kanistern gemacht. Seine Vorgaben hätten darauf abgezielt, den Flüssigkeitsanteil auf 26% zu erhöhen. Diese Angaben des Zeugen M sind durch die Bekundungen der Zeugen Q, X2, X3 und X4 bestätigt worden, die ebenfalls übereinstimmend ausgesagt haben, der Zeuge M habe ihnen die Anweisung erteilt, von dem auf den Arbeitsblättern der Beklagten vorgesehenen Mischungsverhältnis zugunsten der flüssigen Mörtelkomponente abzuweichen. Das Landgericht hat die Aussage des Zeugen M vor diesem Hintergrund als glaubhaft angesehen und ist ihr gefolgt. Ein Fehler in der Beweiswürdigung des Landgerichts, der zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme und 67

gegebenenfalls einer anderen Würdigung Anlass geboten hätte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Die Anweisung des Zeugen M, bei der Anmischung des Fugenmaterials hinsichtlich des Mischungsverhältnisses der beiden Mörtelkomponenten von den diesbezüglichen Verarbeitungshinweisen der Beklagten in ihren Arbeitsblättern zugunsten der flüssigen Komponente abzuweichen, war fehlerhaft. Das auf diese Weise angemischte Material war für die Herstellung einer mangelfreien Fuge nicht geeignet. 68

Dies steht fest aufgrund der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. T3 in seinem erstinstanzlich eingeholten schriftlichen Gutachten vom 5. Februar 2007 und seinem Ergänzungsgutachten vom 17. Dezember 2007. Den Feststellungen des Sachverständigen zufolge führt die Umsetzung der durch den Zeugen M vorgegebenen Mischungsverhältnisse zu einer Erhöhung des Flüssigkeitsanteils von in den Arbeitsblättern der Beklagten vorgesehenen 18 bis 20% auf 23,73%. Ein mit diesem Mischungsverhältnis hergestelltes Fugenmaterial ist den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der Erläuterungen seines Ergänzungsgutachtens vom 17. Dezember 2007 in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 9. März 2009 zufolge (Bl. 607 ff. d.A.) mangelhaft und zur Verfügun g ungeeignet. Das unzutreffende Mischungsverhältnis habe zur Folge, dass Schwindprozesse einträten, das Material austrockne und der erforderliche Haftungsverbund zwischen Vor- und Nachverfügun g nicht hergestellt werden könne. Die von ihm mit einem Flüssigkeitsanteil von 23,73 % erstellten Proben hätten Abplatzungen im oberen Fugenbereich aufgewiesen, nachdem er sie in Wasser gelagert habe. Das so hergestellte Fugenmaterial sei insgesamt nicht mehr verwertbar und nutzlos. Auf diese Weise hergestellte Fugen seien nicht haltbar. Dies gelte auch für solches Material, dass bei einer Temperatur von 20 °C hergestellt und verarbeitet worden sei. Allerdings weise bei dieser Temperatur mit einem auf 23,73% erhöhten Flüssigkeitsanteil hergestelltes Fugenmaterial eine größere Homogenität und Dichte auf als solches, das bei 6 °C hergestellt und verarbeitet worden sei. Doch zeigten sich auch bei diesem unter günstigen Bedingungen verarbeiteten und gelagerten Material Schwindvorgänge und Abplatzungen. Infolge der auftretenden Fehler sei das Material insgesamt zu entfernen. Es reiche nicht, etwa nur den Oberflächenbereich wegzuschleifen und durch fehlerfrei hergestelltes Material zu ersetzen. 69

Die Ausführungen des Sachverständigen sind nachvollziehbar und überzeugend. Er hat sie durch mehrere Versuchsserien, die er im Einzelnen in dem erstinstanzlichen Ergänzungsgutachten vom 17. Dezember 2008, der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 9. März 2009 und in seinem zweitinstanzlichen Gutachten vom 20. Dezember 2010 näher dargestellt hat, untermauert und verifiziert. An der ausreichenden Sachkunde des Sachverständigen bestehen keine Zweifel. Der Senat ist seinen Ausführungen uneingeschränkt gefolgt. 70

