
Datum: 25.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 26/16
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:1025.21U26.16.00

Vorinstanz: Landgericht Wuppertal, 17 O 313/14

Tenor:

Die Berufung der Beklagten vom 14.3.2016 gegen das Urteil des Landgerichts Wuppertal - Einzelrichter - vom 11.2.2016 (Az. 17 O 313) wird zurückgewiesen.

Zur Klarstellung wird der Tenor des angefochtenen Urteils wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 52.432,42 Euro nebst Zinsen i.H. von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.8.2014 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte. Diese trägt auch die Kosten der Streithelferin der Klägerin. Die Streithelferin der Beklagten trägt ihre Kosten selbst.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H. von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit i.H. von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird im Hinblick auf die unter D. näher dargestellte Rechtsfrage zugelassen. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Gründe

A.

Die Kläger begehren von der Beklagten die Leistung eines Vorschusses für die Beseitigung von Baumängeln.

Die Parteien schlossen am 11.09.2011 einen notariellen Bauträgervertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses (Doppelhaushälfte) in der A.-Straße, B..

Nach der Baubeschreibung schuldete die Beklagte hinsichtlich des Gartenbereichs, dass das Hausgrundstück mit vorhandenem Oberboden angedeckt wird und ein Grobplanum erhält (Bl. 338 GA).

Das Grundstück befindet sich in Hanglage, so dass das straßenseitige ebenerdige Eingangsgeschoss auf der Gartenseite hin Kellergeschoss ist. Die gartenseitige Gebäuderückwand ist geschosshoch bis zur EG-Decke mit Erdreich angefüllt (s. Grundriss Bl. 32, 34 GA). Das Eingangsgeschoss ist teilweise als weiße Wanne und teilweise als klassisches Mauerwerk errichtet. Als weiße Wanne ausgebildet ist der hintere Bereich zur Gartenseite. Die Eingangsseite ist zu circa 2/3 in dem an die Garage angrenzenden Bereich als weiße Wanne (mit Ortbeton gefüllte Stahlbeton-Hohlkammerwände) ausgebildet, im Übrigen in Kalksandsteinmauerwerk. Dies entspricht innen dem Übergang zwischen Kellerräumen und Diele (s. Skizze S. 13, S. 38 des Gutachtens). Im Bereich der weißen Wanne wurde keine zusätzliche Schwarzabdichtung ausgeführt (S. 182 f. GA).

Schon während der Bauphase wiesen die Kläger die Beklagte mehrfach auf eindringendes Wasser im Eingangsbereich/Kellergeschoss hin, z.B. mit Email vom 17.7.2011 und vom 24.7.2011. Die Beklagte nahm an der Fuge, an der sie eine Undichtigkeit vermutete, am Materialübergang Beton/Mauerwerk eine Injektionsabdichtung vor, die sie nachfolgend auf Dichtheit überprüfte. Mit Schreiben vom 5.12.2011 wiesen die Kläger darauf hin, dass sie Zweifel daran hätten, dass diese Maßnahmen ausreichend gewesen seien (Bl. 306 GA). Mit Schreiben vom 7.12.2011 (7.11.2012 ist ein Schreibfehler) wies die Beklagte die Bedenken mit Rücksicht auf die erfolgreichen Mängelbeseitigungsmaßnahme zurück und verwies die Kläger im Falle erneuter Fugennässe auf die übernommene Gewährleistung (Bl. 310 GA).

Am 16.12.2011 erfolgte die Abnahme des Objekts. In dem fünfseitigen Beiblatt findet sich kein Vorbehalt hinsichtlich der Feuchtigkeitsproblematik (Bl. 592 ff. GA).

Mit Schreiben vom 19.12.2011 übermittelte die Beklagte den Klägern Messprotokolle vom 16.12.2011, aus denen sich Messwerte bis zu 125 digits in den Wänden des Eingangs-/Kellergeschosses ergaben und die den Klägern als „leicht erhöhte Feuchte“ erklärt wurden (Bl. 307 ff. GA).

Am 22.12.2011 erfolgte die Übergabe des Objekts (Bl. 290 GA).

Mit Schreiben vom 29.1.2012 rügten die Kläger erneut Feuchtigkeitsschäden im Keller/Eingangsbereich im Bereich des Gastraums sowie in der Garage (Bl. 311 GA).

Die Beklagte trat in die Mängelprüfung ein, insbesondere durch Trocknung der Estrichdämmschicht mittels Trocknungsgeräten und des Anlegens von Bohrlöchern (Schreiben vom 2.5.2012, Bl. 69 GA) und der Überprüfung aller wasserführenden Leitungen. Dies führte weder zur Ermittlung der Ursache noch zum Erfolg.

- Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.04.2012, bei der Beklagten eingegangen am 27.4.2012, rügten die Kläger erneut Feuchtigkeitsschäden im Eingangs-/Kellerbereich, die Beschädigung des Garagentors bei Pflasterarbeiten durch die Nachunternehmerin der Beklagten, sowie eine fehlende Drainage und unzureichend abfließendes Niederschlagswasser im Garten und setzten der Beklagten eine Mängelbeseitigungsfrist bis zum 06.06.2012 (Bl. 45 f. GA, diese Mängel entsprechen den Ziff. 1 bis 5 des Beweisbeschlusses vom 18.9.2012, s.u.). 13
- Mit Schreiben vom 2.5.2012 bestätigte die Beklagte den Eingang des Schreibens, sagte die weitere Prüfung der Feuchtigkeitsschäden (Ziff. 1) zu und wies im Übrigen die Mängel (Ziff. 2-5) zurück (Bl. 69 GA). 14
- Am 11.05.2012 setzte sich die Beklagte mit den Klägern in Verbindung und kündigte Untersuchungsmaßnahmen an. Zunächst wurden erneut für die Dauer von 10 Tagen Trocknungsgeräte aufgestellt. Nach Abschluss der Trocknungsarbeiten fanden mehrere Besichtigungstermine statt. Am 25.05.2012 wurde im Rahmen eines solchen Termins eine Bauteilöffnung vorgenommen (Bl. 88 GA). 15
- Mit anwaltlichem Schreiben vom 05.06.2012 wiesen die Kläger auf nachgelaufenes Wasser in den Bohrlöchern hin und verlängerten die gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 13.06.2012 (Bl. 93 GA). 16
- Nach weiterer Besichtigung vom 06.06.2012 wurde am 08.06.2012 eine weitere Bauteilöffnung vorgenommen. Die in Aussicht gestellte Prüfung des Bauleiters am 11.6.2012 unterblieb. 17
- Die Beklagte bot mit Schreiben vom 11.06.2012, den Klägern zugegangen am 13.6.2012, weitere Überprüfungen mit dem Rohbauer an und bat um Terminsvorschläge. Wegen der anstehenden Untersuchungsarbeiten wurde die Frist als zu kurz bemessen zurückgewiesen (Anlage B 1, Bl. 67 GA). 18
- Die Kläger meldeten sich auf dieses Schreiben bei der Beklagten nicht mehr und verweigerten fortan ihre Mitwirkung. Am 22.8.2012 leiteten die Kläger beim Landgericht Wuppertal wegen der gerügten Mängel ein selbstständiges Beweisverfahren ein (Az. 17 OH 23/12). 19
- Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.12.2013 zeigten die Kläger der Beklagten weitere Mängel an, u.a. hinsichtlich eines mangelhaften Anschlusses der Bodenplattenabdichtung in der Diele nach Sanierungsversuch (s.u. Ziff. 7) sowie hinsichtlich der fehlerhaften Ausführung und Abdichtung des Sockelputzes (s.u. Ziff. 8) und setzten eine Frist für die Beseitigung dieser weiteren Mängel bis zum 31.01.2014 (Bl. 48 f. GA). Eine Mängelbeseitigung erfolgte nicht. Die Kläger erstreckten ihren Antrag im selbstständigen Beweisverfahren auf diese Mängel (s.u. Ziff. 7 und 8 des Beweisbeschlusses) 20
- Das Landgericht ordnete mit Beweisbeschlüssen vom 18.9.2012 und vom 24.3.2014 (Bl. 69 f., Bl. 328 f. der Akte 17 OH 23/12) die Beantwortung folgender Fragen durch den Sachverständigen Dipl. Ing. C. an, der für das Maurer- und Betonbauerhandwerk öffentlich bestellt und vereidigt ist: 21
1. In dem Eingangsbereich, d.h. in den gesamten Kellerbereich, dringt von außen Feuchtigkeit ein (...). Die Feuchtigkeit findet man unterhalb des Fliesenbelages und steigt an den Wänden hoch. 22

2. Das Garagentor ist im unteren Bereich leicht verbeult.	
3. Der Belag vor dem Garagentor weist ein Gefälle zum Garagentor hin auf, was mangelhaft ist, da sich dort Wasser ansammeln kann (...).	24
4. Soweit im Gartenbereich eine Drainage verlegt ist, ist diese nicht funktionstüchtig und auch nicht angeschlossen. Eine Drainage ist aber unbedingt erforderlich.	25
5. Wasser im Garten läuft nicht ordnungsgemäß ab, das Wasser sammelt sich in großen Flächen, eine Gartenfläche ist sachgerecht nicht anzulegen, der Garten kann kaum genutzt werden.	26
6. Soweit der Sachverständige Mängel feststellt, mag er die Mangelursache bestimmen, einen Sanierungsvorschlag unterbreiten und die Mängelbeseitigungsarbeiten schätzen.	27
7. Bei einer von der Antragsgegnerin durchgeführten Bauteilöffnung wurde die Bodenplattenabdichtung - nach Durchführung der Arbeiten - in der Diele, unmittelbar hinter dem Eingangsbereich, nicht ordnungsgemäß wieder angeschlossen. Die Abdichtung auf der Bodenplatte hat keinen Verbund zu den aufgehenden Bauteilen, was mangelhaft ist.	28
8. Im Bereich der Bauteilöffnung Sockelbereich/Fassade/Straßenseite ist erkennbar, dass die Abdichtung im Bereich der Bodenplatte, Übergang zum Fundament, sowie auch die Abdichtung des Sockelputzes nicht nach den Regeln der Technik, nämlich nicht gem. DIN 18550/55699 und 18195 ausgeführt wurde. Diese mangelhafte Art der Ausführung liegt im gesamten Sockelbereich straßen- wie auch gartenseitig vor (...).	29
In seinem Gutachten vom 21.6.2014 stellte der Sachverständige folgende Zustände fest, die von der Beklagten als Mangel akzeptiert werden.	30
Zu 1)	31
In allen Räumen des Eingangs- bzw. Kellergeschosses wurde unter dem Fußbodenaufbau auf der Stahlbeton-Bodenplatte anstehende Feuchtigkeit festgestellt. Diese Nässe ist auf von außen eindringendes Wasser zurückzuführen, die sich auf der Bodenplatte verteilt hat (S. 22 des Gutachtens).	32
Als Ursachen sind unstreitig:	33
An der Hauseingangsseite ist unterhalb der Hauseingangstür und dem Vorsprung der Betonbodenplatte die Abdichtung mangelhaft. Hier dringt Wasser in das Hausinnere ein (S. 35 f. des Gutachtens).	34
Rechts neben der Hauseingangstür in der Kalksandsteinwand, die teilweise von der Garage verdeckt ist, befindet sich bis zum WU-Beton ein 2m langer Wandabschnitt, der im Bereich der waagerechten Boden/Wandfuge mangelhaft, d.h. nicht der DIN 18195-6 entsprechend abgedichtet ist (Fehlen der Hohlkehle, fehlende Abschrägung der äußeren Kante der überstehenden Stahlbetonplatte, perforierte Bitumenbahn S. 39 f. des Gutachtens).	35
Die unter der Garage vorhandenen beiden Stahlbeton-Querfundamente, die als Gründungsbalken unter der Fertigteil-Garage eingebaut worden sind, sind ohne Dehnungsfuge und ohne Entwässerungsöffnungen gegen das Gebäude betoniert worden. Da die Querfundament-Oberfläche 8cm höher liegt als die vorspringende Stahlbetonbodenplatte des Gebäudes, entsteht bei Regenfällen eine Druckwasserbelastung auf der waagerechten	36

Boden-/Wandfuge von mind. 8-10cm Höhe (S. 37 ff. des Gutachtens).

