
Datum: 28.10.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 6/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:1028:I23U6.03.00

Tenor:

I. Die Berufung der Beklagten zu 1) gegen das am 4. Juni 2002 verkündete Urteil der 7. Zivil-kammer des Landgerichts Düsseldorf wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor hinsichtlich des von der Beklagten zu 1) zu zahlenden Betrages gemäß § 319 ZPO dahin berichtigt wird, dass an die Stelle von 122.710,86 € der Zahlungsbetrag von 122.710,06 € tritt und die Kostentscheidung bezüglich der außergerichtlichen Kosten der Kläger wie folgt geändert wird:

Die außergerichtlichen Kosten der Kläger tra-gen diese selbst zu 32 % und die Beklagte zu 1) zu 68 %.

II. Die Kosten dieses Berufungsverfahrens wer-den wie folgt aufgeteilt:

Die Gerichtskosten tragen die Beklagte zu 1) zu 78 % und die Kläger zu 22 %.

Die außergerichtlichen Kosten der Kläger tra-gen diese selbst zu 33 % und die Beklagte zu 1) zu 67 %.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 trägt diese selbst.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) und 3) tragen die Kläger.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Jede Partei darf die Vollsteckung der anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatsächliche Feststellungen

1

Die Kläger, Miteigentümer bzw. ehemalige Miteigentümer der Wohnungseigentumsanlage N in E, machen aus übergegangenem Recht der M B GmbH (im folgenden M) Ansprüche wegen Mängel des Daches der Wohnungseigentumsanlage gegen die Beklagte geltend.

2

Die Kläger erwarben in den Jahren 1978/79 von der M als Bauträger von dieser zu errichtende Eigentumswohnungen. Die Beklagte zu 1) erstellte für die Anlage als Subunternehmerin ein Riluform-Flachdach. Dem lag der Auftrag der M vom 15.12.1977, der auf die Angebote der Beklagten zu 1) vom 08.11.1977 Bezug nimmt, zugrunde. Der Teil des Daches, der oberhalb des Erdgeschosses liegt, sollte eine innen liegende Wärmedämmung erhalten, der übrige Teil als sogenanntes Umkehrdach eine Außendämmung. Nach Fertigstellung der Wohnungseigentumsanlage im Jahre 1979 rügten die Miteigentümer Undichtigkeiten des Daches, die die M bestritt. Der von den Eigentümern bevollmächtigte "Mängelbeauftragte" R leitete daraufhin ein selbständiges Beweisverfahren gegen die M ein – 21 H 27/82 AG Mettmann – in dem der Sachverständige G ein Gutachten verfasste. Es schloss sich ein Rechtsstreit zwischen den Klägern und der M an – 1O 375/84 LG Düsseldorf = 5 U 41/87 OLG Düsseldorf – an. Die M verkündete der jetzigen Beklagten zu 1) in diesem Rechtsstreit unter dem 09.07.1985 den Streit, worauf die Beklagte zu 1) dem Rechtsstreit auf Seiten der M beitrug. Während dieses Rechtsstreits beauftragten die Kläger den Sachverständigen M mit der Erstattung eines Schiedsgutachtens im Hinblick auf eine zwischen ihnen und der M bestehenden Schiedsgutachterabrede. Auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen M vom 08.04.1986, das das Landgericht als bindend ansah, wurde die M zur Zahlung von 476.539,30 DM Kostenvorschuss verurteilt. Die Beklagte zu 1) als damalige Streithelferin der M legte gegen diese Entscheidung erfolglos Berufung und Revision ein. Die Kläger ließen ab dem Jahre 1987 Sanierungsarbeiten an dem Dach ausführen. Durch den Beschluss des Amtsgerichts Mettmann vom 12.05.1987 (10 M 1969/87) haben sie angebliche Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche der M gegen die Beklagte zu 1) gepfändet und sich durch Beschluss des Amtsgerichts vom 12.01.1988 zur Einziehung überweisen lassen.

3

Die Kläger nehmen die Beklagte zu 1) aus dem durch die Pfändung und Überweisung auf sie übergegangenen Recht auf Ersatz der Sanierungskosten in Anspruch. Sie haben sich darauf berufen, dass die Beklagte zu 1) die Arbeiten mangelhaft ausgeführt habe und verpflichtet sei, ihnen die Sanierungskosten zu erstatten. Dem ist die Beklagte zu 1) entgegengetreten, weil auch andere Unternehmen an den Dacharbeiten beteiligt gewesen und Undichtigkeiten nicht auf ihr Gewerk zurückzuführen seien. Die Voraussetzungen für ihre Inanspruchnahme lägen nicht vor, zumal angebliche Ansprüche jedenfalls verjährt seien. 4

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen des Teilurteils des Landgerichts vom 30.04.1991, des Schlussurteils der 7. Zivilkammer vom 04.08.1992, des Berufungsurteils des Senats vom 26.10.1993, mit dem Rechtsstreit zurückverwiesen wurde, sowie des am 04.06.2002 verkündeten Schlussurteils des Landgerichts Düsseldorf. 5

Das Landgericht hat die Beklagte zu 1) nach Einholung von Sachverständigengutachten zur Erstattung von Nachbesserungskosten in Höhe von 122.710,86 € und weiteren 399,22 € Beweisaufnahmekosten zu Händen der Verwalterin verurteilt und ausgeführt: Den Klägern stehe aus übergegangenem Recht ein Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten zu, wobei dahin stehen könne, ob die M und die Beklagte zu 1) die Geltend der VOB/B vereinbart hätten. Der Anspruch ergebe sich aus § 633 Abs. 3 BGB oder § 13 Nr. 5 VOB/B. Da die jetzige Beklagte zu 1) als Streithelferin dem Rechtsstreit zwischen den Klägern und der M auf Seiten der M beigetreten sei, das Vorhandensein von Mängeln geleugnet und Klageabweisung beantragt habe, sei sie ohne weitere Nachbesserungsaufforderungen in Verzug geraten. Die Beklagte habe einen Teil des Daches mit Innendämmung inklusive aller Materialien geschuldet und dieses habe sie mangelhaft erstellt, weil die erforderliche Dampfsperre fehle. Ferner habe die Beklagte Dehnungs- und Kompressionsfugen unzureichend erstellt, die Aufkantung fehlerhaft ausgebildet und für den Bereich des Umkehrdaches unzulängliches Dämmmaterial verwandt. Risse in den Stahlbetonplatten seien ebenfalls auf ihre fehlerhafte Arbeiten zurückzuführen. Die erforderlichen und deshalb zu erstattenden Mängelbeseitigungskosten beliefen sich auf 240.000 DM, die Kürzung wegen eines Mitverschuldens der Kläger sei nicht gerechtfertigt sei. Die Kläger könnten auch die Kosten für die Hinzuziehung von Handwerkern im Rahmen der Beweisaufnahme erstattet verlangen. Diese Forderung der Kläger sei nicht verjährt. 6