Diesem Ergebnis kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass der Sachverständige etwa in seinem schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 17. Dezember 2008 ausgeführt hat, eine Dosierung von 23,73 % sei (lediglich) „mindestens als grenzwertig“ anzusehen (Seite 26 des Ergänzungsgutachtens). Denn zum einen hat der Sachverständige im Rahmen der anschließenden mündlichen Erläuterung des Gutachtens nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass es selbst bei den bei einer Temperatur von 20 °C hergestellten und gelagerten Proben zu nicht hinnehmbaren Schwindprozessen komme. Und zum anderen könnten die Verarbeitungshinweise des Zeugen M nur dann als fehlerfrei angesehen werden, wenn sie auch bei den nach den schriftlichen Verarbeitungshinweisen der Beklagten zulässigen Verarbeitungstemperaturen von bis zu 10 °C noch zu mangelfreien 71

Fugen führen, zumal die Temperaturen auf der streitgegenständlichen Baustelle in dem fraglichen Zeitraum unstreitig deutlich unter 20 °C lagen. Das ist jedoch bereits schon auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen des Sachverständigen ausgeschlossen. Der Einholung des durch die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2011 beantragten weiteren Sachverständigengutachtens zu der Frage, bei welcher Temperatur die Sedimentation beginne, bedurfte es vor diesem Hintergrund nicht.

(b) 72

Für die danach gegebene, durch den Zeugen M begangene Pflichtverletzung hat die Beklagten nach § 278 BGB einzustehen. Umstände, die sie zu entlasten vermöchten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 73

(c) 74

Einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bedurfte es nicht. Es lagen besondere Umstände im Sinne des § 281 Abs. 2 BGB vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs rechtfertigten. Derartige Umstände sind auch dann anzunehmen, wenn der Gläubiger an der Leistung gerade infolge der Nichterfüllung der Leistungspflicht des Schuldners kein Interesse mehr hat (Grüneberg in: Palandt, BGB, 70. Auflage, 2011, § 323 Rn. 22). So lagen die Dinge hier. Nachdem es über mehrere Wochen weder der Beklagten noch den weiteren beteiligten Baufirmen gelungen war, die Ursache der an den Fugen aufgetretenen Mängel zuverlässig und für die weiteren Beteiligten konsensfähig zu bestimmen oder ein tragfähiges Sanierungskonzept unter Erhalt des Fliesenbodens zu entwickeln, entschied die Auftraggeberin der Klägerin, die angesichts drohender Vertragsstrafen für den Fall einer Versäumung der auf den 25. Juni 2005 vereinbarten Fertigstellungsfrist unter erheblichem Zeitdruck stand, im April 2005, dass der Boden insgesamt entfernt und die Fliesen neu verlegt werden sollten. Bei der Neuverlegung sollte nicht mehr das Fugenmaterial der Klägerin, sondern Epoxidharz zum Einsatz kommen. Für eine Nachlieferung der Beklagten hätte die Klägerin vor diesem Hintergrund keine Verwendung gehabt. Gründe, die auf Seiten der Beklagten der sofortigen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Klägerin entgegenstünden, sind demgegenüber nicht ersichtlich. Insoweit fällt zu Lasten der Beklagten insbesondere ins Gewicht, dass die fehlerhaften Verarbeitungshinweise des Zeugen M den Ausführungen des Sachverständigen Dr.-Ing. T3 zufolge wenn auch möglicherweise nicht die einzige, so doch zumindest die zentrale Ursache für die Schadhafteit der Fugen waren. 75

(2) 76

Das Schadenersatzbegehren der Klägerin führt im Grundsatz zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs der Beklagten. Denn bei gegenseitigen Verträgen entfällt wegen der Verbindung von Leistung und Gegenleistung mit dem Anspruch auf die Leistung, der nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadenersatz verlangt, zugleich der Anspruch auf die Gegenleistung (Grüneberg in: Palandt, BGB, 70. Auflage, 2011, § 281 Rn. 52). 77

