

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

[OLG Düsseldorf](#)

Urteil

vom 11.05.2023

5 U [155/22](#)

BGB §§ **254, 255, 278**; VOB/B § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1; VVG § **86** Abs. 1 Satz 1

1. Als Schaden ersatzfähig sind alle notwendigen Aufwendungen, also alle Kosten, die der Auftraggeber als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Hat der Geschädigte sich sachkundig beraten lassen, kann er regelmäßig die Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind.

2. Das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Der Auftragnehmer hat die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.

3. Der Erstattungsanspruch des Auftraggebers ist erst dann gemindert, wenn die Grenzen des von ihm für erforderlich haltbaren Aufwandes überschritten sind und er bei der Auswahl des Drittunternehmers die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat.

4. Der zwischen dem Geschädigten - respektive seiner Versicherung - und einem Gutachter geschlossene Gutachtervertrag zur Ermittlung der Anspruchshöhe entfaltet Schutzwirkung zu Gunsten der regulierungspflichtigen Haftpflichtversicherung.

5. Für die Einbeziehung in den Schutzbereich genügt es, wenn für den Gutachter erkennbar war, dass seine Ausarbeitung einer letztlich zahlungsverpflichteten Versicherung vorgelegt werden wird, denn damit ist die Schutzpflicht hinreichend überschaubar und klar abgegrenzt.

[OLG Düsseldorf](#), Urteil vom 11.05.2023 - 5 U [155/22](#)

vorhergehend:

LG Duisburg, 23.06.2022 - 8 O 88/21

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 14.02.2024 - VII ZR 116/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 23.06.2022 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg, Az. 8 O 88/21, wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist eine Versicherungsgesellschaft. Die A. Einkauf GmbH & Co. OHG unterhält bei ihr eine gewerbliche Gebäudeversicherung. Versichert ist hiernach unter anderem das der A. Grundstücksgesellschaft mbH & Co. KG aus B.-Stadt (im Folgenden AKG) gehörende Objekt C.-Straße 00 in 00000 B.-Stadt, in dem eine Kindertagesstätte betrieben wird. Die Beklagte stellte aufgrund eines Bauvertrags die sanitären Anlagen der vorgenannten Kindertagesstätte her, wobei die Geltung der VOB/B vereinbart war. Am 20. Juli 2017 erfolgte die Abnahme ihrer Werkleistungen (Anlage OK4).

Etwa einen Monat nach Inbetriebnahme der Kindertagesstätte löste sich in der Nacht vom 23. auf den 24. August 2017 ein Rohrstück einer der von den Mitarbeitern der Beklagten verlegten Trinkwasserleitungen wegen mangelhafter Abdichtungsleistungen an der Verbindungsstelle. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Beklagte für den hierdurch entstandenen Schaden voll umfänglich schadensersatzpflichtig ist. Die Parteien streiten jedoch um die Höhe des zu ersetzenden Schadens.

Die Klägerin ließ die Kindertagesstätte sanieren. Um diese weiter betreiben zu können, erfolgte die Sanierung in zwei Bauabschnitten. Im Zuge der Sanierung wurde insbesondere der betroffene Fußbodenaufbau demontiert und neu hergestellt; zudem wurde die Wandherstellung teilweise zurückgebaut und getrocknet bzw. neu hergestellt. Die Baumaßnahmen wurden durch Bauleitungsmaßnahmen begleitet. Zur Begutachtung und Dokumentation der Ursache und des Umfangs des Schadens zog die Klägerin die Sachverständigen D. und E. hinzu. Aufgrund ihres Versicherungsverhältnisses gegenüber der AKG regulierte die Klägerin insgesamt 426.506,01 Euro. Die Gutachter stellten für ihre Tätigkeit 813,66 Euro respektive 3.668,50 Euro in Rechnung. Die F., die Versicherung der Beklagten, stellte die Erforderlichkeit des Umfangs der Sanierungsmaßnahmen in Frage und zahlte am 02.03.2021 an die Klägerin 175.002,82 Euro (OK15).

Die Klägerin hat behauptet, der eingebaute Estrich sei besonders feuchtigkeitsanfällig gewesen; nach kurzer Zeit sei bereits Schimmel aufgetreten. Da er komplett durchfeuchtet gewesen sei, sei neben Schimmel eine Einbuße in der Tragfähigkeit zu erwarten gewesen. Ihrer Ansicht nach seien sämtliche Aufwendungen als Maßnahmen der Schadensbeseitigung ersatzfähig, da sie diese als vernünftige, wirtschaftlich denkende Geschädigte aufgrund sachkundiger Beratung durch den Sachverständigen E. für erforderlich habe halten dürfen.

Die Klägerin hat hierzu weiter behauptet, die Sanierungsmaßnahmen seien in vollem Umfang aus bautechnischer und hygienischer Sicht notwendig und erforderlich gewesen. Eine bloße Trocknung ohne einen umfassenden Rückbau des Fußbodens wäre nicht ausreichend gewesen, um eine fachgerechte Sanierung zu gewährleisten. Ansonsten wäre ein weiterer Schimmelbefall zu erwarten gewesen. Zudem hätte die Trocknung länger gedauert, und es wären aufgrund einer Betriebsschließung der Kindertagesstätte weitere Schäden entstanden.

Die abgerechneten Preise seien ortsübliche Einheitspreise zum Schadenstag und als solche

erforderlich sowie angemessen gewesen.

Ihrer Ansicht nach treffe das Risiko, dass sich Maßnahmen ex post als nicht erforderlich herausstellen könnten, die Beklagte. Anhaltspunkte dafür, dass sie - die Klägerin - nicht auf die Sachkunde des Sachverständigen E. habe vertrauen dürfen, bestünden nicht. Die Begutachtung des Wasserschadens sei im Einklang mit der Richtlinie VdS 3151 erfolgt. Im Übrigen hätte die AKG eine fehlerhafte Begutachtung jedenfalls nicht erkennen können und müssen. Dabei könne es nicht darauf ankommen, dass sie - die Klägerin - bereits in der Vergangenheit an anderen Gebäuden Wasserschäden reguliert habe. Die Gutachterkosten seien ihr als eigener Schaden entstanden, da sie ausschließlich zur Vorbereitung der Regressverfolgung gegenüber der Beklagten gedient hätten. Der Beklagten stehe kein Zurückbehaltungsrecht zu. § 255 BGB finde keine analoge Anwendung; auch sei bereits unklar, welche Ansprüche abgetreten werden sollten.

Die Beklagte hat die Zahlung der Rechnungen zur Sanierung durch die AKG bestritten. Zudem habe die Klägerin einen falschen und überteuerten Sanierungsweg gewählt. Denn der umfassende Rückbau des Fußbodens in Gestalt eines Totalabrisses des Estrichs, des Parkettbodens, der Dämmlage und der Fußbodenheizung mit anschließender Wiederherstellung sei nicht erforderlich gewesen. Es hätte ausgereicht, das Wasser abzusaugen, die Dämmschicht zu trocknen, die Wandverkleidung zu erneuern und eine Feinreinigung durchzuführen. Dies hätte den Sanierungsaufwand und die Sanierungszeit erheblich verkürzt. Die Beklagte ist der Ansicht gewesen, hierdurch habe die Klägerin ihre Schadensminderungspflicht verletzt. Denn sie habe nicht auf die Bewertungen des Privatsachverständigen vertrauen und den teureren Sanierungsweg einschlagen dürfen. Dies hat sie damit begründet, der Sachverständige habe sein Gutachten aufgrund unzureichender Tatsachenbasis mangelhaft erstattet und insbesondere gegen die Richtlinie VdS 3151 verstoßen. Es fehle eine ordnungsgemäße Wirtschaftlichkeitsbetrachtung. Jedenfalls sei die Klägerin kein technischer Laie gewesen, sodass die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens für sie erkennbar gewesen sei, zumal sie über eine eigene Bauabteilung verfüge und wisse, wie eine ordnungsgemäße Sanierung eines Wasserschadens durchgeführt werden müsse.

Zudem seien verschiedene Schadenspositionen übersetzt und die Gutachterkosten seien weder erforderlich noch ortsüblich und angemessen. Den Zeitaufwand hat die Beklagte bestritten. Auch seien diese Kosten kein eigener Schaden der Klägerin.