Hinsichtlich der Stahlbeton-Querfundamente hält der Sachverständige zur Mängelbeseitigung die Bohrung von jeweils 2 Löchern von 15cm Durchmesser für erforderlich, wofür er Kosten von 420 Euro netto veranschlagt (S. 44, 49 des Gutachtens). Die Beklagte hält nur jeweils 1 Loch für erforderlich. 37

Zu 2) 38

Das Garagentor hat unten links eine 1mm tiefe Delle (S. 22 des Gutachtens) 39

Die Mängelbeseitigungskosten betragen 175,50 Euro netto (S. 51 des Gutachtens). 40

Zu 3) 41

Das Verbundpflaster vor der Garage ist mit Kontergefälle zur Garage und zum Hauseingang eingebaut. Die vor dem Hauseingang eingebaute Einlaufrinne ist nicht funktionsfähig, da die Oberkante (Einlaufhöhe) höher als der umgebene Pflasterbelag eingebaut worden ist. Bei den gemessenen Abständen handelt es sich um nicht zulässige Grenzabweichungen der Regelwerke. Es handelt sich um mangelhafte Ausführung des Beton- Verbundpflasterbelages (S. 23 ff. des Gutachtens). Die Mängelbeseitigungsarbeiten betragen 325 Euro netto. 42

Beides hat die Beklagte im Berufungsverfahren unstreitig gestellt (S. 450 GA). 43

Zu 7) 44

Die Bauteilöffnung wurde nicht von der Antragsgegnerin hergestellt. (S. 27 f. des Gutachtens), da sie zwischen dem zweiten (25.4.2013) und dem dritten Ortstermin (20.5.2014) hergestellt worden sein muss (vgl. Fotos S. 15 und 27 des Gutachtens, die dieselbe Raumecke zeigen). 45

Im Bereich der Bauteilöffnung war die Schweißbahn unter dem fliesenbelegten „schwimmenden Estrich“ aufgeschnitten und nicht, wie erforderlich, an den Wandanschlüssen ca. 15 cm hochgeführt und luftdicht angeschlossen (S. 27, 43 des Gutachtens). Für die Mängelbeseitigung veranschlagt der Sachverständige 132 Euro netto (S. 52 des Gutachtens). 46

Im Übrigen hat der Sachverständige in seinem Gutachten vom 21.6.2014 die von den Klägern behaupteten Zustände im Wesentlichen bestätigt und Mängelbeseitigungskosten von insgesamt 52.465,77 Euro brutto veranschlagt. 47

Insoweit hat die Beklagte die Feststellungen sowohl hinsichtlich des Grundes als auch zur Höhe angegriffen. 48

Die Kläger beabsichtigen, die Mängel in Eigenregie zu beseitigen und begehren einen Vorschuss für die Beseitigung der Mängel gemäß § 637 Abs. 3 BGB i.H. der vom Sachverständigen ermittelten Kosten. Mit Schreiben vom 18.08.2014 forderten die Kläger die Beklagte zur Zahlung eines Vorschusses für die Beseitigung der Mängel in Höhe von 52.465,77 Euro bis zum 28.08.2014 auf. Eine Zahlung erfolgte nicht. 49

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, der Beklagten stehe hinsichtlich der Feuchtigkeitsschäden kein Recht auf Nachbesserung mehr zu. Die Fristsetzung bis zum 13.6.2012 sei angemessen gewesen. In den ihr zur Verfügung stehenden 7 Wochen habe die Beklagte keine systematische Ursachenforschung betrieben, sondern lediglich 50

Trocknungsmaßnahmen ergriffen und zwei Bauteilöffnungen erstellt. Unter diesen Umständen sei den Klägern eine weitere Verlängerung der Frist und ein weiteres Handeln der Beklagten nicht zumutbar gewesen.

Die Kläger haben behauptet, dass die Feuchtigkeit nicht nur durch die unstreitig nicht fachgerechte Abdichtung im Bereich der Eingangstür und des Kalksandstein-Mauerwerkes, sondern auch im gesamten Kellerbereich von außen eindringe. 51

Die Kläger haben unter Berufung auf das Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing C. behauptet, der Betrag von 52.465,77 Euro sei für die Beseitigung der von diesem festgestellten Mängel erforderlich. 52

Die Kläger und ihre Streithelferin haben beantragt, 53

die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 52.465,77 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 29.08.2014 zu zahlen. 54

Die Beklagte und deren Streithelferin haben beantragt, 55

die Klage abzuweisen. 56

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Vorschussanspruch bestehe schon dem Grunde nach nicht, weil sie sich nicht in Verzug mit der Mängelbeseitigung befinde. Die Kläger hätten ihr durch das Setzen einer unangemessen kurzen Frist, die unterlassene Mitwirkung nach Ablauf der Frist sowie die Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens die Möglichkeit zur Nachbesserung genommen, da der Zustand des Objekts zur Beweissicherung unverändert hätte bleiben müssen. 57

Die Beklagte hat behauptet, dass die Ursachen für den Feuchtigkeitseintritt ausschließlich in der nicht fachgerechten Abdichtung im Bereich des Hauseingangs sowie des daneben liegenden zwei Meter langen Abschnitts der Außenwand liege. Dies gelte nicht nur für die Feuchtigkeit im Bereich der Diele, sondern auch für die Kellerräume 1 und 2. Das im Hauseingangsbereich eindringende Wasser gelange unter den Estrich und laufe auf Grund einer normalen Gefällesituation unter dem Estrich entlang. Dementsprechend gelange das Wasser auch in die Kellerräume und insbesondere bis in die dem Hauseingang gegenüberliegende hintere Ecke von Kellerraum 2. 58

Eine weitere Ursache bestehe in der Kondensatbildung. Dies gelte insbesondere dort, wo die Bodenplatte im ungedämmten Bereich auf die Außenwand stoße. 59

Die Feuchtigkeit sei hingegen nicht auf weitere Leckagen bzw. Abdichtungsmängel an der gartenseitigen Außenwand und dem hinteren Teil der parallel zur Garage verlaufenden Außenwand zurückzuführen. Beide Teile seien in wasserundurchlässigen Beton (WU-Beton) ausgeführt worden. Außerdem seien zwischen den Betonplatten Pentaflex-Fugenbänder eingebaut worden, so dass insgesamt eine wasserundurchlässige Bauweise erfolgt sei. 60

Im Gartenbereich sei eine Drainage verlegt worden. Diese Drainage sei in Verbindung mit einer umlaufenden Rigole mit fünf Löchern hergestellt worden. Im Übrigen funktioniere die Drainage auch ordnungsgemäß. 61

Der Sockelbereich an der Fassade zur Straßenseite sei unterhalb der Fenstertür nach den Regeln der Technik abgedichtet worden. Dies sei dadurch erreicht worden, dass sich unterhalb des Fensters die Bodenplatte befinde, welche aus WU-Beton bestehe und der 62

Bereich vom Fenster in Richtung Bodenplatte mit Flüssigkunststoff abgeklebt sei. Dies genüge als Abdichtung, da sich unter der Bodenplatte keine Außenwand befinde. In dem Bereich rechts neben der Fenstertür sei hingegen sehr wohl die bestrittene Abdichtung unter dem Armierungs-Unterputz angebracht worden. Außerdem erforderten die Regeln der Technik keinen Feuchteschutz im Wärmeverbundsystem im hinteren Wandbereich auf der Hauseingangsseite sowie bei der gartenseitigen Sockelabdichtung, da Stahlbetonwände in WU-Bauweise vorlägen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Auswertung des selbstständigen Beweisverfahrens Landgerichts Wuppertal, Az. 17 OH 23/12 sowie gemäß den Beweisbeschlüssen vom 11.08.2015 (Bl. 197 GA) und vom 31.8.2015 (Bl. 214 GA) sowie durch Verfügung vom 23.7.2015 (Bl. 187 GA) i.V.m. dem Beschluss vom 11.8.2015 (Bl. 197 GA) durch Anhörung des Sachverständigen sowie Einholung einer schriftlichen Stellungnahme. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Anhörung vom 16.10.2013 (Bl. 197 ff. der Akte 17 OH 23/12) sowie das Gutachten des Sachverständigen C. vom 21.06.2014 aus dem selbstständigen Beweisverfahren (17 OH 23/12) sowie das Sitzungsprotokoll vom 18.12.2015 (Bl. 262 ff. GA) und die Stellungnahme des Sachverständigen vom 31.7.2014 (Bl. 193a ff. GA) Bezug genommen. 63

Mit Urteil vom 11.2.2016 hat das Landgericht – Einzelrichter – die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: 64

Die Klage sei zulässig und begründet. 65

Die Kläger hätten gemäß § 637 Abs. 3, Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Leistung eines Vorschusses in Höhe der Klageforderung für die Aufwendungen, die erforderlich seien, um ein Eindringen der Feuchtigkeit in den Erdgeschossbereich zu verhindern, um das Kontergefälle vor der Garage zu entfernen, um die Bodenplattenabdichtung im Bereich der Diele unmittelbar hinter dem Eingangsbereich herzustellen, um die Abdichtung des Sockelputzes den Regeln der Technik entsprechend herzustellen und um die Gartenentwässerung sicherzustellen. 66

Außerdem bestehe ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB in Höhe von 175,50 Euro für das verbeulte Garagentor. 67

Der Anspruch auf Leistung eines Vorschusses gemäß § 637 Abs. 3 BGB setze das Bestehen eines Rechts auf Selbstvornahme des Bestellers gemäß § 637 Abs. 1 BGB voraus. Den Klägern stünde ein solches Recht auf Selbstvornahme zu. 68

Die Kläger hätten einen Nacherfüllungsanspruch gem. § 634 Nr. 1 i. V. m. § 635 BGB hinsichtlich des Abdichtens gegen eindringende Feuchtigkeit im Erdgeschossbereich, der Entfernung des Kontergefälles vor der Garage, der Herstellung einer Bodenplattenabdichtung im Bereich der Diele, des Abdichtens des Sockelputzes und der Sicherstellung der Gartenentwässerung. 69

Das durch die Kläger erworbene Einfamilienhaus sei zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB gewesen. So sei im gesamten Eingangsgeschoss unstreitig Feuchtigkeit vorhanden. 70

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass auch das Verbundpflaster vor der Garage mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB sei. 71

