
Datum: 24.03.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-21 U 62/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0324.I21U62.14.00

Vorinstanz: Landgericht Duisburg, 3 O 325/11

Leitsätze:

Leitsatz:

Mangelhaftigkeit wegen Fehlens der vereinbarten Beschaffenheit; funktionaler Mangelbegriff; funktionstaugliche Kellerabdichtung; Nichterreichbarkeit der geschuldeten Funktionstauglichkeit wegen Ungeeignetheit der vereinbarten Leistung oder Ausführungsart; Umfang der Bedenken- und Hinweispflicht des Unternehmers; Mangelbeseitigungskosten als mangelbedingter Schadensersatz;

- Zur vereinbarten Beschaffenheit i. S. des § 633 Abs. 2 S. 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll.

- Ist eine funktionierende Kellerabdichtung geschuldet, ist das Werk nur dann mangelfrei, wenn es ausreichend vor eindringendem Wasser schützt. Das Bauwerk und dessen Teile müssen so abgedichtet sein, dass keine Feuchtigkeit eindringt.

- Kann die Funktionstauglichkeit der beauftragten Leistung mit der vereinbarten Ausführungsart oder den vereinbarten Materialien nicht erreicht werden, wird im Grundsatz hiervon die Mangelhaftigkeit des Werks nicht berührt; der Unternehmer

schuldet weiter die vereinbarte Funktionstauglichkeit. Der Unternehmer haftet nicht für die fehlende Funktionstauglichkeit des Werks, wenn er den Besteller auf die Bedenken gegen eine solche Anordnung hingewiesen hat und dieser auf der untauglichen Ausführung besteht. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Tatbestand, der dazu führt, dass der Unternehmer von der Mängelhaftung befreit ist, trägt der Unternehmer.

- Seiner Bedenkenhinweispflicht genügt der Werkunternehmer nur dann, wenn er dem Besteller die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret dargelegt hat und ihm solcher Art in die Lage versetzt hat, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen. Der Bedenkenhinweis des Auftragnehmers kann, soweit es sich um einen BGB Bauvertrag und nicht um einen VOB/B Bauvertrag handelt, bei dem aus § 4 Abs. 3 VOB/B die grundsätzliche Schriftform abzuleiten ist, auch mündlich erfolgen. Er muss aber in jedem Fall inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend sein, insbesondere die Gefahren aufzeigen, die im Hinblick auf die Erreichung des angestrebten Werkerfolges bei Beibehaltung der verbindlichen Vorgaben bestehen.

- Der Besteller kann im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung wegen mangelhafter Werkleistung die Kosten verlangen, die für eine mangelfreie Leistungserfüllung, also für eine Mangelbeseitigung erforderlich sind. Er umfasst sämtliche Aufwendungen, die dem Auftraggeber entstehen, wenn er die Werkmängel des Werkunternehmers beseitigen lässt.

BGB §§ 633 Abs. 2 Satz 1; 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3; 281 Abs. 1 Abs. 5 S. 2

OLG Düsseldorf, 21. Zivilsenat Urteil vom 24.03.2015, I-21 U 62/14

Tenor:

Die Berufungen des Klägers und der Beklagten gegen das am 25.08.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Duisburg – Az. 2 O 308/12 – werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A)

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Schadensersatz aus einem mit diesem geschlossenen Werkvertrag. Dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: 2

Die Klägerin ist Eigentümerin eines freistehenden Einfamilienhauses in der H...straße in M.... Der Beklagte ist Inhaber einer Gartenbaufirma. Im Jahr 2008 wandte sich die Klägerin an ein Unternehmen mit dem Namen "Dichte Bauten", um ein Angebot für Abdichtungsmaßnahmen an ihrem Haus einzuholen. Hiervon erfuhr der Geschäftsführer der Firma E... W... GmbH, für den die Klägerin damals tätig war und empfahl daraufhin den Beklagten. Im Herbst 2008 kam es zum Kontakt zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Der Beklagte übersandte der Klägerin ein Schreiben mit dem Betreff „Angebot Außenabdichtung“. Beigefügt war dem Schreiben eine Leistungsbeschreibung, die derjenigen entspricht, die seinerzeit bereits das Unternehmen "Dichte Bauten" an die Klägerin gesandt hatte. Wegen des konkreten Inhalts der Leistungsbeschreibung, insbesondere zu den unter der Position 1.4 näher beschriebenen "Abdichtungsarbeiten" und den unter der Position 1.5 näher behandelten Arbeiten "Wärmedämm-Schutzplatten", wird auf deren Wiedergabe im Tatbestand des angefochtenen Urteils UA 2/3 Bezug genommen. Die in der Leistungsbeschreibung aufgeführten Arbeiten bot der Beklagte zu einem Bruttopreis von 29.888 € an. Dieses Angebot nahm die Klägerin mit Schreiben vom 13.9.2008 an. Der Beklagte beauftragte mit der Ausführung der diesbezüglichen Arbeiten die Streithelferin O.P.GmbH als Nachunternehmerin. Nachfolgend kam es zu weiteren Beauftragungen des Beklagten durch die Klägerin (wegen der Einzelheiten UA 4). Nach Ausführung der Arbeiten stellte der Beklagte seinen Arbeiten entsprechende Rechnungen, welche von der Klägerin auch bezahlt wurden. Mit der Firma E.W. GmbH vereinbarte die Klägerin, dass eine Drainage am streitgegenständlichen Objekt verlegt werden sollte. Deren Geschäftsführer verbrachte das insoweit zu verbauende Material zur Baustelle. Zu einem vollständigen Einbau der Drainage kam es nicht. Darüber hinaus vergab die Klägerin auch einige Arbeiten unmittelbar an die Streithelferin O.P.GmbH, wozu unter anderem auch Arbeiten an der Dachrinne gehörten. 3

Mit Schreiben vom 24.09.2008 meldete die Streithelferin O.P.GmbH gegenüber dem Beklagten Bedenken gegen die vorgesehenen Ausführungsarbeiten im Hinblick auf die Abdichtung des Gebäudes an. Hierin heißt es: 4

"Die Bodenplatte des Objekts lässt, wie besichtigt, nicht an jeder Stelle eine Kehlbildung der Abdichtung zu. Sie kann nur so gut wie handwerklich möglich mit in die Maßnahme eingebunden werden. " 5

Trotz dieses Hinweises wurden die Arbeiten fortgeführt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob und in welchem Umfang der Beklagte an die Klägerin ähnliche bzw. diesbezügliche Hinweise gerichtet hat. 6

Der Beklagte ließ nach Abschluss der Abdichtungsarbeiten die Baugrube verfüllen. 7

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.5.2009 rügte die Klägerin gegenüber dem Beklagten das Vorhandensein zahlreicher Mängel und forderte diesen zur Mangelbeseitigung bis zum 18.6.2009 auf. Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.06.2009 wies der Beklagte in seiner Reaktion hierauf die behaupteten Mängel zurück. In der Folgezeit leitete die Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Duisburg, Az: 2 OH 282/09, ein. In diesem erstellte der mit der Beantwortung der Beweisfragen beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. F... ein Haupt- sowie mehrere Ergänzungsgutachten. Wegen der Feststellungen 8

des Sachverständigen wird zunächst auf die Zusammenfassung im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, dort Seite 5/6 = GA 595/596 Bezug genommen. Die Klägerin ließ das Haus in der Folgezeit komplett sanieren, insbesondere die Kelleraußenwände abdichten. Insoweit wurde um das Gebäude vollständig ausgeschachtet, neu isoliert und anschließend die Baugrube wieder verfüllt.

Mit der Klage hat die Klägerin Zahlung von Schadensersatz geltend gemacht. Hierbei hat sie – soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung – vorgetragen: 9

Der Beklagte habe eine umfassende Neugestaltung der Außenanlagen, insbesondere eine ordnungsgemäße Isolierung des Bauwerks gegen die Gefahr eindringender Feuchtigkeit geschuldet. Die Klägerin habe den Beklagten gebeten, eine Zisterne zu beschaffen und einzubauen, die geeignet sei, die Dachflächen des Objektes zu entwässern. Auch habe der Beklagte im Zuge der Bauausführung zwei Fensterbänke sowie die Fassade beschädigt. 10

Von den vom Sachverständigen für die Behebung sämtlicher Mängel veranschlagten 84.658,86 € sei lediglich ein Betrag von 3808,00 Euro als Sowiesokosten abzuziehen, so dass ihr insgesamt ein Anspruch in Höhe von 80.850,86 € zustehe. Darüber hinaus mache sie weitere Positionen geltend, die vom Sachverständigen in seiner Kalkulation nicht berücksichtigt worden seien, jedoch tatsächlich angefallen seien. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 80.850,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.10.2009 zu zahlen; 2. den Beklagten zu verurteilen, an sie 1357,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. 12. 2009 zu zahlen; 3. den Beklagten zu verurteilen, an sie (nach Teilrücknahme in Höhe von 68,40 €) 15.817,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 4. den Beklagten zu verurteilen, an sie 178,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4.5.2011 zu zahlen; 5. den Beklagten zu verurteilen, an sie 3235,97 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 6. den Beklagten zu verurteilen, an sie 1328,13 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 7. den Beklagten zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 598,21 € zu erstatten. 13

Die Beklagte, die dem Rechtsstreit beigetretene Streithelferin O.P.GmbH, sowie der Streithelfer S.... haben beantragt, die Klage abzuweisen. 14

Der Beklagte hat bestritten, dass er eine umfassende Abdichtung des Gebäudes geschuldet habe. Eine solche sehe die Leistungsbeschreibung nicht vor. Er – der Beklagte – sei kein Ingenieurbüro, sondern lediglich ein Gartenbauunternehmen, das über die notwendige fachliche Kompetenz für eine derart komplexe Abdichtungsmaßnahme nicht verfüge. Auch habe die Klägerin verschiedene Aufträge an verschiedene Unternehmen vergeben. Ob und in welchem Zusammenspiel der einzelnen Beauftragungen eine gesamte Trockenlegung des Gebäudes habe erzielt werden sollen, sei nicht ersichtlich. Aus dem geringen Vertragsumfang ergebe sich, dass eine umfassende Sanierungsmaßnahme zur Trockenlegung des Gebäudes nicht geschuldet gewesen sei. 15