Zur Prozessgeschichte, den erstinstanzlich gestellten Anträgen und zum weiteren Vorbringen der Parteien wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Die 8. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg hat der Klage durch das am 23.06.2022 verkündete Urteil umfänglich stattgegeben. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1, S. 2 lit. a) VOB/B i. V. m. § 86 Abs. 1 S. 1 VVG zu. Die Beklagte habe die Zahlung der Klägerin in Höhe von 426.506,01 Euro nicht ausreichend bestritten, nachdem diese substantiiert dargelegt worden sei.

Die Geltung der VOB/B sei vereinbart gewesen, die Werkleistung der Beklagten sei unstreitig mangelhaft gewesen, wodurch das gesamte Erdgeschoss der Kindertagesstätte mit Wasser vollgelaufen sei. Das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutete Verschulden ihrer Mitarbeiter sei der Beklagten gemäß § 278 BGB zugerechnet.

Die Maßnahmen seien erfolgreich gewesen und hätten unstreitig zur Beseitigung sämtlicher Schäden an der Kindertagesstätte geführt. Der Einwand der Beklagten, die AKG habe hier einen falschen Sanierungsweg gewählt, weswegen die Kosten nicht als erforderliche Mängelbeseitigungskosten (§ 249 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB) zu bewerten seien und jedenfalls eine Verletzung der Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB) vorliege, greife nicht durch.

Vielmehr seien die Mängelbeseitigungskosten der AKG erforderlich gewesen. Maßgeblich sei, ob der Auftraggeber die Maßnahmen als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen habe halten dürfen, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln müsse. Habe der Geschädigte sich sachkundig beraten lassen, könne er regelmäßig die Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind. Das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trage der Auftragnehmer - hier die Beklagte. Die Kosten seien selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erwiesen. Den Schädiger treffe das Einschätzungs- und Prognoserisiko, sodass auch Kosten, die sich ex post als nicht erforderlich erweisen sollten, dennoch ersatzfähig seien. Der Erstattungsanspruch des Bestellers ende, wenn er die Grenzen des von ihm für erforderlich haltbaren Aufwandes überschritten habe und er bei der Auswahl des Drittunternehmers die erforderliche Sorgfalt nicht beachte.

Angesichts der bei Feststellung der Mängelbeseitigungsmaßnahmen hinzugezogenen gutachterlichen Hilfe sei der Umfang der Maßnahme vorliegend als erforderlich anzuerkennen gewesen. Die Klägerin habe auf die durch die Gutachter vorgeschlagene Vorgehensweise vertrauen dürfen. Der Einwand, der Sachverständige habe bei seiner Begutachtung gegen die Richtlinie VdS 3151 verstoßen und eine unzureichende Schadensaufnahme durchgeführt, greife nicht durch. Ob der Sachverständige ex post möglicherweise einen fehlerhaften Sanierungsweg eingeschlagen habe, sei nicht maßgeblich. Die Beklagte habe keine überzeugenden Umstände dargelegt, aufgrund derer die Klägerin ein vermeintlich fehlerhaftes Vorgehen des Sachverständigen hätte erkennen können. Die Klägerin sei bezüglich der Sanierungsmaßnahmen unstreitig auf die Sachkunde eines Sachverständigen angewiesen gewesen und habe gerade keine eigenen Schritte zur Sanierung eingeleitet.

Der Vortrag der Beklagten, das behauptete fehlerhafte Vorgehen des Sachverständigen sei für die Klägerin und auch für einen Laien erkennbar gewesen, sei lebensfremd. Ein Laie wisse nicht, welche Schritte zur Feststellung eines Wasserschadens und der hiermit verbundenen erforderlichen Sanierungsmaßnahmen notwendig seien. Aus dem Umstand, dass vermeintlich Proben nicht genommen worden seien und entsprechende Nachweise eines Schimmelpilzes nicht vorgelegen hätten, könne nicht geschlossen werden, dass ein Laie hier hätte "eingreifen" müssen.

Wenngleich im Rahmen dieser Beurteilung die individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten des Geschädigten berücksichtigt werden müssten, sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin als Versicherung die Begutachtung eines Sachverständigen fachlich beurteilen könnte. Unstreitig sei der Wasserschaden durch das vorgeschlagene Vorgehen des Privatsachverständigen der Klägerin erfolgreich beseitigt worden und die Sanierung erfolgreich gewesen. Selbst wenn sich im Nachhinein herausstellen würde, dass entgegen der Einschätzung des Privatsachverständigen auch kostengünstigere Mängelbeseitigungsmaßnahmen zu dem gewünschten Erfolg hätten führen können, gehe dies nicht zulasten der Klägerin, sondern läge im Risikobereich der Beklagten.

Ob der vollständige Rückbau des Bodens aus einer ex post-Perspektive erforderlich gewesen sei, könne daher dahinstehen. Auch sei kein Mitverschulden der Klägerin in Form einer Verletzung einer Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB zu erkennen. Selbst ein etwaiger schuldhafter Fehler des Privatgutachters E. würde sich nicht nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB i. V. m. § 278 BGB zu Lasten der Klägerin auswirken, da der Privatgutachter im Verhältnis der Klägerin zur Beklagten nicht deren Erfüllungsgehilfe sei. Die für die Herstellung erforderlichen Kosten umfassten vielmehr auch den Mehraufwand, der dadurch entstehe, dass der mit der Schadensbeseitigung beauftragte Dritte möglicherweise unsachgemäß arbeite und deshalb vermeidbare Kosten entstehen. Auch die Einwendungen der Beklagten gegen die einzelnen Positionen sowie im Hinblick auf die

Gutachterkosten griffen nicht durch. Bezüglich der Gutachterkosten bestehe der Anspruch zwar nicht aus gemäß § 86 Abs. 1 S. 1 VVG übergegangenem Recht, da die Klägerin die Gutachten selbst in Auftrag gegeben habe. Ein Anspruch ergebe sich indes auch, soweit der Versicherer außer der eigentlichen Versicherungsleistung Aufwendungen für den Versicherungsnehmer erbringe, die vom Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers umfasst wären.

Der Anspruch der Klägerin sei auch durchsetzbar. Der Beklagten stehe kein Zurückbehaltungsrecht aufgrund einer analogen Anwendung des § 255 BGB zu. Zwar habe die Beklagte ihr Zurückbehaltungsrecht hinreichend konkretisiert und damit wirksam ausgeübt. Auch lägen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung im Hinblick auf die Geltendmachung von überhöhten Kosten für die Sachverständigengutachten vor. Im Übrigen komme dagegen keine ungerechtfertigte Bereicherung der Klägerin in Betracht, die von der analogen Anwendung des § 255 BGB erfasst sein könnte, da andernfalls der Grundsatz, dass die aufgrund einer Begutachtung durchgeführten Maßnahmen durch den Schädiger aus ex ante-Sicht zu ersetzen seien, in das Gegenteil verkehrt würde.

Auch bezüglich der (ihrer Behauptung nach) übersetzten Gutachterkosten könne die Beklagte diesen Anspruch indes nicht im vorliegenden Prozess geltend machen. Da die AKG und sodann die Klägerin die Kosten für den Sachverständigen bezahlt hätten, sei eine Verurteilung Zug-um-Zug gegen Abtretung etwaiger Rückforderungsansprüche hinsichtlich des Honorars gegenüber dem Sachverständigen im vorliegenden Prozess nicht angezeigt.

Hiergegen richtet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Zur Begründung führt sie aus, das Landgericht habe den Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt und die Anforderungen, bei denen ein Vertrauen auf einen aufgezeigten Sanierungsweg entfallt, zu hoch angesetzt. Das Landgericht differenziere nicht hinreichend, ob die Klägerin oder ihre Versicherungsnehmerin einen falschen Sanierungsweg gewählt habe und für den Vertrauensschutz maßgeblich sei. Demgegenüber hätte das Landgericht klären müssen, ob überhaupt eine Empfehlung in Bezug auf den Sanierungsweg erfolgt sei, ob die Versicherungsnehmerin diesen umgesetzt habe, auf wessen Empfehlung/Anweisung der dann gewählte Sanierungsweg durchgeführt worden sei (Sachverständigenbüro G./ H. und/oder Sachverständigenbüro E./J.). Auch hätte das Landgericht sich festzulegen gehabt, ob bezüglich des Vertrauensschutzes auf die Klägerin oder aber auf die Versicherungsnehmerin abzustellen gewesen sei. Dies gelte erst recht vor dem Hintergrund, dass der Sachverständige E. in seiner Stellungnahme vom 07.08.2022 angedeutet habe, der Ausbau des Estrichs sei (angeblich) nicht von ihm veranlasst worden.

