Oberlandesgericht Düsseldorf, 23 U 90/18

Datum:	26.03.2019
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	23. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	23 U 90/18
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2019:0326.23U90.18.00

Vorinstanz:	Landgericht Mönchengladbach, 11 O 231/17
Rechtskraft:	rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 01.06.2018 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 18.580,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.07.2017 sowie nicht anrechenbare vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 562,16 € zu Händen der hinter den Klägern stehenden Rechtsschutzversicherung A Rechtsschutz-Schadenservice GmbH, Schaden-Nr.: ….. zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger zu 63 %, die Beklagte zu 37 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

A. 1

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung von ihnen behaupteter Mängel an Außenabdichtungsarbeiten, die die Beklagte an dem Keller ihres Wohngebäudes in der …..straße … in Stadt 1 durchgeführt hat, sowie auf Zahlung von Nebenforderungen in Anspruch. 2

Im Jahre 2004 beauftragten die Kläger die Beklagte auf der Grundlage des Angebots vom 03.09.2004, Anlage B 2, GA Bl. 114 ff., mit der Abdichtung der in ihrem Keller befindlichen Bodenaufstandsfuge gegen Grundwasser. Mit Schlussrechnung vom 20.12.2004, Anl. BK 1, GA Bl. 265 ff., stellte die Beklagte hierfür Kosten in Höhe von insgesamt 25.009,60 € in Rechnung. Eine erneute Beauftragung mit Abdichtungsarbeiten gegen Tageswasser erfolgte aufgrund des Angebots vom 15.02.2007, Anlage B 3, GA Bl. 119 ff., über eine Auftragssumme in Höhe von 3.956,75 €. Die Schlussrechnung vom 08.05.2007 verhielt sich über einen Betrag in Höhe von 8.080,10 €. Zur Anwendung gelangen sollte in beiden Fällen vereinbarungsgemäß das sogenannte Schleierinjektionsverfahren, bei dem spezieller Zement vom Kellerinneren durch die Kellerwände injiziert wird und außen einen Zementschleier um den Keller herum bildet. Ausweislich des den Arbeiten zu Grunde liegenden Werkvertrags, Anl. B1, GA Bl. 111 ff., bestand Einigkeit darüber, dass eventuell erforderliche Nachinjektionen keine Mängel im Sinne einer Gewährleistungspflicht darstellen, sondern bauartbedingt möglich und damit sogenannte Sowiesokosten sein sollen. 3

Die 2007 durchgeführten und vorliegend allein streitgegenständlichen Arbeiten wurden am 08.05.2007 fertig gestellt. Die Kläger beanstandeten Feuchtigkeitserscheinungen. Daraufhin teilte die Beklagte mit, dass noch ein Jahr zugewartet werden solle, um den Zustand des Kellers abschließend beurteilen zu können. Im Folgenden nahm sie Nachinjektionen vor, die im Ergebnis erfolglos blieben und für die die Kläger weitere 10.500 € entrichteten. Mit Schreiben vom 16.05.2012, Anl. K1, GA Bl. 8, teilte die Beklagte mit, dass die von dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten, Herrn B, am 26.04.2012 in Augenschein genommenen Mängel auch nach dem Ende der Gewährleistungsfrist behoben und die Arbeiten schnellstmöglich erledigt würden. Mit weiterem Schreiben vom 20.10.2014, Anl. K2, GA Bl. 9, bestätigte die Beklagte den Klägern, dass die am 07.10.2014 festgestellten notwendigen Nacharbeiten voraussichtlich in der 47. Kalenderwoche durchgeführt würden. Mit Notiz vom 24.04.2015, Anl. K3, GA Bl. 10, wurde als voraussichtlicher Arbeitstermin der 11.05.2015 mitgeteilt. Unmittelbar zuvor lehnte die Beklagte eine Durchführung weiterer Arbeiten jedoch ohne vorherige Zahlung einer Vergütung durch die Kläger ab. 4