Das Gericht sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Bodenplattenabdichtung in der Diele unmittelbar hinter dem Eingangsbereich nicht ordnungsgemäß angeschlossen worden sei. Soweit die Beklagte hierzu eingewendet habe, dass die Kläger die Bauteilöffnung selbst vorgenommen und dabei die Schweißbahnanbindung beschädigt hätten, habe der Sachverständige zur Überzeugung des Gerichts in der Sitzung vom 18.12.2015 ausgeführt, dass die nicht ordnungsgemäße Anbindung der Schweißbahn auf den fehlenden Anstrich zurückzuführen sei. Denn auf Grund des fehlenden Anstrichs hätten die nötigen Schweißarbeiten nicht durchgeführt werden können. Diese Arbeiten hätten andernfalls die darunter liegenden Elektroleitungen in Brand gesetzt oder zumindest beschädigt. Außerdem seien die Schweißbahnen nicht abgeklebt worden. Daraus folge, dass diese Beschädigungen nicht mehr im Nachhinein durch die Kläger verursacht worden sein könnten. 72

Zur Überzeugung des Gerichts stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls fest, dass der gesamte Sockelbereich mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB sei. Der Sachverständige habe dazu festgestellt, dass unter der straßenseitigen Fenstertür keine Abdichtung unter und über dem bewehrten Armierungs-Unterputz im erdberührenden Bereich eingebaut wurde. Der Unterputz ende unfachmännisch auf den Perimeter-Dämmplatten, da die Putzschläge nicht geglättet wurden und ohne Abschluss seien. Weiterhin sei keine durchgehende senkrechte Abdichtung auf der Bodenplattenaußenkante und der Untermauerung der Fenstertür mit wasserdichtem Anschluss an das Fensterelement hergestellt worden. Zudem fehlten der Feuchteschutz auf dem armierten Unterputz und eine Schutzschicht. Insgesamt bestehe keine flächendeckende Bauwerksabdichtung zwischen den Stahlbetonbodenplatten und dem aufgehenden Mauerwerk. Diese Ausführungen entsprächen nicht den Regeln der Technik. 73

Der Einwand der Beklagten, dass die Abdichtung dadurch erreicht worden sei, dass die Bodenplatte, welche sich unter dem Fenster befindet, aus WU-Beton sei und der Bereich vom Fenster ab in Richtung Bodenplatte mit Flüssigkunststoff verklebt worden sei, überzeuge nicht. 74

Der Sachverständige habe eine nicht den Regeln der Technik entsprechende Abdichtung festgestellt. Weiterhin habe er in der Sitzung vom 18.12.2015 ausgeführt, dass ein Verstoß gegen die Regeln der Technik auch unabhängig davon vorliege, ob es sich um WU-Beton handele oder nicht, da es an einer sachgemäßen Abdichtung fehle. Im Übrigen habe nicht festgestellt werden können, ob tatsächlich überhaupt WU-Beton verbaut worden sei. 75

Bezüglich der straßenseitigen Sockelausführung im Wandbereich habe der Sachverständige ausgeführt, dass der bewehrte Unterputz falsch eingebaut worden sei. So habe der Oberputz ohne Kraftanstrengung gelöst werden können. Das eingebaute Bewehrungsgittergewebe habe keine Verbindung mit der ersten Lage des Unterputzes. Zudem fehle, wie der Sachverständige in der Sitzung vom 18.12.2015 unter Bezugnahme auf sein Gutachten vom 21.06.2014 richtig gestellt habe, eine Noppenfolie. Dieser falsch eingebaute bewehrte Unterputz und die fehlende Noppenfolie entsprächen nicht den Regeln der Technik. 76

Auch im gartenseitigen Bereich der Sockelabdichtung habe der Sachverständige festgestellt, dass diese nicht entsprechend den einschlägigen DIN-Vorschriften erstellt worden sei. So sei dort kein Feuchteschutz im erdberührenden Bereich und keine Schutzschicht vor dem Wärmeverbundsystem eingebaut worden. Die äußere Dämmplatte sei von unten nicht abgedichtet und an die Abdichtung des Gebäudes angeschlossen. 77

Soweit die Beklagte diesbezüglich einwende, dass die Regeln der Technik keinen Feuchteschutz im Wärmeverbundsystem erforderten, da hier Stahlbetonwände aus WU-Bauweise verwendet wurden, habe der Sachverständigen ausgeführt, dass keine ordnungsgemäße Abdichtung vorliege, unabhängig davon, ob WU-Beton verbaut worden sei oder nicht.

Im Übrigen habe auch hier nicht festgestellt werden können, ob tatsächlich WU-Beton verbaut worden sei. Der Sachverständige habe hierzu in einer nicht zu beanstandenden Art und Weise erläutert, dass die exemplarisch festgestellten Abweichungen von den Regeln der Technik bezüglich der Sockelabdichtung bei den Bauteilöffnungen im straßen- und gartenseitigen Bereich auch im übrigen Sockelbereich vorhanden sein müssten. Er habe hierzu ausgeführt, dass feststehe, dass der Unterputz des Oberputzes nicht ordnungsgemäß aufgetragen worden sei, da er viel zu lange eingewirkt habe. Dementsprechend könne auch nur der gesamte Putz davon betroffen sein. 79

Die weiteren durch die Streithelferin der Beklagten gestellten Beweisanträge seien nicht von Bedeutung. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit eine fortgesetzte Beweiserhebung zu den weiteren Fragen, insbesondere ob das Produkt Waterflex eine sach- und fachgerechte Schutzschicht am WDVS darstellt, an welchen Stellen umlaufend ein Ablösen des Oberputzes festgestellt wurde und ob die fehlende Abdichtung im Sockelbereich zu einer gesamten Durchfeuchtung des WDVS im Sockelbereich führt, für die getroffenen Feststellungen von Bedeutung sind. 80

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts ferner fest, dass die Gartenentwässerung mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB sei. Der Sachverständige habe in seinem Gutachten vom 21.06.2014 und in der Sitzung vom 18.12.2015 in einer nicht zu beanstandenden Art und Weise dargelegt, dass die Entwässerung des Gartenbereichs nicht ordnungsgemäß sichergestellt sei und dass deswegen die Gartenfläche nicht sachgerecht angelegt werden könne. Der Sachverständige habe dazu ausgeführt, dass auf Grund der Bodenbeschaffenheit, welche sich aus der hydrologischen Baugrunduntersuchung ergebe, das Wasser nur sehr eingeschränkt versickern könne, so dass adäquate Maßnahmen erforderlich seien, die das Abfließen des Niederschlagswassers ermöglichen. Als solche Maßnahmen kämen nur eine funktionsfähige Drainage oder ein sehr tiefer Sickerschacht in Betracht. Eine derartige Maßnahme liege nicht vor. 81

Im Rahmen der informatorischen Anhörung der Streithelferin der Klägerin, die für die Verlegung der Drainage durch die Beklagte beauftragt wurde, habe diese erklärt, dass sie eine Drainage verlegt habe, diese jedoch nicht an das Kanalsystem angeschlossen worden sei. Nach den Ausführungen des Sachverständigen müsse eine Drainage aber auf Grund der hier gegebenen Bodenverhältnisse mit dem Kanal verbunden sein, andernfalls werde das schnelle Absickern des Wassers nicht gewährleistet. Zwar gebe es im Garten laut der Streithelferin der Klägerin ein Sickerloch mit einem Volumen von 1 m³. Der Sachverständige halte es aber für sehr wahrscheinlich, dass dieser Sickerschacht zumindest bei starken Regenfällen nicht ausreichend sei, um das Niederschlagswasser angebracht ablaufen zu lassen. Ein Sickerschacht müsse bei diesen Bodenverhältnissen sehr tief sein, um auch bei starkem Regen ein Abfließen des Niederschlagswassers sicherzustellen, was bei dem behaupteten Schacht nicht der Fall sei. Im Übrigen zeige das Foto 17 des Sachverständigengutachtens eine sehr große Wasseransammlung auf der Gartenfläche der Klägerin. Dieses Foto untermauere die Darstellung des Sachverständigen, wonach die Entwässerung im Garten nicht sachgerecht sei. Auch ein Bild des 82

Sachverständigengutachtens IMG_...7 zeige eine Pfützenbildung im Garten der Kläger.

Der Einwand der Beklagtenseite, dass hier keine Abweichung von dem vertraglich Geschuldeten vorliegen könne und damit auch kein Mangel, weil die angemessene Entwässerung des Gartens nicht Bestandteil des Bauträgervertrages sei, überzeuge nicht. Wie sich aus Punkt 3. Kaufgegenstand unter 3.1.a Gemarkung N. des notariellen Bauträgerkaufvertrages vom 11.09.2010 ergebe, sei Gegenstand des Vertrages Flur ..., Flurstück ..., Gebäude- und Freifläche, A.-Straße geworden. In den Vertrag einbezogen sei mithin auch die Freifläche, auf der eine Grünfläche angelegt werden solle. Die Auslegung des geschlossenen Bauträgervertrages gemäß §§ 157, 133 BGB ergebe, dass die Entwässerung der hier mit in den Vertrag einbezogenen Freifläche sicherzustellen sei. Aus Sicht eines objektiven Empfängers sei beim Abschluss eines Bauträgervertrages davon auszugehen, dass das Objekt in einem Zustand übergeben werden müsse, in dem alle wesentlichen baulichen Maßnahmen hinsichtlich des erworbenen Objekts ausgeführt wurden, die für die gewöhnliche Nutzung des Gebäudes und der Freifläche erforderlich sind. Dazu gehöre auch, dass die Entwässerung der Freiflächen sichergestellt sei. Dies bedeute, dass etwaiges Niederschlagswasser angemessen ablaufen könne und sich nicht ansammle, so dass eine gewöhnliche Nutzung der Fläche möglich sei.

83

Die Kläger hätten der Beklagten auch eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, welche erfolglos abgelaufen sei. Die fehlende Mitwirkung der Kläger in der Zeit nach Ablauf dieser Frist sei nicht von Bedeutung.

84

Insgesamt hätte die Beklagte aufgrund der Schreiben vom 25.4. und vom 5.6.2012 bis zum 13.6.2012, mithin 7 Wochen Zeit gehabt, die aufgeführten Mängel zu beseitigen.

85

Dabei sei zu berücksichtigen, dass die genaue Ursache für die eintretende Feuchtigkeit nicht festgestanden habe. Die Beklagte habe daher zunächst Ursachenforschung betreiben müssen. Hierzu habe der Sachverständige in der Sitzung vom 18.12.2015 zwar ausgeführt, dass 7 Wochen zumindest hinsichtlich der Ursachenbeseitigung ausreichend sein könnten. Denkbar sei auch, dass die Ursachenforschung und die Beseitigung des Mangels ein halbes Jahr in Anspruch nehmen könnten.

86

Allerdings sei zu berücksichtigen, dass sich die Angemessenheit einer Frist nach den Umständen des Einzelfalls bestimme. Die Kläger hätten der Beklagten bereits im Januar die Mängel angezeigt. Mithin hätte die Beklagte über 5 Monate Zeit gehabt, die Mängel zu erforschen und zu beseitigen. Eine Frist solle den Schuldner lediglich in die Lage versetzen, seine Leistung zu vollenden, hier also die Nacherfüllung zu Ende zu bringen. Ein Schuldner, der wie hier lange Zeit untätig geblieben sei, könne nicht erwarten, eine noch gar nicht begonnene Leistung erst anfangen und innerhalb der Frist vollenden zu können. Außerdem sei noch zu beachten, dass im Interesse des Gläubigers der säumige Schuldner zu außerordentlichen Bemühungen verpflichtet sei.