Wenn aber die Versicherungsnehmerin der Klägerin auf eigene Initiative und ohne Empfehlung eines Sachverständigen den von ihr - der Beklagten - monierten Sanierungsweg gewählt habe, könne sie sich nicht auf einen Vertrauenstatbestand stützen, was auch für die Klägerin gelte. Sollte im Rahmen der Beauftragung der Gutachter *"durch die Klägerin für die Klägerin selbst"* die Festlegung des Sanierungswegs erfolgt sein, sei zudem nicht ersichtlich, aus welchen Gründen nach Auffassung des Landgerichts die Rechtsprechung zum ersatzfähigen Umfang der Kosten einer Ersatzmaßnahme einschlägig sein sollte. Hätte das Landgericht dies erkannt, hätte es die Frage, ob die streitgegenständlichen Sanierungsmaßnahmen erforderlichen gewesen seien oder der vorgeschlagene alternative Sanierungsweg technisch und auch wirtschaftlich möglich gewesen sei, aufklären müssen.

Das Landgericht habe darüber hinaus das Maß, ab dem das Vertrauen zerrüttet sei, viel zu hoch angesetzt. Dabei sei insbesondere von Bedeutung, dass nicht nur die Versicherungsnehmerin der Klägerin, sondern auch die Klägerin geschäftserfahren sei. Denn die individuelle Erkenntnis- und Einflussmöglichkeit seien zu berücksichtigen, und die Empfehlung des Sachverständigen sei offenkundig unzutreffend gewesen, was sogar jedem Laien hätte auffallen müssen. Denn das

oberflächliche Vorgehen des Sachverständigen E. ohne jedwede Beprobung hätte jedermann zumindest veranlassen müssen, ihn anzusprechen und einen Nachweis zur etwaigen Schimmelpilzbelastung unter dem Estrich anzufordern, zumal bei dem stückweisen Abbruch des Estrichs für jedermann schnell erkennbar geworden sei, dass auch unterhalb des Estrichs kein sichtbarer Schimmelpilzbesatz vorgelegen haben könne.

Spätestens an dieser Stelle hätte in Frage gestellt werden müssen, ob ein vollständiger Ausbau dieser Bauteilschichten tatsächlich notwendig gewesen sei. Abgesehen davon wäre bereits die Versicherungsnehmerin der Klägerin selbst angehalten gewesen, auf das in den eigenen Reihen vorhandene technische Wissen zurückzugreifen und so schnell wie irgendwie möglich eine Trocknungsmaßnahme im Sinne einer Sofortmaßnahme einzuleiten.

Dies gelte erst recht, weil es sich bei der Estrichdämmschichttrocknung im Unterdruckverfahren gemäß VdS 3151 um eine Regelmethode handele und die Versicherungsnehmerin der Klägerin kaum erstmals mit einem Wasserschaden betraut gewesen sein dürfte. Auf diese Art und Weise hätte der Schaden wie von ihr - der Beklagten - dargestellt, saniert werden können.

Darüber hinaus habe das Landgericht auch verkannt, dass jedenfalls nur eine Verurteilung Zug-um-Zug gegen die Abtretung der Regressansprüche der Klägerin aus eigenem oder übergegangenem Recht gegen die J. E. GmbH wegen fehlerhafter Begutachtung und Sanierungsempfehlung des Wasserschadens vom 23.08.2017 in Bezug auf den umfassenden Rückbau des Fußbodenaufbaus in der Gestalt eines Totalabrisses des Estrichs, des Parkettbodens, der Dämmlage und der Fußbodenheizung mit anschließender Wiederherstellung in Betracht komme.

Das Landgericht verkenne hierbei, dass ihr Einwand gemäß § 255 BGB analog sich nicht auf überhöhte Sachverständigenkosten beziehe, sondern auf die Abtretung von Schadensersatzansprüchen wegen der Veranlassung nicht erforderlicher Sanierungsmaßnahmen. Insoweit sei der Klägerin ein Schaden entstanden, da sie mehr habe zahlen müssen als erforderlich gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Aufhebung des angefochtenen Urteils abzuweisen,

hilfsweise sie - die Beklagte - zu verurteilen, an die Klägerin sowohl die 255.985,35 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 427.319,67 Euro ab dem 16.12.2019 bis zum 2.03.2021, aus 252.316,85 Euro seit dem 03.03.2021 sowie aus weiteren 3.668,51 Euro seit dem 23.04.2021 als auch weitere 3.884,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.04.2021 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Abtretung der Regressansprüche der Klägerin aus eigenem oder übergegangenem Recht gegen die J. E. GmbH wegen fehlerhafter Begutachtung und Sanierungsempfehlung des Wasserschadens vom 23.08.2017 in Bezug auf den umfassenden Rückbau des Fußbodenaufbaus in der Gestalt eines Totalabrisses des Estrichs, des Parkettbodens, der Dämmlage und der Fußbodenheizung mit anschließender Wiederherstellung.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts. Der auf sie übergegangene Anspruch der geschädigten AKG, den die Beklagte dem Grunde nach anerkannt und unstreitig gestellthabe, bestehe auch in voller geltend gemachter Höhe.

Die Behauptung der Beklagten, die AKG oder sie - die Klägerin - hätten einen falschen Sanierungsweg gewählt, sei aus Rechtsgründen unerheblich und bedürfe daher keiner Aufklärung. Die Beklagte begründe diesen angeblich zu hohen Sanierungsaufwand aus einer ex post-Perspektive, auf die es schon aus rechtlichen Gründen nicht ankommen könne. Die Beklagte sei darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass die AKG oder sie bei der Auswahl des Sachverständigen ihren Sorgfaltspflichten nicht hinreichend nachgekommen seien. Hierzu könne Vortrag der Beklagten nicht genügen. Sollte eine günstigere Sanierung möglich gewesen sein, so hätte dies einem technischen Laien - und damit der AKG oder ihr selbst - jedenfalls nicht auffallen müssen. Es erfordere technische Kenntnisse zu beurteilen, ob Sanierungsmaßnahmen überhaupt als Alternative in Betracht kommen und im Ergebnis günstiger seien.

Ohnehin sei die AKG als Geschädigte berechtigt gewesen, den aus ihrer Sicht am besten ihren Interessen entsprechenden Weg zu wählen, ohne dabei auf die kostengünstigste Wiederherstellung der beschädigten Sache beschränkt zu sein. Die AKG habe die damit verbundenen Gefahren im Zusammenhang mit einer verbleibenden Schimmelbelastung nicht in Kauf nehmen müssen. Es habe im Interesse der AKG gelegen, das von einer Schimmelbelastung ausgehende Risiko sicher zu beseitigen. Auch habe sich die AKG als Geschädigte nicht auf einen Sanierungsweg einlassen müssen, der mit wirtschaftlichen Unsicherheiten verbunden gewesen wäre, da es in ihrem berechtigten wirtschaftlichen Interesse gelegen habe, die Aufnahme des Betriebs in der Kindertagesstätte möglichst schnell wieder zu ermöglichen. Soweit die Beklagte erstmals in der Berufung behaupte, die AKG sei auf eigene Initiative hin tätig geworden und habe den von der Beklagten monierten Sanierungsweg ohne Empfehlung eines Sachverständigen gewählt, sei diese unzutreffende Behauptung aus rechtlichen Gründen unerheblich. Die AKG habe die Sanierungsempfehlung des Sachverständigen E. umgesetzt. Dieser habe den Rückbau des wassergeschädigten Fußbodenaufbaus in Gestalt der Demontage des Estrichs, des Parkettbodens, der Dämmelage und der Fußbodenheizung empfohlen, da eine wirtschaftliche Sanierung nicht mehr möglich gewesen sei. Das Sachverständigenbüro . G. und H. habe zudem die vom Sachverständigenbüro J. E. GmbH erarbeitete Sanierungsempfehlung bestätigt. Die ins Blaue hinein erhobene Annahme der Beklagten, dass die AKG den Sanierungsweg auf eigene Initiative hin und unabhängig von der Empfehlung des Sachverständigen E. gewählt habe, sei lebensfremd. Das Abstellen darauf, dass nicht die AKG, sondern sie selbst Adressat der Sachverständigenempfehlung gewesen sei, sei insoweit gekünstelt. Zutreffend habe das Landgericht in seinem Urteil zugrunde gelegt, dass die AKG unstreitig die Sanierungsempfehlung des Sachverständigen E. umgesetzt habe. Denn dies habe die Beklagte erstinstanzlich nicht in Abrede gestellt. Soweit die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz behaupte, dass die AKG den von der Beklagten monierten Sanierungsweg ohne Empfehlung eines Sachverständigen gewählt habe, handele es sich daher um neues Vorbringen, das gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO unbeachtlich sei. Überdies sei der durch den Sachverständigen empfohlene Sanierungsweg sowohl aus bautechnischer als auch aus hygienischer Sicht notwendig gewesen. Darüber hinaus sei der Sanierungsweg mit der Haftpflichtversicherung der Beklagten, der F. Versicherung, abgestimmt gewesen.