Die Kläger leiteten daraufhin vor dem Landgericht Düsseldorf ein selbstständiges Beweisverfahren, Az. 16 OH 8/15, ein. Die in diesem Verfahren beauftragten Sachverständigen C und D stellten übereinstimmend fest, dass das von der Beklagten gewählte Abdichtungsverfahren untauglich und die Herangehensweise der Beklagten darüber hinaus nicht fachgerecht gewesen sei. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die beigezogene Akte verwiesen. Der Sachverständige C ermittelte Mangelbeseitigungskosten in Höhe von voraussichtlich 49.118, 44 €. 5

Nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens forderten die Kläger die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 21.06.2017, Anl. K6, GA Bl. 91 ff., unter Fristsetzung bis zum 10.07.2017 erfolglos zur Mangelbehebung auf. 6

Erstinstanzlich haben die Kläger die Beklagte unter Bezugnahme auf die in dem selbständigen Beweisverfahren durch den Sachverständigen C ermittelten Mangelbeseitigungskosten auf die Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von insgesamt 7

45.118,44 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.07.2017 sowie nicht anrechenbarer vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.120,63 € zu Händen der hinter ihnen stehenden Rechtsschutzversicherung und auf Feststellung, dass die Beklagte den Klägern sämtliche Schäden zu ersetzen hat, die ihnen dadurch entstehen, dass die Beklagte an dem Bauvorhaben „Objekt …..straße … in Stadt 1“ mit einem nach Maßgabe des in dem selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens des Sachverständigen C vom 16.01.2017 nicht tauglichen Verfahren, insbesondere nicht in der erforderlichen Tiefe, Abdichtungsmaßnahmen vorgenommen hat, in Anspruch genommen.

Mit am 01.06.2018 verkündetem Urteil, auf das hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen nach § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Den Klägern stehe ein Anspruch aus §§ 687 Abs. 3, 634 Nr. 2, 633 BGB auf Zahlung eines Kostenvorschusses in geltend gemachter Höhe zu, da die Werkleistung der Beklagten nach dem Ergebnis der in dem selbständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachten mangelhaft sei. Die Einwände der Beklagten gegen das Gutachten des Sachverständigen C griffen nicht durch, da die von ihm entnommenen Bohrkerne im Labor untersucht worden seien und deren Feuchtigkeitsgrad dort festgestellt worden sei. Soweit ein unsachgemäßer Transport gerügt werde, sei der Vortrag nicht hinreichend substantiiert. Eine fehlende Abnahme stehe dem Anspruch der Kläger nicht entgegen, da allein das Verlangen eines Vorschusses signalisiere, dass die Parteien in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen seien. Die Beklagte könne sich nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB berufen, weil die Kläger nicht bereit gewesen seien, für die Nachinjektionen zu bezahlen. Denn das Schleierinjektionsverfahren sei nicht dazu geeignet gewesen, den Keller dauerhaft trocken zu halten. Aus diesem Grund sei auch kein Abzug von Sowiesokosten vorzunehmen. Die Gewährleistungsrechte seien darüber hinaus nicht verjährt, da die Beklagte nicht bewiesen habe, dass es zu einer Abnahme gekommen sei. Insbesondere sei kein Abnahmeprotokoll vorgelegt worden. Zudem stelle das Schreiben der Beklagten vom 16.05.2012 ein Anerkenntnis im Sinne des § 202 Abs. 1 Nr. 1 BGB bezogen auf die Gewährleistungsfrist dar. Der Höhe nach seien von dem geltend gemachten Vorschussanspruch keine Sowiesokosten in Abzug zu bringen. Die Beklagte schulde im Rahmen der Naturalrestitution nicht allein die vom Sachverständigen auf 6.416 € netto bezifferten Abdichtungsarbeiten, sondern die Kosten für die Erstellung der notwendigen Abdichtungsmaßnahmen des Kellers. Zudem hätte die Beklagte darlegen müssen, welche Mengen und Einheitspreise fehlerhaft gewesen seien. Soweit vorgebracht worden sei, die Position Baugruben-Hinterfüllung und Tragschicht seien zusätzliche Kosten, die nicht im Rahmen von § 637 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen seien, könne dies ohne die vollständigen Vertragsunterlagen nicht bewertet werden, was zu Lasten der Beklagten gehe. Die Klage sei auch hinsichtlich des Feststellungsantrags zulässig und begründet, da anerkannt sei, dass bei einer Klage auf einen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung aus Klarstellungsgründen auch zusätzlich ein Feststellungsantrag erhoben werden könne, wenn auch nicht müsse. 8