Die Beklagte zu 1), die darauf hinweist, dass sie seit dem 14.03.2002 unter L GmbH Co. KG firmiert, wendet sich gegen diese Entscheidung mit ihrer Berufung. Zur Begründung des Rechtsmittels führt sie aus: 7

Das Landgericht habe einen Kostenerstattungsanspruch zuerkannt, obwohl die Kläger Schadensersatz geltend gemacht hätten. Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches lägen nicht vor. Sie sei weder von den Klägern noch der M zur Nachbesserung aufgefordert worden. Die Kläger hätten ihre Forderung auch im Prozess mit Planungsfehlern begründet, eine Planung habe sie aber nicht geschuldet. Die Streitverkündung durch die M habe eine Mängelbeseitigungsaufforderung nicht entbehrlich gemacht, da die M das Vorhandensein von Mängeln gerade geleugnet habe, und für sie, die Beklagte zu 1), nicht erkennbar gewesen sei, was sie hätte nachbessern sollen, da sie nur einen Teil der gesamten Arbeiten am Dach ausgeführt habe. Da die M auch einem weiteren Unternehmen und dem Architekten den Streit verkündet habe, hätte klargestellt werden müssen, welche Nachbesserungen von ihr verlangt werden. Eine Mängelbeseitigungsaufforderung durch einen Dritten sei zudem rechtlich ohne Wirkung. Die M habe nach Vorlage der Gutachten auch nicht sie, sondern den anderen Streitverkündeten 8

in Anspruch genommen. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass sie in dem Vorprozess die M unterstützt habe. Vielmehr sei sie immer bereit gewesen, konkreten Mängelbeseitigungsverlangen der M nachzukommen. Sie sei für die angeblichen Mängel nicht verantwortlich. Mit der Anbringung einer Dampfsperre sei sie nicht beauftragt gewesen, insoweit verkenne das Landgericht den Auftragsumfang. Es habe auch keine Hinweispflicht bestanden und letztlich hätten die geringen Kondensatniederschläge keine umfangreiche Erneuerung der Wärmedämmung erforderlich gemacht. Das Landgericht habe fehlerhaft auch Sowiesokosten außer Ansatz gelassen. Sie habe weder zu wenig noch mangelhafte Fugen ausgebildet, was sich auch aus den Gutachten ergebe. Im übrigen seien Gutachten aus Verfahren, an denen sie nicht beteiligt war, nicht verwertbar. Für Risse der Betondecke sei sie nicht verantwortlich. Auch insoweit seien die ohne ihre Verfahrensbeteiligung erstellten Gutachten nicht verwertbar. Zudem sei die Ursache der Risse nicht untersucht worden. Es handele sich um Setzrisse, die in den Verantwortungsbereich des Tragwerksplaners, der M, fielen. Die Aufkantung habe sie gemäß der vorgegebenen Planung, von der eine Abweichung schon wegen der sonstigen Gestaltung der M nicht möglich gewesen sei, ordnungsgemäß mit ausreichender Abdichtungshöhe erstellt. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht ihren Vortrag übergangen, wonach das verwandte Dämmmaterial nach dem Stand der Technik ausreichend und fachgerecht gewesen sei, was spätere Untersuchungen bestätigt hätten. Entsprechend habe die M ihre Arbeiten abgenommen und die Kiesschüttung aufgebracht. Auch unter Zugrundelegung der Ausführungen des Landgerichts seien die berechneten Mängelbeseitigungskosten zu hoch. Da sie nur Teile der Dacharbeiten vertraglich geschuldet habe, könnten die Kläger nicht im Wege des Schadensersatzes eine komplette Dacheindeckung verlangen. Die veranschlagten Kosten enthielten zahlreiche Positionen, die mit ihren Arbeiten nicht im Zusammenhang stünden. Kosten der Beweisaufnahme seien nicht zu regulieren. Zudem hätten die Kläger die Rechnungen der Unternehmer nicht bezahlt und könnten keine Umsatzsteuer berechnen. Ein Anspruch sei zudem auch unter Berücksichtigung der Streitverkündung verjährt.

Die Beklagte zu 1) beantragt,	9
das Schlussurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 04.06.2002 zu ändern und die Klage abzuweisen.	10
Die Kläger, die in der Berufungsinstanz ihre Klage gegen die Beklagte zu 2) als derzeit persönlich haftende Gesellschafterin und den Beklagten zu 3) als früheren persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten zu 1) erweitert haben, haben die Klage gegen die Beklagten zu 2) und 3) vor Eintritt in die mündliche Verhandlung zurückgenommen und beantragen,	11
die Berufung der Beklagten zu 1) zurückzuweisen.	12
Die Kläger tragen vor:	13
Gegenstand der Klageforderungen seien Ansprüche auf Ersatz von Nachbesserungskosten gemäß § 633 Abs. 3 BGB. Diese habe das Landgericht zu Recht zuerkannt. Die Beklagte zu 1) habe die komplette Herstellung dichter Riluform-Dächer geschuldet und diesen Leistungserfolg habe sie nicht erbracht, wie die Gutachter festgestellt hätten. Die von der Beklagten zu 1) erbrachte Werkleistung sei mangelhaft gewesen, weil sie ein undichtes Dach hergestellt habe. In Kenntnis der Gutachten habe die Beklagte zu 1) die festgestellten Mängel bestritten und gegen die Verurteilung der M im Vorverfahren vergeblich Berufung und Revision eingelegt. Durch die Streitverkündung und den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss habe die Beklagte zu 1) gewusst, welche	14

Nachbesserungsansprüche gegen sie geltend gemacht wurden, sei aber untätig geblieben. Sie, die Kläger, hätten kostengünstige Nachbesserungsarbeiten ausgeführt und seien dadurch unter den von den Gutachtern veranschlagten Beträgen geblieben. Sämtliche Nachbesserungsarbeiten seien notwendig gewesen, um die Mängel der Werkleistungen der Beklagten zu 1) zu beseitigen, was auch bezüglich der Arbeiten an sonstigen Gewerken gelte, die notwendigerweise durch die Mängelbeseitigung in Mitleidenschaft gezogen worden seien.