Der Beklagte behauptet, er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass die Drainage tatsächlich nicht eingebaut worden sei. Eventuelle Ausführungsmängel hätten nicht zu den Feuchtigkeitsschäden im Inneren des Objektes der Klägerin geführt. 16

Die Streithelferin O.P.GmbH hat behauptet, von der Klägerin seien ganz konkrete Abdichtungsarbeiten vorgegeben worden. Hierbei sei von einer umfassenden Gebäudesanierung nie die Rede gewesen. Sie - die Streithelferin – sei auf das Vorhandensein von Sickerböden sowie die Abwesenheit drückenden Wassers hingewiesen worden. Sie hat weiter behauptet, auch gegenüber der Klägerin ihre Bedenken im Hinblick auf die Isolierung der Fußpunkte zwischen Außenwand und Bodenplatte angemeldet zu haben. Die Klägerin habe dies zur Kenntnis genommen und sich mit einem bloßen Zulaufen dieser Stelle mit Abdichtungsmaterial anstelle einer fachmännisch sauberen Isolierung einverstanden erklärt. 17

Das Landgericht hat die Akten des selbstständigen Beweisverfahrens beigezogen, Zeugen vernommen, den Sachverständigen F... mündlich angehört und auf dieser Grundlage wie folgt entschieden: es hat mit Grundurteil darauf erkannt, dass die Klage hinsichtlich der Klageanträge zu 1, 2, 3, 5 und 6 dem Grunde nach gerechtfertigt ist, soweit sie nicht in Höhe von 68,40 € zurückgenommen wurde. Hinsichtlich der Klageanträge zu 4. und 7. hat das Landgericht im Wege des Teilurteils die Klage abgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es - soweit für das vorliegende Berufungsverfahren von Relevanz - folgende Erwägungen angestellt: 18

Die Klägerin habe dem Grunde nach einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz gemäß §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB aufgrund mangelhafter Abdichtungsarbeiten an den Kelleraußenwänden. Die vom Beklagten erbrachte Werkleistung sei im Hinblick auf die geschuldeten Abdichtungsarbeiten der Kelleraußenwände mangelhaft. Dies betreffe zum einen die aufgebrachte kunststoffmodifizierte Bitumendickbeschichtung und zum anderen die Außenisolierung im Sockelbereich/Übergangsbereich Außenwand zur Bodenplatte. Der konkrete Umfang der vom Beklagten geschuldeten Leistungen ergebe sich ohne weiteres aus der Leistungsbeschreibung des den Arbeiten zu Grunde liegenden Angebots - hierbei insbesondere Position 1.4 "Abdichtungsarbeiten". Neben dem angebotenen Auftragen einer Bitumendickbeschichtung habe insbesondere auch das Ausbilden von Hohlkehlen – also die Arbeiten im Bereich der Fußpunkte des streitgegenständlichen Objektes – zu den geschuldeten Abdichtungsarbeiten gezählt. Dies werde durch die Bedenkenanzeige der Streithelferin O.P.GmbH bestätigt (UA 10). 19

Die Arbeiten des Beklagten seien mangelhaft gewesen, da sie nicht fachgerecht durchgeführt worden seien. Dies ergebe sich aus den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen F... in den von diesem im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens erstellten Gutachten. Der Sachverständige habe festgestellt, dass bereits die aufgebrachte kunststoffmodifizierte Bitumendickbeschichtung für das Fernhalten drückenden Wassers, das am streitgegenständlichen Objekt anfallt, weder geeignet noch zulässig sei. Die Außenisolierung sei nicht nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik und schon gar nicht nach den entsprechenden Herstellervorschriften ausgeführt worden (UA 11). An den mangelhaft erstellten Arbeiten ändere auch die Behauptung des Beklagten, dass die Klägerin in einem Vorgespräch das Vorhandensein von Sickerböden und die Abwesenheit drückenden Wassers mitgeteilt habe, nichts. Selbst eine solche Mitteilung habe den Beklagten nicht davon abhalten dürfen, die Außenisolierung nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik durchzuführen. Im Übrigen hätte sich der Beklagte auf eine solche Aussage auch nicht im Hinblick auf den geschuldeten Erfolg der „Abdichtung der Kelleraußenwände“ verlassen dürfen und die Bodenverhältnisse selbst prüfen müssen (UA 11). Auf die Aussage des Zeugen P..., der bekundet habe, man habe "Matsche" erst nach mehrtägigen Regen vorgefunden, das Wasser sei schnell abgelaufen, komme es im Ergebnis nicht an, da er 20

selber ausgesagt habe, dass er sich für die Bodenbeschaffenheit eigentlich nicht interessiert habe (UA 12).

Die vom Beklagten ausgeführten Arbeiten seien auch kausal für die entstandenen Feuchtigkeitsschäden am streitgegenständlichen Objekt. Der Sachverständige habe in seinem 1. Ergänzungsgutachten eindeutig festgestellt, dass der Schaden "Wassereinfluss" entstanden sei, weil die Außenisolierung mangelhaft ausgeführt worden sei (UA 12). Der Einwand der Beklagten, die Feuchtigkeitsschäden wären auch bei mangelfreier Ausführung entstanden, weil eine Fußpunktabdichtung gefehlt habe und die Bodenplatte undicht gewesen sei, sei unerheblich. Im Hinblick auf die Bodenplatte habe der Sachverständige in seinem 1. Ergänzungsgutachten festgestellt, dass die Bodenplatte zwar nicht aus WU-Beton hergestellt worden sei und Risse aufweise, die Feuchtigkeitsschäden aber nicht durch diese entstanden seien (UA 12).

21

Im Hinblick auf die Fußpunktabdichtung wäre es gerade Sache des Beklagten gewesen diese ordnungsgemäß herzustellen, da eine solche nach den Feststellungen des Sachverständigen gerade notwendig gewesen wäre, um das Gebäude fachgerecht abzudichten. Der Beklagte hätte dementsprechend diese Bereiche gegebenenfalls durch Anbetonieren, Abstemmen oder sonstige geeignete Maßnahmen egalisieren und entsprechend vorbereiten müssen. Solche Maßnahmen wären notwendig gewesen, um den vom Beklagten geschuldeten Zustand "Abdichtung der Kelleraußenwände" durch Bildung von Hohlkehlen herzustellen. Es könne in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob die Klägerin sich mit den vom Beklagten tatsächlich durchgeführten Arbeiten einverstanden erklärt habe, da sie in diesem Fall mangels konkreter Aufklärung davon ausgehen dürfe, dass trotz nicht fachgerechter Arbeit der geschuldete Erfolg eintreten würde (UA 13).

22

Nach der Aussage des Zeugen P... habe dieser der Klägerin erklärt, wie das Isoliermaterial aufgrund der besonderen Situation aufgebracht werde, womit die Klägerin einverstanden gewesen sei; er habe aber nicht angeboten, dass man die Bodenplatte so bearbeiten könne, dass man eine ordnungsgemäße Hohlkehlenabdichtung aufbringen könne. Die Klägerin habe demzufolge keine Wahl gehabt, da ihr nur mitgeteilt worden sei, dass man jetzt so etwas mache. Zwar habe sie gewusst, dass die konkrete Ausführungsart nicht dem Angebot des Beklagten entsprochen habe, was dies aber im Hinblick auf die tatsächliche Ausführung genau bedeutete, habe für sie als Laie offen bleiben müssen. Vor diesem Hintergrund habe sie weder beim Beklagten noch bei der Streithelferin eine Nachfrage stellen brauchen. Erst bei sachgerechter Information hätte sie die Tragweite ihrer Entscheidung erkennen können, nämlich dass dann der gewünschte Erfolg eines trockenen Kellers zumindest gefährdet, wenn nicht gar in Frage gestellt würde. Selbiges sei durch den Zeugen P... gegenüber der Klägerin nicht erfolgt (UA 14).

23

Etwas anderes ergebe sich weder aus der Aussage des Zeugen S... noch aus der Aussage des Zeugen E... (wegen der Einzelheiten UA 14). Die Bekundungen des Zeugen G... seien in diesem Zusammenhang ohne Belang. Die Klägerin habe insbesondere auch aus den abstrakten Informationen dieses Zeugen nicht die Schlüsse ziehen müssen, dass eine erfolgreiche Abdichtung unter den gegebenen Voraussetzungen ausgeschlossen sei (UA 15). Für die Frage der Kausalität sei es unerheblich, ob und von wem der Einbau einer Drainage geschuldet gewesen sei bzw. wer die Tatsache zu verantworten habe, dass die Drainage nicht eingebaut worden sei. Die Tatsache, dass der klägerische Schaden im Falle einer fachgerecht verlegten Drainage nach den Feststellungen des Sachverständigen geringer ausgefallen wäre, sei für die Frage der Kausalität unbeachtlich, denn Wasser wäre nichts desto trotz in das streitgegenständliche Objekt wegen der nicht fachgerechten Arbeiten des

24

Beklagten eingedrungen (UA 15).