87

Soweit die Kläger der Beklagten durch anwaltliches Schreiben vom 18.12.2013 eine Frist zur Beseitigung bis zum 31.01.2014 gesetzt hätten, sei diese Frist ebenfalls angemessen. Selbst wenn diese letzte Frist zur kurz bemessen sein sollte, um in dieser Zeit die restlichen Mängel zu beseitigen, werde dadurch eine angemessene Frist in Gang gesetzt, welche nunmehr erfolglos abgelaufen sei. Die Beklagte trage nicht vor, dass die Kläger auch nach dem Ablauf dieser Frist ihre Mitwirkung für die Beseitigung der Mängel versagt hätten.

88

Die Höhe des Vorschussanspruchs richte sich nach den mutmaßlichen Kosten für die Selbstvornahmemaßnahmen einschließlich der Regiekosten. Maßgeblich für die Höhe des

89

Anspruchs seien also die Kosten, die für die Beseitigung der Ursachen der Mängel erforderlich seien. Diese Kosten beliefen sich vorliegend auf 52.290,27 Euro.

Zur Überzeugung des Gerichts stehe fest, dass weitergehende Abdichtungsarbeiten von innen und von außen erforderlich seien, um das Eindringen der Feuchtigkeit in das Eingangsgeschoss zu verhindern, da es mehrere Ursachen für diese Feuchtigkeit gebe. 90

Für das Kalksandstein-Mauerwerk sei bei der vorliegenden zusätzlichen Belastung mit Druckwasser eine Abdichtung gemäß der DIN 18195 Teil 6 durchzuführen. 91

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die beiden Undichtigkeiten im Eingangsbereich und im Bereich des Kalksandstein-Mauerwerks an der Garagenseite nicht als einzige Ursache für die festgestellte Feuchtigkeit in Betracht kommen. Wie der Sachverständige schriftlich wie mündlich dargestellt habe, sei die Feuchtigkeit auch nach 7 Metern Entfernung von dem Eingangsbereich noch fast unverändert hoch. Außerdem sei auch im hinteren Bereich des Hauses ein sehr hoher Feuchtigkeitsewert festgestellt worden. Diese Umstände legten den Schluss nahe, dass es noch weiterer Ursachen für das Eindringen der Feuchtigkeit geben müsse. 92

Diese Schlussfolgerung sei nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Der Einwand der Beklagten, dass die Feuchtigkeit im hinteren Bereich des Hauses durch Kondensat verursacht worden sei, habe der Sachverständige auszuschließen vermocht. Er habe am 18.12.2015 ausgeführt, dass eine etwaige Kondensatfeuchtigkeit ein anderes Erscheinungsbild gehabt hätte. Außerdem sei das Nachbargebäude beheizt, so dass kein Temperaturunterschied vorhanden sei. 93

Die genaue Ursache für die Feuchtigkeit gerade im hinteren Bereich des Eingangsgeschosses habe der Sachverständige indes nicht ausmachen können. In Betracht kämen Undichtigkeiten bei den Stahlbeton-Hohlkammerwänden beziehungsweise den Fugenblechabdichtungen auf der Gartenseite und dem Teilstück der Garagenseite, welche sich an das Kalksandstein-Mauerwerk anschließen. Diese Bereiche müssten entsprechend der DAfStb-Richtlinie für wasserundurchlässige Bauwerke aus Beton ausgeführt werden. Ob diese Wände und die Fugen nach diesen Regeln der Technik konstruiert wurden, habe nicht festgestellt werden können. 94

Dies hätte der Sachverständige feststellen können, wenn er die zwingend vorgeschriebenen Unterlagen von WU-Baustellen hätte einsehen können. Diese seien ihm durch die Beklagte nicht vorgelegt worden. Die einzige Möglichkeit, um mit Sicherheit festzustellen, ob die zwingend notwendigen Anforderungen an den WU Beton einschließlich des korrekten Einbaus der geforderten Fugenabdichtungen eingehalten wurden, sei eine Beton-Bohrkernentnahme. Diese sei jedoch von beiden Parteien abgelehnt worden, da diese zusätzlich Bausubstanz beschädigt hätte. 95

Die von der Beklagtenseite beantragte exemplarische Bohrung im Bereich einer vertikalen Fuge hätte indes keinen abschließenden Befund über die Ursache gebracht. Damit hätte lediglich festgestellt werden können, ob in der Fuge, bei der die Probebohrung gemacht wurde, ein Pentaflex-Fugenband verbaut wurde. Nicht festgestellt hätte dadurch werden können, ob in allen Fugen diese Fugenbänder verbaut wurden und ob die Fugenbänder den Regeln der Technik entsprechend eingebaut wurden. Dementsprechend hätte diese Untersuchung - wenn überhaupt - nur eine mögliche Ursache ausschließen können, nicht aber zur Feststellung der tatsächlichen Ursache geführt. Es könne nach dem zuvor Gesagten noch eine andere Ursache für den Feuchtigkeitseintritt geben. So stehe nicht fest, dass der 96

verbaute Beton tatsächlich der DAfStb-Richtlinie entsprechend ausgeführt worden sei.

Letztlich bedürfe es auch keiner weiteren Ursachenforschung. Maßgeblich sei, dass das Eindringen der Feuchtigkeit ein Mangel sei, der gem. § 635 Abs. 1 BGB beseitigt werden müsse. Zur Überzeugung des Gerichts stehe fest, dass es keine günstigeren Alternativen gibt, die die Mangelbeseitigung gleich gut sicherstellen, als die durch den Sachverständigen vorgeschlagenen Sanierungsmaßnahmen. Dies gelte völlig unabhängig davon, welche weitere Ursache für den Feuchtigkeitseintritt verantwortlich sei. Der Sachverständige habe in einer nicht zu beanstandenden Art und Weise vorgetragen, dass durch eine äußere Sockelabdichtung und Abdichtungsmaßnahmen im Inneren sichergestellt werden könne, dass keine Feuchtigkeit mehr eintreten könne, ganz gleich welche Ursache die eintretende Feuchtigkeit letztlich habe. Weiterhin habe der Sachverständige geschildert, dass andere, kostengünstigere, von der Beklagten und dessen Streithelferin vorgetragene Sanierungsmaßnahmen nicht dazu führen würden, dass das Objekt letztlich mangelfrei wird. Insofern sei auch die geltend gemachte Höhe des Vorschusses nicht zu bemängeln. Der Sachverständige habe zur Überzeugung des Gerichts ausgeführt, dass die Kosten in Höhe von insgesamt 52.465,77 Euro anfallen, um die Mängelerscheinungen zu beseitigen. Dies gelte im Übrigen auch für die Kosten, die der Sachverständige unter V.9.2.4 + 5 Gartenentwässerung in seinem Gutachten vom 21.06.2014 aufgeführt habe. Zwar sehe diese Position unter anderem die Verlegung einer Drainage vor, die bereits verlegt worden sei. Der Sachverständige habe aber festgestellt, dass die Drainage nicht den Anforderungen des Bodengutachtens entsprechend eingebaut sein könne. So habe er ausgeführt, dass es notwendig sei, dass die Drainage auch über Entlüftungsrohre verfüge und zudem an den Kanal angeschlossen sein müsse oder für den Fall, dass die Drainage aus wasserrechtlichen Gründen nicht an den Kanal angeschlossen werden dürfe, ein großes Sickerloch erstellt werden müsse. Die Kosten für die Herstellung der Funktionsfähigkeit der Drainagen schätze das Gericht gem. § 287 ZPO ebenfalls auf 3.187,50 Euro, da die dafür erforderlichen Maßnahmen nahezu äquivalent mit denen vom Sachverständigen veranschlagten Maßnahmen seien. Laut Sachverständigen seien die Kosten für die Herstellung eines Sickerloches mit ausreichender Größe sogar noch höher.

97

Die Kläger hätten zudem einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte gemäß §§ 280 Abs. 1 i. V. m. 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB in Höhe von 175,50 Euro. Unstreitig sei es nach Abnahme und Übergabe des Einfamilienhauses im Rahmen von Pflasterarbeiten, die durch die Firma W. & J. ausgeführt wurden, zu einer Beschädigung des Garagentors gekommen. Die Firma W. & J. sei dabei im Auftrag der Beklagten zur Erfüllung der den Klägern gegenüber bestehenden Verbindlichkeit tätig geworden. Dementsprechend müsse sich die Beklagte das Verschulden ihres Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

98

Gegen das ihr am 16.2.2016 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit der bei Gericht am 15.3.2016 eingegangenen Berufung, die sie innerhalb der bis zum 17.5.2016 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet hat.

99

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens rügt sie, das Landgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass sie sich in Verzug mit ihrer Nacherfüllungsverpflichtung befunden habe. Die Fristsetzung der Kläger sei nicht ausreichend gewesen. Die mit Schreiben vom 11.6.2011 angekündigte Überprüfung von Abdichtungsmängeln hätten die Kläger durch Verweigerung der Mitwirkung vereitelt.

100

Ferner hätte das Landgericht seine Feststellungen nicht auf das Gutachten des Sachverständigen C. stützen dürfen. Dessen Feststellungen zu den wesentlichen

101

Baumängeln seien ungesichert, spekulativ und sachlich falsch. Die Beweiswürdigung insoweit sei grob fehlerhaft. Insoweit beantragt sie die Einholung eines weiteren Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen.

Das Landgericht habe die Beweislast verkannt. Soweit es Zweifel daran gehabt habe, ob eine WU-Bauweise vorliege oder nicht, seien die Kläger für die von der Baubeschreibung abweichende, mangelhafte Ausführung beweisbelastet. 102

Der erforderliche Sanierungsaufwand könne nicht aufgrund von Spekulationen bestimmt werden. Eine Sanierung in Form des vollständigen Verpressens der Kellerfugen in Bereichen ohne feststellbare Schadensquelle sei von ihr nicht geschuldet. Eine Sanierung bis zur Höhe von 2m sei unsinnig, da sich die Schäden – wenn – überhaupt nur in den waagerechten Fugen im Fußbodenbereich befinden könnten. 103

Die erheblichen Fragen der Streithelferin bei der Anhörung des Sachverständigen und im Schriftsatz vom 27.1.2016 (Bl. 330 GA), die sich die Beklagte zu Eigen macht, seien nicht berücksichtigt worden. 104

Soweit der Sachverständige die Erneuerung des gesamten WDVS-Putzes für erforderlich halte, weil an einer Stelle (S. 31 des Gutachtens) eine Ablösung des Oberputzes festgestellt worden sei, sei dies unzutreffend, weil es sich nicht um einen Systemfehler handle. 105

Entgegen der Auffassung des Sachverständigen sei ein Anarbeiten des WDVS mit einer Überlappung technisch möglich. Diese Vorgehensweise entspreche der üblichen Praxis und den Regeln der Technik, solange das Armierungsgewebe ca. 10 cm überlappe. Gewisse farbliche und strukturelle Abweichungen seien unbedeutend und hinzunehmen (Bl. 456 GA). 106

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht eine Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Gartenfläche angenommen. Zu mehr als dem Vorhandensein eines Oberbodens und der Herstellung eines Grobplanums habe sich die Beklagte nicht vertraglich verpflichtet. Eine konkrete Bodenbeschaffenheit, ein bestimmter Grad der Versickerungsfähigkeit oder eine Ableitung von Regenwasser sei nicht geschuldet. 107