Rechtliche Feststellungen

Die Berufung der Beklagten zu 1) ist zulässig, in der Sache aber nicht begründet. Das Urteil des Landgerichts weist keine Rechtsfehler auf, der zugrunde zu legende Sachverhalt rechtfertigt keine andere Entscheidung, §§ 513, 529 ZPO. Der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung war lediglich wegen eines Umrechnungsfehlers zu berichtigen und wegen der Entscheidung zu den außergerichtlichen Kosten der Kläger in der ersten Instanz zu ändern.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis zum 31.12.2001 geltenden Bestimmungen anzuwenden, Art. 229, § 5 EGBGB.

A.

Den Klägern steht aus übergegangenem Recht ein Anspruch auf Erstattung der Nachbesserungskosten in Höhe von 122.710,06 € gegen die Beklagte zu 1) zu, § 13 Nr.5 VOB/B, 829, 836 ZPO.

1.

a) Die Kläger sind aufgrund der Pfändungs – und Überweisungsbeschlüsse Inhaber der Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche, die der M aus ihrem Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu 1) zustanden. Bezüglich der Wirksamkeit der Beschlüsse des Amtsgerichts Mettmann (10 M 1969/87) vom 12.05.1987, 12.01.1988 und 14.02.1990 wird auf die Ausführungen des Senats im Urteil vom 26.10.1993 Bezug genommen.

b) Zu den auf die Kläger übergegangenen Ansprüchen gehört der Anspruch auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B. Die M hatte die Beklagte unter Einbeziehung der VOB mit der Erstellung des Riluforn-Daches an der Wohnungseigentumsanlage beauftragt. Die M, die damals noch unter I B GmbH firmierte, erteilte der Beklagten mit Schreiben vom 15.12.1977 den Auftrag gemäß deren Angebote vom 08.11.1977 ausdrücklich unter Einbeziehung der VOB. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vereinbarung der VOB/B bestehen nicht.

c) Die Klägerin hat ihren Anspruch zunächst als Schadensersatzanspruch bezeichnet. Hierdurch hat sie entgegen der Auffassung der Beklagten nicht das Recht verloren, den Zahlungsanspruch auf die Regelung über die Erstattung von Mängelbeseitigungskosten zu stützen, auf den sie sich erkennbar gemäß den Ausführungen im Urteil des Senats vom 26.10.1993 beruft. Der Auftraggeber hat die Wahl, ob er Mängelbeseitigungsrechte, hierzu zählt auch der Kostenerstattungsanspruch, oder Schadensersatz geltend macht. Dieses Wahlrecht verliert er erst dann, wenn entweder den Gewährleistungsanspruch vollzogen bzw. rechtskräftig zuerkannt oder der Schadensersatzanspruch rechtskräftig anerkannt wurde (BGH in NJW 1990, 2680). Der Übergang von dem Schadensersatz auf den Kostenerstattungsanspruch ist allerdings eine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO (BGH in BauR 1998, 369). Der Kostenerstattungsanspruch ist ein der Nachbesserung

zuzuordnender Gewährleistungsanspruch (vgl. dazu Wirth in Ingenstau/Korbion, 14. Auflage, § 13 Rn. 537) und begründet daher einen anderen Streitgegenstand als der verschuldensabhängige Schadensersatz. Die Klageänderung ist jedoch sachdienlich. Es mag dahin stehen, ob dies generell bei einem Wechsel zwischen Gewährleistung und Schadensersatz anzunehmen ist (so wohl OLG Rostock in BauR 1997, 654; Sieburg "Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag", 4. Auflage Rn. 2838). Sachdienlichkeit ist anzunehmen, wenn mit der geänderten Klage die noch bestehenden Streitpunkte geklärt werden können und ein weiterer Prozess verhindert wird. Dies ist hier der Fall. Denn es macht für die Entscheidung des Rechtsstreits keinen wesentlichen Unterschied, ob die allein geltend gemachten Nachbesserungskosten als Teil des nach § 13 Nr. 7 VO/B zu leistenden Schadensersatzes zu erstatten sind oder im Rahmen des Erstattungsanspruches nach § 13 Nr.5 VOB/B.

2. 24

Die Beklagte zu 1) hat ihre Leistungen, die sie gegenüber der M zu erbringen hatte, mangelhaft ausgeführt, § 13 Nr. 1 VOB/B, so dass sie zur Nachbesserung verpflichtet war. Sie schuldete gemäß dem Auftragsschreiben der I B GmbH, deren Firmierung später in M B GmbH geändert wurde, die Ausführung der von ihr unter dem 08.11.1977 angebotenen Rilufarm-Dächer. Die auf die Beweisaufnahme gestützte Auffassung des Landgerichts, dass über den schriftlichen Auftrag hinaus die Beklagte zu 1) mit keinen weiteren Leistungen an diesem Bauvorhaben beauftragt wurde, ist zutreffend. 25

a) 26

Eine vertragsgemäße Leistung liegt nur dann vor, wenn der Auftragnehmer einen Werkerfolg herbeigeführt hat, der die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich sind. Entspricht die Werkleistung nicht diesen Anforderungen, ist sie nicht vertragsgerecht. Der Auftragnehmer schuldet im Rahmen der getroffenen Vereinbarung ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk (BGH in BauR 2000, 411 betreffend Dichtigkeit eines Daches; in BauR 1999, 381, in BauR 1999, 37, in BauR 1998, 872). Diesen Anforderungen wird die Bauleistung der Beklagten zu 1) nicht gerecht. Die Beklagte zu 1) übersieht, dass sie ein dichtes Dach schuldete. Dem genügt das von ihr erstellte Rilufarm-Dach nicht, weil Nässe und Feuchtigkeit eindringen konnten. Dieses Eindringen von Nässe und das Auftreten von Feuchtigkeit ist auch nicht erst Folge unsachgemäßer Anschlussarbeiten anderer Unternehmer, sondern ist darin begründet, dass die Beklagte zu 1) nicht sämtliche der von ihr zu erbringenden Einzelleistungen, aus denen sich die Gesamtleistung Rilufarm-Dach zusammensetzt, mangelfrei erbracht hat. 27

In dem Auftragsschreiben der I B GmbH vom 15.12.1997 wurde die von der Beklagten zu 1) zu erbringende Leistung wie folgt beschrieben: 28

"Die Leistung umfasst die Freiflächen der Erdgeschoss-Decke sowie die gesamte Dachdecke im 4. Obergeschoss inklusive Maschinenräume. 29

Die Erdgeschoss-Decke wird wie folgt ausgeführt: 30

- Einbau und Lieferung der Multi-Gullies, 31
- Lieferung sämtlicher Beton-Zusatzmittel,
- Nachbehandeln der Betonoberfläche und der erforderlichen 15 cm Aufkantung,
- das Anbringen der innenliegenden Wärmedämmung incl. aller erforderlichen Materialien

Im Preis inbegriffen sind alle Wand- Tür- und Dehnungsfugenanschlüsse sowie das Liefern 32 und Verlegen der Gleitlager.