Der Beklagten stehe auch kein Zurückbehaltungsrecht aufgrund eines Anspruchs auf Abtretung von Regressansprüchen gegen die J. E. GmbH analog § 255 BGB zu. Eine dem § 255 BGB vergleichbare Interessenlage als Voraussetzung für eine Analogie liege nicht vor.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg. Das Urteil des Landgerichts weist keine Rechtsverletzungen auf, auf denen es beruht; auch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

1. Die Berufung ist zulässig. Insbesondere sind die gemäß § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO an das Berufungsvorbringen zu stellenden Anforderungen hier gewahrt.

Die Beklagte wendet sich nicht gegen die Annahme des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB, 13 Abs. 7 VOB/B (i. V. m. § 86 Abs. 1 VVG) und auch eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 823 Abs. 1 bzw. § 831 BGB (i. V. m. § 86 Abs. 1 VVG). Auch gegen die Berechnung der einzelnen Positionen der zugesprochenen Klageforderung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung nicht.

Vielmehr beschränkt sich der Berufungsangriff allein auf die Frage, ob der Ersatz der für die gewählte Sanierungsvariante angefallenen Kosten als Schaden geltend gemacht werden kann. Die Beklagte macht geltend, dass der Schadensersatzanspruch grundsätzlich wegen einer zu wählenden günstigeren Variante ohne Austausch des Estrichs beschränkt sei. Der weitere Berufungsangriff für den Fall, dass dem nicht so sein sollte, beschränkt sich insoweit auf den Antrag, dass die Verurteilung nur Zug-um-Zug zu erfolgen habe gegen Abtretung der Regressansprüche der Klägerin aus eigenem oder übergegangenem Recht gegen die J. E. GmbH.

Diesem Hilfsantrag legt sie selbst die von der Klägerin vorgebrachte und vom Landgericht ausgeurteilte Berechnung der Schadenshöhe zugrunde für den Fall, dass es sich entgegen ihrem Hauptangriff gegen das Urteil auch nach Einschätzung des Senats um einen im Grundsatz zulässigen Sanierungsweg gehandelt haben sollte.

Dies verdeutlicht nochmals, dass kein Angriff gegen die Berechnung der ausgeurteilten Klageforderung als solche geltend gemacht ist.

2. Die Berufung hat in der Sache indes keinen Erfolg, denn die zulässige Klage ist umfänglich begründet.

a) Die vollumfängliche Haftung der Beklagten gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1, S. 2 lit. a) VOB/B für die infolge mangelhafter Werkleistung der Beklagten eingetretenen Mangelfolgeschäden am Gebäude ist zwischen den Parteien unstrittig. Überdies hat die Beklagte insoweit das Urteil des Landgerichts mit ihrer Berufung nicht angegriffen.

Letzteres gilt auch für die Höhe der zur Schadensbeseitigung aufgewandten Kosten. Soweit die Beklagte diesbezüglich in erster Instanz den Anfall einzelner Positionen bei der versicherten AKG bestritten hat, hat sie gegen das Urteil des Landgerichts keinen Berufungsangriff vorgebracht.

b) Auch der Übergang der Forderungen auf die Klägerin gemäß § 86 Abs. 1 S. 1 VVG ist unstrittig; die Berücksichtigung der von der Klägerin unmittelbar selbst aufgewandter Gutachterkosten im Rahmen der Berechnung ist ebenfalls mit der Berufung nicht angegriffen.

c) Mit der Berufung angegriffen ist vielmehr allein die Entscheidung des Landgerichts, den gewählten Sanierungsweg als ersatzfähige Beseitigung der Mangelfolgeschäden zu werten und daher die durchgeführten sowie berechneten Maßnahmen insgesamt als ersatzfähige Kosten anzuerkennen.

Wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, richtet sich der Anspruch gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB, wobei indes im Grundsatz

Schadensersatz in Geld statt Naturalrestitution geschuldet wird (vgl. Cramer/Kandel/Preussner in: BeckOK-VOB/B, 50. Edition, § 13 Abs. 7 VOB/B Rn. 82 m. w. N.). Soweit Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln, die der Bauunternehmer zu verantworten hat, bereits angefallen sind, besteht der Schaden nicht mehr in dem Aufwand, der erforderlich ist, um einen mangelfreien Zustand herzustellen, sondern in der Einbuße an Geld, die der Bauherr tatsächlich erlitten hat (vgl. OLG Celle, Urteil vom 11.12.2003, Az. **6 U 105/03**).

Dies muss für die Beseitigung von Mängelfolgeschäden im Bereich des Schadensersatzes in gleicher Weise gelten. Zutreffend führt das Landgericht hierzu aus:

"Ersatzfähig sind hiernach alle notwendigen Aufwendungen, also alle Kosten, die der Auftraggeber als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss (vgl. zu § 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B: BGH, Urteil vom 07. März 2013 - VII ZR 119/10). Hat der Geschädigte sich sachkundig beraten lassen, kann er regelmäßig die Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind. Das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Dieser hat deshalb die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen (zu § 4 Abs. 7 S. 1 VOB/B: BGH, Urteil vom 07. März 2013 - VII ZR 119/10). Aus diesem Grund trifft den Schädiger das Einschätzungs- und Prognoserisiko, sodass auch Kosten, die sich ex post als nicht erforderlich erweisen, ersatzfähig sind (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 25. November 2014 - I-24 U 64/13). Erforderlich sind bei einer Beratung durch einen Dritten also alle Kosten, die nach einer solchermaßen gewonnenen Auffassung des Bestellers durch Maßnahmen entstehen, mit deren Hilfe die aufgetretenen Mängel mit Sicherheit beseitigt werden können. Alle Reparaturen, welche der Besteller im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftig wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund fachlicher, sachkundiger Beratung aufwenden musste, sind erstattungsfähig. Der Erstattungsanspruch des Bestellers ist erst dann gemindert, wenn die Grenzen des von ihm für erforderlich haltbaren Aufwandes überschritten sind und er bei der Auswahl des Drittunternehmers die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 25. November 2014 - I 24 U 64/13)."

Diese rechtlichen Erwägungen greift die Beklagte im Grundsatz nicht an. Sie stellt lediglich in Frage, ob eine gutachterliche Begleitung der Sanierungsmaßnahmen vorliegend überhaupt erfolgt sei (aa) und dieser Maßstab auch Anwendung finden könne, wenn eine Beauftragung des die Sanierung begleitenden Gutachters nicht durch die Auftraggeberin selbst erfolgt sei, sondern durch deren Sachversicherung - vorliegend die Klägerin - wodurch sich auch die Frage stelle, auf wen bei dem Vertrauensschutz abzustellen sei (bb). Schließlich macht sie drittens mit der Berufung geltend, dass die gutachterliche Beratung jedenfalls angesichts ihrer erkennbaren Mangelhaftigkeit im Grundsatz nicht geeignet sei, einen Vertrauensschutz zu begründen (cc), oder jedenfalls ein Mitverschulden zu berücksichtigen sei, das zu einem Entfall des Anspruchs führen müsse (dd).

aa) Vorliegend ist die Beklagte mit ihren Ausführungen, die AKG habe den Sanierungsweg ohne Empfehlung eines Sachverständigen gewählt, jedenfalls gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, soweit dies dahingehend zu verstehen ist, sie selbst habe zwar den Sanierungsweg gewählt, dies indes ohne die Empfehlung eines Sachverständigen.

In erster Instanz war es inhaltlich unstrittig, dass die Wahl des Sanierungswegs aufgrund der gutachterlichen Beratung insbesondere des Sachverständigen E. erfolgte. So hat die Klägerin im Schriftsatz vom 28.06.2021 deutlich ausgeführt:

"Die Maßnahmen waren das Ergebnis der von den seitens der Geschädigten eingeschalteten

Sachverständigen vorgenommenen Gesamtabwägung, unter Berücksichtigung der verminderten Tragfähigkeit und des festgestellten Schimmelbefalls und dessen drohender weiterer Ausbreitung. Beweis: Sachverständiges Zeugnis des Herrn E., b. b."

Darüber hinaus sei die F. in die Sanierung eingebunden gewesen und hätte hinreichend Gelegenheit gehabt, die Sanierungsmaßnahmen proaktiv zu begleiten und etwaige Einwände gegen die ergriffenen Maßnahmen zu erheben. Die beabsichtigten Sanierungsmaßnahmen, insbesondere der Austausch des durchfeuchteten Estrichs, seien zwischen dem von der Klägerin beauftragten Sachverständigen E. und dem von der F. Versicherung beauftragten Sachverständigen K. eingehend besprochen worden.

Der Sachverständige E. selbst hat hierzu in seinem ebenfalls bereits in erster Instanz von der Klägerin vorgelegten Gutachten vom 07.05.2019 (Anlage 14) ausgeführt:

"Gemeinsam wurde die Schadenstelle nach einer Vorbesprechung im Baubüro der Fa. L. u. M. Architekten in Augenschein genommen. Weitere Termine erfolgten am 29.08.2017, 13.11.2017 und 11.01.2018. Diese Termine dienten zur Abstimmung der weiteren Verfahrensweise und der Besprechung der Ingenieurleistungen aus der TGA. Des Weiteren erfolgten Termine mit der Bauleitung zur Abstimmung der Kosten sowie zur Besprechung des Sanierungsablaufs. ... Zusammen mit Herrn N., Bauleiter Fa. O., wurden die betroffenen Bereiche abgeschritten und die erforderlichen Wiederherstellungsmaßnahmen erläutert. Damit Herr K. einen entsprechenden Überblick über die Flächen hat, wurde ihm nachträglich ein Grundriss des betroffenen Bereiches zur Verfügung gestellt. Bei der gemeinsamen Begehung habe ich Herrn N. die Notwendigkeit der Demontage des Estrichs dargelegt".

Auch die von der Beklagten nunmehr für ihr Bestreiten der sachverständigen Begleitung herangezogene Stellungnahme des Sachverständigen E. vom 07.08.2020 hat die Klägerin bereits in erster Instanz vorgelegt. Dort führt dieser zwar aus:

"Der Ausbau des Estrichs ist nicht durch den Unterzeichner veranlasst worden. Dies ist in keinem Fall möglich, da ich nicht über fremdes Eigentum verfügen kann."

In dem dortigen Zusammenhang war diese Stellungnahme indes ersichtlich nicht geeignet, ein Bestreiten der sachverständigen Begleitung der Sanierung und der sachverständigen Vorgabe des Wegs durch die Klägerin respektive die AKG darzustellen. Zum einen wurde sie durch die Klägerin vorgelegt und nicht durch die Beklagte. Zum anderen heißt es in der Stellungnahme weiter:

"Der Ausbau des Estrichs ist auf Basis der örtlichen Feststellungen mit allen Seiten besprochen worden. Hier wurde auch der Chemiker hinzugezogen, der bei einem Vorfinden eines offenen bakteriellen Befalls das Entfernen der angrenzenden Flächen bis auf 40 cm empfiehlt. (Empfehlung Herr Dipl.-Wirtschaftschemiker P., Sachverständigenbüro G. und H.). Hierdurch bedingt ist entlang der Trockenbauwände der Estrich auf eine Breite von 40 cm herauszuschneiden, wodurch unweigerlich die im Estrich verlegte Fußbodenheizung zerstört würde. Eine wirtschaftliche Sanierung ist hierdurch nicht mehr möglich, sodass von meiner Seite der Ausbau des Estrichs empfohlen wurde." (Unterstreichung im Dokument).

Angesichts dieser Ausführungen ist die von der Beklagten bemühte vorangehende Aussage, er habe den Ausbau des Estrichs nicht veranlasst, dahingehend klargestellt, dass er diesen zwar nicht in Auftrag gegeben habe, aber durchaus empfohlen habe. Weiter heißt es dort:

"Der Aussage, dass Herr K. mir gegenüber geäußert hätte, dass der Ausbau nicht notwendig gewesen wäre, widerspreche ich energisch. Es war niemals die Frage aufgekommen, ob der Estrich

hätte erhalten werden müssen. Dass ich irgendwelche Nachweise erbringen sollte, ist mir gegenüber weder mündlich noch schriftlich geäußert worden. Wäre hier eine differenzierte Auffassung hinsichtlich der Sanierung aufgekommen, so hätte Herr K. direkt intervenieren müssen. Dieses ist jedoch nicht geschehen, es gab nach dem Ortstermin keine Abstimmungen oder Anfragen oder sonstige Kontakte zwischen Herrn K. und mir".

Ergänzend führt der Sachverständige in der Stellungnahme aus:

"Ich möchte nochmals betonen, dass mir gegenüber in keiner Weise Bedenken gegen die Form der gewählten Sanierung von Herrn K. geäußert wurden. Vielmehr haben wir uns gemeinsam über die Höhe des Schadens unterhalten. Hierbei habe ich Herrn K. meine Sanierungsempfehlung gegenüber der Q mitgeteilt (Reservestellung 400.000,00 Euro) worauf Herr K. erwiderte, dass dieser Betrag nicht ausreichend für die Bemessung des Haftpflichtschadens wäre, da hier zusätzlich Kosten für die Einrichtung der Kita zu berücksichtigen wäre[n] (De- und Remontage Mobiliar, teilweise Ersatz)".

Zur Durchführung der Arbeiten hat der Sachverständige E. in der genannten Stellungnahme vom 07.08.2020 ausgeführt, er habe *"im gegenständlichen Schaden sehr wohl auf die Baunebenkosten geachtet. Mit den involvierten Ingenieuren und Architekten sind Rahmenverträge vereinbart, die genau auf derartige Situationen abzielen. Die Betreuung im Schadenfall ist, wie bei der Errichtung der Kita vom Umfang her gleichgeblieben. ... Es dürfte selbstverständlich sein, dass die notwendigen, baubetreuenden Maßnahmen im Schaden identisch sind wie für die Errichtung der Kita. Genau dieser Ansatz wurde von mir gewählt. Es sind entsprechend Verhandlungen mit dem R.-GmbH geführt, um hier Kosten zu reduzieren"*.

In erster Instanz hat die Beklagte keinen Vortrag eingebracht, der das Beruhen des gewählten Sanierungsweges auf den sachverständigen Sanierungsempfehlungen des Sachverständigen E. zu bestreiten geeignet wäre. Zunächst hat sie hierzu in ihrer Erwidernng nichts ausgeführt. In dem ihrer Erwidernng als Anlage beigefügten Schreiben des von ihrer Versicherung F. beauftragten Privatsachverständigen K. vom 02.06.2020, führt dieser aus, er habe erstmalig von dem Schaden Kenntnis erhalten und Ortstermine ausgeführt, *"nachdem der SV E. den Estrich hat ausbauen lassen"* (Unterstreichung im Original). Unter der Überschrift *"4. Kostennachweise Sanierung, Planungs- und Überwachungsaufwand"* hat K. ausgeführt, der für den Sachversicherer - also die Klägerin - tätig gewesene Sachverständige Dipl.-Ing. Architekt E. habe weitere Kosten neben dem involvierten Planer und Objektüberwacher erzeugt. Er habe dem Sachverständigen E. schon im ersten gemeinsamen Ortstermin gesagt, dass er den Ausbau des Estrichs für nicht notwendig halte und Herr E. Nachweise vorlegen müsse, aus denen sich die Notwendigkeit des Austausches ergebe. Er, K., habe bereits im Ortstermin vom 13.11.2017 gegenüber dem SV E. Bedenken gegen die Form der gewählten Sanierung geäußert, zu diesem Zeitpunkt sei *"der Ausbau aber bereits durchgeführt worden"*. Es seien Nachweise dazu erbeten worden, *"warum der Estrich aus Sicht des SV E. ausgetauscht werden musste"*, wobei die nun vorgelegten Unterlagen nicht verfangen. Der Einschätzung des SV E., wonach es eines großflächigen Ausbaus des Estrichs bedurft habe, um bei Quellungen und Spannungen aufgrund eintretender Feuchtigkeit den Verlust der Tragfähigkeit zu verhindern, sei in vollem Umfang zu widersprechen. Vielmehr hätte die vorübergehende Minderung der Festigkeit um bis zu 30 % nach einer Trocknung nicht fortbestanden, sondern die ursprüngliche Festigkeit wäre wieder erreicht worden. Die Entscheidung, den Estrich wegen angeblich verminderter Tragfähigkeit auszubauen, sei aus technischer Sicht falsch gewesen und habe auf einer überholten technischen Einschätzung basiert, die schon weit vor dem Schadenzeitpunkt nicht mehr als allgemein anerkannte Regel der Technik gegolten habe. Soweit der Sachverständige angebe, der Estrich habe aufgrund eines Schimmelpilzbefalles ausgetauscht werden müssen, wozu er auf die Stellungnahme des Büros Dres. G. und H. verweise, betreffe dies den Zeitpunkt 22.09.2017, als der Bodenaufbau bereits fast vollständig demontiert gewesen sei. Demgegenüber hätte eine Trocknung bei umgehender Einleitung der Trocknung mit einer Trocknungsdauer von 21 Tagen vermieden

werden können.

Insoweit stützt die von der Beklagten selbst vorgelegte Stellungnahme ihres Privatsachverständigen eindeutig den Vortrag der Klägerin, wonach die Art der Sanierung aufgrund der gutachterlichen Beratung - insbesondere durch den Sachverständigen E., aber auch durch die von diesem hinzugezogenen weiteren Sachverständigen - erfolgt sei.

Auch in der von der Beklagten ebenfalls als Anlage zur Klageerwiderung vorgelegten Stellungnahme des Dipl. Ing. (TU) S. und des Dipl.-Ing. T. heißt es:

"In seinem Schadenvorbericht vom 07.09.2017 beschreibt SV E. die Befunde seiner ersten Besichtigung am 28.08.2017".

In den Berichten/Gutachten von SV E. sei eine ausreichende Begründung für den nahezu umgehend ausgeführten Rückbau des Fußbodenaufbaus nicht enthalten. In diesem Zusammenhang sei anzugeben, dass offenbar bereits am 28.08.2017 die Entscheidung über den umfangreichen Rückbau des Fußbodenaufbaus getroffen worden sei. Denn in einer Email der für den Bauherrn agierenden Architekten L. + M. Architekten O. V.Stadt, vom 28.08.2017, 15:58 Uhr, an die Fa. W.-mbH, X.-Stadt und weitere Beteiligte heiße es:

"Heute hat ein Ortstermin in der KITA stattgefunden, an dem mit den Sachverständigen die weitere Vorgehensweise abgestimmt wurde. Aufgrund der vorgefundenen Situation ist ein kompletter Rückbau des Estrichs erforderlich (inkl. Sanitärzellen) im Bereich der Gruppenräume 1-3".

Auch im weiteren Verlauf des Rechtsstreits erster Instanz hat die Beklagte auf die Ausführungen der Klägerin und die hierzu vorgelegten Anlagen im Schriftsatz vom 24.09.2021 insoweit lediglich erwidert:

"Sollte sich in dem hiesigen Verfahren herausstellen, dass die Klage begründet ist, weil die ... Bauherrin bzw. die Versicherungsnehmerin bzw. die Klägerin, die Streitverkündete [J. E. GmbH] beauftragt hat, auf die Feststellungen und die Sanierungsempfehlungen der Streitverkündeten durch Herrn Dipl.-Ing. E. vertrauen durfte, stünde der Beklagten ein Regress ... zu".

Damit wird angesichts der vorangehenden Ausführungen deutlich, dass die Beklagte in erster Instanz nicht die gutachterliche Begleitung der Sanierung durch den Sachverständigen E. bestritten hat. Vielmehr hat sie ausschließlich in Frage gestellt, ob die Bauherrin und die Klägerin auf die fachliche Qualität des Sachverständigen und seiner Vorgaben vertrauen durften. Denn die Frage, ob auf die Feststellungen und die Sanierungsempfehlungen durch Herrn Dipl.-Ing. E. vertraut werden durfte, stellt sich erst, wenn ein solches Vertrauen zugrunde gelegt wird. Hätte die Beklagte dagegen auch bestreiten wollen, dass die Sanierung überhaupt anhand der gutachterlichen Feststellungen und der Sanierungsempfehlungen durch Herrn Dipl.-Ing. E. erfolgt sei, hätte sie dies ausdrücklich zu erklären gehabt (§ 138 Abs. 3 ZPO). Dies gilt umso mehr, als die Beklagte in ihrem weiteren Schriftsatz vom 02.11.2021 ausdrücklich auf den Sanierungsweg eingeht und dabei die von der Klägerin behauptete Abstimmung mit sich (respektive K. oder der F.) in Abrede stellt, nicht aber die Umsetzung der Sanierung anhand der gutachterlichen Sanierungsempfehlungen des Sachverständigen E. In diesem Zusammenhang argumentiert die Beklagte im Gegenteil sogar, es habe vor dem Termin am 13.11.2017 keinen Kontakt zwischen dem von ihr beauftragten Sachverständigen K. und dem Sachverständigen E. gegeben. Entsprechend hat die Beklagte weiter ausgeführt, *"der beauftragte Sachverständige [E.] hätte sich zunächst einmal ein eigenes Bild darüber machen müssen, ob hier bereits eine Schimmelpilzbildung vorliegt oder nicht. ... Andernfalls ist er überhaupt nicht in der Lage, auf Basis dieser dann unzureichenden Entscheidungsgrundlage eine sinnvolle Entscheidung zu treffen"*.

Weiter heißt es hierzu, *"hätte der Sachverständige [E.] sich an die zahlreichen Vorgaben zur fachgerechten Aufnahme eines derartigen Schadens und zur Bestimmung eines sinnvollen Sanierungskonzeptes gehalten, ... wäre er zu der Erkenntnis gelangt, dass der Schaden wirtschaftlich sinnvoll durch die Durchführung einer Estrichdämmschichttrocknung sanieren lässt"*, und dies sei für die Versicherungsnehmerin der Klägerin erkennbar gewesen. Diese wäre selbst gehalten gewesen, auf das in den eigenen Reihen vorhandene technische Wissen zurückzugreifen und so schnell wie irgendwie möglich eine Trocknungsmaßnahme im Sinne einer Sofortmaßnahme einzuleiten.

Damit hat die Beklagte in erster Instanz noch den maßgeblichen bestimmenden Einfluss des Sachverständigen E. bezüglich der Wahl des Sanierungswegs und dessen Durchführung zugrunde gelegt, den sie nunmehr in Abrede stellen will.

Auch in ihrem letzten Schriftsatz aus erster Instanz vom 04.05.2022 findet sich erneut eine Auflistung, worauf die Beklagte ihre Einwendungen stützt; hierbei hat sie die von der Klägerin behauptete Abstimmung des Sanierungswegs mit ihrer - der Beklagten - Versicherung F. bestritten, nicht jedoch die Durchführung seitens der Geschädigten und Klägerin anhand der Ergebnisse der gutachterlichen Beratung und Begleitung durch den Sachverständigen E.

Die in der Berufungsbegründung angedeutete und im Schriftsatz vom 30.01.2023 ausgeführte Behauptung, die AKG habe ohne sachverständige Beratung die Entscheidung über den Sanierungsweg getroffen, ist damit jedenfalls als neuer Vortrag gemäß § 531 ZPO nicht zuzulassen. Die Meinung der Beklagten, dass auf dieser Grundlage auch *"kein Vertrauensschutz konstruiert werden"* könne, bleibt daher insoweit ohne Basis.

Soweit die Beklagte darüber hinaus eine Klarstellung vermisst, ob die Wahl des Sanierungswegs den Vorgaben des Sachverständigen E. oder aber des Sachverständigenbüros Dres. G. und H. gefolgt sei, erschließt sich dies dem Senat nicht. Laut Sanierungsempfehlung des Sachverständigenbüro G. und H. vom 26.09.2017 fand deren erster Ortstermin am 22.09.2017 statt, als die Sanierungsbereiche bereits staubdicht gegenüber angrenzenden Bereichen abgeschottet gewesen seien und der Fußbodenaufbau nahezu vollständig demontiert gewesen sei. Bereits hieraus ergibt sich, dass maßgeblich die Vorgaben des Sachverständigen E. umgesetzt wurden. Das legt die Beklagte an anderen Stellen ihren Ausführungen zudem durchgehend zugrunde, indem sie gerade ausführlich argumentiert, weshalb dessen Ausführungen - zudem erkennbar - unzutreffend gewesen seien und von der Klägerin respektive der Geschädigten nicht so hätten umgesetzt werden dürfen.

bb) Ergänzend wendet die Beklagte diesbezüglich ein, die genannten Maßstäbe seien nicht heranzuziehen, wenn und weil nicht die geschädigte AKG die sachverständige Sanierungsbegleitung in Auftrag gegeben habe, sondern die Klägerin selbst. Überdies sei unklar, wer von beiden die Entscheidung über den Weg getroffen habe und auf wen im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung abzustellen sei bei der Bewertung, ob er als vernünftig wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund fachlicher, sachkundiger Beratung den Sanierungsweg habe einschlagen dürfen.

Insoweit trifft es zu, dass das Landgericht teilweise auf die AKG als Bauherrin und teilweise auf die Klägerin abstellt. Die von der Beklagten vermisste Erläuterung, warum die Kammer insoweit teilweise auf die Erkenntnismöglichkeiten der Klägerin abgestellt habe, obwohl zunächst die Geschädigte die Anspruchsinhaberin gewesen sei, vermöchte allenfalls dann einen Unterschied zu begründen, wenn sich Diskrepanzen dahingehend ergäben, dass einer von beiden über überlegenes Wissen verfügt hätte, aufgrund dessen sich Zweifel an den sachverständigen Sanierungsempfehlungen und -vorgaben ergeben hätten. Dies ist indes nicht der Fall. Denn weder die AKG noch die Klägerin mussten die Verlässlichkeit der gutachterlichen Beratung anzweifeln und eine etwaige

Mangelhaftigkeit erkennen.

Insoweit argumentiert die Beklagte, dass sowohl die Geschädigte als auch die Klägerin geschäftserfahren seien. Die Argumentation geht anscheinend dahin, dass die Erkenntnismöglichkeiten beider Berücksichtigung zu finden hätten und der Vertrauensschutz in die Richtigkeit der durch den Sachverständigen E. empfohlenen Art der Sanierung entfallen müsse, wenn auch nur einer von beiden die angeblich überhöhten Kosten bei dieser Art der Sanierung hätte erkennen müssen. Unter welchen Umständen dies zutreffen mag, kann vorliegend dahinstehen.

cc) Denn weder in Bezug auf die Klägerin noch in Bezug auf die Geschädigte hat die Beklagte hinreichend substantiiert Umstände dargelegt, aufgrund derer diese Zweifel in den durch den Sachverständigen empfohlenen Sanierungsweg hätten entwickeln müssen. Hierzu führt die Beklagte unter Bezugnahme auf ihre Darlegungen in erster Instanz weiterhin aus, dass die Hürde/der Maßstab, den Vertrauensschutz zu zerrütten, nicht zu hoch sein dürften. Die Empfehlung des Sachverständigen E. seien indes offenkundig unzutreffend gewesen, was sogar jedem Laien hätte auffallen müssen, da der Sachverständige ohne Beprobung von einer Schimmelbelastung ausgegangen sei und zu einer solchen Beprobung hätte aufgefordert werden müssen. Abgesehen davon wäre bereits die Versicherungsnehmerin der Klägerin selbst angehalten gewesen, auf das in den eigenen Reihen vorhandene technische Wissen zurückzugreifen und so schnell wie irgendwie möglich eine Trocknungsmaßnahme im Sinne einer Sofortmaßnahme einzuleiten. Dies gelte erst recht vor dem Hintergrund, dass es sich bei einer Estrichdämmschichttrocknung im Unterdruckverfahren gemäß VdS 3151 um eine Regelmethode handele, wie ihr Sachverständiger K. ausgeführt habe und ein Sachverständigengutachten bestätigen werde.

Diese die Bewertung durch das Gericht ersetzenden Ausführungen der Beklagten vermögen insgesamt nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, wie die Klägerin oder die Geschädigte beurteilen sollen, wann mit einem Einsatz von Schimmelbildung zu rechnen sein soll und wann diesbezügliche Beprobungen sinnvoll sind. Zwar wurde das Sachverständigenbüro G. und H. erst am 19.09.2017 einbezogen und nahm am 22.09.2017 nach weitgehender Demontage einen ersten Ortstermin vor. Ob und wie dies bereits vor der die hohen Kosten auslösenden Demontage des Bodens überhaupt sinnvoll möglich gewesen wäre, vermag der Senat indes nicht zu beurteilen und sieht auch nicht, wie die Klägerin oder die Geschädigte dies hätten tun sollen.

Insbesondere lässt die Beklagte bei der in der Argumentation ihres Sachverständigen K. angeführten Beständigkeit des Estrichs gegen Schimmel außen vor, dass dennoch eine Versorgung umliegender Bereiche mit Feuchtigkeit dort auftretenden Schimmel begünstigen könnte. Warum die Klägerin und die Geschädigte wissen sollten, dass dies mit einer Trocknung in gleicher Weise vermeidbar sein sollte, erschließt sich dem Senat ebenfalls nicht.

Im Übrigen führt der Privatsachverständige K. in der von der Beklagten vorgelegten Stellungnahme zwar aus, er habe den die Maßnahme begleitenden Sachverständigen E. auf diese Möglichkeit angesprochen. Dass davon die Klägerin oder die Geschädigte ebenfalls informiert worden seien, findet sich indes nicht. Zwar führt der Sachverständige K. in den von der Beklagten vorgelegten Stellungnahmen zudem aus, dass für den Bereich einer KITA keine besonders strengen Anforderungen an die Grenzen bezüglich einer Schimmelbelastung zu stellen seien, weil Kinder insoweit keinen besonders empfindlichen Personenkreis darstellten. Vielmehr seien die allgemeinen Anforderungen an Wohngebäude ausreichend. Auch hierzu ist indes nicht ersichtlich, wieso - selbst wenn dies zutreffen sollte - die Klägerin und die geschädigte AKG dies hätten wissen müssen.

Ohnehin setzen sich diese Einwände der Beklagten nur mit der Frage der Schimmelbelastung auseinander. So lässt die Beklagte in ihrer Argumentation außen vor, dass der Sachverständige die Sanierungsempfehlung durch den Rückbau und Austausch des Estrichs und der weiteren Beläge

nicht allein wegen der Schimmelbelastung ausgesprochen hat, sondern zudem die andernfalls gegebene Reduzierung der Tragfähigkeit anführt. Es ist indes für einen Laien keineswegs selbstverständlich, ob ein Estrich, der nach seiner Trocknung wieder durchfeuchtet wurde, in gleicher Weise getrocknet werden kann wie nach seinem ersten Aufbringen. Beim ersten Mal trocknet die weiche Masse und wird dabei fest. Danach liegt eine bereits feste Schicht vor, die durchnässt und erneut zu trocknen wäre. Dies mag völlig anderen physikalischen Abläufen folgen, zumal selbst die Beklagte einen zwischenzeitlichen Verlust der Tragfähigkeit einräumt und hierzu nur ausführt, dieser bestehe nach vollständiger Trocknung nicht fort. Warum die Klägerin und die Geschädigte für den Fall einer erneuten Durchfeuchtung des Estrichs nach dem ersten Trocknen nicht von Einschränkungen der Tragfähigkeit und Dauerhaltbarkeit ausgehen durften, legt die Beklagte ebenfalls nicht dar. Hierzu ist nicht im Ansatz ausgeführt, wieso die Klägerin oder die Geschädigte in diesem Bereich vertiefte Kenntnisse haben sollten und hieraus Rückschlüsse auf eine mangelhafte gutachterliche Beratung ziehen können sollten. Dass sie schon andere Wasserschäden erlebt haben mögen, kann ersichtlich nicht ausreichen, diese Annahme zu begründen.