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer zulässigen Berufung, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage anstrebt. 9

Sie ist der Ansicht, dass den Klägern kein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB zustehe, weil die Parteien sich vertraglich auf eine Abdichtung des Kellers ausschließlich unter Anwendung des Zement-Injektionsverfahrens geeinigt hätten. Die Kläger hätten eine minimalinvasive Baumaßnahme insbesondere ohne die Durchführung von Erdarbeiten und die Beseitigung der Außenanlagen gewünscht. Eine 10

Außenabdichtung mit Bitumen, für die den Kläger seitens des Landgerichts ein Kostenvorschuss zugesprochen worden sei, sei ein hiermit nicht zu vergleichendes Gewerk, sondern eine vertragsfremde Alternativlösung. Zudem macht die Beklagte weiterhin die Einrede aus § 320 BGB geltend, da die Abdichtungsarbeiten nicht mangelhaft seien, sondern allenfalls unvollständig erbracht seien. So habe der gerichtlich bestellte Sachverständige schon nicht feststellen können, in welchem Umfang sich der Zementschleier um die Kelleraußenwände gebildet habe, da er methodisch fehlerhaft lediglich an drei Ecken des Gebäudes die Wände habe freilegen lassen. Sie sei durchgängig bereit gewesen, Fehlstellen durch Nachinjektionen abzudichten. Da die Kläger allerdings schon im Vorfeld angekündigt hätten, entgegen dem gemeinsamen Vertrag keine weiteren Zahlungen zu leisten, sei sie, so die Ansicht der Beklagten, berechtigt gewesen, die Arbeiten nach § 320 BGB zu verweigern.

Zu Unrecht sei der gerichtlich bestellte Sachverständige davon ausgegangen, dass das Zementinjektionsverfahren nicht „das Mittel der Wahl“ gewesen sei, da ihm die Beschaffenheit des Bodens rund um das klägerische Gebäude nicht bekannt gewesen sei. Sie, die Beklagte, habe erstinstanzlich vorgetragen, dass einerseits auf dem klägerischen Grundstück ein ausschließlich homogener und damit für das Injektionsverfahren geeigneter Boden vorhanden gewesen sei, anderseits auch die Hinweise des Bodengutachters befolgt worden seien. Der Beweisantritt in der Klageerwiderung hierzu sei durch das Landgericht übergangen worden. 11

Alternativ bestehe, sofern man den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen folge, dass das Zementinjektionsverfahren nicht „das Mittel der Wahl“ sei, kein Kostenvorschussanspruch, da die Nacherfüllung dann unmöglich sei. 12

Zur Anspruchshöhe trägt die Beklagte mit ihrer Berufung vor, dass Nachinjektionen mit Kosten von allenfalls 6.500 € verbunden gewesen wären. Hierbei handele es sich, so die Ansicht der Beklagten, um Sowiesokosten, da diese den Klägern bei entsprechender Beauftragung ohnehin entstanden wären. Auch die Kosten des Gerichtssachverständigen C enthielten in erheblichem Umfang nicht zu berücksichtigende Sowiesokosten, nämlich insbesondere im Hinblick auf die Positionen Baugruben-Hinterfüllung und Tragschicht, wobei es sich um zusätzliche Maßnahmen zur Versickerung des anfallenden Niederschlagswassers handele. Diese Leistungen hätten auch in Kombination mit dem vertraglich vorgesehenen Zement-Injektionsverfahren gegen zusätzliche Vergütung ausgeführt werden müssen. Weitere Positionen seien betroffen. Das Landgericht hätte zu dieser Frage, so die Ansicht der Beklagten, den Gerichtssachverständigen konsultieren müssen. Darüber hinaus sei es zu Unrecht davon ausgegangen, dass die erforderlichen Vertragsunterlagen nicht zur Akte gereicht worden seien. Denn aus dem Vertrag und dem Angebot/LV vom 03.09.2004 sei ersichtlich, dass bspw. die Position Baugruben-Hinterfüllung nicht geschuldet gewesen sei. Das Landgericht habe zudem fehlerhaft nicht darauf hingewiesen, welche Unterlagen noch benötigt würden. Sofern es sich um die Schlussrechnung handele, entsprächen die erbrachten Leistungen denjenigen des Angebots/LV vom 03.09.2004. Nach einem Absturz der Server- und EDV-Anlagen sei die Schlussrechnung zunächst nicht mehr auffindbar gewesen. 13