Der Beklagte habe den Mangel verschuldet. Für etwaige Pflichtverletzungen der Streithelferin O.P.GmbH, die die Arbeit verrichtet habe, habe der Beklagte gemäß § 278 BGB einzustehen, da die Streithelferin insoweit Erfüllungsgehilfin des Beklagten gewesen sei (UA 16). Die Klägerin habe dem Beklagten mit anwaltlichem Schriftsatz vom 27.05.2009 eine Frist zur Mangelbeseitigung bis zum 18.6.2009 gesetzt, so dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist gemäß § 281 BGB Schadensersatz verlangen könne. Es könne dahinstehen, ob die Beklagte dadurch, dass sie in Kenntnis des Umstandes, dass eine Dränage habe verlegt werden sollen, die Baugrube verfüllt habe, bevor diese installiert worden sei und dadurch eine weitere Pflichtverletzung in Form der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht begangen habe. Denn im Ergebnis seien hierdurch zusätzliche Kosten nicht entstanden. Bei den Kosten für den Einbau einer ordnungsgemäßen Dränage handele es sich um Sowiesokosten, da der Beklagte den Einbau der Dränage nicht geschuldet habe. Die Klage sei dem Grunde nach auch gerechtfertigt, soweit die Klägerin Schadensersatz wegen mangelhafter Pflasterarbeiten geltend mache. Ein diesbezüglicher Anspruch folge aus §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB. Auch insoweit liege zwischen den Parteien ein Werkvertrag vor. Das Vorbringen des Beklagten, das zu den Akten gereichte Angebot habe die Klägerin nicht angenommen bzw. nicht beauftragt, so dass die ausgeführten Pflasterarbeiten im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses erfolgt und der Klägerin nicht in Rechnung gestellt worden seien, dringe nicht durch. Auch wenn der Beklagte die Arbeiten unentgeltlich erbracht haben sollte, liege kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vor. Die Werkleistung des Beklagten sei auch mangelhaft, was aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen F... feststehe. Die Tragschicht sei nicht ausreichend, die Bettung sei nicht sachgerecht verarbeitet worden, insbesondere sei die Auffüllung nicht ordnungsgemäß verdichtet. Es seien bindige Böden eingebaut worden, die sich nicht hätten verdichten lassen, so dass diese Böden nachgesackt seien und das Pflaster mitgenommen hätten. Die Klägerin habe dem Beklagten mit anwaltlichen Schreiben vom 27.5.2009 eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 18.6.2009 auch im Hinblick auf die Pflasterböden gesetzt, so dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz verlangen könne (UA 18).

Die Klage sei auch dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit die Klägerin Schadensersatz wegen Beschädigungen der Fassade geltend mache. Die Haftung des Beklagten ergebe sich aus einer Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht. Der Beklagte habe durch seine Arbeiten die Fassade im Erdgeschoss beschädigt. Dies stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest. Die Beschädigungen als solche seien durch den Sachverständigen F... festgestellt worden. Nach den übereinstimmenden Bekundungen der Zeugen B..., H.. und U... S... stehe mit hinreichender Gewissheit fest, dass der Beklagte für die Schäden verantwortlich sei. Für den Einwand des Beklagten, die Schäden hätten auch durch ein anderes auf dem Grundstück tätiges Unternehmen verursacht werden können, sei kein Raum. Die Klägerin habe unwidersprochen vorgetragen, dass die Beschädigungen nur durch solches Baugeräte hätten verursacht werden können, wie es vom Beklagten verwendet worden sei. Zwar habe der Sachverständige in seinem Gutachten nicht bestätigen können, dass die Schäden durch einen Bagger bzw. durch die Baggerschaufel entstanden seien. Allerdings habe der Zeuge S.... glaubhaft bekundet, dass Farbe von der Baggerschaufel an der Fassade gewesen sei (UA 19).

Schadensersatz wegen einer Beschädigung der Fensterbänke stehe der Klägerin nicht zu (UA 20), ebensowenig wie ein Anspruch auf Erstattung der mit dem Klageantrag zu 7) verfolgten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten (UA 20).

Gegen diese Entscheidung richten sich die Berufungen des Beklagten sowie der Streithelferin O.P.GmbH. Beide begehren mit ihren Rechtsmitteln die Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung, soweit mit dem Grundurteil die genannten Klageanträge dem Grunde nach als gerechtfertigt beschieden worden sind, und streben insoweit Klageabweisung an.

Der Beklagte führt zur Begründung seines Rechtsmittels im wesentlichen folgende Berufungsangriffe an: 29

Das Landgericht sei bei seiner Verurteilung des Beklagten und der Annahme einer Schadensersatzverpflichtung des Beklagten in Bezug auf die Abdichtungs- sowie Pflasterarbeiten und im Bezug auf Beschädigungen der Fassade von unrichtigen und unvollständigen Feststellungen ausgegangen. Es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen den Arbeiten des Beklagten und den Feuchtigkeitsschäden am Objekt der Klägerin. Eine ordnungsgemäße Abdichtung des Objekts der Klägerin sei wegen nachteiliger baulicher Gegebenheiten ohne zusätzliche Arbeiten an der Bodenplatte des Gebäudes nicht ausführbar. Die Klägerin habe, aufgrund entsprechender Aufklärung, gewusst, dass die vorgenommenen Arbeiten allein nicht zu einer erfolgreichen Abdichtung führen würden. Der Beklagte habe lediglich Abdichtungsarbeiten gemäß Ziffer 1.4 der Leistungsbeschreibung und nicht eine "ordnungsgemäße Isolierung des Bauwerks" geschuldet. Der Zustand der Bodenplatte habe die vorgesehenen Kehlbildungen nicht zugelassen. Es wären vielmehr zunächst zusätzliche Arbeiten an der Bodenplatte notwendig gewesen, um die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Abdichtung zu schaffen (GA 752). Im Hinblick auf die Abdichtungsarbeiten sei die Feststellung des Landgerichts, es sei gerade Aufgabe des Beklagten gewesen, eine ordnungsgemäße Fußpunktabdichtung herzustellen, fehlerhaft. Insbesondere die Feststellung, es könne dahinstehen, ob die Klägerin sich mit den vom Beklagten tatsächlich ausgeführten Arbeiten einverstanden erklärt habe, da sie mangels konkreter Aufklärung davon hätte ausgehen dürfen, dass trotz nicht ordnungsgemäßer Isolierarbeiten die gewünschte Abdichtung des Objekts eintrete, beruhe auf einer fehlerhaften Würdigung der Beweisaufnahme (UA 675). Die Feststellungen des Landgerichts im Bezug auf die Aussage des Zeugen P... seien fehlerhaft. Insbesondere habe der Zeuge entgegen der Feststellung des Landgerichts der Klägerin die Informationen gegeben, dass aufgrund der baulichen Gegebenheiten eine ordnungsgemäße Ausführung nach den ursprünglichen Leistungsvorgaben nicht möglich sei. Die Klägerin habe hierdurch erfahren, dass somit eine regelrechte Abdichtung nicht zu erwarten sei und das Risiko weiterer Feuchtigkeitsschäden bestanden habe. Auch habe der Zeuge nach seiner Aussage der Klägerin dargelegt, welche zusätzlichen Arbeiten notwendig gewesen wären, um die ursprünglichen Vorgaben, also die Erstellung einer Hohlkehlenabdichtung, zu erfüllen. Die Klägerin habe hierdurch erfahren, dass die zusätzlichen Arbeiten an der Bodenplatte auch durchführbar seien, aber weitere Kosten auslösen würden. Die Klägerin habe sich hiergegen bewusst entschieden (GA 676). Auch die Feststellungen des Landgerichts zu den Bekundungen des Zeugen S.... seien fehlerhaft. Diese seien entgegen der Auffassung des Landgerichts glaubhaft; der Zeuge habe entgegen der Feststellung im Urteil exakt die Äußerungen des Zeugen P... bestätigt (GA 678). Auch werde die Erwägung des Landgerichts, der Zeuge S.... habe Äußerungen des Zeugen P... wiedergegeben, die dieser in der Vernehmung selbst bekundet habe, nicht durch den Inhalt der Sitzungsprotokolle bestätigt. Zudem seien die Beweiswürdigungserwägungen des Landgerichts in Bezug auf die Bekundungen des Zeugen E...n fehlerhaft. Der Zeuge habe entgegen der Annahme des Landgerichts den Vortrag der Zeugen P... und S...., wonach die Klägerin umfassend aufgeklärt worden sei, aber mit Blick auf die zu erwartenden Mehrkosten zusätzliche Maßnahmen für eine adäquate Abdichtung abgelehnt habe, bestätigt. Die Aussage des Zeugen sei auch entgegen der Ansicht des Landgerichts belastbar (GA 680). Insgesamt gebe es keine Anhaltspunkte, die gegen die Glaubhaftigkeit der

 30

Bekundungen dieses Zeugen sprechen (GA 681). Die Beweiswürdigung des Landgerichts im Bezug auf die Aussage des Zeugen G... sei ebenfalls fehlerhaft. Den Bekundungen dieses Zeugen könne entnommen werden, dass die Klägerin sich bewusst gegen umfangreichere Baumaßnahmen als Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Isolierung entschieden habe. Sie habe somit bereits ohne die Aufklärung der Zeugen P... und S.... gewusst, dass zur adäquaten Isolierung des Kellers Hohlkehlen erforderlich waren und diese nur durch zusätzliche Arbeiten an der Bodenplatte erstellt werden könnten (GA 682). Auf der Grundlage einer zutreffenden Würdigung der Aussagen der vernommenen Zeugen ergebe sich, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin durch die Zeugen G..., P... und S.... erfolgt sei. Die Klägerin habe nicht davon ausgehen dürfen, dass trotz nicht ordnungsgemäß erfüllbarer Isolierarbeiten die gewünschte Abdichtung des Objektes eintreten würde. Für die Klägerin sei allein die Einhaltung der Kostenobergrenze ausschlaggebend gewesen (GA 683).