Die mangelnde Versickerungsfähigkeit sei nicht nachgewiesen, da der Sachverständige dies ohne weitere eigene Feststellungen anhand eines Fotos der Kläger angenommen habe. Darüber hinaus habe die Streitverkündete unstreitig eine Drainage eingebaut. 108

Die Beklagte hält ihre Einwendungen gegen die Kostenermittlung im selbstständigen Beweisverfahren aufrecht. 109

Die Beklagte beantragt, 110

das Urteil des Landgerichts Wuppertal, Az. 17 O 313/14 vom 11.2.2016 abzuändern und die Klage abzuweisen. 111

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin die Klage auf entsprechenden Hinweis in Höhe von 33,35 Euro zurückgenommen. 112

Die Klägerin und ihre Streithelferin beantragen, 113

die Berufung zurückzuweisen. 114

Sie halten das angegriffene Urteil für richtig. 115

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze Bezug genommen.	116
Die Akte des Landgerichts Wuppertal, Az. 1 OH 23/12 war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	117
B.	118
Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete (§§ 517, 520 Abs. 2 ZPO) Berufung der Beklagten ist - nach geringfügiger Teilklagerücknahme - unbegründet (§ 513 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil enthält in dem verbliebenen, zur Entscheidung des Senats stehenden Umfang weder Rechtsfehler (§ 546 ZPO), die sich zu Lasten der Beklagten ausgewirkt haben, noch gebieten vom Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine erneute Feststellung.	119
Die Klage ist zulässig und – nach teilweiser Klagerücknahme – auch in vollem Umfang begründet.	120
<u>1. Vorschussanspruch gem. § 637 Abs. 3 BGB</u>	121
Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht einen Vorschussanspruch der Kläger gegenüber der Beklagten gemäß § 637 Abs. 3 BGB bejaht.	122
Dieser besteht indes i.H. von 52.256,92 Euro, nicht wie ausgeurteilt i.H. von 52.290,27 Euro. Irrtümlich hat das Landgericht den Nettobetrag für die Reparatur des Garagentores i.H. von 175,50 Euro statt des Bruttobetrages von 208,85 Euro in Abzug gebracht, der Gegenstand des Schadensersatzanspruchs gemäß § 280 Abs. 1 BGB ist (s.u. Ziff. 2). Auf entsprechenden Hinweis hat die Klägerin die Teilrücknahme i.H. der auf diese Position entfallenden Mehrwertsteuer von 33,35 Euro erklärt.	123
Der Bauträgervertrag ist ein gemischter Vertrag. Verpflichtet sich der Veräußerer zur Errichtung eines Bauwerks, richten sich die Rechte des Erwerbers wegen Mängeln des Grundstücks nach Kaufrecht, wegen Mängeln des Bauwerks nach Werkvertragsrecht (Palandt/Sprau, 75. Aufl. 2016, vor § 633 BGB Rn 3).	124
Anderes sieht auch Ziff. 7 des zwischen den Parteien geschlossenen Bauträgervertrages nicht vor.	125
<u>2. Mangel des Werks i.S. des § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB</u>	126
<u>a) eindringende Feuchtigkeit (Ziff. 1 des Beweisbeschlusses)</u>	127
Dass im Eingangsbereich Feuchtigkeit von außen eintritt infolge von zwei festgestellten Abdichtungsmängeln im Eingangsbereich (unter der Hauseingangstür und an der Kalksandsteinwand), ist zwischen den Parteien unstreitig.	128
Ferner ergaben am 16.12.2011, dem Tag der Abnahme, Messungen der Innenwände des Keller-/Eingangsgeschosses erhöhte Feuchtigkeitswerte von bis zu 125 Digits im Hauseingangsbereich, aber auch an anderen Wänden im unteren Wandbereich (Bl. 308 f. GA).	129
Beides stellt einen Mangel i.S. des § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB dar.	130
	131

b) Gefälle vor dem Garagentor/im Eingangsbereich (Ziff. 3 des Beweisbeschlusses)

Die Ausführungen des Landgerichts zum vom Sachverständigen festgestellten Kontergefälle vor der Garage bzw. im Eingangsbereich zum Haus sowie unterhalb der Garage werden von der Beklagten im Berufungsverfahren nicht angegriffen. 132

Insoweit liegen Mängel i.S. des § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB vor. 133

c) Mangelhafte /Fehlende Drainage im Garten (Ziff. 4 und 5 des Beweisbeschlusses) 134

Soweit das Landgericht festgestellt hat, dass die Gartenentwässerung des Grundstücks wegen Fehlens einer Flächendrainage oder einer sonstigen Entwässerungsvorrichtung mangelhaft i.S. des § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB ist, sind diese Feststellungen für den Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO bindend. 135

Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten könnten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), trägt die Beklagte nicht vor und sind auch nicht gegeben. 136

Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinne ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Voraussetzung für die Durchbrechung der Bindungswirkung ist, dass das Ersturteil nicht überzeugt. Dies ist der Fall, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle einer Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. (vgl. BGH, Beschluss vom 08.02.2011, Az. VIII ZR 108/08; BGH, Urteil vom 18.10.2005, Az. VI ZR 270/04; BGH, Urteil vom 12.03.2004, Az. V ZR 257/03, alle zitiert nach juris). 137

Gemäß § 286 ZPO ist der Tatrichter lediglich an die Denk-, Natur- und Erfahrungssätze gebunden, im Übrigen darf er die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse nach seiner eigenen individuellen Einschätzung „frei“ bewerten. Die Beweiswürdigung genügt dann nicht den Anforderungen, die die Rechtsprechung zu § 286 ZPO entwickelt hat, wenn sie unvollständig oder in sich widersprüchlich ist oder wenn sie gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn ein erhebliches Beweisangebot übergangen worden ist. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist hinsichtlich der Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit einer Tatsache eine Gewissheit ausreichend, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet (vgl. Zöller/Greger, 31. Aufl. 2016, § 286 ZPO Rn 13). 138

Das Landgericht stützt seine Überzeugungen ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze auf die Feststellungen des Sachverständigen. 139

Dieser hat seine Schlussfolgerungen zu dem Erfordernis einer funktionsfähigen Drainage oder anderer Maßnahmen für die Ableitung des anfallenden Niederschlagswassers entgegen der Auffassung der Beklagten nicht ausschließlich aus dem von den Klägern überreichten Foto (im Gutachten Nr. 17) gezogen, sondern – auch - aufgrund der hydrologischen Baugrunduntersuchung der Fa. S. F. Sanierungstechnologie GmbH vom 24.9.2008 (S. 26 des Gutachtens, S. 9 des Protokolls vom 18.12.2015, Bl. 276 GA). Das hydrologische Baugrundgutachten wird von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen. Danach lässt der anstehende Bodengrund eine Versickerung des Niederschlagswassers nur sehr eingeschränkt zu, weshalb die Ableitung des Niederschlagswassers in die Rigolen-Versickerung vorgeschlagen wird (S. 26 des Gutachtens). 140

Entgegen der Auffassung der Streithelferin der Beklagten (Bl. 331 GA) ist der Senat davon überzeugt, dass der Sachverständige, obwohl er weder Bodengutachter noch für das Gewerk Garten- und Landschaftsbau öffentlich bestellt und vereidigt ist, als Diplom-Ingenieur für Bauwesen den Sachverstand hat, ein hydrologisches Baugrundgutachten zu lesen und daraus die richtigen Schlüsse zu ziehen.	141
Dass eine ausreichende Entwässerung der Freifläche durch einfache Versickerung im gärtnerisch bearbeiteten (d.h. aufgelockerten und durch Wurzeln und Regenwürmer durchlöchernten) Erdreich nicht möglich ist, steht damit fest.	142
Darüber hinaus ergibt sich aus dem von den Klägern vorgelegten Foto (im Gutachten S. 25 Nr. 17) tatsächlich eine große Wasseransammlung im hinteren Gartenbereich.	143
Die Beklagte gesteht zu, dass dies den Garten der Kläger nach deren Einzug in das Objekt abbildet (S. 468 der Beilagen 17 OH 23/12). Selbst wenn man unterstellt, dass es sich bei den Wasseransammlungen, wie die Beklagte behauptet, um Schmelzwasser im Winter handelt und nicht um einen Zustand nach längeren Regenfällen, wie die Kläger vorgetragen haben, zeigt das Foto nach Auffassung des Senats einen Zustand, der auf eine mangelhafte Versickerungsfähigkeit des Bodens schließen lässt.	144
Dass ein solcher Zustand nicht auch während eines der Ortstermine des Sachverständigen unmittelbar festgestellt worden ist, vor denen es nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht geregnet hatte (Bl. 265 Rü GA), ist für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen nicht entscheidend.	145
Die Streithelferin der Kläger hat unwidersprochen ausgeführt, dass sie aufgrund des Vertrages mit der Beklagten keine Flächendrainage im Gartenbereich ausgeführt hat, sondern lediglich an der Rückseite des Grundstücks im Übergang zu der Freifläche mit Spielplatz, die sich als Böschung mit 2% Gefälle zum Grundstück der Kläger darstellt, eine Drainrinne mit Sickerlöchern angelegt hat (Bl. 124, 128 GA, siehe Geländeplan Bl. 33 GA). In der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2015 hat sie von einem Sickerloch von 1 Kubikmeter gesprochen (Bl. 265 GA).	146
Damit dient diese Drainage ausschließlich der Versickerung des infolge der Gefällesituation von der Freifläche auf das Grundstück der Kläger laufenden Niederschlagswassers. Eine Entwässerung des auf die Gartenfläche der Klägerin fallenden Niederschlagswassers fehlt ganz.	147
Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler und unter Anwendung der Auslegungsregeln gem. §§ 133, 157 BGB ausgeführt, dass die Beklagte hinsichtlich der Grünfläche auch ohne ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB eine Beschaffenheit der Freifläche schuldete, die - nach entsprechender gärtnerischer Bearbeitung des Oberbodens/Grobplanums durch die Kläger - eine Nutzung als Garten zuließ. Nach Auffassung des Senats beschränkt sich der Bauträgervertrag insoweit nicht auf die bloße Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück, mit der Folge, dass Kaufrecht und der Gewährleistungsausschluss in Ziff. 7.1. des Vertrages zur Anwendung kämen. Vielmehr entspricht bei dem Erwerb eines Einfamilienhauses die Nutzung der Freifläche als Garten der gewöhnlichen Verwendung i.S. des § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB, so dass die Kläger erwarten konnten, dass dies nach der gärtnerischen Bearbeitung des Oberbodens/Grobplanums uneingeschränkt möglich war. Dies gilt hier insbesondere unter Berücksichtigung des als Anlage 3 zum Bauträgervertrag gehörigen Plans (Bl. 30 GA). Aus diesem ergibt sich, dass auf der Freifläche Garagen, Stellplätze sowie Einrichtungen und	148

Anlagen zur Kleintierhaltung bauordnungsrechtlich nicht erlaubt sind.