Im Rahmen des den Klägern allenfalls zustehenden Schadensersatzanspruchs sei ein Abschlag von der Kostenschätzung des Sachverständigen in Höhe von 30 % vorzunehmen, da es zumindest möglich sei, dass die zur Außenabdichtung erforderlichen Kosten den vom Sachverständigen aufgeworfenen Betrag um 30 % unterschritten. Zudem hätten die Kläger keinen Anspruch auf Ersatz der Mehrwertsteuer, da diese noch nicht angefallen sei. 14

15

Abschließend erhebt sie – wie schon erstinstanzlich – die Einrede der Verjährung. Eine konkludente Abnahme sei, so ihre Ansicht, spätestens nach der Erbringung von Nacharbeiten bis zum 08.05.2007 erfolgt, etwaige Gewährleistungsansprüche seien mithin mit Ablauf des 08.05.2012 verjährt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts stelle das Schreiben der Beklagten vom 16.05.2012 auch keinen Verjährungsverzicht dar, da die Ansprüche der Klägerin zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt gewesen seien und es an der erforderlichen Eindeutigkeit der Erklärung fehle. Zudem sei sie unwirksam, da kein Zeitpunkt angegeben sei, bis zu dem auf die Einrede der Verjährung verzichtet werden solle.

Den Feststellungsantrag hält die Beklagte – wie schon erstinstanzlich – für unzulässig, da den Klägern, so ihre Ansicht, eine Bezifferung der Kosten möglich sei. Darüber hinaus sei der Feststellungsantrag auch unbegründet, da die mit den von dem Gerichtssachverständigen für erforderlich gehaltenen weiteren Maßnahmen verbundenen Kosten, bspw. die Verlegung einer Drainage, nicht ersatzfähige Sowiesokosten darstellten. 16

Hinsichtlich der Nebenforderungen trägt sie vor, dass die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht geschuldet seien, da sie sich ausweislich der Feststellungen auf S. 9 des landgerichtlichen Urteils erst seit dem 11.07.2017 in Verzug befunden habe. 17

Die Beklagte beantragt, 18

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils vom 01.06.2018 die Klage abzuweisen. 19

Die Kläger beantragen, 20

die Berufung zurückzuweisen. 21

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Insbesondere bestreiten sie, dass eine konkludente Abnahme erfolgt sei. Hierzu tragen sie vor, sie hätten seit dem Jahr 2004 durchgehend bemängelt, dass der Keller feucht sei und sich an den Wänden Schimmel bilde. Bis heute habe nicht renoviert werden können, da der Putz sich von den Wänden löse. Nach Abschluss der Nacharbeiten im Jahr 2007 habe die Beklagte mitgeteilt, dass noch mindestens 1 Jahr gewartet werden müsse, bis der Keller endgültig trocken sei. Im Laufe der Jahre hätten sie für im Ergebnis erfolglose Nachinjektionen weitere insgesamt 10.500 € an die Beklagte geleistet, weshalb es ihnen, so ihre Ansicht, nicht zumutbar gewesen sei, mit weiteren Beträgen in Vorleistung zu treten. Kosten für Nachinjektionen stellten auch keine Sowiesokosten dar, da die Beklagte, so ihre Ansicht, von vornherein eine zu geringe Anzahl an Injektionen in das Mauerwerk eingebracht habe. 22