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht darüber hinaus einen Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Pflasterarbeiten bejaht. Es habe fälschlich angenommen, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande gekommen sei. Es sei nicht von einem Rechtsbindungswillen des Beklagten auszugehen. Der Beklagte habe der Klägerin zunächst eine Auflistung über die möglichen Pflasterarbeiten zukommen lassen. Er habe der Klägerin wegen deren angespannter finanzieller Situation angeboten, die Pflasterarbeiten zusätzlich zu den beauftragten Abdichtungsarbeiten als reine Gefälligkeit und ohne Vergütung zu erbringen. Aus dem Angebotsschreiben lasse sich ein Rechtsbindungswillen nicht ableiten. Dies gelte, zumal die Klägerin das Angebot schriftlich hätte beauftragen müssen (GA 686). 31

Zu Unrecht habe das Landgericht schließlich der Klägerin auch einen Anspruch auf Schadensersatz aufgrund angeblicher Beschädigungen der Fassade im Rahmen der Abdichtungsarbeiten zugesprochen. Die Beweiswürdigungserwägung des Landgerichts, wonach sich eine Verantwortlichkeit des Beklagten aus der Einlassung des Sachverständigen F... und den Aussagen der Zeugen B... sowie des Ehepaares S.... ergebe, sei nicht nachvollziehbar. 32

Die Streithelferin O.P.GmbH begründet ihr Rechtsmittel mit folgenden Berufungsangriffen: Das Landgericht habe eine fehlerhafte Beweiswürdigung vorgenommen. Fehlerhaft habe das Landgericht angegeben, der Sachverständige F... habe die fehlende Eignung und Unzulässigkeit der aufgetragenen kunststoffmodifizierten Bitumendickbeschichtung für das Fernhalten drückenden Wassers festgestellt. Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne aus den keinesfalls eindeutigen Ausführungen des Sachverständigen nicht festgestellt werden, dass die Außenisolierung nicht nach den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik und schon gar nicht den entsprechenden Herstellervorschriften ausgeführt sei (GA 702). 33

Auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen bestehe die Möglichkeit einer fehlenden Kausalität der Art und Weise der von der Streithelferin vollzogenen Abdichtung. Die Errichtung der Dränanlage sei dem Streithelfer S.... beauftragt worden, die unterlassene Abdichtung des Fußpunktes sei bei zutreffender Würdigung der erhobenen Beweise alleine von der Klägerin zu verantworten. Bei seinem gegen den Geschäftsführer der Streithelferin O.P.GmbH gerichteten Vorhalt, es spreche für sich, dass dieser als Zeuge ausgesagt habe, dass er sich für die Bodenbeschaffenheit eigentlich nicht interessiert habe, da er ja den Auftrag gehabt habe, die Kelleraußenwände zu isolieren, habe das Landgericht die Verschiedenheit der bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen außer Acht gelassen (GA 704). Unzutreffend sei die Feststellung des Landgerichts, der Sachverständige habe 34

eindeutig festgestellt, dass der Schaden „Wassereinfall“ entstanden sei, weil die Außenisolierung mangelhaft ausgeführt worden sei. Vielmehr sei nach den Ausführungen des Sachverständigen die fehlende Abdichtung des Fußpunktes schadensursächlich (GA 705). Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Beklagte nicht verpflichtet gewesen, kostenneutral, also ohne eine entsprechende kostenbegründende Beauftragung durch die Klägerin eine ordnungsgemäße Fußpunktabdichtung herzustellen. Seine Verpflichtung habe sich darauf beschränkt, die Klägerin von dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen Fußpunktabdichtung in Kenntnis zu setzen. Die Verantwortlichkeit des Beklagten habe geendet, nachdem sich die Klägerin gegen diese Maßnahmen entschieden habe (GA 706).

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Berufung des Beklagten und der Streithelferin. Soweit die Berufung der Auffassung sei, die vom Beklagten bzw. der Streitverkündeten ausgeführten Arbeiten seien nicht kausal für die "Feuchtigkeitsschäden am Objekt der Klägerin" geworden, unterliege sie einem rechtlichen Irrtum zur Kausalität. Der Sachverständige F... habe ausgeführt, dass die Arbeiten unter mehreren Gesichtspunkten fehlerhaft seien, nämlich insbesondere fehlende Fußpunktabdichtung, Verwendung untauglichen (sowie anderen als angebotenen und auch abgerechneten) Materials zur Abdichtung und (teilweise) fehlerhafte Verarbeitung dieses Materials (GA 723). Die eventuelle Mitursächlichkeit von anderen Umständen für den Eintritt von Feuchtigkeit/Nässe könne allenfalls Einfluss auf den (ggf. totalen) Umfang geschuldeten Schadensersatzes für die Schäden im Objekt (Mangelfolgeschäden) haben. Der weitaus größte Teil der Klageforderung betreffe Schadensersatz wegen fehlerhafter Erfüllung selbst, gerichtet auf Erstattung der notwendigen Kosten zu mangelfreier Ersatzvornahme (GA 722). Die Berufung verkenne die Reichweite der Aufklärungspflichten des Werkunternehmers und die speziellen Voraussetzungen der Bedenkenanzeige. Die Feststellung des Landgerichts, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass von einer ordnungsgemäßen Belehrung/Bedenkenanzeige nicht ausgegangen werden könne und damit die Klägerin nicht hinreichend informiert worden sei über die Untauglichkeit der ausgeführten Arbeiten, sei nicht zu beanstanden. Die vom Geschäftsführer der Streitverkündeten wiedergegebenen Äußerungen genügten nicht dem Gebot der erforderlichen Klarheit der Bedenkenanzeige, die Aussage des Zeugen P... sei insoweit vage geblieben (GA 731). Mit der Mitteilung, die Arbeiten könnten nur „so gut wie möglich“ ausgeführt werden, wären der Klägerin die möglichen Risiken nicht in annähernd deutlicher Weise vor Augen geführt worden (GA 732). Aus der Aussage des Zeugen P... ergebe nichts zum Thema Kosten, so dass auch nicht erwiesen sei, dass die Klägerin überhaupt über etwaige Mehrkosten informiert worden sei, was im Rahmen einer hinreichend deutlichen Bedenkenanzeige ein wichtiger Aspekt gewesen wäre. Außerdem sei mit der Aussage P... nicht erwiesen, dass die Klägerin eine konkrete Weisung zur Fortsetzung der Arbeiten in Kenntnis der bestehenden Risiken ausdrücklich erteilt hätte. Ebenso begegne die Würdigung des Landgerichts im Bezug auf die Aussage E...n keinen durchgreifenden Bedenken. Der Beklagte habe nach den Aussagen jeden Hinweis unterlassen, dass die Klägerin, sollte es bei der – vermeintlichen - Weisung bleiben, 30.000 € für nichts ausgeben würde. Die fehlende Präzisierung in den Bedenkenhinweisen des Beklagten gehe zulasten der Beklagten.

35

Die Behauptung des Beklagten, die Pflasterarbeiten seien lediglich aus Gefälligkeit ausgeführt worden, werde bereits dadurch widerlegt, dass der Beklagte nach seiner Einlassung in den Anlagen K 13 und K 14 "Nachbesserung-" bzw. „Gewährleistung" angeboten habe. Auch bei Annahme eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses wäre der Beklagte nicht aus der Haftung entlassen, da er spätestens durch seine entsprechenden Erklärungen eine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung übernommen habe. Vorliegend handele es sich um ein Gefälligkeitsverhältnis mit haftungsrechtlichem Einschlag.

36

Im Hinblick auf die Fassadenschäden sei der Einwand der Berufung, wonach sich die Aussage des Zeugen Sch.... nur auf mögliche Beschädigungen an den Fensterbänken des Objekts bezogen habe, unrichtig. Durch den Sachverständigen F... seien Schädigungen festgestellt worden. Durch die Zeugenaussage Schu... würden die einzig möglichen Ursachen der Beschädigung erwiesen. 37

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes des Berufungsverfahrens wird auf den Inhalt der in diesem Rechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 38

B) 39

Die Rechtsmittel des Beklagten und der Streithelferin zu 2), mit der sie das Grundurteil angreifen, durch das das Landgericht die Klage hinsichtlich der Klageanträge zu 1, 2), 3), 5) und 6) dem Grunde nach für gerechtfertigt beurteilt hat, ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet (§ 513 Satz 1 ZPO). Weder haben die Berufungen Rechtsfehler des landgerichtlichen Urteils im Sinne des § 546 ZPO aufgezeigt, noch rechtfertigen die vom Senat seiner Entscheidung zu Grunde zu legenden Tatsachen eine vom Landgericht abweichende Beurteilung der Sach- und Rechtslage. 40

I) Rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des Grundurteils gemäß § 304 Abs. 1 ZPO bestehen nicht und werden von den Berufungen auch nicht aufgezeigt. 41

II) Aus Rechtsgründen ist die Entscheidung des Landgerichts, wonach die Klageanträge zu 1) - 3) dem Grund nach gerechtfertigt sind, nicht zu beanstanden. Rechtsfehler sind nicht erkennbar. Mit dem Klageanträgen zu 1) , 2) , 3) und 6) begehrt die Klägerin Schadensersatz wegen der vom Beklagten mangelhaft erbrachten Abdichtungsarbeiten. 42

Die Klägerin kann – wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat – dem Grunde nach Zahlung von Schadensersatz gemäß §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB aufgrund der mangelhaften Abdichtungsarbeiten an den Kelleraußenwänden am streitgegenständlichen Objekt verlangen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen solchen mangelbedingten Schadensersatzanspruch des Auftraggebers gegenüber dem ausführenden Unternehmer sind vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt worden. Die Berufungsangriffe vermögen hieran nichts zu ändern. 43

1. 44

Unstreitig ist auch in der Berufungsinstanz, dass die Klägerin den Beklagten mit der Vornahme von Werkleistungen nach Maßgabe des mit undatierten Anschreiben vorgelegten Angebots (Anlage K 1) mit Auftragsbestätigung vom 13.9.2008 (Anlage K 2) beauftragte, mithin ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB zwischen den Parteien zu Stande gekommen ist. Der landgerichtlichen Tatsachenfeststellung, wonach die Klägerin die vom Beklagten in Erfüllung dieses Werkvertrages erbrachten Leistungen abgenommen hat, sind die Parteien in der Berufung nicht entgegengetreten. 45

2. 46

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass das Werk des Beklagten mangelhaft ist, weil es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB. 47

a) Welche Beschaffenheit eines Werks die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrags. Zur vereinbarten Beschaffenheit i. S. des § 633 Abs. 2 S. 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den 48

vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Der BGH hat deshalb in Fortführung des zu § 633 BGB a. F. entwickelten funktionalen Mangelbegriffs eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 29. 9. 2011 ? VII ZR 87/11- NJW 2011, 3780ff, zitiert nach juris TZ 11; BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05 - BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 zitiert nach juris Tz 15). Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05 - BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 zitiert nach juris Tz 15; BGH, Urteil vom 16.07.1998, VII ZR 350/96, Z 139, 244 = NJW 1998, 3707 zit. nach juris TZ. 19f; BGH, Urteil vom 11.11.1999, VII ZR 403/98, NJW-RR 2000, 465 = BauR 2000, 411 zitiert nach juris Tz. 20.)

Darüber hinaus fehlt dem Werk die vereinbarte Beschaffenheit, wenn der Unternehmer bei der Ausführung der Leistungen die anerkannten Regeln der Technik und Baukunst nicht eingehalten hat, da regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass diese als stillschweigend vereinbart anzusehen sind (vgl. PWW-Leupertz/ Halfmeier, BGB, Rz. 23 zu § 633). 49

Auf dieser rechtlichen Grundlage würde sich die vom Beklagten eingebrachte Außenabdichtung der Kelleraußenwand des Objekts der Klägerin nur dann als übereinstimmend mit der vereinbarten und damit geschuldeten Beschaffenheit darstellen, wenn das Werk des Beklagten in Einklang mit den Leistungsvorgaben im Hinblick auf die Ausführungsart und die vereinbarten Materialien, wie sie sich aus einer sinnhaften und verständigen Auslegung des Werkvertrages ergeben, errichtet worden wäre und darüber hinaus mit dem Werk auch der geschuldete Erfolg im Sinne einer zweckentsprechenden und funktionsstauglichen Leistungserbringung dauerhaft erreicht wird. 50

Die Auslegung des Landgerichts dahin, dass die von der Beklagten geschuldeten Leistungen zu einer funktionierenden Kellerabdichtung und damit zu einem ausreichenden Schutz vor eindringendem Wasser hätte führen sollen, ist nicht zu beanstanden. Aus der Natur der Leistung ergibt sich, dass das Bauwerk und dessen Teile so abgedichtet sein müssen, dass keine Feuchtigkeit eintritt (vgl. OLG Düsseldorf Urteil vom 5.2.2013 – 23 U 185/11, IBR 2013, 612, mit Anm. Meyer; ebenso OLG Brandenburg, Urteil vom 13.2.2014, 12 U 133/13, IBR 2014, 264). 51

Nach Maßgabe dieser – höchstrichterlich abgesicherten – Rechtsgrundsätze hat das Landgericht zutreffend den Leistungsumfang und damit das geschuldete Soll definiert. Es hat zu Recht darauf abgestellt, dass der Beklagte zumindest im Rahmen der geschuldeten Abdichtung der Kelleraußenwand die in der Leistungsbeschreibung des den Arbeiten zu Grunde liegenden Angebots des Beklagten insbesondere unter der Position 1.4 „Abdichtungsarbeiten“ konkret beschriebenen Arbeiten fachgerecht und entsprechend den anerkannten Regeln der Technik durchzuführen hatte. Hierzu gehörte neben dem angebotenen Auftragen einer Bitumendickbeschichtung insbesondere auch das Ausbilden von Hohlkehlen, mithin Abdichtungsarbeiten im Bereich der Fußpunkte des 52

streitgegenständlichen Objektes. Soweit erstinstanzlich der Beklagte mehrfach die Auffassung vertreten hatte, dass eine ordnungsgemäße Hohlkehlbildung nicht zu den von ihm zu erbringenden Arbeiten gehörte, hat er von diesem Vorbringen in der Berufungsinstanz anscheinend Abstand genommen, dies jedenfalls nicht erneut aufgenommen.

b)Das Landgericht hat auf der Grundlage der sachverständigen Ausführungen in den im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens vom Sachverständigen F... vorgelegten Gutachten die Feststellung getroffen, dass die vom Beklagten erbrachten Leistungen zur Isolierung der Kelleraußenwand des streitgegenständlichen Objektes in mehrfacher Hinsicht mangelbehaftet sind, da sie 53

– nicht fachgerecht ausgeführt worden sind, 54

– unter Verwendung von unzulässigem bzw. vertraglich nicht vereinbartem Material durchgeführt worden sind, 55

– allgemein gesprochen nicht entsprechend den allgemein anerkannten Regeln der Technik und/oder nach den Herstellervorschriften erstellt worden sind und schließlich 56

– in Konsequenz dieser Ausführungsfehler nicht funktionsstauglich sind, also mit anderen Worten nicht zu dem geschuldeten Erfolg einer funktionierenden und nachhaltig wirkenden Abdichtung gegen eindringende Feuchtigkeit geführt haben. 57

Den sich auf konkrete Mängelbeschreibungen insbesondere im ersten Ergänzungsgutachten vom 28.10.2010 beziehenden Feststellungen des Landgerichts haben die Berufungen des Beklagten und der Streithelferin nichts Erhebliches entgegengesetzt, so dass nach Maßgabe des § 529 Abs. 1 S. 1 ZPO die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts vom Senat seiner Entscheidung zugrunde zu legen sind. 58

Dies gilt zum einen für die Feststellung des Sachverständigen, dass die vom Beklagten aufgebrauchte kunststoffmodifizierte Bitumendickbeschichtung für das Fernhalten drückenden Wassers, das am streitgegenständlichen Objekt anfallt, weder geeignet noch zulässig ist. Zu verweisen ist insoweit bereits auf Seite 10 des Ausgangsgutachtens des Sachverständigen vom 25.11. 2009, wo dieser ausgeführt hat, dass die verwandte Dickbeschichtung für allenfalls sporadisch drückendes Wasser geeignet sei. Die gleiche Bewertung findet sich in noch deutlicherer Weise im Ergänzungsgutachten vom 20.10.2010, dort Seite 18. Darüber hinaus hat der Sachverständige auch hervorgehoben, dass die in Rede stehende – bereits im Ansatz unzulässige – Bitumendickbeschichtung fehlerhaft ausgeführt wurde, was sich in festgestellten zahlreichen Rissen niedergeschlagen hatte. Teilweise wurden im Rahmen der Bauteilöffnungen Beschichtungsstärken von unter 2 mm festgestellt (Seite 48 des 1. Ergänzungsgutachtens). Auf die deutlichen, die Unzulänglichkeit der Arbeiten des Beklagten im Rahmen der Aufbringung der Abdichtungsbeschichtung herausstellenden Worte des Sachverständigen z.B. unter Bild Nr. 49 in der Fotodokumentation: 59

„Bei derartigen Abdichtungsschmierereien an dem Kellerlichtschacht gibt es eigentlich nicht mehr viel zu sagen, nur noch, dass es so nicht funktioniert und damit die Abdichtung nicht das Klassenziel erreicht. Auch hier dringt Wasser ein“. 60

oder unter Bild Nr. 51 61

62

“im mittleren Bildteil kann man erkennen, dass die Abdichtung überhaupt nicht mehr auf dem Gebäude haftet, offensichtlich wohl auch kein Voranstrich durchgeführt.“

kann verwiesen werden.

63

Der Sachverständige hat festgestellt, dass beim streitgegenständlichen Objekt der Lastfall des drückenden Wassers gegeben ist, mit der bereits angeführten Konsequenz, dass die zum Einsatz gebrachte Kunststoff modifizierte Bitumendickbeschichtung unzulässig ist. Diesbezüglich hat das Landgericht mit zutreffender Begründung ausgeführt (UA 11), dass der Beklagte sich nicht mit seiner Behauptung habe entlasten können, die Klägerin habe in einem Vorgespräch das Vorhandensein sonstiger Böden und die Abwesenheit drückenden Wassers mitgeteilt. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, dass der Beklagte sich auf eine solche Aussage, die erkennbar nicht auf Erkenntnissen aufgrund eines Bodengutachtens beruhte, nicht ohne weiteres hätte verlassen dürfen, vielmehr eigenständig die Bodenverhältnisse mit Blick auf den geschuldeten Erfolg der „Abdichtung der Kelleraußenwände“ und die hierfür maßgeblich entscheidende Frage nach dem konkret anzutreffenden Lastanfall hätte prüfen müssen, bzw. zumindest die Einholung eines Bodengutachtens, das die Frage, welcher konkrete Lastanfall vorliegend gegeben ist, beantwortet, der Klägerin anempfehlen müssen. Auch die weiteren Überlegungen des Landgerichts an dieser Stelle, nämlich dass spätestens im Rahmen der Bauausführung dem Beklagten die Unrichtigkeit der behaupteten Erklärung über die Abwesenheit drückenden Wassers hätte auffallen müssen, da derart massiv bindige Böden vorgefunden worden seien, so dass auch für einen Laien sicher erkennbar gewesen sei (vgl. Seite 16 des Ergänzungsgutachtens), dass hier ein starker Wasserandrang anstehe, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Letztlich ist auch die landgerichtliche Bewertung des diesbezüglichen Vortrages der Beklagten über eine ihm gegenüber gemachte Erklärung der Klägerin zu der Bodenqualität als unsubstantiiert (UA 12), frei von Rechtsfehlern. Substantielle Einwände hierzu finden sich in der Berufungsbegründung nicht.

64

c)

65

Im Hinblick auf die vom Beklagten bei seiner Rüge angeführte Fußpunktabdichtung hat das Landgericht ausgeführt, es wäre gerade Sache des Beklagten gewesen, eine ordnungsgemäße Fußpunktabdichtung herzustellen, da eine solche nach den Feststellungen des Sachverständigen gerade notwendig gewesen wäre, um das Gebäude fachgerecht abzudichten. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht weiter darauf abgestellt, dass der Beklagte diese Bereiche entsprechend den Feststellungen des Sachverständigen gegebenenfalls durch Anbetonieren, Abstemmen oder sonstige geeignete Maßnahmen hätte egalalisieren und entsprechend vorbereiten müssen. Diese Maßnahmen seien notwendig gewesen, um den vom Beklagten geschuldeten Zustand „Abdichtung der Kelleraußenwände“ durch Bildung von Hohlkehlen herzustellen. Mit Blick auf das Vorbringen des Beklagten und der Streithelferin hat das Landgericht gemeint, es könne dahinstehen, ob die Klägerin sich mit den vom Beklagten tatsächlich durchgeführten Arbeiten einverstanden erklärt habe, da sie in diesem Falle – die Behauptung des Beklagten als wahr unterstellt – mangels konkreter Aufklärung davon ausgehen dürfen, dass trotz nicht fachgerechter Arbeit der geschuldete Erfolg eintreten würde.

66

Die in diesem Kontext von den Berufungen vorgebrachten Einwände sowohl gegen den rechtlichen Ansatz des Landgerichts als auch gegen die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung der Aussagen zu den vom Beklagten behaupteten Hinweisen an die Klägerin gehen im Ergebnis ins Leere.

67

68

aa) Die Berufung scheint nicht mehr infrage zu stellen, dass die vom Beklagten geschuldete Außenabdichtung unter Berücksichtigung insbesondere der Leistungsbeschreibung nach 1.4 des zum Vertragsinhalt erhobenen Angebots des Klägers auch die ordnungsgemäße Hohlkehlenbildung als Bestandteil einer erforderlichen Fußpunktabdichtung im Übergangsbereich zwischen aufstehender Wand und Bodenplatte umfasste. Die Argumentation des Beklagten geht indessen dahin, dass mit Blick auf die im Rahmen der Bauausführung festzustellenden Mängel der unsauber gegossenen Bodenplatte, die sich in Betonversprenkelungen niederschlugen, eine fachgerechte Hohlkehlenbildung nicht möglich gewesen sei. Da die Egalisation des Fußpunktes im Übergangsbereich von aufstehender Kellerwand und Bodenplatte durch Abstemmen von irregulären Betonvorsprüngen oder Anbetonieren der betroffenen Bereiche nicht mehr zum durch die Leistungsbeschreibung festgelegten Leistungsinhalt gehörte, sei eine funktionstüchtige Hohlkehlenbildung nicht zu erreichen gewesen.

bb) 69

Es kann letztlich offen bleiben, ob – wie es das Landgericht anscheinend angenommen hat – zu den Leistungen, die vom Beklagten zum vertraglich vereinbarten Werklohn zu erbringen waren, auch die Maßnahmen gehörten, die erforderlich waren, um die bauseits bestehende Bausubstanz für die eigentlich geschuldeten Abdichtungsmaßnahmen einschließlich einer mit Hohlkehlenbildung verbundenen Fußpunktabdichtung vorzubereiten, was im vorliegenden Fall bedeutet hätte, dass Unregelmäßigkeiten der Bodenplatte in Form von Versprenkelungen und Lunkern bzw. Vorsprüngen zu egalisieren waren. Selbst wenn man auf der Grundlage des Vorbringens des Beklagten davon ausgehen wollte, dass derartige – im Leistungsbeschrieb des Angebots nicht gesondert erwähnte - Arbeiten vom Beklagten nicht ohne zusätzliche Vergütung zu erbringen gewesen waren, ändert dies nichts daran, dass das Fehlen dieser Arbeiten bzw. die Vornahme von Abdichtungsarbeiten im Fußpunktbereich ohne diese Vorbereitungsarbeiten im Fußpunkt zur Mangelhaftigkeit der Werkleistung führte, da die geschuldete Abdichtung nicht zu dem nach dem Vertragsinhalt angestrebten Werkerfolg gelangen konnte. Mit Blick auf den bereits oben erwähnten funktionalen Mangelbegriff wird die Sachmangelhaftung im Grundsatz nicht berührt, wenn die Funktionstauglichkeit der beauftragten Leistung mit der vereinbarten Ausführungsart oder den vereinbarten Materialien nicht erreicht werden kann. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dennoch weiter die vereinbarte Funktionstauglichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 zitiert nach juris Tz 15; BGH, Urteil vom 16.07.1998, VII ZR 350/96 Z 139, 244 = NJW 1998, 3707 zit. nach juris TZ. 19f; BGH, Urteil vom 11.11.1999, VII ZR 403/98, NJW-RR 2000, 465 = BauR 2000, 411 zitiert nach juris Tz. 20.) 70

Ein Unternehmer ist nur dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers zurückzuführen ist **und** der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat (BGH, Urteil vom 29.9.2011 ? VII ZR 87/11- NJW 2011, 3780ff, zitiert nach juris TZ 14; Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 zitiert nach juris Tz 15). Das gilt auch in den Fällen, in denen die Parteien eine bestimmte Funktion des Werks voraussetzen oder vereinbaren, die Befolgung der bindenden Anordnungen des Bestellers zur Ausführungsweise jedoch dazu führt, dass diese Funktion nicht erfüllt wird. Der Unternehmer haftet nicht für die fehlende Funktionstauglichkeit des Werks, wenn er den Besteller auf die Bedenken gegen eine solche 71

Anordnung hingewiesen hat und dieser auf der untauglichen Ausführung besteht. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Tatbestand, der dazu führt, dass der Unternehmer von der Mängelhaftung befreit ist, trägt der Unternehmer (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007, VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 = NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511 = NZM 2008, 94 Tz 26). Er hat dementsprechend vorzutragen und zu beweisen, dass die Zweck- und Funktionsverfehlung des Werks auf bindende Anordnungen des Bestellers zurückzuführen ist und er seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. 9. 2011 ? VII ZR 87/11- NJW 2011, 3780, zit. nach juris Tz. 15f). Unabhängig also von der Frage, ob und inwieweit die zusätzlichen Leistungen, die erforderlich sind, um die vereinbarte Funktionstauglichkeit des Werkes zu erreichen, vom Auftraggeber zusätzlich zu vergüten sind, ist die Mängelhaftung des Auftragnehmers zu beurteilen. Wie gesagt ist der Unternehmer nur dann von dieser befreit, wenn er in genügendem Maße seiner Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht nachgekommen ist.

Seiner Bedenkenhinweispflicht genügt der Werkunternehmer nur dann, wenn er dem Besteller die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret dargelegt hat und ihm solcher Art in die Lage versetzt hat, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen (vgl. BGH, Urteil vom 10.2.2010, VII ZR 8/10 = BauR 2011, 869 = NZBau 2011, 360, Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 6. Teil, Rz. 47). Die Pflicht, auf Bedenken hinzuweisen, soll dem Auftraggeber die notwendige Aufklärung über die Fehlerhaftigkeit seiner bindenden Anordnungen oder der Vorleistungen oder der gegebenen Bauteile gewährleisten. Dieser Bedenkenhinweis des Auftragnehmers kann, soweit es sich – wie hier – um einen BGB Bauvertrag und nicht um einen VOB/B Bauvertrag handelt, bei dem aus § 4 Abs. 3 VOB/B die grundsätzliche Schriftform abzuleiten ist, zwar auch mündlich erfolgen. Er muss aber in jedem Fall inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend sein, insbesondere die Gefahren aufzeigen, die im Hinblick auf die Erreichung des angestrebten Werkerfolges bei Beibehaltung der verbindlichen Vorgaben bestehen.

72

Nach diesen Grundsätzen hält die Beweiswürdigung der Kammer des Landgerichts den hiergegen gerichteten Einwände der Berufungen des Beklagten und der Streithelferin im Ergebnis stand, da von einem hinreichend deutlichen Hinweis auf die Gefahren, die damit verbunden sind, wenn die Abdichtungsarbeiten fortgesetzt würden, ohne dass zuvor im Fußbodenbereich die Unregelmäßigkeiten der Betonplatte, die einer sach- und fachgerechten Hohlkehlbildung entgegenstehen würden, beseitigt würden, auf der Grundlage der Bekundungen der Zeugen mit der für eine richterliche Urteilsfindung erforderlichen Überzeugung nicht ausgegangen werden kann.

73

(1)Unabhängig von den Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Zeugen P... zu deren Bekundungen zu der am 23.09.2008 stattgefundenen Baubesprechung, in deren Rahmen nach Behauptung des Beklagten und der Streithelferin entsprechende Hinweise an die Klägerin erteilt worden sein sollen, hat der Zeuge nicht dargetan, dass er die Klägerin darüber umfassend aufgeklärt hat, dass ohne die ordnungsgemäße Vorbereitung bzw. Egalisierung des Fußpunktbereiches eine erhebliche Gefahr der Erfolglosigkeit der gesamten Abdichtungsmaßnahmen besteht, was letztlich bedeuten würde, dass die Vergütung, die die Klägerin an den Beklagten für die Durchführung der Arbeiten zahlen würde, eine nutzlose Aufwendung darstellen würde. Zutreffend hat das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, dass der Zeuge P... nach seiner eigenen Darstellung lediglich erklärt habe, dass eine regelgerechte Abdichtung bei der vorgefundenen Situation im Fußbodenbereich nicht möglich sei und „*dass ich das nur so gut wie möglich machen könne*“. Den Bekundungen des Zeugen lässt sich an keiner Stelle entnehmen, dass er der Klägerin

74

mit der an dieser Stelle gebotenen Klarheit und Eindringlichkeit vor Augen geführt hat, dass – unterstellt, die Klägerin habe entsprechend der Bekundung des Zeugen erklärt, dass Geld eingespart werden sollte – die Fortsetzung der Arbeiten ohne Erweiterung auf eine Egalisierung des Fußpunktbereiches in Konsequenz die Nutzlosigkeit sämtlicher weiteren Isolierungsarbeiten zur Folge hätte.