Für die Dachdecke gilt im Prinzip das Vorhergesagte, jedoch wird die Isolierung, 100 mm 33 stark, auf die Oberseite der Decke aufgebracht und sturmsicher verankert."

Weitere Einzelheiten der von der Beklagten zu 1) zu erbringenden Arbeiten sind in ihren 34 Angeboten vom 08.11.1977 aufgeführt. Es ergibt sich im Wege der Vertragsauslegung, dass die Beklagte zu 1) umfangreiche, komplexe Leistungen schuldete, um ein dichtes Dach herzustellen. Die Leistungspflicht der Beklagten zu 1) bezog sich dabei nicht allein auf die speziell aufgeführten Arbeiten, sondern auf alle erforderlichen Arbeiten, die zur Herstellung eines dichten Daches notwendig waren. Die Dichtigkeit des Daches als Werkerfolg hatte die Beklagte zu 1) zugesagt und dafür eine 10-jährige Gewährleistung übernommen. Der Sachverständige Prof. O hat in seinem Gutachten vom 08.01.1999 die Flachdachherstellung mittels Rilufarm-Dächer näher erläutert. Nach den insoweit unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Gutachters wird dabei die Flachdachabdichtung und Wärmedämmung durch wasserundurchlässigen Beton mit unterseitiger oder oberseitiger Wärmedämmung realisiert. Die Betondecke selbst wird von dem Rohbauer erstellt. Der Unternehmer, der das Rilufarm Dach herzustellen hat, muss komplexe Leistungen erbringen, die Elemente einer Ingenieurplanung, der Bauleitung und eines ausführenden Bauunternehmers umfassen. Die geschuldete Wasserdichtheit der Stahlbetondecke ist nur zu erreichen, wenn bei der Fugenteilung, bei der Bewehrung der Decke, beim Betonieren selbst und bei der Nachbehandlung des Betons bestimmte Regeln eingehalten werden. Der Anbieter eines solchen Daches schuldet deshalb konstruktiv statische Beratung und Detailvorschläge, die Lieferung von speziell für diese Konstruktion in die Schalung einzubauende Gullys und Hüllrohre, die Beifügung von Zusatzmittel in den Frischbeton vor dem Betonieren, die Nachbehandlung des Betons, damit dieser nur langsam trocknet und rissfrei bleibt sowie die Verdichtung des Betons durch spezielle Rüttelverfahren. Es oblag der Beklagten zu 1) zudem, Gleitlager zu liefern, damit die Stahlbetondecke bei Längenänderung nicht reißt oder Schäden an Nachbarbauteilen verursacht, die Dehnfugen, Kontraktionsfugen und Anschlüsse zwischen Dach und Wand abzudichten sowie nach Fertigstellung der wasserundurchlässigen Stahlbetondeckenplatte beim Dach des Erdgeschosses die Wärmedämmung unterseitig zu montieren und bei den Dächern auf dem 4. Obergeschoss eine außenseitige Wärmedämmung als "Umkehrdach-Wärmedämmung" herzustellen. Die Beklagte zu 1) hat nicht in Abrede gestellt, dass sich aus ihren Angeboten und dem schriftlichen Auftrag der I B GmbH die von dem Sachverständigen Prof. O dargelegten Einzelleistungen zur Herstellung des Rilufarm Daches ergeben. Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht ihre vertraglich geschuldeten Leistungen im Sinne der Ausführungen des Sachverständigen ausgelegt hat.

b) 35

Das von der Beklagten geschuldete Rilufarm Dach musste, um den vertraglich geschuldeten 36 Anforderungen zu genügen, dicht sein, frei von sonstigen Mängeln und dem Stand der Technik entsprechen. Diesen Anforderungen ist die Werkleistung der Beklagten nicht gerecht geworden. Nach Fertigstellung der Wohnungseigentumsanlage traten in den unter den Flachdächern gelegenen Räumen Feuchtigkeit und Nässe auf. Das Landgericht hat verfahrensfehlerfrei die Feststellungen der Sachverständigen M und G hierzu im Urkundenbeweis berücksichtigt. Da die Beklagte zu 1) weder an dem selbständigen Beweisverfahren R gegen M (AG Mettmann 21 H 27/82) noch an dem Schiedsgutachterverfahren zwischen den Klägern und der M als Partei beteiligt war, können

diese Gutachten nicht als Sachverständigenbeweis gemäß § 402 ZPO Berücksichtigung findet. Die Gutachten des Sachverständigen G vom 03.08.1984 und des Sachverständigen M vom 08.04.1986, die sich beide mit Feststellungen zu den Rilufarm Dächern befassen, sind aber im Rahmen des Urkundenbeweises zu berücksichtigen, da sie tatsächliche Feststellungen zu den ausgeführten Arbeiten und den behaupteten Mängeln wiedergeben (zur Zulässigkeit der Verwertung von Gutachten im Rahmen des Urkundenbeweises: BGH in NJW 2002, 2324; in NJW 2000, 3072, 3073; in NJW 1997, 3381; in NJW 1995, 1294; in NJW 1982, 2874). Der Einwand der Beklagten, es könne nicht zwischen tatsächlichen Feststellungen in den Gutachten und der Wertung der Sachverständigen unterschieden werden, trifft nicht zu. Sowohl das Gutachten des Sachverständigen M als auch das des Sachverständigen G trennen zwischen den tatsächlichen Feststellungen, die sie jeweils mit Lichtbildern dokumentierten, und ihren Schlussfolgerungen. Daher konnten die Sachverständigen K und O auf der Grundlage der urkundlich belegten tatsächlichen Feststellungen der Vorgutachter ihre eigenen Überlegungen anstellen und Folgerungen ziehen. Die urkundlich belegten Feststellungen greift die Beklagte auch nicht als unrichtig an. Soweit sie Folgerungen aus den urkundlich belegten Feststellungen bestreitet und Mängel ihrer Werkleistung sowie die Höhe der erforderlichen Nachbesserungskosten in Abrede stellt, hat das Landgericht ihre Verteidigungsrechte dadurch ausreichend gewahrt, dass es Gutachten der Sachverständigen K und O zu diesen Fragen hat erstellen lassen (zur Notwendigkeit ergänzenden Sachverständigengutachten vgl. BGH in NJW 2002, 2324; in NJW 2000, 3072, 3073).

Gestützt auf die urkundlich belegten tatsächlichen Feststellungen der Sachverständigen G im Gutachten vom 03.08.1984 und des Sachverständigen M vom 08.04.1986 sowie auf die vom Landgericht eingeholten Gutachten der Sachverständigen K vom 25.10.1991 und des Sachverständigen O vom 08.01.1999, der Anhörung des Sachverständigen O im Termin vom 11.08.1999 und dessen Ergänzungsgutachten vom 25.09.2001 hat das Landgericht Mängel der Werkleistung der Beklagten zu 1) festgestellt. Die auf der Grundlage der Gutachten getroffene Entscheidung weist keine Rechtsfehler auf. Das Landgericht hat die Ausführungen und tatsächlichen Feststellungen der Sachverständigen umfassend gewürdigt. Konkrete Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die eine neue Begutachtung nach § 412 ZPO rechtfertigen könnten, ergeben sich nicht. Im einzelnen:

aa) Fehlende Dampfsperre 38

Es war, wie die Sachverständigen G und M festgestellt haben, in dem Bereich, in dem die Beklagte zu 1) das Dach mit einer innenliegenden Wärmedämmung versehen hatte, zu erheblichen Feuchtigkeiterscheinungen gekommen. Ursächlich hierfür war, dass die Beklagte zu 1) eine Wärmedämmung ohne Dampfsperre eingebracht hatte. Der Sachverständige K hat hierzu ausgeführt, dass eine unterseitige Wärmedämmung, die nicht durch eine Dampfsperrschicht gegen die aus den Räumen aufsteigende Feuchtigkeit geschützt wird, binnen kurzem durchfeuchtet ist. Der Sachverständige O teilt diese Auffassung. Die Auffassung der Beklagten, sie habe eine solche Dampfsperre nicht geschuldet, weil diese nicht im Vertragstext aufgeführt ist, trifft nicht zu. Sie schuldet, wie oben ausgeführt, ein funktionstaugliches Rilufarm-Dach mit Wärmedämmung und dieser Werkerfolg konnte nur bei ordnungsgemäßer Aufbringung einer diffusionsdichten Wärmedämmung erreicht werden. So führte der Sachverständige O bei seiner Anhörung aus:

"Ich bin mit sicher, dass die Art der Wärmedämmung, wie sie hier vorgenommen wurde, nicht sachgerecht war. Eine unten angebrachte Mineralfaserdämmung ohne Dampfsperre kann

nicht funktionieren. "

Da die Dampfsperre zwingend erforderlich ist, um den Werkerfolg, ein funktionstaugliches innengedämmtes Ruluform Dach herzustellen, oblag es der Beklagten – auch ohne einen ausdrücklichen Hinweis in dem Vertrag – für das Anbringen der Dampfsperrschicht Sorge zu tragen. Zu Recht haben daher der Sachverständige O und ihm folgend das Landgericht das Fehlen der Dampfsperre und das Fehlen von Wärmedämmungen an einbindenden Bauteilen als einen Mangel der von der Beklagten schuldeten Werkleistungen bezeichnet. 41

Im übrigen hat das Landgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass selbst vom Standpunkt der Beklagten zu 1) ihre Verpflichtung bestand, den Auftraggeber auf die Notwendigkeit einer Dampfsperre hinzuweisen. Das Unterlassen eines solchen Hinweises rechtfertigt die Gewährleistungspflicht der Beklagten zu 1) ebenfalls. 42

bb) fehlerhafte Dehnungs- und Kompressionsfugen 43

Der Sachverständige K hat auf der Grundlage der Fotodokumentation der Sachverständigen G und M im einzelnen die unzureichend abgedichteten Fugen dargestellt. Dem ist der Sachverständige O gefolgt. Zu Unrecht meint die Beklagte zu 1), der Sachverständige O übernehme unzulässigerweise Schlussfolgerungen aus den Gutachten G und M, die nur als Urkundenbeweis berücksichtigt werden dürfen. Der Sachverständige O hat vielmehr auf die Feststellungen des Sachverständigen K Bezug genommen, der aufgrund der Lichtbilder umfangreiche fehlerhaft erstellte Fugen erkannte. Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen haben die Sachverständigen K und O ihre eigenen Schlussfolgerungen gezogen und sind zu dem Ergebnis gelangt, dass die mangelhaft ausgebildeten Fugen für die Feuchtigkeitseintritt mitursächlich waren. Diese Ausführungen des Sachverständigen O sind nachvollziehbar und überzeugend, wie schon das Landgericht ausgeführt hat. Entgegen der Behauptung der Beklagten haben die Sachverständigen G und M unsachgemäß erstellte Fugen vorgefunden. So hat der Sachverständige G ausgeführt, dass Fugen und Anschlüsse lediglich abgeklebt waren und auch der Sachverständige M hat bei Probeöffnungen im großen Umfang unsachgemäße erstellte Fugen festgestellt, deren Befund er näher beschrieben hat. Es handelt sich hierbei nicht um Fugen, die andere Unternehmer herstellen mussten, sondern um solche, die das Gewerk der Beklagten zu 1) betrafen. Auf der Grundlage dieser Befunde ist die von den Sachverständigen O und K getroffenen Schlussfolgerung, es handele sich um Mängel der Werkleistung der Beklagten, überzeugend. Der Umstand, dass auch die Sachverständigen G und M die unzureichend geschützten Fugen als einen Werkmangel der Beklagten angesehen haben, lässt nicht den Schluss der Beklagten zu, die Sachverständigen K und O hätten keine eigenen Folgerungen aus dem tatsächlichen Befund getroffen. 44

cc) Risse in den Stahlbetonplatten 45

Die Beklagte zu 1) wendet ohne Erfolg ein, das Landgericht habe insoweit die Mangelhaftigkeit ihrer Werkleistung verneinen müssen, weil die festgestellten Risse nicht ihr zuzurechnen seien. Geringfügige Risse seien nämlich unschädlich, andere Risse könnten Folge einer fehlerhaften Tragwerksplanung sein. Der Sachverständige M hat fugenverlängernde Risse festgestellt. Hierauf nimmt der Sachverständige K Bezug. Die Schlussfolgerung des Sachverständigen O, die diese Art Risse als Folge der mangelhaften Werkleistung der Beklagten ansieht, ist überzeugend. Der dem Senat als äußerst erfahrener und gewissenhafter Gutachter bekannte Sachverständige hätte darauf hingewiesen, wenn die Möglichkeit bestanden hätte, dass die dokumentierten Risse Spannungsrisse infolge mangelhafter Tragwerksplanung wären. Gerade der Umstand, dass die Risse die Kontraktionsfugen verlängerten, veranlasste den Sachverständige O zu der Erwägung, dies 46

sei der Beklagten zuzurechnen, weil es zu ihren Aufgaben gehörte, "die Bewehrung im Hinblick auf die Zulagen am Ende von Kontraktionsfugen zu überprüfen und im Übrigen durch Überprüfung der Betonzusammensetzung und durch die Nachbehandlung dafür zu sorgen, dass keine schädigenden Risse in den Stahlbetonplatten auftreten."