B. 23

Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. 24

1. 25

Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass den Klägern gegen die Beklagte aus §§ 637 Abs. 3, 634 Nr. 2, 633 BGB ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung der Mängel an den streitgegenständlichen Außenabdichtungsarbeiten zusteht. 26

Das von der Beklagten hergestellte Werk war mangelhaft und dessen Herstellung nicht unmöglich, auch wenn die Parteien eine zur Herstellung des bezweckten Erfolgs ungeeignete Ausführungsart vereinbart haben. Nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist ein Werk frei von 27

Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Welche Beschaffenheit vereinbart ist, ist durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich indes 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. Ein Mangel liegt deshalb vor, 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. Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer dennoch weiterhin die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05 – NJW 2008, 511, beck-online; BGH, Urteil vom 29.09.2011 ? VII ZR 87/11 – NJW 2011, 3780, beck-online).

Vorliegend entsprach die Abdichtung des Kellers mittels Zementinjektionen zwar der vertraglichen Vereinbarung der Parteien. Der Sachverständige C hat in seinem in dem vor dem Landgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen 16 OH 8/15 geführten selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten vom 19.01.2017 indes schlüssig und nachvollziehbar die grundsätzliche Ungeeignetheit der gewählten Abdichtungsmethode sowie deren mangelhafte Ausführung festgestellt. Im Einzelnen hat er ausgeführt, dass aufgrund der Zusammensetzung des Erdreichs im Bereich des Arbeitsraumes das gewählte Abdichtungsverfahren nicht Mittel der Wahl sei, da diese für das Anwendungsprinzip Schleierinjektionen als ungünstig zu bewerten sei. Dies ergebe sich daraus, dass weder ein durchgängiger Dichtungsschleier ausgebildet worden sei noch dieser eine Mindestdicke von 10 cm aufweise oder aus einem Acrylatgel bestehe. Zudem sei die Abdichtungsmaßnahme ganz offensichtlich nicht auf den unmittelbaren Bereich der abzudichtenden Bauwerkswände beschränkt geblieben, sondern habe sich zum Teil bis über die Pflasterfläche bzw. über die Oberkante Gelände hinaus hochgedrückt. Auch sei nicht dem Grundsatz der wannenförmigen Ausbildung der Schleierinjektionen entsprochen worden, da dann die Wannenwirkung mindestens bis zur Erdgleiche hochreichen müsse. Stattdessen seien auf einer Höhe von ca. 1,20 m unter Kellerdecke die letzten Bohrlöcher gesetzt worden. Von einer umlaufenden Wannenwirkung habe daher nicht ausgegangen werden können. Die Vergelungstechnologie sei für erdberührte Räume mit hochwertiger Nutzung keine alternative Abdichtungstechnologie. Abschließend liege kein Eigenüberwachungsnachweis vor. 28

Der Mangelhaftigkeit des durch die Beklagte hergestellten Werkes steht das Vorbringen der Beklagten nicht entgegen, die Werkleistung sei lediglich unvollständig erbracht, da Nachinjektionen erforderlich und möglich seien. Das gewählte Abdichtungsverfahren ist nämlich nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen C grundsätzlich zur Abdichtung des Kellers der Kläger ungeeignet. Dem Berufungsvortrag der Beklagten, der Baugrund auf dem klägerischen Grundstück sei im Wesentlichen homogen und damit für das Zementinjektionsverfahren geeignet, stehen die Feststellungen des Sachverständigen D entgegen, der in seinem als Anlage 5 zu dem Gutachten des Sachverständigen C erstatteten Gutachten vom 16.01.2017 ausgeführt hat, das Injektionsverfahren werde bei Feuchteschäden angewandt, die sich oberhalb oder auch unterhalb des zu erwartenden langjährigen Grundwasserhöchststandes einstellen könnten. Im vorliegenden Fall sei es jedoch so, dass von einem langjährigen Grundwasserhöchststand von ca. 43,75 mNHN / 43,80 mNHN auszugehen sei. Diese Höhenkote liege schon ca. 1,1 m über der Unterkante 29