Gegen die Annahme, die Geschädigte und die Klägerin könnten einen erkannt unnötig teuren Sanierungsweg gewählt haben, spricht schon ihr eigenes Interesse an einer möglichst schnellen und sicheren, gleichzeitig indes kostengünstigen Lösung. Denn der Senat geht angesichts der geschäftlichen Erfahrung beider, die die Beklagte in ihrer Argumentation selbst anführt, sicher davon aus, dass beiden bewusst war, sich bei einer überbewerteten Sanierung Einwendungen der Beklagten gegenüberzusehen.

Und eine fahrlässige Verkennung ist ebenfalls nicht erkennbar. Selbst wenn die Estrichdämmschichttrocknung im Unterdruckverfahren gemäß VdS 3151 - wie die Beklagte behauptet - vorliegend die Regelmethode darstellen sollte, ist nicht dargelegt oder ersichtlich, dass die Klägerin und/oder die Geschädigte dies hätten wissen müssen. So stellt der Sachverständige E. dies auch in seinen späteren Ausführungen für das vorliegende Sanierungsprojekt weiterhin in Abrede. Insoweit ist naheliegend davon auszugehen, dass die von der Beklagten vermissten kritischen Nachfragen der Klägerin oder der AKG zu keinem anderen Sanierungsweg geführt hätten. Jedenfalls ist das Gegenteil nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

Insgesamt sind damit keine Anhaltspunkte ersichtlich, die das Vertrauen der Klägerin oder der Geschädigten in den durch den Gutachter E. empfohlenen Sanierungsweg hätten erschüttern müssen.

dd) Angesichts dieses berechtigten Vertrauens, das die Klägerin wie auch die AKG in die Sanierungsempfehlung des die Ausführung begleitenden Gutachters haben durften, kommt auch kein Mitverschulden in Betracht. Auch insoweit bedarf es daher keiner Erörterung, inwieweit ein Mitverschulden der AKG einerseits oder der Klägerin selbst andererseits ansonsten anspruchsmindernd Berücksichtigung zu finden hätte.

d) Die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts der Beklagten wegen eines etwaigen Anspruchs gegen die Klägerin analog § 255 BGB auf Abtretung von Ansprüchen gegen die J. E. GmbH kommt nicht in Betracht. Auch insoweit begegnet die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis keinen Bedenken. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht hinreichend konkretisiert geltend gemacht hat. Zwar hat das Landgericht insoweit nicht den gesamten Umfang des Anspruchs erkannt, den die Beklagte ihrem Anspruch analog § 255 BGB zugrunde legt. Dieser umfasst nicht lediglich die Erstattung der Vergütung der J. E. GmbH wegen fehlerhafter Begutachtung und Sanierungsempfehlung, sondern - vorrangig - die Erhöhung der Sanierungskosten aufgrund der Wahl des vermeintlich falschen Sanierungswegs.

Dies bleibt indes ohne Auswirkung, denn ohnehin bedürfte es insoweit für eine analoge Anwendung

des § 255 BGB einer planwidrigen Regelungslücke. Eine solche ist vorliegend nicht gegeben. Denn soweit die von der Beklagten geltend gemachten schuldhaften Versäumnisse der J. E. GmbH wegen fehlerhafter Begutachtung und fehlerhafter Sanierungsempfehlung des Wasserschadens vom 23.08.2017 in Bezug auf den umfassenden Rückbau des Fußbodenaufbaus in der Gestalt eines Totalabrisses des Estrichs, des Parkettbodens, der Dämmlage und der Fußbodenheizung mit anschließender Wiederherstellung tatsächlich bestehen sollten, begründeten sie ohnehin bereits nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einen eigenen Anspruch der Beklagten. Die Beklagte bedarf daher keiner analogen Anwendung des § 255 BGB, um etwaig bei der AKG oder der Klägerin entstandene Ansprüche nach deren Abtretung an sich selbst verfolgen zu können. Vielmehr kann sie - soweit sie aufgrund schuldhaft fehlerhafter gutachterlicher Begleitung der Sanierung durch die J. E. GmbH zu hohe Sanierungskosten zu tragen hat - diesbezüglich unmittelbar ihren eigenen Schadensersatzanspruch gegenüber der J. E. GmbH geltend machen.

Zwar bestehen zwischen der Beklagten und der J. E. GmbH keine eigenen vertraglichen Beziehungen. Die Beklagte ist aber in den Schutzbereich des von der Geschädigten respektive der Klägerin als deren Versicherung erteilten Gutachterauftrags einbezogen. Dritte werden, damit die Haftung nicht unkalkulierbar wird, (nur) dann in den Schutzbereich eines Vertrags einbezogen, wenn sie sich - für den Schuldner erkennbar - in Leistungsnähe befinden und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen in ähnlicher Weise ausgesetzt sind wie der Gläubiger selbst (vgl. Grüneberg in: Grüneberg, 82. Auflage, § 328, Rn. 17 f. m. w. N.). Wann dies der Fall ist, ist nach allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln. Insoweit wird bei einem Gutachten zur Feststellung der Schadenshöhe für die Schadensregulierung durch eine gegnerische Haftpflichtversicherung eine Schutzwirkung zu deren Gunsten (hinsichtlich der Feststellung eines zutreffenden Schadens, auch wenn dieser niedrig ist) angenommen.

Dies gilt, obwohl der Auftraggeber in einem solchen Fall seinerseits ein Interesse an der Feststellung eines möglichst hohen Schadens hat, den er ersetzt verlangen könnte. Trotz dieses gegenläufigen Interesses gegenüber demjenigen des Auftraggebers entfaltet der zum Zwecke der Regulierung eines Schadens geschlossene Gutachtervertrag zur Ermittlung der Anspruchshöhe Schutzwirkung zu Gunsten der regulierungspflichtigen Haftpflichtversicherung (vgl. Oberlandesgericht München, Urteil vom 11.06.1990, Az. **31 U 5232/89**). Insoweit genügt es für die Einbeziehung in den Schutzbereich, wenn für den Gutachter erkennbar war, dass seine Ausarbeitung einer letztlich zahlungsverpflichteten Versicherung vorgelegt werden wird, denn damit ist die Schutzpflicht hinreichend überschaubar und klar abgegrenzt (vgl. Oberlandesgericht München, Urteil vom 11.06.1990, Az. **31 U 5232/89**).

Dies muss vorliegend umso mehr gelten. Denn Gegenstand des Gutachtervertrags ist nicht lediglich die gutachterliche Bemessung eines bereits im Umfang feststehenden Schadens. Vielmehr war es die vertragliche Aufgabe der J. E. GmbH, die zur Schadensbeseitigung erforderlichen Maßnahmen festzustellen und zu begleiten. Dabei war es für die J. E. GmbH ersichtlich, dass - soweit diese ex ante als notwendig anzusehen sein würde - ein Dritter, vorliegend die Beklagte, eintrittspflichtig sein würde. Für die J. E. GmbH war daher von Beginn an ersichtlich, dass sie nicht lediglich im Interesse der Geschädigten eine risikofreie und sichere Schadensbeseitigung vorschlagen und umsetzen lassen sollte, sondern dabei zugleich im Interesse der Beklagten zu berücksichtigen hatte, dass dies nicht zu deren Lasten durch eine unnötig teure Durchführung erfolgen durfte.

Sollte die J. E. GmbH insoweit ihre zugunsten der Beklagten bestehenden Schutzpflichten schuldhaft verletzt haben, stünde dieser damit ein eigener Anspruch zu. Ob dies der Fall ist, braucht der Senat nicht entscheiden. Denn jedenfalls entfällt hierdurch die Regelungslücke, die eine analoge Anwendung des § 255 BGB rechtfertigen könnte. Denn entweder bestehen die Ansprüche, deren Abtretung die Beklagte Zug-um-Zug geltend macht nicht oder sie stehen ihr ohnehin bereits zu. In beiden möglichen Varianten besteht jedenfalls keine Regelungslücke, die in der Weise zu schließen

sein könnte, dass die Beklagte die Abtretung Zug-um-Zug gegen Zahlung des geschuldeten Schadensersatzes verlangen könnte.

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

4. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Streitwert für beide Instanzen: 255.985,35 Euro.