dd) Mangelhafte Ausbildung der erforderlichen Aufkantungen

47

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte zu 1) darauf, sie habe angesichts der Planung der M und der unabänderbaren Maße eine ordnungsgemäße Ausbildung der Aufkantungen nicht ausführen können. Sie erkennt, dass sie die Herstellung eines ordnungsgemäßen Riluform Daches schuldete und es ihr oblag, die Aufkantungen zu planen und auszuführen, die für ein funktionstaugliches Werk erforderlich waren. Sie durfte nicht ungeprüft Planungen und Vorgaben der M zugrunde legen. Wenn es ihr nicht möglich war, aufgrund der vorgegebenen Planung ein fachgerechtes Werk herzustellen, hätte sie die M darauf hinweisen müssen, was unstreitig nicht geschehen ist.

48

a') Der Sachverständige K hat in seinem Gutachten darauf hingewiesen, dass eine der wesentlichen Forderungen des WU-Betondaches, wie es die Beklagte zu 1) schuldete, sei, dass alle Aufkantungen des Sperrbetons mindesten 5 cm über dem höchstmöglichen Wasserstand herausgehoben werden müssen. Die von den Sachverständigen G und M festgestellten und mit Lichtbildern dokumentierten Aufkantungen erfüllten die Voraussetzungen nicht. Der Beklagten zu 1) oblag, was sich aus der oben dargelegten Auslegung der Vereinbarung ergibt, die Planung und Ausführung derartiger Detailfragen zur Herstellung des Daches. In seiner mündlichen Anhörung hat der Sachverständige O unter Bezugnahme auf die örtlichen Feststellungen der Gutachter G und M die zu niedrigen Aufkantungen als Mangel der Werkleistung der Beklagten bestätigt. Auf die Vorhalte der Beklagten zu 1), die Aufkantungshöhe entspreche den technischen Erfordernissen, hat der Sachverständige nach einer Ortsbesichtigung in seinem Ergänzungsgutachten ausgeführt, dies sei nicht der Fall. Aufgrund seiner eigenen Untersuchungen ist der Sachverständige O zu dem Schluss gekommen, dass die erforderliche Aufkantungshöhe ganz abgesehen von den durch die Vorsachverständigen dokumentierten Anschlusslücken der Bleche an den Dehnungsfugenaufkantungen zu den aufgehenden Bauteilen bei weitem nicht eingehalten wurde. Angesichts dieser Feststellungen des Sachverständigen vor Ort bedarf es einer weiteren Beweiserhebung zu der Behauptung der Beklagten, die notwendigen Aufkantungshöhen seien eingehalten, nicht.

49

b') Ein weiterer Fehler der Leistungen der Beklagten zu 1) im Zusammenhang mit den Aufkantungen besteht darin, dass nicht sämtliche Aufkantungen in einem Zug mit dem Dach mitbetoniert wurden. Der Sachverständige O hat in seiner mündlichen Anhörung auf diesen gravierenden Fehler hingewiesen und in seinem Ergänzungsgutachten ausgeführt, dass er aufgrund der Lichtbilder feststellen könne, dass nicht in allen Bereichen die notwendige monolithische Herstellung der Aufkantungen erfolgt sei. Auch der Sachverständige K hat auf der Grundlage der örtlichen Feststellungen durch die Gutachter M und G auf die fehlerhafte Anfertigung der Aufkantungen hingewiesen.

50

ee) Wärmedämmmaterial

51

Die Beklagte zu 1) hat im Bereich der außenseitig verlegten Wärmedämmung ein ungeeignetes Wärmedämmmaterial verwandt. Auch insoweit bleiben ihre Einwände gegen diese Feststellungen des Landgerichts, die sich auf die Ausführungen des Sachverständigen O stützen, ohne Erfolg. Partikelschaumdämmplatten, wie sie die Beklagte zu 1) verlegte, waren für die Dämmung oberhalb eines Umkehrdaches ungeeignet. Der Sachverständige O

52

hat hierzu ergänzend ausgeführt, dass geeignete Platten zur Dämmung auf einem Dach zum damaligen Zeitpunkt auch nicht angeboten wurden. Auch der Sachverständige K hat bestätigt, dass die Ausführung der Dämmung mit offenporigen Wärmedämmplatten ungeeignet war. Er hat sich detailliert mit der Behauptung der Beklagten zu 1), es handele sich um geeignete Dämmstoffe gemäß den Herstellerrichtlinien auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Wärmedämmung mit Partikelschaum angesichts des vorgefundenen, von den Sachverständigen G und M beschriebenen Befundes keine ordnungsgemäße Wärmedämmung darstellt. Die örtlichen Feststellungen der Sachverständigen M und G ergaben zudem, dass die Wärmedämmung auf der Dachfläche insbesondere in den Randbereichen nicht ordnungsgemäß verlegt war. Auch dies ist eine Mangel der Werkleistung der Beklagten zu 1).

3. 53

Die Beklagte zu 1) befand sich mit ihrer Nachbesserungspflicht im Verzug, als die Kläger die Sanierungsarbeiten ausführen ließen, ihnen steht daher ein Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs.2 VOB/B zu. Die Feststellungen des Landgerichts hierzu lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. 54