der vorhandenen Betonbodenplatte von ca. 42,68 mNHN. In der Konsequenz bedeute ein derartig hoher Überstau über die vorhandene Kellerbodenplatte, dass man der vorhandenen Grundwasserbelastung besserer und sicherer mit Hilfe einer nachträglich installierten Innenwanne habe entgegnen sollen. Die vom 12.11.2004 datierende „Geotechnische Kurzstellungnahme“ des Büros E aus Stadt 2 gehe von zu niedrigen Grundwasserständen aus (Gutachten D vom 16.01.2017, Seite 14). Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten, so dass das Landgericht rechtsfehlerfrei davon abgesehen hat, das von der Beklagten beantragte weitere Sachverständigengutachten zur Frage der Geeignetheit des Bodens für die Anwendung des Schleierinjektionsverfahrens einzuholen.

Soweit die Beklagte sich gegen das Gutachten des Sachverständigen C mit der Begründung wendet, die Bohrproben seien nicht sach- und fachgerecht transportiert worden, wird auf die zutreffenden und nicht ergänzungsbedürftigen Ausführungen des Landgerichts verwiesen. Die Beklagte hat ihren diesbezüglichen Vortrag auch mit ihrer Berufung nicht weiter substantiiert. 30

Dem Vorbringen der Beklagten, der Sachverständige C habe das Vorhandensein einer Zementwanne nicht ausreichend untersucht, da er das Mauerwerk nur an drei Ecken geöffnet habe, ist entgegen zu halten, dass sie nach dem Gutachten die letzten Bohrlöcher bereits 1,20 m unter der Kellerdecke gesetzt hat. Nach den Feststellungen des Sachverständigen C konnte die Wannenwirkung schon allein aus diesem Grund nicht bis zur Erdgleiche hochreichen, dies trotz von der Beklagten durchgeführter und von den Klägern gesondert vergüteter Nachinjektionen. Das Schleierinjektionsverfahren war mithin nicht nur zur Abdichtung des Kellers der Beklagten generell ungeeignet, sondern die Beklagte hat die Abdichtung darüber hinaus nicht sach- und fachgerecht ausgeführt. 31

Einer Mangelhaftigkeit der Werkleistung der Beklagten steht nicht entgegen, dass ausweislich des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags eventuell erforderliche Nachinjektionen keine Mängel im Sinne einer Gewährleistungspflicht darstellen, sondern bauartbedingt möglich und damit sogenannte Sowiesokosten sind. Zwar liegt trotz des funktionalen Mangelbegriffs auch dann kein Mangel des Werks vor, wenn dem Besteller die Funktionseinschränkung der vereinbarten Ausführung des Werks bekannt ist und er sich in Kenntnis der Funktionseinschränkung eigenverantwortlich dennoch für diese Ausführung entschieden hat (OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015 – 10 U 93/14 – NZBau 2015, 620, beck-online; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, 6. Aufl. 2017, VOB/B § 13 Rn. 23-30, beck-online). Voraussetzung hierfür ist indes, dass der Unternehmer seiner Bedenkenhinweispflicht, für deren Erfüllung er darlegungs- und beweisbelastet ist, genügt hat. Dass die Beklagte auf die generelle Ungeeignetheit des Schleierinjektionsverfahrens zur Abdichtung des Kellers der Kläger gegen drückendes Wasser hingewiesen hat, hat sie aber schon selbst nicht vorgetragen. 32

Die Kläger haben der Beklagten mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 21.06.2017 wirksam eine Frist zur Nachbesserung im Sinne des § 637 Abs. 1 BGB gesetzt und die Beklagte hat die Nachbesserung nicht zu Recht verweigert. 33

Die Nachbesserung war zunächst nicht unmöglich. In dem Fall, dass der geschuldete Erfolg mit den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Leistungspositionen bzw. Arbeitsschritten nicht erreicht werden kann, ist der Vertrag dahin anzupassen, dass der Unternehmer die geeigneten Arbeitsschritte schuldet (vgl. Kniffka, ibr-OK Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 56). Danach ist es nicht erheblich, dass die Parteien eine andere Ausführungsart vertraglich vereinbart hatten. Dies ist eine Frage der im Rahmen des Vorschussanspruchs gegebenenfalls zu berücksichtigenden Sowiesokosten (BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 34

183/05, Rn. 19, NZBau 2008, 109).