(2) Im Hinblick auf die Bekundungen des Zeugen S.... hält die Beweiswürdigung des Landgerichts ebenfalls den Angriffen der Berufung stand. Das Landgericht hat dessen Bekundung, der Zeuge P... habe der Klägerin erklärt, wie „*man das konkret ausführen müssen*“ und dass, wenn man die zusätzlichen Arbeiten nicht ausführe, das Risiko bestehe, dass weiterhin Feuchtigkeit in den Keller eindringen, als nicht glaubhaft bewertet; es hat dies damit begründet, dass der Zeuge an dieser Stelle (angebliche) Äußerungen des Zeugen P... wiedergebe, die dieser im Rahmen seiner eigenen Vernehmung (im Termin vom 6.3.2013) selbst nicht bekundet habe, obwohl er gerade zu diesem entscheidenden Punkt intensiv befragt worden sei. Die diesbezüglichen, auf diesen Beweiswürdigungserwägungen fußenden landgerichtlichen Feststellungen sind für den Senat nach § 529 Abs. 1 S. 1 ZPO bindend. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, die die Bindung entfallen lassen, können sich aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Ein solcher Verfahrensfehler liegt insbesondere vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 ZPO aufgestellt wurden (vgl. Urteil vom 12. 3. 2004 - V ZR 257/03 - BGHZ 158, 269 = NJW 2004, 1876, 1877). Dies ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist (Musielak/Ball, ZPO, 9. Auflage 2012 § 529 Rdnr. 8), oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen können sich auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. 6. 2003 - 1 BvR 2285/02, NJW 2003, 2524, unter II 1b; Beschluss vom 22.11. 2004 - 1 BvR 1935/03, NJW 2005, 1487). Solche Zweifel ergeben sich hier nicht, insbesondere weisen die Berufungen keine Beweiswürdigungsfehler auf.

75

Die diesbezüglichen Berufungsangriffe beschränken sich letztlich darin, die eigene Beweiswürdigung anstelle der des Landgerichts zu setzen. Soweit das Landgericht angeführt hat, dass die Bekundungen des Zeugen S...., der Klägerin sei im Bezug auf die erforderlichen Mehrkosten ein „höherer vierstelliger Betrag angedeutet worden“, auch deshalb nicht glaubhaft sei, weil der Zeuge P... selbst ausdrücklich eingeräumt habe, dass er der Klägerin nicht angeboten habe, die Bodenplatte so zu bearbeiten, dass man eine ordnungsgemäße Hohlkehlenabdichtung aufbringen könne, ist diese Erwägung tragfähig. Der Einwand des Beklagten, der Zeuge P... haben erstmal ein Angebot unterlassen, weil der Grundtenor des Gesprächs gewesen sei, dass die Klägerin kein weiteres Geld habe ausgeben wollen, lässt die Richtigkeit der vom Landgericht gegen die Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Zeugen S.... angestellten Überlegungen nicht als verfahrensfehlerhaft oder sonst wie untauglich erscheinen. Die Überlegung des Landgerichts, es sei nur schwerlich nachvollziehbar, dass der Zeuge P..., der obwohl intensiv befragt dazu, ob er alternative Angebote der Klägerin unterbreitet habe, dies eindeutig verneint hat, während der Zeuge S...., der selber diese Erklärungen gegenüber der Klägerin nicht abgegeben hat, sondern allenfalls solche des Zeugen P... wahrgenommen haben kann, angibt, der Zeuge P... habe deutlich weitergehende Erklärungen einschließlich eines Alternativangebotes mit entsprechender Kostenvorstellung

76

abgegeben, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

(3) Ebenfalls hat aufgrund Fehlens eines erheblichen Beweiswürdigungsfehler oder eines sonstigen Umstandes, der die Bindungswirkung der landgerichtlichen Feststellungen im Hinblick auf § 529 Abs. 1 S. 1 ZPO entfallen lassen und zu konkreten Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellungen führen konnte, im Ergebnis die Wertung der Bekundungen des Zeugen E...n durch das Landgericht im angefochtenen Urteil Bestand. Die oben näher definierten Grenzen der tatrichterlichen auf einer verfahrensfehlerfreien Beweiswürdigung basierenden Tatsachenfeststellung sind vom Landgericht eingehalten worden. 77

(4) Dieselben Überlegungen gelten in Bezug auf die Aussage des Zeugen G... Dessen Bekundungen hat das Landgericht als unerheblich erachtet. Im Bezug auf die hier in Rede stehende Frage der Erteilung eines hinreichend deutlichen und auch ansonsten genügenden Bedenkenhinweises durch den Beklagten bzw. durch seinen Nachunternehmer, den Zeugen P..., ist die Aussage des Zeugen G... tatsächlich unerheblich. 78

Die Entlastung des Werkunternehmers für die Mangelhaftigkeit des Werkes, die auf verbindliche Vorgaben des Auftraggebers, auf sonstige Anordnungen in Bezug auf Materialien und Stoffe oder auf bauseitige bestehende Bedingungen wie die Bauteile zurückzuführen ist, durch einen entsprechenden Hinweis an den Besteller steht unter der Voraussetzung, dass der Besteller aufklärungsbedürftig ist. Ist dieser hinreichend sachkundig, dass er die Gefahren und Risiken der Werkerstellung in Bezug auf die Funktionstauglichkeit erkennen konnte, braucht der Werkunternehmer nicht aufzuklären. 79

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht auch mit Blick auf die Bekundungen des Zeugen G... ausgeführt, dass von einer ausreichenden Sachkunde bei der Klägerin, die zum Wegfall der Bedenkenhinweispflicht hätte führen können, nicht ausgegangen werden kann. 80

Der Aussage des Zeugen G... kann – entgegen der anscheinend vom Beklagten vertretenen Auffassung – nicht mit der hinreichenden Sicherheit entnommen werden, dass die Klägerin auf der Grundlage der Erkenntnisse einer sachgerechten und umfassenden Aufklärung seitens des Beklagten bzw. der von ihm beauftragten Streithelferin über die wahrscheinliche Erfolglosigkeit der streitgegenständlichen Abdichtungsarbeiten bei einem Beharren auf den ursprünglichen Auftragsumfang (ohne die zwingend erforderliche Egalisation des Fußpunktbereiches) sich aus Kostengründen (die bei sachlicher Betrachtung vernunftswidrig erscheinen) dazu entschlossen hatte, auf eine Erweiterung der von den Beklagten zu erbringenden Arbeiten zu verzichten. 81

Damit verbleibt es bei dem vom Landgericht rechtsfehlerfrei gefundenen Ergebnis, dass nicht positiv festgestellt werden kann, dass der Beklagte die Klägerin über die fehlende Funktionstauglichkeit der vertragsgegenständlichen Abdichtungsarbeiten für den Fall aufgeklärt hat, dass nicht im Rahmen von zusätzlich zu beauftragenden Arbeiten die hinreichenden Voraussetzungen baulicher Natur an der Betonplatte im Fußpunktbereich für eine notwendige fachgerechte Hohlkehlenbildung geschaffen werden. Wie oben bereits angeführt geht die Nichterweislichkeit der Erfüllung der Hinweispflicht zulasten des insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Werkunternehmers, hier des Beklagten. Eine Entlastung des Beklagten von seiner Mangelhaftung – auch nur soweit es die nicht hinreichende Hohlkehlenbildung betrifft – kann mithin nicht angenommen werden. 82

c) 83

84

Die vom Landgericht angestellten Überlegungen zur Kausalität der vom Beklagten ausgeführten Arbeiten für die entstandenen Feuchtigkeitsschäden sind im Ergebnis zutreffend (UA 12). Den vom Beklagten erhobenen Einwand, die Feuchtigkeitsschäden wären auch bei mangelfreier Ausführung entstanden, weil eine Fußpunkt Abdichtung gefehlt habe und die Bodenplatte undicht gewesen sei, hat das Landgericht zu Recht als nicht entscheidungserheblich qualifiziert. In seinem 1. Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige hervorgehoben, dass die Bodenplatte des Gebäudes trotz der Tatsache, dass diese nicht aus WU Beton hergestellt worden ist und zu vermuten ist, dass die Platte Risse aufweist (Seite 16 des Ergänzungsgutachtens), nicht schadenserheblich ist. Mit unmissverständlichen Worten hat der Sachverständige ausgeführt, dass der Schaden entstanden ist, weil die Außenisolierung falsch, mangelhaft ausgeführt worden ist, darüber hinaus die Außenisolierung durch mangelhafte Verfüllungsarbeiten beschädigt wurde und schließlich im Bereich der Zäsur zwischen aufstehender Kellerwand und Bodenplatte die Abdichtung nicht fachmännisch erfolgt ist.

Abseits dessen ist für den an dieser Stelle in Rede stehenden Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 280 BGB die Frage der (alleinigen/oder lediglich Mit-) Kausalität der Werkmängel für die Feuchtigkeiterscheinungen und sonstigen Beschädigungen der Bausubstanz infolge eindringenden Wassers grundsätzlich ohne Bedeutung. Nach bisheriger einhelliger und höchstrichterlich getragener Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, BauR 2010, 1752ff = NJW 2010, 3085f = ZfBR 2010, 690f zitiert nach juris Tz. 11) kann der Besteller im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung die Kosten verlangen, die für eine mangelfreie Leistungserfüllung, also für eine Mangelbeseitigung erforderlich sind. Das bedeutet, dass der von der Klägerin geltend gemachte und vom Landgericht dem Grunde nach als berechtigt bewertete Schadensersatz sämtliche Aufwendungen umfasst, die der Klägerin entstehen, wenn sie die Werkmängel des Beklagten beseitigen lässt, also eine ordnungsgemäße Kelleraußenabdichtung herstellen lässt. 85

Ungeachtet dessen steht dem Besteller auch ein Anspruch auf Schadensersatz (neben der Leistung) im Hinblick auf die Mangelfolgeschäden zu, wenn diese durch den Werkmangel verursacht worden sind. Soweit es also infolge der aufgrund der Werkmängel nicht funktionstüchtigen Abdichtung zum Eindringen von Wasser in das Bauwerk gekommen ist, und hierdurch Schäden entstanden sind, besteht die Schadensersatzverpflichtung des Beklagten auch insoweit. Lediglich in diesem Rahmen könnten die Rügen des Beklagten und der Streithelferin entscheidungserheblich sein, eine funktionstüchtige Abdichtung hätte auf der Grundlage der vom Beklagten geschuldeten Leistungen nicht erreicht werden können, da in jedem Fall eine ordnungsgemäße Drainage um das Bauwerk hätte verlegt werden müssen. Dieses Vorbringen ist indessen nicht von den Feststellungen des Sachverständigen F... gedeckt. An dieser Stelle würde eine Mitursächlichkeit ausreichend sein; allenfalls ließe sich im Hinblick auf diese Mangelfolgeschäden an ein anspruchsminderndes Mitverschulden der Klägerin denken, über das jedoch im Rahmen des Höheverfahrens näher zu befinden sein dürfte. (Dies hat im übrigen das Landgericht bereits im angefochtenen Urteil zutreffend angeführt (UA 17). 86

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Klageanträge zu 1), 2), 3), 6), die sich mit Schadenspositionen befassen, die der Klägerin als Folge der mangelhaften Werkleistung des Beklagten entstanden sind, dem Grunde nach berechtigt sind. Das dies aussprechende Grundurteil hält somit den Berufungsangriffen stand. 87

3. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht darüber hinaus angenommen, dass die Klägerin Schadensersatz wegen mangelhafter Pflasterarbeiten geltend machen kann, die Klage dementsprechend dem Grunde nach gerechtfertigt ist (der Klageantrag zu 3 enthält auch Positionen, die sich mit einer ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung der mangelhaften Pflasterarbeiten beschäftigen). Das Landgericht hat als Anspruchsgrundlage die §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB herangezogen, mithin eine werkvertragliche Sachmängelhaftung bejaht.

a) Den Sachvortrag des Beklagten, bei der Anlage K 12 handele es sich nur um ein Angebot, das die Klägerin nicht angenommen bzw. nicht beauftragt habe, und dass die ausgeführten Pflasterarbeiten sodann im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses erfolgt und der Klägerin nicht in Rechnung gestellt worden seien, hat das Landgericht als nicht durchgreifend bewertet. Es hat hierbei offen gelassen, ob die Klägerin entsprechend ihrem Vorbringen (GA 147) den Angebotsbetrag an den Beklagten gezahlt habe oder nicht. In jedem Fall läge auch dann, wenn der Beklagte diese Arbeiten unentgeltlich erbracht haben sollte, kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vor. 89

Die weiter vom Landgericht an dieser Stelle angestellte Überlegung, das vom Beklagten stammende Angebot belege, dass dieser mit Rechtsbindungswillen gehandelt habe, hält der Senat für plausibel. Ebenso schließt sich der Senat der Erwägung des Landgerichts an, auch zeige die Ausführung der Arbeiten durch den Beklagten, dass die Klägerin dieses Angebot angenommen haben musste, da ansonsten ein entsprechendes Handeln nicht erklärlich ist. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn die Klägerin aufgrund zusätzlicher Erklärungen oder Äußerungen des Beklagten davon ausgehen konnte und musste, dass der Beklagte die Pflasterarbeiten lediglich aus Gefälligkeit und außerhalb jeglicher werkvertraglicher Bindung und Haftung auch im Hinblick auf Sachmängel erbringen wollte. Hierzu ist – wie das Landgericht bereits zutreffend dargelegt hat – nichts Substantielles erstinstanzlich vorgetragen worden. Dies wird auch vom Beklagten in der Berufung nicht nachgeholt. 90

Im übrigen verweist die Klägerin an dieser Stelle zu Recht darauf, dass der Inhalt der vorgerichtlichen Korrespondenz jedenfalls einen erheblichen Indizwert im Bezug darauf hat, dass auch der Beklagte nicht von einer vertragslos erbrachten Leistung bei den Pflasterarbeiten ausgegangen ist, sondern auch diese auf der Grundlage eines Werkvertrages, durch den eine Sachmängelhaftung begründet werden kann, von ihm geleistet wurden. Mit von der Klägerin als Anlage K 13 vorgelegtem – undatiertem – Schreiben hat der Beklagte angekündigt, zu einem näher angegebenen Zeitpunkt Nachbesserungsarbeiten an der Pflasterfläche vornehmen zu wollen. Auch die Reaktion des Beklagten auf das klägerische Schreiben vom 11.5.2009 in Form von handschriftlichen Bemerkungen (Anlage K 14) gibt – soweit hier die Pflasterflächen angesprochen werden – einen beredten Beleg dafür, dass der Beklagte sich in der Verpflichtung zur mangelfreien Arbeit sah. 91

Den obigen Wertungen dazu, dass die vom Beklagten vorgenommenen Pflasterarbeiten nicht ohne Rechtsbindungswillen erbracht worden sind, die Annahme eines reinen Gefälligkeitsverhältnisses ohne jeglichen haftungsrechtlichen bzw. sachmangelrechtlichen Einschlag auf der Grundlage der landgerichtlichen Feststellungen und des sonstigen Akteninhalts nicht gerechtfertigt ist, stehen die Erklärungen des Beklagten persönlich, die dieser im Rahmen der Senatssitzung vom 24.02.2015 abgegeben hat, nicht entgegen. Der Beklagte hat insoweit ausgeführt, dass die Klägerin mit einem guten Geschäftspartner seiner Firma liiert gewesen sei, und vor diesem Hintergrund die Pflasterarbeiten eine reine Gefälligkeit dargestellt hätten, was im Übrigen auch für die angebotenen 92

Nachbesserungsarbeiten gegolten habe. Dieses Vorbringen ist nicht erheblich, ohne dass an dieser Stelle aufgeklärt werden müsste, ob der Tatsachengehalt dieser Erklärungen des Beklagten, nämlich eine zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehende persönliche Beziehung zwischen der Klägerin und dem Geschäftspartner des Beklagten, zutreffend ist. Maßgeblich ist nämlich – wie oben bereits angedeutet –, ob die Klägerin aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts konkrete oder sonstwie belastbare Anhaltspunkte oder Hinweise für die Annahme hatte, dass der Beklagte lediglich aus Verbundenheit zu dem Geschäftspartner und ohne den Willen hierbei schuldrechtliche Verpflichtungen eingehen zu wollen, das o.a. Angebot gemacht und später die dort angeführten Pflasterarbeiten ausgeführt hat. Substantielles Vorbringen hierzu findet sich auch in den seitens des Beklagten persönlich in der Senatssitzung abgegebenen Erklärungen nicht.

bb)Die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts zum Bestehen eines Sachmangels bei der Pflasterung, die auf die eindeutigen und zweifelsfreien Darlegungen des Sachverständigen beruhen, werden von der Berufung nicht angegriffen, ebensowenig wie die Feststellung einer erfolglosen Fristsetzung zur Mangelbeseitigung. 93

4.Schließlich hat das Landgericht geurteilt, dass die Klage dem Grunde nach auch gerechtfertigt ist, soweit die Klägerin Schadensersatz wegen Beschädigungen der Fassade geltend macht. 94

a) 95

Als Anspruchsgrundlage hat das Landgericht zutreffend §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, mithin den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht herangezogen. Es ist auf der Grundlage der Beweisaufnahme insbesondere auf der Grundlage der insoweit übereinstimmenden Beurkundungen der Zeugen B..., H.... und U... S.... zu der für eine Verurteilung hinreichenden Gewissheit gelangt, dass die vom Sachverständigen als solche im Ausgangsgutachten an der Fassade festgestellten Beschädigungen an zwölf Stellen im Verlaufe der Tätigkeiten des Beklagten entstanden sind. 96

b)Die hiergegen gerichtete Berufung beschränkt sich letztlich darin, dass der Beklagte der Auffassung ist, dass entgegen der Beweiswürdigung des Landgerichts aus den Bekundungen der Zeugen, die zum Ausdruck gebracht haben, dass sie zwar nicht konkret gesehen haben, wie im Rahmen von Baggerarbeiten die Fassade beschädigt worden ist, die aber bestätigt haben, dass vor den Abdichtungsarbeiten die Fassade unbeschädigt gewesen ist, nach diesen Arbeiten jedoch die Beschädigungen aufgewiesen haben, auf eine Verantwortlichkeit des Beklagten nicht geschlossen werden könne. Damit setzt die Berufung eine eigene Beweiswürdigung an die Stelle des Landgerichts, ohne Beweiswürdigungsfehler, die Anlass zu Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der landgerichtlichen Feststellungen geben könnten, aufzuzeigen. 97

Im übrigen ist an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass der Sachverständige F... in seinem Ergänzungsgutachten vom 28.10. 2010, dort Seite 12 ausgeführt hat, dass anhand der Schadensgeometrie der Fassade davon auszugehen sei, dass die Beschädigungen der Fassade, die im Erstgutachten für 12 Stellen aufgeführt worden sind, bei Bagger- bzw. handwerklichen Tätigkeiten anlässlich der Freilegung und Abdichtung entstanden seien. 98

Konkretes Vorbringen des Beklagten zu sonstigen an dem Bauvorhaben beteiligten Handwerkern oder Bauunternehmen, die realistischer Weise – also mit Blick auf die von ihnen zu erbringenden Gewerke und deren Nähe zu der betroffenen Fassade – als Schadensverursacher in Betracht kommen könnten, ist nicht erkennbar. 99

III)	100
Der Senat hat den Inhalt des nicht nachgelassenen Schriftsatzes des Beklagten vom 09.03.2015 zur Kenntnis genommen. Einen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 Abs. 1 und 2 ZPO vermag er hierin nicht zu erkennen. Insbesondere führen die dortigen Darlegungen nicht zu einer abweichenden Bewertung des Senats im Hinblick auf die Angriffe der Berufung gegen die landgerichtlichen Tatsachenfeststellungen, namentlich gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts. Wie oben dargetan, sind relevante Beweiswürdigungsfehler oder erhebliche Verfahrensfehler bei der Beweisaufnahme nicht erkennbar, die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der landgerichtlichen Tatsachenfeststellungen begründen und den Senat zu einer eigenen (erneuten) Sachaufklärung veranlassen könnten.	101
C)	102
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin nach § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO. Anlass, aus den Gründen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.	103
Streitwert des Berufungsverfahrens und Beschwer des Beklagten: 102.590 €	104