Die Regelung des § 13 Nr. 5 VOB/B macht den Kostenerstattungsanspruch davon abhängig, dass der Unternehmer vergeblich unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert wurde. Die Fristsetzung und unter Umständen sogar die Aufforderung zur Mängelbeseitigung können jedoch entbehrlich sein, wenn sie nur eine nutzlose Förmerei wären (ständige Rechtsprechung des BGH, so in BGH-Report 2003, 219 = BauR 2003, 386; in BauR 1985, 198; in BauR 1990, 446; OLG Düsseldorf in NJW-RR 1996, 401 – Entbehrlichkeit der Mängelbeseitigungsaufforderung; OLG Stuttgart in NJW-RR 1997, 149 Entbehrlichkeit der Mängelanzeige; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, § 14. Auflage, § 13 Rn.522; Heiermann/Riedel/ Rusam, VOB, 10. Auflage, § 13 Rn.144a). Dabei ist das gesamte Verhalten des Unternehmers zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess (BGH in BGH-Report 2003, 219 = BauR 2003, 386; in BauR 2002, 1399; in BauR 2001, 667,669): Da die Beklagte zu 1) im Rechtsstreit der Kläger gegen die M aufgrund der Streitverkündung dem Rechtsstreit auf Seiten der M beitrug und auch nach Vorlage der Gutachten G und M das Vorhandensein von Mängeln bestritt, war eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung durch die M entbehrlich. Mit der Streitverkündung erfuhr die Beklagte zu 1), welche Mängel seitens der Kläger geltend gemacht wurden und welche Mängel der Sachverständige M im Rahmen des Beweissicherungsverfahrens festgestellt hatte. Die Mängel waren dadurch ausreichend konkret dargelegt. Der Auftraggeber genügt den Anforderungen an die Darlegung des behaupteten Mangels, wenn er die Mangelercheinungen, die er der fehlerhaften Leistung zuordnet, hinreichend genau bezeichnet (BGH in BGH-Report 2002, 405 = BauR 2002, 784). Ob die Ursachen dieses Symptoms tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Leistung des Auftragnehmers zu suchen sind, ist Gegenstand des Beweises, nicht des Sachvortrages (BGH in BauR 1999, 899). Die Streitverkündung der M enthält deren Mitteilung an die Beklagte zu 1) über mögliche Mängel und deren Verpflichtung zur Nachbesserung. Die Mangelercheinungen wurden ihr mitgeteilt und sie konnte aufgrund der mitgeteilten Mangelercheinungen beurteilen, ob ihre Gewährleistungspflicht gegenüber der M betroffen war. Daraus, dass die M in dem Vorprozess eine Gewährleistungspflicht gegenüber den Klägern verneinte und Klageabweisung beantragte, ergibt sich keine andere Beurteilung. Denn auch wenn die M zunächst der Annahme war, für die Mangelercheinungen nicht verantwortlich zu sein, enthielt die Streitverkündung zugleich die Mitteilung an die jetzige Beklagte zu 1), dass diese, falls sich die Mängel doch bestätigen sollten, gewährleistungspflichtig sei. Mit der Streitverkündung machte die M zugleich deutlich, 55

dass sie sich im Falle des Vorliegens von Mängeln bei der Beklagten zu 1) schadlos halten werde. Die Streitverkündung enthält damit die schlüssige Aufforderung an die Beklagte zu 1), auf der Grundlage der Unterlagen und Gutachten des Hauptprozesses das Vorhandensein von Mängeln zu überprüfen und der Nachbesserungspflicht nachzukommen, wie der Senat schon im Urteil vom 26.10.1993 ausgeführt hat. Hiervon abzuweichen besteht kein Anlass. Die Beklagte zu 1) wurde in die Lage gesetzt, selbst aufgrund der mitgeteilten Symptome zu beurteilen, ob Mängel ihrer Gewerke dafür ursächlich sein könnten. Dies hat sie in dem Vorprozess verneint und gegenüber der M deutlich gemacht, dass sie zu keiner Nachbesserung bereit sei. Auch nachdem das Gutachten des Sachverständigen M erstellt war, in dem die Mängel der Werkleistungen der Beklagten zu 1) aufgeführt sind, stellte sich diese auf den Standpunkt, nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein, weil sie ihre Leistungen sach- und fachgerecht erbracht habe. Dieses Verhalten, das Negieren von Mängeln im Vorprozess trotz der vorliegenden Gutachten und der erstinstanzlichen Entscheidung, ist eine nachhaltige und ernsthafte Verweigerung jedweder Nachbesserungspflicht. Aufgrund dieser Weigerung entfiel die Verpflichtung der M, die Beklagte zu 1) zur Nachbesserung unter Fristsetzung aufzufordern.

4. 56

Das Landgericht hat die zu erstattenden Kosten mit 240.000 DM festgestellt. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. Soweit das Landgericht den Eurowert im Urteilstenor auf 122.710,86 € umgerechnet hat und nicht wie von den Klägern beantragt auf 122.710,06 € liegt im eine nach § 319 ZPO zu berichtigenden Unrichtigkeit, kein Fall des § 308 ZPO vor. 57

a) 58

Die Kammer folgt in dem angegriffenen Urteil den Ausführungen des Sachverständigen O zur Ermittlung der notwendigen Nachbesserungskosten. Die Beweiswürdigung des Landgerichts weist keinen Rechtsfehler auf; die zugrunde zulegenden Tatsachen rechtfertigen auch insoweit keine abweichende Entscheidung. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist für die Bewertung der Erforderlichkeit der Kosten auf den Aufwand und die damit verbundenen Kosten abzustellen, welche der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, soweit es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handelt (BGH in BauR 1991, 651). Der Sachverständige O hat diese Nachbesserungskosten den mangelhaften Werkleistungen der Beklagten zu 1) zugeordnet. In seinem Gutachten vom 08.01.1999 hat er ausgeführt, dass die von den Klägern in Auftrag gegebenen Nachbesserungsarbeiten an den Dachflächen fast ausschließlich erforderlich waren, um Mängel der Leistungen der Beklagten zu beseitigen. Der Sachverständige hat sodann auf die Untersuchungen des Sachverständigen K Bezug genommen. Dieser hat die von den Klägern vorgelegte Einzelrechnungen im Hinblick darauf überprüft, ob die Arbeiten zur Beseitigung der von der Beklagten zu 1) verursachten Mängel erforderlich waren und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Sanierungskosten, die die Beklagte zu 1) zu verantworten hat, mit 243.846,49 DM zu veranschlagen sind. Wegen der Verwendung falscher Dämmstoffe, der Mängel an den Fugen und den Fehlern der Aufkantung war eine komplette Änderung der Dachkonstruktion als Nachbesserung vertretbar, wie der Sachverständige O in seiner Anhörung näher erläutert hat. In seinem schriftlichen Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige O weiter dargelegt, dass es wegen des Risikos und der Bedenken gegen die dauerhafte Zuverlässigkeit nicht genügt hätte, einzelne Stellen nachzuarbeiten, dass es vielmehr erforderlich gewesen ist, die Gesamtdachfläche zu sanieren. Nach den überzeugenden Feststellungen des 59

Sachverständigen steht fest, dass die Kläger die ausgeführten Arbeiten sämtlich für erforderlich halten durften, um die Mängel der Werkleistung der Beklagten zu 1) zu beseitigen. Dies gilt auch für die Dämmung des Daches, die im Rahmen der Nachbesserung insgesamt als Außendämmung ausgeführt wurde. Allein der Umstand, dass die Beklagte zu 1) diese Auffassung des Sachverständigen und des Landgerichts nicht teilt, rechtfertigt weder die Annahme eines Rechtsfehlers der erstinstanzlichen Entscheidung, noch ergeben sich unter Berücksichtigung der Gutachten konkrete Zweifel an der Tatsachenfeststellung durch das Landgericht.

b) 60

Es bestehen keine Bedenken gegen die von den Sachverständigen K und O berücksichtigten Rechnungen. Die Behauptung der Beklagten, Rechnungen seien zum Teil nicht bezahlt worden, ist völlig ins Blaue hinein aufgestellt und deshalb unbeachtlich. Es fehlt jeder Anhalt für die Annahme, dass die vorgelegten Handwerkerrechnungen nahezu 20 Jahre lang unbezahlt geblieben sein sollen und die Unternehmer die Rechnungsbeträge stundeten oder gar unentgeltlich tätig waren. Dies gilt auch bezüglich der Kosten des Architekten. 61

Der Sachverständige K hat detailliert die vorgelegten Rechnungen überprüft und den notwendigen Nachbesserungsarbeiten zugerechnet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass umfassende Arbeiten erforderlich waren, bei denen auch andere Gewerke betroffen waren. Bauleistungen anderer Unternehmer wurden zwangsläufig in Mitleidenschaft gezogen. Auch derartige durch die Nachbesserung zwangsläufig notwendig geworden Arbeiten an den Gewerken anderer Unternehmer betreffen die Gewährleistungspflicht der Beklagten zu 1), so dass sie die entstandenen Kosten zu tragen hat. Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen des Sachverständigen K, die der Sachverständige O bestätigt hat, bestehen nicht. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) betreffen die Rechnungen keine Sowiesokosten, sondern allein die Arbeiten, die notwendig sind, das Dach funktionstauglich herzustellen. 62

c) 63

Die Beklagte zu 1) kann sich nicht darauf berufen, die ausgeführte Nachbesserung hätte stellenweise zu einer Verschlechterung der Dachsituation geführt. Denn aufgrund der vorliegenden Gutachten erschien die Art und Weise der Nachbesserung, wie sie dann in die Tat umgesetzt wurde, erfolgsversprechend. Das Risiko einer schuldlosen Fehleinschätzung der Nachbesserungsmaßnahmen trägt der Unternehmer (BGH Urteil vom 29.09.1988 – VII ZR 182/87), so dass der Auftragnehmer auch die Kosten eines fehlgeschlagenen Nachbesserung tragen muss. Vorliegend ist die Mängelbeseitigung zudem nicht insgesamt fehlgeschlagen. Soweit sich stellenweise durch die Mängelbeseitigung nicht der gewünschte Erfolg einstellte, beruht dies auf einer Einschätzung der Nachbesserungsarbeiten, die den Klägern, die die Arbeiten auf der Grundlage der Gutachten G und M in Auftrag gaben, nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. 64

d) 65

Die Nachbesserungskosten sind einschließlich der Umsatzsteuer zu erstatten. Die Kläger sind aufgrund der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse des Amtsgericht Mettmann (10 M 1969/87) Inhaber der Gewährleistungsansprüche der M geworden und haben in der Folgezeit die Nachbesserungsarbeiten ausführen lassen. Die hierbei angefallene Umsatzsteuer ist Teil der Aufwendungen der Kläger, die im Rahmen der Kostenerstattung auszugleichen ist. Es kommt nicht darauf an, ob die M als Bauträger möglicherweise vorsteuerabzugsberechtigt gewesen wäre. Denn der Aufwendungserstattungsanspruch 66

entstand nicht der M, sondern den Klägern, weil sie zuvor Gläubiger der Gewährleistungsansprüche geworden waren (vgl. auch Schaumburg in NJW 1974, 1734, 1737). Die Kläger sind unstreitig nicht vorsteuerabzugsberechtigt, so dass die Beklagte zu 1) auch zur Erstattung der Mehrwertsteuer verpflichtet ist.

5. 67

Die Forderung der Kläger ist nicht verjährt. Die Beklagte zu 1) hat die Gewährleistung für die Dauer von zehn Jahren gegenüber der M übernommen. Die Abnahme der Bauleistungen erfolgte am 21.12.1978, so dass die Gewährleistungsfrist am 21.12.1988 endete. Diese Frist ist unterbrochen worden, durch die Streitverkündung der Multibest, die der Beklagten zu 1) am 22.07.1985 zugestellt wurde, § 209 Nr. 4 BGB. Die Unterbrechungswirkung ist nicht gemäß § 215 Abs. 2 BGB entfallen. Denn die Kläger haben innerhalb von 6 Monaten nach der Beendigung des Rechtsstreits, in dem der Beklagten zu 1) der Streit verkündet worden war, Klage erhoben. Die Frist des § 215 BGB beginnt mit der Rechtskraft des Urteils, diese trat erst durch die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.12.1988 ein. Durch die Anfang Mai 1989 eingereichte und alsbald zugestellte Klageschrift vom 06.05.1989 wurde die Frist des § 215 BGB gewahrt. 68

B. 69

Die Kläger haben auch einen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Kosten von 399,22 € für die Hinzuziehung eines Unternehmers im Rahmen der Beweisaufnahme. Diese Kosten sind ein Folgeschaden der Schlechtleistung der Beklagten und daher nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zu erstatten. Der materiell-rechtliche Anspruch wird von einem eventuellen prozessrechtlichen Kostenerstattungsanspruch nicht berührt. Es handelt sich nicht um Beweisaufnahmekosten, deren selbständige Geltendmachung ohne Berücksichtigung des Kostenfestsetzungsverfahrens unzulässig sein könnte (vgl. im einzelnen Palandt/Heinrichs, § 249 Rn. 20 mit weiteren Nachweisen). 70

C. 71

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Sie berücksichtigt, dass der frühere Beklagte zu 1), der Architekt S H durch das insoweit klageabweisende Teilurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 30.04.1991 aus dem Rechtsstreit ausgeschieden ist, und hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten nach Zurückverweisung durch das Urteil des Senats vom 16.10.1993 die §§ 33 GKG, 15 BRAGO Anwendung finden. Hinsichtlich der Kosten des jetzigen Berufungsverfahrens war zu berücksichtigen, dass die Kläger die erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Klageerweiterungen gegen die Beklagten zu 2) und 3) wieder zurückgenommen hat. 72

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 73

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 74

Streitwert der Berufungsinstanz: 123.109,28 € 75