Eine Nachbesserung ist weiter nicht im Hinblick auf die Höhe des zu erwartenden Instandsetzungsaufwands, den die Prozessbevollmächtigten der Kläger in deren Schreiben vom 21.06.2017 auf einen Betrag zwischen 45.000 und 55.000 € geschätzt haben, und den Kosten weiterer Nachinjektionen, die die Beklagte mit circa 6.500 € veranschlagt hat, unzumutbar, da unverhältnismäßig im Sinne des § 275 Abs. 2 BGB. Denn für die Zumutbarkeit der Nachbesserung ist grundsätzlich ohne Bedeutung, in welchem Verhältnis der Mängelbeseitigungsaufwand zum vereinbarten Werklohn steht. 35

Die Beklagte durfte die Nachbesserung abschließend nicht deshalb verweigern, weil sie sich wirksam auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB berufen hat, da weitere Nachinjektionen noch möglich gewesen wären bzw. die geschuldete Werkleistung lediglich unvollständig erbracht worden sei, die Kläger diese aber nicht bezahlen wollten. Dies ergibt sich schon daraus, dass keine Nachbesserung durch weitere Nachinjektionen gefordert worden ist, eine solche darüber hinaus auch untauglich gewesen wäre. 36

Der Höhe nach können die Kläger von der Beklagten als Vorschuss indes nicht die seitens des Sachverständigen C ermittelten Kosten in voller Höhe verlangen. Zwar trägt der zur Mängelbeseitigung verpflichtete Unternehmer grundsätzlich nach Maßgabe der §§ 637, 281 BGB alle dafür anfallenden Kosten. Der Vorschussanspruch ist aber um diejenigen Kosten zu kürzen, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre. Haben die Parteien eine bestimmte Ausführungsart zum Vertragsgegenstand gemacht, sind die höheren Kosten einer anderen Ausführungsart, die zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs erforderlich ist, anrechnungsfähige Sowiesokosten (BGH, Urt. v. 17.05.1984 – VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206). Hätte der erwünschte Erfolg nur durch Vergabe von Zusatzaufträgen oder eines anderen, teureren Auftrags erreicht werden können, so muss der Besteller die Mehrkosten grundsätzlich tragen. Der Werkunternehmer darf nicht mit den Kosten solcher Maßnahmen belastet werden, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer geworden wäre. 37

Vorliegend hätten die Kläger, hätten sie 2007 von vornherein eine Außenabdichtung mittels Bitumendickbeschichtung beauftragt, die von dem Sachverständigen C ermittelten Kosten ohnehin aufwenden müssen. Andererseits hätten die Kläger, hätte die Beklagte ihrer Bedenkenhinweispflicht genügt und die Kläger über die grundsätzliche Ungeeignetheit des von ihr vorgeschlagenen Abdichtungsverfahrens aufgeklärt, weder die Schlussrechnungssumme in Höhe von 8.080,10 € noch die im Anschluss für die durch die Beklagte vorgenommenen Nachinjektionen gezahlte Vergütung in Höhe von insgesamt 10.500 € an die Beklagte entrichtet. Beide Beträge sind zugunsten der Kläger im Wege eines „Nachteilsausgleichs“ in die vorzunehmende Berechnung einzustellen, so dass sie von der Beklagten insgesamt 18.580,01 € fordern können. Denn die mit der Berücksichtigung der Sowiesokosten bezweckte Vorteilsausgleichung darf nicht zum Nachteil der Kläger ausschlagen. 38