Eine normale Versickerungsfähigkeit des Bodens ist bei Werken der gleichen Art üblich, so dass diese von der Beklagten zu gewährleisten war. Auch Ziff. 7.2. des Bauträgervertrages, der die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen regelt, geht davon aus, dass von der Beklagten neben „Arbeiten am Bauwerk“ auch „Arbeiten am Grundstück“ geschuldet sind (Bl. 18 GA). 149

Insoweit verfährt der Einwand der Beklagten nicht, sie habe mit der Verteilung des Aushubs auf der Gartenfläche (= Vorhandensein des Oberbodens) und der Herstellung des Grobplanums ihre Pflichten aus dem Bauträgervertrag erfüllt. Auf der Freifläche war vielmehr eine geeignete Vorrichtung zur Entwässerung von Niederschlagswasser herzustellen. 150

d) mangelhaft verlegte Dampfsperre in der Diele (Ziff. 7 des Beweisbeschlusses) 151

Die Feststellungen des Landgerichts zur mangelhaften Bodenplattenabdichtung gegen aufsteigende Dampfdiffusion, die in der Diele festgestellt wurde, sind für den Senat gem. § 529 Abs. 1 ZPO bindend. 152

Ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze hat das Landgericht seine Überzeugung aus den ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen im Termin vom 18.12.2015 gewonnen (S. 263 Rü. f. GA). 153

Die Schweißbahn war zwischen Bodenplatte und schwimmendem Estrich auf Elektrokabeln verlegt. Mangels vorhandenen Anstrichs ist die Schweißbahn nicht ordnungsgemäß angeschlossen worden, zumal die Schweißarbeiten die Elektrokabel hätten beschädigen können. Auch sind die Schweißbahnen nicht abgeklebt worden. 154

Diese Mängel können nicht darauf zurückgeführt werden, dass die Schweißbahn an der Bauteilöffnung - möglicherweise durch die Kläger - nachträglich aufgeschnitten wurde, sondern beruhen von vornherein auf einer mangelhaften Ausführung. 155

Dass die horizontale Abdichtung der Bodenplatte auch an anderen Stellen mangelhaft ist, ergibt sich daraus, dass der Sachverständige im hinteren Bereich des Hauses (Kellerräume) weder Dampfsperre noch Schweißbahn festgestellt hat, obwohl er dies für erforderlich hielt (Bl. 264 GA) und dass auf dem Foto Nr. 33 im Gutachten Fehlstellen in der Schweißbahnabdichtung erkennbar sind (S. 40 des Gutachtens). 156

e) mangelhafter Sockelputz (Ziff. 8 des Beweisbeschlusses) 157

Auch die Feststellungen des Landgerichts zu der mangelhaften Ausführung des gesamten Sockelputzes sind für den Senat gem. § 529 Abs. 1 ZPO bindend. 158

Ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze hat das Landgericht seine Überzeugung aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen gebildet. 159

Damit sind vom Senat folgende Feststellungen zugrunde zu legen: 160

Unterhalb der Fenstertür des Gästezimmers fehlt im erdberührenden Bereich eine Abdichtung aus Schweißbahn, die von der Unterkante der Bodenplatte bis circa 20 cm oberhalb des Bodenbelags hätte geführt werden müssen. Die Außenkante war nicht abgeschrägt, eine Hohlkehle nicht ausgeführt. Eine Abdichtung ist gem. DIN 18195 Teil 4 unabhängig davon erforderlich, ob eine WU-Bauweise vorliegt oder nicht (S. 264 f. GA). 161

Soweit die Beklagte einwendet, angesichts der WU-Bodenplatte habe eine Abdichtung mit Flüssigkunststoff ausgereicht, die angesichts des Fotos 21 aus dem Gutachten vorhanden sei und nicht bis an die Unterkante der Bodenplatte hätte geführt werden müssen, verfährt dies nicht. Zwar konnte der Sachverständige das Vorhandensein des Flüssigkunststoffs nicht ausschließen (Bl. 264 Rü GA). Jedoch hat die insoweit beweispflichtige Beklagte (s.u. 4. a) cc)) nicht nachgewiesen, dass WU-Beton verwendet wurde, so dass es bei der vom Sachverständigen für erforderlich gehaltenen Abdichtung bleibt, die unstreitig fehlt. 162

Hinsichtlich der übrigen in Augenschein genommenen Sockelbereiche hat der Sachverständige folgendes festgestellt: 163

Im erdberührten Bereich der Terrassenanfüllung hat er eine fehlende Abdichtung der äußeren Dämmplatte von unten festgestellt. Ferner fehlte die Noppenfolie vor dem WDVS-Sockelputz. 164

Darüber hinaus hat er an mehreren Stellen den fehlerhaften Einbau des bewehrten Unterputzes, der auf den Dämmplatten aufgetragen ist, festgestellt, da das Bewehrungsgittergewebe keine Verbindung zur ersten Lage des Unterputzes hatte. Dies war daran erkennbar, dass der Oberputz ohne Kraftanstrengung gelöst werden konnte (S. 31 des Gutachtens, Bl. 266 f. GA). 165

Die Beklagte selbst geht von einer Mangelhaftigkeit des Sockelputzes insgesamt aus, wenn auch aus anderen Gründen: Sie rügte mit Schreiben vom 22.5.2014 (Anlage B 4, Bl. 369 der Beiakte 17 OH 23/12) die mangelhafte Ausführung des Sockelputzes am Haus der Kläger und an allen übrigen Häusern der Baumaßnahme gegenüber ihrer Nachunternehmerin und Streithelferin und hat diese insoweit zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Armierung habe keine Verklebung mit der Perimeterdämmung. Die Armierung samt Oberputz habe eine Stärke von 3mm, was zu gering sei. 166

Darauf, ob - wie die Beklagte mit der Berufung einwendet - nach den Herstellervorgaben der Fa. D. es eines zusätzlichen Feuchteschutzes auf dem WDVS wegen der WU-Bauweise nicht bedurfte, was der Sachverständige in Abrede gestellt hat, kommt es nicht an. 167

Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten war ein Feuchteschutz auf dem WDVS nur dann entbehrlich, wenn in den relevanten Bereichen WU-Beton verbaut wurde. Dies hat die Beklagte nicht nachweisen können (s.u. 4. a) cc)). 168

Insoweit hat das Landgericht die Ergänzungsfragen der Streithelferin der Beklagten im Schriftsatz vom 27.1.2016 (Bl. 329 ff.) im Ergebnis zu Recht als unerheblich zurückgewiesen. Soweit die Streithelferin in diesem Schriftsatz moniert, der Sachverständige habe sich vor dem Termin nicht ausreichend mit den Produktdatenblättern der Fa. D. auseinandergesetzt, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie im Schriftsatz vom 28.11.2014 (Bl. 484 der Beiakte 17 OH 23/12) die Vorlage der Verarbeitungsblätter zum Anhörungstermin angekündigt hat, was unterblieben ist. 169

Schließlich hat der Senat keine Zweifel daran, dass der Sachverständige, der als Diplom-Ingenieur ein Ingenieurbüro für Bauwesen betreibt, wie er selbst ausgeführt, hat, sach- und fachkundig ist, Putzarbeiten zu beurteilen (Bl. 267 GA). Der Hinzuziehung eines Sachverständigen für das Gewerk WDVS, wie von der Streithelferin der Beklagten beantragt, bedurfte es nicht. 170

3. erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung 171

Der Anspruch auf Vorschusszahlung hinsichtlich der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten gemäß § 637 Abs. 3 BGB hängt wie der Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten bei Selbstbeseitigung gem. § 637 Abs. 1 BGB davon ab, dass der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, die erfolglos abgelaufen ist.	172
<u>a) Keine 12-Wochenfrist gemäß Ziff. 4 Abs. 1 S. 3 des Bauträgenervertrages</u>	173
Hinsichtlich der Fristsetzung haben die Parteien in Ziff. 4 Abs. 1 S. 3 des Bauträgenervertrages eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung getroffen. Danach ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer zur Beseitigung eines Mangels jeweils eine angemessene Nachfrist, die mindestens 12 Wochen beträgt, einzuräumen. Dies gilt nicht bei unaufschiebbaren Arbeiten.	174
Diese Klausel ist als AGB i.S. des § 305 Abs. 1 BGB gem. § 308 Nr. 2 BGB unwirksam. Eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung ist nur insoweit zulässig, als maßvoll von der Frist, die ohne die Klausel maßgebend wäre, abgewichen wird. Keineswegs darf die für Sonderfälle gerade noch vertretbare Frist generell festgelegt werden (Palandt/Grüneberg, 75. Aufl. 2016, § 308 BGB Rn 13).	175
Danach ist eine pauschale Festlegung von 12 Wochen für jegliche Art von Baumängeln nach Auffassung des Senats zu lang. Für Bauleistungen wie die Lieferung von Fenstern, Fassadenverkleidungen und Rolläden werden in der Rechtsprechung bereits 6 Wochen als zu lang angesehen (Palandt/Grüneberg, a.a.O. m. w. Nachw.).	176
Gem. § 306 Abs. 2 BGB gilt die gesetzliche Regelung des § 637 Abs. 1 BGB; erforderlich ist also eine angemessene Frist.	177
<u>b) „angemessene“ Frist i.S. des § 637 Abs. 1 BGB</u>	178
Die Fristsetzung erfolgte im Schreiben vom 25.4.2012 hinsichtlich der Mängel zu Ziff. 1 – 5 und lief aufgrund der Verlängerung im Schreiben vom 5.6.2012 (Bl. 93 GA) bis zum 13.6.2012. Die Fristsetzung zur Beseitigung der Mängel 7 und 8 erfolgte im Schreiben vom 18.12.2013 bis zum 31.1.2014 (Bl. 302 f. der Beiakte 17 OH 23/12).	179
Dass die Frist hinsichtlich der Beseitigung der Mängel 2-5 und 7-8 von nahezu 6 bzw. 7 Wochen nicht angemessen gewesen wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht eingewandt. Mit Schreiben vom 2.5.2012 (Bl. 69 GA) hatte die Beklagte die Mängel zu Ziff. 2-5 vielmehr ganz zurückgewiesen.	180
Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen C. davon ausgegangen, dass hinsichtlich der Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden (Mangel zu Ziff. 1) die vom 27.4.2012 (unstreitiger Zugang des Schreibens, s. Bl. 69 GA) bis zum 13.6.2012 laufende Frist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zur Beseitigung der Feuchtigkeitsmängel angemessen war.	181
Der Sachverständige hat am 18.12.2015 hierzu ausgeführt, dass die Mängelbeseitigung (Verpressen der waagerechten Fugen von innen sowie Abdichtung der undichten Stellen im Eingangsbereich) innerhalb von 7 Wochen bewerkstelligt werden, die Ursachenfeststellung aber auch ein halbes Jahr in Anspruch nehmen könnte (S. 262 Rü GA).	182
Allgemeingültige Aussagen, wann eine Nacherfüllungsfrist angemessen ist, sind angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle kaum möglich. Es ist nicht allein darauf abzustellen, welche	183

Zeitspanne der Unternehmer für die Nacherfüllung und für die vorbereitenden Maßnahmen benötigt, sondern auch darauf, welches Interesse der Besteller an einer möglichst raschen Mängelbeseitigung hat. Für die Angemessenheit der Frist ist in erster Linie die Zeitspanne maßgebend, die ein zügig arbeitender Unternehmer benötigt, um das konkrete mangelhafte Werk in einen mangelfreien Zustand zu versetzen (MüKo/Busche a.a.O. § 636 Rn 7). Allerdings soll die Frist dem Schuldner eine letzte Gelegenheit zur Vertragserfüllung eröffnen und braucht daher nicht so bemessen zu werden, dass der Schuldner die noch gar nicht begonnene Leistung erst anfangen und fertigstellen kann (BGH, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83 –, juris Tz 16; Palandt/Grüneberg, a.a.O. § 323 BGB Rn 14).