(a) 78

Hiervon betroffen sind die Kaufpreisforderungen der Beklagten, soweit die Klägerin nicht selbst einräumt, dass sie das Material nutzen konnte. Bei der Kontaktschlämme Y2, dem Fugenmaterial Y3 und den sonstigen Materialien handelt es sich insgesamt um Komponenten zur Herstellung eines ableitfähigen Bodens, die für die Klägerin deshalb – im Grundsatz – nur 79

insgesamt von Interesse waren.

Nur soweit die Klägerin Brauchbarkeit einräumt, war ein Teil der Leistung der Beklagten für sie von Interesse, so dass sie – was sie auch nicht tut – nicht Schadenersatz wegen der ganzen Leistung verlangen kann, § 281 I 2 BGB, sondern nur Schadenersatz statt der Leistung, soweit die Lieferung für sie nicht von Interesse war. Nur in dem Umfang, in dem das Schadenersatzbegehren berechtigt ist, kann es die dem aus Vertrag entgegenstehende Kaufpreisforderung zum Erlöschen bringen. 80

(b) 81

Gegen das im Grundsatz berechtigte Schadenersatzbegehren der Klägerin kann die Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, dass für die Entstehung des Schadensbildes weitere durch die Mitarbeiter der B GmbH begangene Verarbeitungsfehler mitursächlich waren. Unabhängig davon, dass die seitens der Beklagten insoweit behaupteten Fehler zumindest zum Teil schon nicht bewiesen sind, steht aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Dr.-Ing. T3 fest, dass bereits die fehlerhaften Verarbeitungshinweise des Zeugen M für sich genommen die vollständige Unbrauchbarkeit der Leistung der Beklagten bewirkten. Selbst wenn weitere Umstände das dadurch hervorgerufene Schadensbild verschlimmert hätten, könnte dies nicht dazu führen, dass der Beklagten infolgedessen ein Anspruch auf teilweise Bezahlung ihrer Kaufpreisforderungen zustünde. 82

(3) 83

Die Zinsen ergeben sich aus der vom Landgericht gegebenen Begründung. 84

2. 85

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. 86

Ihre zulässige Klage ist nicht begründet. Der durch die Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachte Anspruch auf Schadenersatz für Sanierungskosten aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB besteht nicht. 87

a) 88

Allerdings muss sich die Beklagte – wie vorstehend ausgeführt – die durch den Zeugen M erteilten fehlerhaften Verarbeitungshinweise als Pflichtverletzung im Sinne des § 281 BGB zurechnen lassen. Gleichwohl steht nicht fest, dass die durch die Klägerin geltend gemachten Sanierungskosten als nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB ersatzfähiger Schaden anzusehen sind. Die insoweit beweisbelastete Klägerin ist hinsichtlich der für einen entsprechenden Schadenersatzanspruch erforderlichen haftungsausfüllenden Kausalität beweisfällig geblieben. Denn nach dem Ergebnis der zweitinstanzlichen Beweisaufnahme kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass der durch die Klägerin bezüglich der Sanierung des Fußbodens geltend gemachte Schaden durch die fehlerhaften Verarbeitungshinweise des Zeugen M zumindest mitverursacht worden ist. 89

Der Sachverständige Dr.-Ing. T3 hatte bereits in seinem erstinstanzlich eingeholten schriftlichen Gutachten vom 7. Februar 2007 ausgeführt, dass die Fliesen fehlerhaft verlegt worden seien. An der Unterseite eines Großteils der von ihm der zu Beweissicherungszwecken belassenen Teilfläche von 400 m² entnommenen Fliesenproben hätten sich keine Mörtelanhaftungen befunden. Dies sei für im Rüttelverfahren verlegte Fliesen „absolut unüblich“ und lasse zwingend darauf schließen, dass die Fliesen keinen 90

ausreichenden Haftungsverbund zu dem darunter gelegenen Boden hatten und es zumindest im späteren Gebrauchszustand zu Fliesenablösungen gekommen wäre (Seite 122 des Gutachtens). Diesen Standpunkt hat der Sachverständige im Rahmen der Erläuterung seines Gutachtens in der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2007 bekräftigt und dazu ausgeführt, dass sich an der Unterseite von ungefähr 40% der zum Zwecke der Begutachtung von ihm von der Baustelle in K mitgeführten Fliesen keine Mörtelanhaftungen befunden hätten, was darauf schließen lasse, dass kein ausreichender Verbund mit dem Untergrund bestanden habe und sich die Fliesen alsbald nach dem Verlegen abgelöst hätten. Infolgedessen habe der Fliesenboden unabhängig von etwaigen Fehlern der Verfugung entfernt und neu verlegt werden müssen (Bl. 387, 391 f. d.A.).

Im Rahmen der zweitinstanzlichen mündlichen Verhandlung hat der Sachverständige hierzu 91 ergänzend erläutert, dass bei einem fachgerecht verlegten Mörtelstrich an der Unterseite nachträglich entfernter Fliesen mit Mörtelanhaftungen zu rechnen sei. Dies entspreche seiner sachverständigen Erfahrung. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass allein die Bruchstelle schon deswegen nichts über den Haftungsverbund zwischen Fliese und Untergrund besage, weil diese bei entsprechender Krafteinwirkung auch dann an der schwächsten Stelle zu erwarten sei, wenn insgesamt ein ausreichender Haftungsverbund bestehe. Denn bei einem ausreichenden Haftungsverbund liege die Bruchstelle schon aufgrund der Materialbeschaffenheit des Mörtels im Rahmen einer Haftzugprüfung nicht zwischen Fliese und Mörtel, sondern in der Mörtelschicht. Zutreffend sei, dass er der zum Zeitpunkt seiner Beauftragung allein noch vorhandenen Teilfläche von 400 m² des mit dem Fugenmaterial der Beklagten verfugten Fliesenbodens keine im Hinblick auf die Frage der Mörtelanhaftungen repräsentative Anzahl von Fliesenproben entnommen habe. Hinzu komme, dass er seinerzeit etwa zwei Drittel der Proben aus Gewichtsgründen beim irischen Zoll habe zurücklassen müssen, da man ihm die Mitnahme verweigert habe. Letztendlich habe er nur 70 Fliesen nach Deutschland transportieren können.

Allerdings habe er darüber hinaus schon bei der Probenentnahme in nicht unerheblichem 92 Umfang Hohllagen der Fliesen festgestellt. Er habe der Teilfläche von 400 m² etwa 30 bis 40 kg Probenmaterial entnommen. Dabei habe er teils mit Hammer und Meißel und teils mit dem Bohrhammer gearbeitet. Anlässlich der Probenentnahme mit Hammer und Meißel seien ihm die erwähnten Hohllagen aufgefallen. Diesem Umstand sei er nur deshalb nicht weiter nachgegangen, weil er von dem damaligen Gutachtenauftrag nicht umfasst gewesen sei. Angesichts dieser durch Abklopfen bei der Probenentnahme gewonnenen Erkenntnisse und der bei einem erheblichen Teil der entnommenen Fliesenproben fehlenden Mörtelanhaftungen sei davon auszugehen, dass sich unter der Teilfläche von 400 m² bereits nach der Verlegung des Fliesenbodens in so erheblichem Umfang Hohllagen befunden hätten, dass der Boden unabhängig von der fehlerhaften Verfugung habe vollständig neu verlegt werden müssen. Ein solches Erfordernis bestehe bereits dann, wenn nur etwa 40% der Gesamtfläche von den Hohllagen betroffen gewesen seien.

Ob sich unter der weiteren mit dem Fugenmaterial der Beklagten verfugten zum Zeitpunkt 93 seiner Beauftragung bereits vollständig sanierten Teilfläche von 1.700 m² ursprünglich in demselben Umfang Hohllagen befunden hätten, könne er nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen. Insofern fehle ihm eine hinreichende Erkenntnisgrundlage. Allerdings seien ihm durch den Mitarbeiter der Arbeitsgemeinschaft „H – H2“ Tagscherer im Zusammenhang mit der Begutachtung die auf Seite 27 seines Gutachtens vom 5. Februar 2007 abgebildeten Fliesenproben aus der Gesamtfläche von 1.700 m² übergeben worden, deren Herkunft sich nach den ihm gegebenen Informationen aus den auf Seite 28 des Gutachtens abgebildeten Plänen ergebe. Auch an der Unterseite eines erheblichen Teils dieser Fliesen hätten sich

keine Mörtelanhaftungen befunden. Ebenso habe auch ein erheblicher Teil der in einem Kellerraum der Fabrik in K zusätzlich verwahrten Fliesenproben, welche ihm seinerzeit gezeigt worden seien und die zumindest zum Teil ebenfalls der 1.700 m² umfassenden Teilfläche entstammten, an der Unterseite keine Mörtelanhaftungen aufgewiesen. Diese Umstände sprächen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch diese Teilfläche von Anfang an erhebliche Hohllagen aufgewiesen habe, doch lasse sich eine entsprechende Feststellung aus sachverständiger Sicht nicht mit der erforderlichen Sicherheit treffen.

Dass sich im Rahmen der zweitinstanzlichen Untersuchung des Fliesenbodens mittels der Kugelklangmethode abgesehen von einer etwa 10 m² großen in einem Abstellraum („waste-room“) gelegenen Fläche keine erheblichen Hohllagen an dem untersuchten Fliesenboden gefunden hätten, lasse andererseits, so hat der Sachverständige weiter ausgeführt, ebenfalls keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die beiden vollständig sanierten Teilflächen zu. Der Fliesenboden sei nicht mit dem von der Beklagten gelieferten Fugenmaterial, sondern mit Epoxidharz verfugt worden. Das dünnflüssige Epoxidharz sei besonders geeignet, etwa vorhandene Hohlräume auszufüllen, weswegen es häufig zur Beseitigung von Schadensfällen eingesetzt werde. Es sei hochwahrscheinlich, dass der Einsatz des Epoxidharzes die Haltbarkeit des Fliesenbodens nachträglich erhöht habe. Ebenso wenig aussagekräftig sei der Umstand, dass es auch über der von ihm in dem Abstellraum aufgefundenen etwa 10 m² umfassenden Hohllage in den vergangenen 5 Jahren nicht zu Fliesenablösungen gekommen sei. Der Fliesenboden sei in dem Abstellraum nur geringeren Belastungen ausgesetzt, so dass sich die Fliesen auch bei nicht ausreichendem Haftungsverbund nicht zwingend hätten ablösen müssen.

94

Der Senat folgt den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Sachverständigen. Denn sie sind nachvollziehbar und in sich schlüssig.

95

Damit ist festzuhalten:

96

Für 400 qm der verlegten Fläche ist sicher festzustellen, dass die dort im Rüttelverfahren aufgetragenen Fliesen hohl lagen mit der Folge, dass eine Erneuerung des Bodens bereits deswegen erforderlich war.

97

Für 1.700 qm der verlegten Fläche ist festzustellen, dass es wahrscheinlich ist, dass die dort aufgetragenen Fliesen hohl lagen und bereits dies eine Erneuerung des Bodens erforderlich machte. Aus der verbliebenen Restfläche lässt sich nichts Gegenteiliges folgern.

98

Mithin lässt sich nicht feststellen, dass der von der Klägerin reklamierte Schaden (Kosten des Bodenaustausches) auf der Pflichtverletzung der Beklagten (falsche Verarbeitungshinweise für das Fugenmaterial) beruht.

99

Das gilt zunächst für die 400 qm, für die sich sicher feststellen lässt, dass allein die mangelhafte Verlegung im Rüttelverfahren, die einen Verbund der Fliesen mit dem Untergrund nicht hergestellt hat, die Bodenerneuerung erforderte. Wirken sich zwei „Ursachen“ (mangelhafte Verlegung einerseits, falsche Verarbeitungshinweise andererseits) eines Schadens (notwendige Bodenerneuerung) zu unterschiedlichen Zeitpunkten (die Verlegung im Rüttelverfahren erfolgte zunächst, danach die Verfugung mit dem Material nach Anweisung der Beklagten) unabhängig voneinander (die Verlegung geschah vor der Verfugung) aus, geht es nicht um verschiedene gleichzeitig wirkende Umstände, bei denen die Grundsätze der sogenannten Gesamt- oder Doppelkausalität anzuwenden wären, BGH NJW 1988, 2882. Vielmehr ist der „Zweitschädiger“ in solchen Fällen nur dann für den Schaden verantwortlich, wenn er den bereits durch die erste Ursache (Fliesen ohne Verbund

100

zum Untergrund gelegt) herbeigeführten Schaden (Austausch erforderlich) vergrößert, OLG Schleswig, OLG Report 2006, 637; KG Berlin, Beschluss vom 11.10.2007 – 12 U 46/07 -; Palandt/Grüneberg, 70. Auflage 2011, vor § 249 Rz. 34 a.E. Eine Vergrößerung des Schadens (notwendiger Bodenaustausch) durch die fehlerhafte Anweisung der Beklagten (Einbringung Fugenmaterial) lässt sich nicht feststellen. Die Sache liegt damit so, dass die Klägerin bereits wegen eigener Versäumnisse (sie hat den Haftverbund der Fliesen mit der Unterlage im Rüttelverfahren nicht in ausreichender Weise hergestellt) ihrem Auftraggeber den Austausch des Bodens schuldete.

Das gilt im Ergebnis auch für die Fläche von 1.700 qm. Da eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese ebenfalls hohl lagen, lässt sich ebenfalls nicht feststellen, dass die fehlerhafte Anweisung zur Mischung des Fugenmaterials den Schaden verursacht oder mitverursacht bzw. einen bestehenden Schaden vergrößert hat. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die für den Austausch dieser Fläche angefallenen Kosten auch ohne die fehlerhaften Verarbeitungshinweise angefallen wären. 101

b) 102

Weitere Pflichtverletzungen der Beklagten, die geeignet wären, den durch die Klägerin geltend gemachten Schadenersatzanspruch zu begründen, sind nicht feststellbar. Insbesondere waren die von der Beklagten gelieferten Baustoffe frei von Mängeln. 103

Dies steht fest aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Dr.-Ing. T3 in seinem Gutachten vom 7. Februar 2007. Der Sachverständige hat insbesondere die auf das außergerichtlich eingeholte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T4 gestützte Behauptung, dem Material der Beklagten fehle ein notwendiger Aluminiumbestandteil, nicht bestätigt (Seite 126 des Gutachtens). Er hat vielmehr nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass das von der Beklagten gelieferte Material Y3 bei Beachtung der schriftlichen Verarbeitungsrichtlinien der Beklagten in deren Arbeitsblättern S 30 und S 40 zur Verlegung auch in Irland durchaus geeignet sei. Auszuschließen sei auch, dass es aufgrund etwaiger Frostperioden während der u.a. im Wege des Seetransportes erfolgten Anlieferung zu einer Vorschädigung der Produkte gekommen sei (Seite 147 f. des Gutachtens). 104

c) 105

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 106

d) 107

Der Senat hat die Revision der Klägerin zugelassen, da die Frage der Beurteilung haftungsausfüllender Kausalität von grundsätzlicher Bedeutung ist und die Entscheidung des 5. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 7. Mai 2004 (V ZR 77/03) der Beurteilung des Senats entgegenstehen könnte. 108