2. 39

Der Anspruch der Kläger aus §§ 637 Abs. 3, 634 Nr. 2, 633 BGB ist nicht nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB verjährt. Dabei kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob die Kläger das Werk der Beklagten durch Ingebrauchnahme konkludent abgenommen haben. Denn die Beklagte hat den Klägern unstreitig nach Abschluss der Abdichtungsarbeiten erklärt, dass diese keinen sofortigen Erfolg haben würden, sondern etwa ein Jahr benötigt werde, bis sich die Abdichtung im Kellermauerwerk ausgebildet habe und dieses entsprechend abgetrocknet 40

sei. Vor Ablauf dieses Jahres durfte die Beklagte eine konkludente Abnahme ihrer Arbeiten seitens der Kläger durch Ingebrauchnahme nicht unterstellen. Ausgehend von der auf den 08.05.2007 datierenden Schlussrechnung wäre eine konkludente Abnahme damit frühestens ab dem 08.05.2008 in Betracht gekommen. Mit Schreiben vom 16.05.2012 und damit noch innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist hat die Beklagte den Klägern aber Mängelbeseitigungsarbeiten angeboten mit der Folge, dass die Verjährungsfrist nach § 203 BGB aufgrund zwischen den Parteien geführter Verhandlungen und im Anschluss nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB durch Zustellung des in dem selbständigen Beweisverfahren gestellten Antrags gehemmt gewesen ist.

3. 41

Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Zwar ist eine Feststellungsklage auch zuzulassen, wenn der Schaden aufgrund des Baumangels nicht abschließend feststellbar ist, weil der Mangel noch weitere schädigende Wirkung zeigt und auch in Zukunft in noch nicht abgrenzbarem Rahmen fortwirken wird (BGH, Urteil vom 15.01.2008 - VI ZR 53/07 – NJW-RR 2008, 1520, beck-online; Werner/Pastor – Der Bauprozess – 15. Auflage, 2015 – Rn. 440 m.w.N.). Dasselbe gilt, wenn eine künftige Schadensfolge möglich, ihr Eintritt sowie die Art und der Umfang aber noch ungewiss sind (BGH, Urteil vom 16. 3. 2000 - VII ZR 461/98 – NZM 2000, 687, beck-online; Werner/Pastor – aaO). Allerdings muss eine weitere Schadensentstehung aus diesem Mangel zumindest wahrscheinlich sein. Die Wahrscheinlichkeit der Entstehung eines weiteren Schadens haben die Kläger mit den Feststellungen des Sachverständigen C, gegebenenfalls würden weitere Maßnahmen erforderlich, sobald außenseitig freigeschachtet würde, begründet. Bei sämtlichen Kosten, die in Zusammenhang mit einer Abdichtung des Kellers von außen stehen, handelt es sich indes um Sowieso-Kosten. Dies gilt auch im Hinblick auf durch den Gutachter noch nicht bezifferbare, durch weitere Maßnahmen wie beispielsweise die von diesem angesprochenen Drainagemaßnahmen zukünftig erst entstehende Kosten. 42

4. 43

Der Zinsanspruch ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verzugs. Der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB. Denn zu dem Anspruch gehören auch Anwaltskosten, die wegen der Mängel angefallen sind. Sie sind also auch dann zu erstatten, wenn der Auftragnehmer sich mit der Mängelbeseitigung nicht in Verzug befunden hat (Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, Rn. 1-491, beck-online). Ausgehend von einem Gegenstandswert von 18.580,10 € errechnet sich eine 1,3 Verfahrensgebühr in Höhe von 904,80 € (ausgehend von einer Gebühr in Höhe von 696 €), die zur Hälfte auf das Gerichtsverfahren anrechenbar ist. Mithin verbleiben 452,40 €, zuzüglich der Auslagenpauschale für Entgelte für Post und Telekommunikationsdienstleistungen von 20 € und 19 % Mehrwertsteuer ergibt sich der tenorierte Betrag von 562,16 €. 44

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 45

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 67.677,66 € festgesetzt. 46

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. 47

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE