
Datum: 03.09.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 22 U 58/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0903.22U58.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 86 O 98/11

Tenor:

Die Klägerin wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das am 1.3.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 86 O 98/11 – durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 3 Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Gründe

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, da das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist und eine mündliche Verhandlung auch aus sonstigen Gründen nicht veranlasst ist.

Das angefochtene Urteil entspricht der Sach- und Rechtslage. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden und überzeugenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Das Vorbringen in der Berufungsbegründung rechtfertigt keine Abänderung der Entscheidung.

1

2

3

I.	4
Das Berufungsvorbringen der Klägerin gibt lediglich Anlass zu folgenden Ausführungen:	5
1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten des Sachverständigen aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2002. Denn bei den Kosten für eine sachverständige Begutachtung des Werkes nach Abschluss der Mängelbeseitigung handelt es sich nicht um Kosten zur Beseitigung des Mangels, die eigentlich die Beklagten hätten tragen müssen.	6
a. Zu den Mängelbeseitigungskosten nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B zählen zunächst die unmittelbaren Aufwendungen für die eigentliche Mängelbeseitigung, namentlich entsprechend § 635 Abs. 2 BGB die Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten. Hinzu kommen die Kosten der Mangelursachenermittlung sowie der Freilegung der Mangelquelle einschließlich der späteren Wiederherstellung der vor der eigentlichen Mängelbeseitigung entfernten Bauteile (Ganten/Jagenberg/Motzke, VOB/B, § 13 Rn. 59). Darüber hinaus sind auch Nebenkosten des Auftraggebers anlässlich der Vorbereitung und Durchführung der Mängelbeseitigung zu ersetzen. Zu den ersatzfähigen Kosten der Durchführung der Mängelbeseitigung können auch Architektenhonorare oder Honorare anderer Sonderfachleute, wie z. B. von Ingenieuren oder Statikern, zählen (Ganten/Jagenberg/Motzke, VOB/B, § 13 Rn. 62; Nicklisch/Weick, 3. Auflage, § 13 VOB/B Rn. 125). Allen diesen Kostenpositionen gemeinsam ist jedoch der Umstand, dass sie für eine Tätigkeit im Rahmen der Durchführung der Mängelbeseitigung anfallen. Die abschließende Begutachtung durch einen Sachverständigen dient jedoch nicht dieser Durchführung, sondern vielmehr der nachfolgenden Kontrolle auf eventuell vorhandene Mängel.	7
b. Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des OLG Frankfurt (BauR 2009, 1635) bezieht, stützt diese ihre Ansicht nicht. Zwar verhält sich ein Nebensatz der Entscheidung dazu, dass zu den erforderlichen Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln auch die Architektenvergütung für die Bauleitung während der Mängelbeseitigung gehöre. Diese Aussage bezieht sich jedoch – wie das Zitat von Palandt/Sprau, § 635 BGB Rdn. 6 in der betreffenden Entscheidung deutlich macht – auf solche Architektenkosten, die im Rahmen der Bauleitung während der Mängelbeseitigung anfallen. Dabei handelt es sich wiederum um Kosten, welche der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten dienen. Solche Kosten hat die Klägerin im Rahmen der Nachbesserung ebenfalls aufgewandt, denn im Verfahren 89 O 62/07 hat sie (vgl. Bl. 13 ff. d.BA.) in ihren Schadensersatzanspruch sowohl Kosten für eine neue Planung im Rahmen der Nachbesserung (Änderungs- und Anschlussarbeiten z.B. für Stützen, Anschlüsse, Rohre etc.) als auch Kosten für die Bauleitung durch den Zeugen Elmshäuser in Ansatz gebracht, welche im Vergleich der Parteien vom 22.2.2008 unter Ziffer c) zu ihren Gunsten auch tituliert worden sind.	8
c. Die Klägerin beruft sich schließlich darauf, dass die Kosten für eine sachverständige Überprüfung der Mängelbeseitigung schon deshalb ersatzfähig sein müssten, weil nach der Rechtsprechung sogar die Kosten für eine Begleitung der gesamten Sanierung durch einen Sachverständigen erstattungsfähig seien. Die Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Frankfurt (BauR 2009, 1635) sowie auf die Ausführungen von Nicklisch (in: Nicklisch/Weick, 3. Auflage, § 13 VOB/B Rn. 154) stützen diese Ansicht jedoch nicht:	9
aa. Die Ausführungen von Nicklisch beziehen sich zum einen auf die Konstellation, dass ein Architekt oder Sachverständiger „zur Vorbereitung und Durchführung der	10

Nachbesserungsarbeiten“ eingeschaltet wurde und dies auch erforderlich war. Diese Fallgestaltung liegt hier schon nicht vor, da die Beklagten die Mängelbeseitigung in eigener Zuständigkeit und Verantwortung durchgeführt haben. Auch aus dem weiteren Zusammenhang wird deutlich, dass sich die Ausführungen von Nicklisch auf einen anderen Fall beziehen. Der entsprechende Passus in der Kommentierung (Rn. 139 ff.) bezieht sich auf den Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, der dem Auftraggeber nach berechtigter Eigennachbesserung zusteht. Dabei geht es insbesondere um die Einschaltung von Drittunternehmern oder den Einsatz eigener Arbeitskraft des Bestellers. Die Bejahung der Erstattung von Architekten- oder Sachverständigenkosten ist folglich dahingehend zu verstehen, dass es sich um Fälle handelt, in denen die Nachbesserung durch den (in der Regel nicht fachkundigen Auftraggeber) nur durchführbar ist, wenn er einen Architekten und/oder Sachverständigen einschaltet. Dies war hier jedoch nicht der Fall, da nicht die Klägerin, sondern die Beklagten die Mängelbeseitigung durchgeführt haben.

bb. Die Entscheidung des OLG Frankfurt (BauR 2009, 1635) bezieht sich – wie bereits oben dargelegt – auf die Kosten eines Sachverständigen, die im Rahmen der Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten entstanden sind, weil der Besteller berechtigt war, einen solchen hinzuzuziehen. Die Klägerin hat den Sachverständigen jedoch nicht im Rahmen der Durchführung, sondern zur abschließenden Kontrolle der Mängelbeseitigungsarbeiten beauftragt. 11

Aus der Ersatzfähigkeit von Sachverständigenkosten im Rahmen der Durchführung der Mängelbeseitigung lässt sich auch nicht nach dem Grundsatz a maiore ad minus folgern, dass jedenfalls die Sachverständigenkosten einer abschließenden Überprüfung erstattungsfähig sein müssen. Denn die jeweiligen Sachverhalte stehen nicht im Verhältnis eines „Mehr“ zu einem „Weniger“ zueinander, sondern sind unterschiedlicher Natur: Die Begleitung der Sanierungsarbeiten durch einen Sachverständigen steht im Rahmen der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit. Sie wird dem Auftraggeber nur zugestanden, wenn er ohne entsprechende Begleitung nicht in der Lage ist, das Werk in einen vertragsgerechten Zustand zu versetzen. Erfolgt jedoch die Mängelbeseitigung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B durch den Auftragnehmer, so ist es diesem überlassen, wie er die Schäden beheben und welche anderen Fachkräfte er ggf. einschalten will (Nicklisch/Weick, 3. Auflage, § 13 VOB/B Rn. 125). Solange die Klägerin nicht nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B vorgeht, kann sie daher nicht verlangen, dass ihre fehlende Sachkunde durch Einschaltung eines Sachverständigen ausgeglichen wird. Allein der Umstand, dass für eine sachverständige Kontrolle im Regelfall geringere Kosten anfallen als für die sachverständige Begleitung der gesamten Sanierung, zwingt nicht zur Bejahung eines Erstattungsanspruchs, der dem Grunde nach nicht vorliegt. 12

2. Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 2002. Denn die Klägerin hat den Sachverständigen nicht nach vergeblicher Fristsetzung gegenüber der Beklagten mit der Mängelbeseitigung beauftragt, sondern die Beauftragung erfolgte nach Abschluss der durch die Beklagten durchgeführten Arbeiten zur Überprüfung der nachgebesserten Filter. 13

3. Soweit in der Rechtsprechung die Kosten für ein privates Sachverständigengutachten als Mangelfolgeschäden eingeordnet werden, womit dem Besteller ein neben dem Nachbesserungsanspruch bestehender Schadensersatzanspruch zusteht, bezieht sich dies auf die Fälle, in denen das Gutachten zu Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel eingeholt wird (vgl. BGH BauR 14

2002, 86; OLG Düsseldorf BauR 2010, 1248; OLG Nürnberg BauR 2006, 148). Begründet wird der Ersatzanspruch damit, dass es beim Auftreten von Mängeln eine typische, unmittelbare Folge sei, einen Gutachter mit der Feststellung von Ursache und Ausmaß zu beauftragen, um Mängelbeseitigung oder Schadensersatz zu verlangen. Aus diesem Grunde handele es sich bei den hierdurch entstehenden Kosten des Gutachtens um zwangsläufige Folgen der Mängel. Die Kosten eines Privatgutachtens sind aber dann nicht erstattungsfähig, wenn das Gutachten nicht zu dem Zweck eingeholt wurde, um die Durchsetzung eines bereits feststehenden Entschlusses zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu fördern, sondern um dem Auftraggeber überhaupt erst Klarheit über bestimmte Voraussetzungen seiner Rechtsposition zu verschaffen und ihm weitere Erkenntnisgrundlagen zu liefern, von denen er seine - abschließende - Entscheidung zu einem etwaigen gerichtlichen Vorgehen abhängig machen will (vgl. OLG Köln OLGR 1998, 119).

a. Diese von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch erfüllt das von der Klägerin beauftragte Gutachten jedoch nicht. Es gab nach Durchführung der Mangelbeseitigung durch die Beklagten schon keine Schadenssymptomatik, die aus Sicht eines objektiven Dritten in der Person der Klägerin einer Untersuchung bedurfte. Die Klägerin hat auch keine konkreten Mängel nach Beendigung der Nachbesserungsarbeiten behauptet. Vielmehr enthielten die von der Klägerin vorgelegten Prüfungsprotokolle bezüglich der vier Filterbehälter (Anlage K 21a bis K 21d) keine Beanstandungen des Sachverständigen N hinsichtlich der neu aufgetragenen Beschichtung. Soweit das Protokoll über die Zustandsfeststellung vom 15.4.2009 über Filterbehälter Nr. 4 (Anlage K 21d) bestimmte Feststellungen über den Zustand des Rückspülrohres enthält, hat die Klägerin nicht geltend gemacht, dass es sich insoweit um eine nach Abnahme der Nachbesserungsarbeiten aufgetretene Schadenssymptomatik handelte, welche ihrerseits die Beauftragung eines Gutachters erforderlich machte und weitere Mängelansprüche nach sich zog. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die betreffenden Beanstandungen von den Beklagten noch im Rahmen der Nachbesserung beseitigt wurden bzw. trotz Belassens nicht zu weiteren Mängeln geführt haben. 15

b. Lag der Beauftragung des Sachverständigen durch die Klägerin damit keine konkrete Schadenssymptomatik zugrunde, sondern allein die Befürchtung, dass aufgrund der Ereignisse der Vergangenheit wieder ein Mangel vorliegen könnte, so reicht dies für einen Schadensersatzanspruch nicht aus. Soweit die Klägerin geltend macht, es handele sich nicht um eine vorsorgliche Einschaltung des Sachverständigen zur vorbeugenden Untersuchung bzw. Überwachung, weil der Beauftragung das berechtigte Misstrauens der Klägerin aufgrund der bereits mangelhaften Werkleistung der Beklagten zugrunde lag, rechtfertigt auch dies keine abweichende Beurteilung. 16

Allein der Umstand, dass die Beklagten in der Vergangenheit mangelhaft gearbeitet haben, rechtfertigt für sich keine vorbeugende Beauftragung eines Sachverständigen zur Abklärung von vermuteten Mängeln. Denn aus einem mangelbehafteten Werk resultieren zunächst Nachbesserungsansprüche des Bestellers, um zu gewährleisten, dass der Unternehmer die vorgefundenen Mängel beseitigt. Eine sachverständige Kontrolle der Nachbesserungsarbeiten auf Kosten des Unternehmers kommt allenfalls dann in Betracht, wenn konkrete Umstände vorliegen, die vermuten lassen, dass auch die Mängelbeseitigung fehlschlagen wird. Solche Umstände hat die Klägerin jedoch nicht vorgetragen: Es gibt keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten auch bei einem zweiten Versuch nicht in der Lage war, die vertragsgemäße Leistung in Form der Beschichtung der Behälter zu erbringen. Allein der Umstand, dass die Beklagte beim ursprünglichen Auftreten der Mängel 17

ihre Verantwortung zunächst bestritten haben und die Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren einleiten musste, erlaubt keinen Rückschluss auf die fachlichen Fähigkeiten der Beklagten, die für die Frage einer erfolgreichen Mängelbeseitigung allein entscheidend sind. Soweit die Klägerin sich weiter darauf beruft, dass ihr selbst die Sachkunde für eine Überprüfung der Mängelbeseitigung fehle, mag dies zutreffen. Dies ist jedoch bei komplexen technischen Werken in der Regel der Fall und begründet daher keinen besonderen Umstand des vorliegenden Einzelfalls. Der überwiegend fehlenden Sachkunde des Bestellers hat die Rechtsprechung mit der sog. Symptomrechtsprechung und der Bejahung der Erstattungsfähigkeit von außergerichtlichen Schadensermittlungskosten hinreichend Rechnung getragen. Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, dass der Sachverständige bei der abschließenden Kontrolle der vier Filterbehälter eben keine Mängel festgestellt hat, die zu einer Geltendmachung von weiteren Mängelansprüchen der Klägerin geführt haben und in deren Zusammenhang die Sachverständigenkosten sodann Mangelfolgeschäden hätten darstellen können.

Soweit die Klägerin geltend macht, dass der Sachverständige bei Filter Nr. 1 und Filter Nr. 4 bestimmte Mängel festgestellt habe, führt auch dies nicht zu einer abweichenden Beurteilung der Rechtslage. Denn wie der Unternehmer die festgestellten Mängel beseitigt, ist grundsätzlich seine Sache und kann ihm vom Besteller nicht vorgeschrieben werden, da der Unternehmer auch das Risiko des Fehlschlagens der Mangelbeseitigung und damit eines erneuten Nachbesserungsversuchs trägt (Nicklisch/Weick, 3. Auflage, § 13 VOB/B Rn. 119). Aus diesem Grunde kann jedoch auch der Besteller nicht während der laufenden Nachbesserung Kontrollen durchführen und aus zu diesem früheren Zeitpunkt entdeckten Beanstandungen eine Mangelhaftigkeit des Werkes herleiten. Im Zeitpunkt der Fertigstellung der Nachbesserung hat der von der Klägerin beauftragte Sachverständige keine Mängel mehr feststellen können – soweit die Klägerin sich auf die sachverständigen Feststellungen zu Filter Nr. 4 (Anlage K 21d) beruft, enthalten diese lediglich die Einschätzung des Sachverständigen, dass er die gewählte Reparaturvariante für zweifelhaft hält. Die Klägerin trägt jedoch nicht substantiiert vor, ob und in welchem Umfang es zu weiteren Mängeln gekommen ist, aus denen sie weitere Rechte gegenüber den Beklagten herleitet. 18

4. Ein Anspruch der Klägerin ergibt sich schließlich auch nicht aus der Regelung in Ziffer b) des Vergleiches der Parteien vom 22.2.2008. Denn dieser Regelung kann nicht der Wille der Parteien entnommen werden, dass ein über die gesetzlichen Regelungen hinausgehende Schadensersatzanspruch der Klägerin begründet werden sollte. 19

Zwar weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass der Wortlaut („jeden Schaden zu ersetzen“) keine Einschränkung auf bestimmte Kosten vornimmt und damit sehr weit gefasst ist. Allerdings muss eine Auslegung der im Vergleichswege getroffenen Regelungen neben dem Wortlaut auch die sonstigen Umstände des Vergleichsschlusses berücksichtigen. Auslöser für den Vergleichsschluss war das Verfahren 89 O 62/07 vor dem Landgericht Köln, in welchem die Klägerin mit dem Antrag zu 1) die Mängelbeseitigung und mit dem Antrag zu 2) die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten geltend gemacht hat. Den Mängelbeseitigungsanspruch haben die Beklagten unter Ziffer a) des Vergleiches anerkannt. Den Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht hat die Klägerin in ihrer Klageschrift vom 11.9.2007 (Bl. 10 d.BA.) damit begründet, dass möglicherweise Schadensersatzforderungen des Betreibers auf sie zukommen werden, wenn das Thermalbad während der Sanierungsarbeiten geschlossen ist. Dabei handelt es sich jedoch um einen Mangelfolgeschaden nach § 13 Nr. 7 VOB/B und nicht um einen Schaden, der nach den gesetzlichen Regelungen eigentlich von den Beklagten nicht hätte ersetzt werden müssen. Insofern kann vor diesem Hintergrund des Vergleichsschlusses aus der Regelung in 20

Ziffer b) nicht gefolgert werden, dass die Parteien eine Ausdehnung der gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf den Schadensbegriff und damit eine über § 13 VOB/B hinausgehende Schadensersatzverpflichtung der Beklagten begründen wollten.

Auch sonstige Umstände, die für einen solchen übereinstimmenden Willen der Parteien sprechen könnten, werden von der Klägerin nicht vorgetragen. Soweit die Klägerin geltend macht, sie habe durch den Vergleich so gestellt werden sollen, als hätten die Beklagten von Anfang an mangelfrei geleistet, mag dies zutreffen, begründet jedoch keine Haftung der Beklagten für die Kosten des Sachverständigen. Denn hätten die Beklagten von Anfang an mangelfrei gearbeitet, hätte die Klägerin die Kosten für die Überprüfung des fertigen Werkes (ohne Auftreten einer Schadenssymptomatik) auch nicht erstattet erhalten.

21

II.

22

Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme – auch zur Frage der Durchführung des Berufungsverfahrens – innerhalb der gesetzten Frist.

23