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Beklagten das Feuchtigkeitsproblem bereits ab Juli 2011, d.h. fünf Monate vor Abnahme bekannt war und sie in der Folgezeit in Mängelbeseitigungsmaßnahmen eingetreten war. 184

Am Tag der Abnahme am 16.12.2011 lagen laut Messungen noch Werte von über 125 digits in den Wänden vor, die selbst nach Behauptung der Beklagten auf „leicht erhöhte Feuchte“ schließen ließen. Damit konnte die Beklagte bei der Abnahme nicht davon ausgehen, dass ihre Mängelbeseitigungsversuche Erfolg gehabt hatten. Die Beklagte blieb jedoch untätig. 185

Erneut rügten die Kläger denn auch bereits kurze Zeit später mit Schreiben vom 29.1.2012 Feuchtigkeitserscheinungen im Keller/Eingangsbereich. 186

Die Beklagte veranlasste nichts weiter als die Leitungsprüfung sowie die Anlage von Bohrlöchern zum Zwecke sowie der Estrichtrocknung. So wurde das Symptom behandelt. Eine Ursachenforschung fand nicht statt. Dass es mit der Estrichtrocknung hiermit sein Bewenden haben würde, davon konnte sie angesichts des wiederholten Auftretens der Feuchtigkeit nach einer Abdichtungsmaßnahme durch Verpressen vor der Abnahme nicht ausgehen. Sie hätte daher spätestens nach dem 29.1.2012 und der Feststellung, dass die wasserführenden Leitungen dicht waren, in die (weitere) systematische Mängelursachenforschung eintreten müssen unter Berücksichtigung und Beteiligung der in Betracht kommenden einzelnen Gewerke. Erst Ende Mai/Anfang Juni 2012 mit der Ursachenforschung durch Bauteilöffnungen anzufangen, und anzukündigen, mit dem Rohbauer die Baustelle zu besichtigen, reichte hierzu nicht aus. Dies stellte sich aus Sicht der Kläger als schleppende Mängelprüfungsmaßnahme dar, ohne dass diese mit der Beseitigung der Ursache kurzfristig rechnen konnten. 187

Allein dadurch, dass der Unternehmer innerhalb der ihm gesetzten Mangelbeseitigungsfrist mit den Mangelbeseitigungsarbeiten beginnt, diese aber nur schleppend durchführt, kann dem Besteller das Recht zum Rücktritt vom Vertrag nicht genommen werden. Anders kann nur dann zu entscheiden sein, wenn der Unternehmer die Arbeiten zur Mangelbeseitigung pflichtgemäß durchführt, beim Ablauf der Frist aber noch mit geringfügigen Restarbeiten im Rückstand ist. Hier kann es Treu und Glauben gebieten, dass der Besteller auch noch nach Ablauf der gesetzten angemessenen Frist die Mangelbeseitigungsleistung entgegennimmt und vom Rücktritt absieht (MüKo/Busche, a.a.O., § 636 Rn. 9). 188

Vorliegend waren die Kläger aus den vorstehenden Gründen nicht verpflichtet, weitere Prüfungsmaßnahmen auch nach Ablauf der Frist noch zu dulden. Denn bei der von der Beklagten vor Ablauf der Frist entfalteten Tätigkeit handelte es sich nicht um systematische Ursachenforschung, die kurz vor dem Abschluss stand. Die Kläger waren nicht dazu verpflichtet, nach Fristablauf daran mitzuwirken, dass die Beklagte nunmehr damit begann (vgl. BGH, Urt. v. 27.2.2003 – VII ZR 338/01 –, juris Tz 22). 189

Im Übrigen wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil (dort S. 11, Bl. 363 GA) Bezug genommen.

4) Rechtsfolge: 191

Gemäß § 637 Abs. 3 BGB kann der Besteller vom Unternehmer Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen verlangen. 192

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht ausgeführt, dass sich die Höhe des Vorschusses nach den voraussichtlich erforderlichen Aufwendungen bemisst, die sich durch Gutachten oder Einholung von Angeboten ermitteln lassen. Zu bevorschussen sind auch die sog. Regiekosten (MüKo/Busche, a.a.O., § 637 Rn. 21). 193

Die Feststellungen des Landgerichts sind auch zur Höhe nicht zu beanstanden. Soweit die Beklagte Einwendungen erhoben hat, gilt folgendes: 194

a) Abdichtungsarbeiten 195

Im Ergebnis richtig ist das Landgericht davon ausgegangen, die vom Sachverständigen im Gutachten aufgeführten Positionen zur äußeren und inneren Abdichtung seien zur Mängelbeseitigung erforderlich. 196

Soweit die Beklagte rügt, die schwarze Abdichtung von außen und die Verpressung von innen der nach der Baubeschreibung in WU-Bauweise zu errichtenden Bereiche sei zur Mängelbeseitigung nicht erforderlich, verfängt dies nicht. 197

Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 18.12.2015 ausgeführt, dass er aufgrund der hohen Feuchtigkeitswerte im 6-7 Meter entfernten entgegengesetzten Bereich des Hauses davon ausgehe, dass der Feuchtigkeitseintritt nicht allein im Eingangsbereich zu verorten sei. Ausschließen könne er dies jedoch nicht (Bl. 263 GA). Er hat vermutet, dass die Feuchtigkeit auch dadurch in das Objekt eintritt, dass der in WU-Bauweise zu errichtende Teil des Keller-/Eingangsgeschosses nicht ordnungsgemäß errichtet bzw. durch Fugenbleche abgedichtet ist. 198

Zunächst ist das Landgericht ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze davon ausgegangen, dass insoweit die zwei von der Beklagten vorgebrachten Hypothesen ausgeschlossen werden können. 199

aa) Keine Verteilung des Wassers ausschließlich vom Eingangsbereich aus 200

Soweit die Beklagte mit der Berufung einwendet, im Keller 1 und Keller 2 seien gegenüber der Diele etwas geringere Feuchtigkeitswerte gemessen worden (zwischen 120 und 130 digits gegenüber rund 160 digits, S. 14, 17 des Gutachtens), was dafür spreche, dass sich die Feuchtigkeit infolge einer Gefällesituation vom Eingang aus gleichmäßig auf der Bodenplatte verteile, verfängt dies nicht. 201

Denn im Gastzimmer, das genauso weit vom Eingangsbereich entfernt ist wie der Keller 2, ergaben sich ebenso hohe Feuchtigkeitswerte wie in der Diele (155 und 161 digits, S. 20 des Gutachtens), was gegen eine abnehmende Feuchtigkeit in den vom Eingangsbereich weiter entfernten Hausbereichen spricht. 202

bb) Kondensatbildung als Ursache ausgeschlossen 203

204

Ausgeschlossen hat der Sachverständige ferner die Behauptung der Beklagten, dass die Feuchtigkeitswerte im hinteren Teil des Hauses aufgrund von Kondensatbildung entstanden sein könnten, insbesondere dort, wo die Bodenplatte im ungedämmten Bereich auf die Außenwand stößt, in den Kellerräumen an der Außenwand.

Hierzu hat der Sachverständige ausgeführt, dass Kondensatfeuchtigkeitsschäden eine andere Erscheinungsform gehabt hätten. Ferner sei das Nachbargebäude ebenfalls beheizt, so dass kein Temperaturunterschied vorhanden sei, was ebenfalls dazu führe, dass derartige Schäden ausgeschlossen werden könnten (S. 263 Rü. GA). Sofern die Beklagte mit der Berufung einwendet, es handele sich um Kellerräume, die in beiden Häusern nicht beheizt werden (Bl. 447 GA), verfängt dies nicht. Denn auch dann läge kein Temperaturunterschied vor, der zu einer Kondensatbildung führen könnte. 205

cc) Beweislast 206

Das Landgericht hat keine Ausführungen zur Beweislast hinsichtlich der Mangelhaftigkeit bzw. -freiheit der WU-Bauweise gemacht. Vielmehr hat es die Auffassung vertreten, die Kläger hätten in jedem Fall Anspruch auf die Maßnahme, die im Ergebnis die aufgetretenen Schäden sowie deren Ursachen sicher beseitigt. 207

Zu diesem Ergebnis kommt der Senat auch unter Anwendung der einschlägigen Beweislastregeln: 208

Dabei ist von folgenden Feststellungen auszugehen: 209

Die Beklagte war gemäß der „Vorbemerkungen zur Statischen Berechnung“ (Anlage St. 2, Bl. 217 der Beiakte 17 OH 23/12) zu folgender Ausführung verpflichtet: 210

„Die erdberührten Außenwände werden als doppelschalige Wandelemente mit mittragendem Ortbetonvergussbereich realisiert. Vertikale und horizontale Fugen sind nach den anerkannten Regeln der Technik und nach der WU-Richtlinie mit einem Abdichtungssystem, für das mindestens ein allgemein bauaufsichtliches Prüfzeugnis vorliegt, abzudichten. 211

Ob die Beklagte diese Leistungen erbracht hat, hat der Sachverständige nicht feststellen können. 212

Die Beklagte hat ihre sich aus der DIN 1045-3 (2008) und der DAfStB-Richtlinie für wasserundurchlässige Bauwerke aus Beton (WU-Richtlinie Ausgabe November 2003) ergebenden Dokumentationspflichten nicht erfüllt. Weder hat sie den Nachweis einer Fremdüberwachung geführt, noch hat sie die Lieferscheine hinsichtlich des WU-Betons und der Fugenbleche sowie die Bestätigung über die Nachbehandlung des eingebauten WU-Betons vorgelegt (s. Stellungnahme des Sachverständigen vom 31.7.2014, S. 193a ff. GA). 213

Mit der Betonkern-Entnahme, mittels derer man verwertbar die Qualität des verwendeten Betons einschließlich des korrekten Einbaus der geforderten Fugenblechabdichtungen hätte ermitteln können, haben sich beide Parteien nicht einverstanden erklärt (Bl. 62 GA, S. 40 f. des Gutachtens). 214

Ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze hat das Landgericht den Beweisantritt der Beklagten zurückgewiesen, eine Probebohrung bis zur Höhe eines Fugenblechs durchzuführen. Hierzu hat das Landgericht ohne Rechtsfehler ausgeführt, dass bei Vorhandensein eines Fugenblechs noch nicht bewiesen wäre, dass die Bauausführung insgesamt mängelfrei ist. Eine einzige Probebohrung wäre nicht repräsentativ für die 215

Ausführung sämtlicher Fugen gewesen. Darüber hinaus wäre damit noch nicht die Mangelfreiheit des verwendeten Betons bewiesen.

Grundsätzlich trifft die Beweislast für die Ursächlichkeit des Mangels für eventuelle Schäden den Besteller (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rn 3161 m. w. Nachw.; Palandt/Sprau, a.a.O., § 634 BGB Rn 12). Entgegen dieses Grundsatzes ist nach Auffassung des Senats im Streitfall die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die in WU-Bauweise errichteten Gebäudeteile mängelfrei ausgeführt sind und die aufgetretenen Feuchtigkeitsschäden nicht (mit-)verursacht haben. 216

Vorliegend gehörte die Sicherung der Beweisgrundlagen zu den Vertragspflichten der Beklagten. Dies folgt aus den oben geschilderten Dokumentationspflichten bei WU-Bauweise, die sich aus den anerkannten Regeln der Technik, insbesondere der DIN 1045-3 i.V.m. der WU-Richtlinie ergeben. Die Nichterfüllung dieser Dokumentationspflichten stellt - neben dem bei Abnahme bestehenden Feuchtigkeitssymptom - für sich genommen einen Mangel der Werkleistung der Beklagten dar, dessen Beseitigung dieser unmöglich ist. 217

Der BGH hat in einem Rechtsstreit über die Installation von Software, in dem die Sicherung der Beweisgrundlagen zu den Vertragspflichten des Unternehmers gehörte, eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Ursächlichkeit des Mangels für eventuelle Schäden angenommen (BGH, Urt. v. 2.7.1996, – X ZR 64/94 –, juris Tz 26 = BGHZ 133, 155). 218

Auch im vorliegenden Fall hätte die ordnungsgemäße Dokumentation gemäß der DIN 1045-3 i.V. mit der WU-Richtlinie zuverlässige Erkenntnisse über die Mangelfreiheit des geschuldeten Werks erlaubt, die Beklagte in die Lage versetzt, die Abnahmefähigkeit ihres Werks darzutun und verhindert, dass die Fehlerfreiheit bzw. Fehlerhaftigkeit der von ihr geschuldeten Leistung überhaupt unaufklärbar bzw. die Beweisaufnahme unverhältnismäßig ist. 219

Insoweit ist die Beklagte beweisfällig geblieben. 220

Ihr Einwand, die Kläger seien beweisfällig geblieben, weil sie mit einer Betonkernentnahme nicht einverstanden waren (Bl. 449 GA), verfängt daher nicht. 221

dd) Ergebnis 222

Damit sind zur Mängelbeseitigung sämtliche Abdichtungsmaßnahmen als erforderlich anzusehen, die etwaige Dichtigkeitsmängel der weißen Wanne beseitigen können. 223

Die Kläger haben sich im selbstständigen Beweisverfahren - da eine ordnungsgemäße Ausführung ohne Abriss nachträglich nicht möglich ist - mit einem Verpressen von innen im Bereich zum Nachbargebäude und im Bereich des Gartens einverstanden erklärt und begehren nur auf der Eingangs- /Garagenseite sowie im Bereich der freigeschachteten gartenseitigen Kelleraußenwandfläche eine Abdichtung von außen (S. 5 des Protokolls des Anhörungstermins vom 16.10.2011, Bl. 201 der Beiakte 17 OH 23/12). 224

Die hierfür erforderlichen Kosten hat der Sachverständige in seiner Kostenaufstellung im Gutachten unter Pos. 2.01 – 2.05 (äußere Sockelabdichtung) sowie Pos. 3.01 ff. (Abdichtungsarbeiten innen) ermittelt (S. 48 f. des Gutachtens). 225

Soweit die Beklagte die Kosten der Abdichtungs- und Wiederherstellungskosten von innen für nicht erforderlich hält, verfängt dies nicht. Die Beweiswürdigung des Landgerichts verstößt insoweit nicht gegen Denk- und Erfahrungssätze. 226

Dass die Verpressmaßnahmen an der Wand zum Nachbarhaus sowie im gartenseitigen Teil im Bereich der Kellerräume im unteren Bereich der waagerechten Fuge zwischen Boden und Wand bis auf 2m Höhe erforderlich sind, hat der Sachverständige bei seiner Anhörung am 18.12.2015 bestätigt (Bl. 263 GA). Die vollständige Neuverfliesung der Kellerräume ist nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen (Bl. 267 GA) und unter Berücksichtigung der zahlreichen zur Mängelfeststellung im Fliesenbelag eingebrachten Prüföffnungen nicht zu beanstanden. 227

b) Sockel- und Fassadenputz 228

Auch die Feststellung des Landgerichts, der gesamte Sockelputz sowie der gesamte Unterputz und Oberputz des Gebäudes sei zu erneuern, ist nicht zu beanstanden. Dies hat der Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung am 18.12.2015 nachvollziehbar bestätigt. Insbesondere hat er eine partielle Erneuerung mit Überlappung ausgeschlossen, da es sonst sowohl zu farblichen als auch zu strukturellen Abweichungen komme (Bl. 266 GA). Darüber hinaus hat er den günstigeren Sanierungsvorschlag der Streithelferin der Beklagten - das Abschleifen des Putzes im unteren Bereich - als unzureichend verworfen wegen des fehlenden Verbundes zwischen dem Unter- und dem Oberputz (Bl. 266 Rü GA). 229

Aus der Abbildung 4.58 im Gutachten (dort S. 30) ist ersichtlich, dass der bewehrte Unterputz nicht nur im Sockelbereich, sondern über die gesamte Fassade auszuführen ist. Da davon auszugehen ist, dass dieser im gesamten Sockelbereich fehlerhaft ausgeführt wurde, weil das Bewehrungsgittergewebe keine Verbindung zur 1. Lage des Unterputzes hatte und dadurch keine ausreichende Haftung zum Ober- bzw. Sockelputz bestand (s.o. unter 2.e)), spricht nichts dafür, dass dies an den übrigen Fassadenteilen anders ist. Dies führt dazu, dass der gesamte Unterputz fachgerecht zu erneuern ist, was zwangsläufig die Erneuerung auch des gesamten Oberputzes erfordert. 230

Die Beklagte selbst hat ihrer Streithelferin in der Mängelrüge vom 22.5.2014 (Anlage B 4, Bl. 369 der Beiakte 17 OH 23/12) mitgeteilt, dass die Armierung keine Verklebung mit der Perimeterdämmung aufweise und die Armierung nebst Oberputz mit nur 3mm eine zu geringe Stärke aufweise. Damit hat sie selbst zum Ausdruck gebracht, insoweit von einem Systemfehler auszugehen, der nur durch eine komplette Neuherstellung beseitigt werden kann. 231

Vor diesem Hintergrund sind entgegen der Auffassung der Beklagten die Quadratmeterangaben zu den Positionen 2.06 bis 2.10 in der Kostenaufstellung des Sachverständigengutachtens (S. 48 f.) nachvollziehbar. 232

c) Bohrungen in Garagenfundamente Pos. 2.12 233

Den Ausführungen des Sachverständigen ist ferner zu entnehmen, dass er die von ihm vorgeschlagenen 4 Bohrlöcher für erforderlich hält (Bl. 267 GA) 234

d) Gartenentwässerung Pos. 6.01-6.03 235

Soweit das Landgericht hinsichtlich der Kosten der Ausführung einer Gartenentwässerung eine Schätzung gem. § 287 Abs. 2 ZPO vorgenommen hat, die den vom Sachverständigen ausgewiesenen Kosten für die Errichtung einer Drainage entspricht, ist dies nicht zu beanstanden 236

e) Einwendungen zur Höhe 237

Soweit die Beklagte Einwendungen gegen die Höhe von Einheitspreisen, die Massenermittlung, die veranschlagte Standzeit des Gerüsts sowie die Kosten für Unvorhergesehenes und die Höhe der Regiekosten erhebt, ist zu beachten, dass der Vorschuss keine abschließende, sondern nur eine vorläufige Zahlung ist, über die am Ende abgerechnet werden muss (BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 – VII ZR 115/99 –, Rn. 7, juris).	238
Insoweit gereicht es der Beklagten nicht zum Nachteil, wenn der Sachverständige Beträge auswirft, die die Mängelbeseitigungskosten der Kläger auch für den Fall von Widrigkeiten, Behinderungen oder Unwägbarkeiten decken.	239
Bei der Würdigung der Interessenlage beider Parteien ist zu berücksichtigen, dass sich der Unternehmer nur deswegen einem Vorschussanspruch des Bestellers ausgesetzt sieht, weil er das versprochene Werk auch nach Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht mangelfrei erstellt hat (MüKo/Busche, a.a.O. § 637 BGB Rn. 12).	240
Der Einwand der Beklagten, die angegebenen Kosten seien übersetzt, sie selbst könne die Leistung am Markt billiger beschaffen, verfängt deshalb nicht.	241
Insoweit muss bedacht werden, dass die durch einen Dritten entstehenden Mängelbeseitigungskosten in der Regel höher zu sein pflegen als die Kosten, die dem Auftragnehmer bei Eigenvornahme der Mängelbeseitigung durch eigene Kräfte oder durch seine Subunternehmer erwachsen würden. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Drittunternehmer nur dann bereit sein wird, an der Leistung eines anderen den Mangel zu beheben, wenn die Vergütung für ihn interessant genug erscheint. Berücksichtigt werden müssen die konkrete Marktsituation, die zeitlichen Zwänge, der Umfang und der Schwierigkeitsgrad der Mängelbehebung und nicht zuletzt auch das Risiko des Drittunternehmers, selbst mit Mängelansprüchen überzogen zu werden. Die erforderlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung durch einen Drittunternehmer werden daher nicht von dem Kostenaufwand bestimmt, den der Unternehmer hätte treiben müssen, wenn er selbst den Mangel behoben hätte (MüKo/Busche, a.a.O. § 637 BGB Rn. 11).	242
<u>2. Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB i.H. von 175,50 Euro</u>	243
Den zutreffenden, von der Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts zu einem Schadensersatzanspruch i.H. von 175,50 Euro wegen der Beule im Garagentor (Ziff. 2 des Beweisbeschlusses) ist nichts hinzuzufügen. Mangels Nachweises der erfolgten Reparatur besteht kein Anspruch auf Erstattung der Mehrwertsteuer (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB).	244
<u>3. Zinsanspruch</u>	245
Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 1 BGB. Der Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung ist bei Verzug oder Rechtshängigkeit zu verzinsen (MüKo/Busche a.a.O. § 637 Rn. 21)	246
C. Nebenentscheidungen	247
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 101 ZPO.	248
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO	249
D. Revisionszulassung:	250

Die Revision war im Hinblick auf die unter 4. a) cc) erörterte Rechtsfrage zur Beweislast zuzulassen. Diese betrifft folgende im Streitfall gegebene Konstellation: Es liegt unstreitig ein Mangelsymptom vor, das verschiedene Ursachen haben kann. Ob neben feststehenden Ursachen eine weitere Ursache vorliegt, ist wahrscheinlich, aber streitig. Hinsichtlich der letzteren möglichen Ursache hat der Unternehmer unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik endgültig die erforderliche Dokumentation nicht erbracht, die Aufschlüsse über die Ordnungsgemäßheit der Ausführung liefern könnte. 251

Diese Rechtsfrage hat grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Es ist eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (vgl. Zöller/Heßler, 31. Aufl. 2016, § 543 ZPO Rn 11). Der Senat weicht vorliegend von der allgemeinen Beweislastverteilung ab. Ihm ist keine höchstrichterliche Entscheidung in Bausachen bekannt, die eine derartige Konstellation zum Gegenstand hat. Insbesondere ist die BGH-Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bei Verletzung von Aufklärungs-, Hinweis- oder Beratungspflichten oder zum Anscheinsbeweis bei einem Verstoß gegen DIN-Vorschriften (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 3075, 3082 m. w. Nachw.) nicht einschlägig, da es sich vorliegend um die Verletzung von Dokumentationspflichten handelt. 252

Im Übrigen war die Revision nicht zuzulassen, da die Rechtssache insoweit weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts im Hinblick auf die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). 253

E. 254

Streitwert: 52.465,77 Euro 255