
Datum: 23.07.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 164/98
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0723.17U164.98.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 7 O 295/97

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 16.7.1998 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Streithelfers werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar; die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,00 DM und die Vollstreckung des Streithelfers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 12.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagten bzw. der Streithelfer vor der Vollstreckung Sicherheitsleistung in gleicher Höhe leisten.

Die Parteien und der Streithelfer dürfen die Sicherheit auch durch Bürgschaft einer Großbank, Sparkasse oder Genossenschaftsbank leisten.

Die Beschwer der Klägerin übersteigt 60.000,00 DM.

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Bezahlung einer Werklohnforderung für die Erstellung von Außenanlagen - u. a. auf dem Dach einer Tiefgarage - in Anspruch; die Beklagten berufen sich wegen einer Beschädigung der Dachhaut auf einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch und hilfsweise auf ein Zurückbehaltungsrecht. 2

Die Beklagten, vertreten durch die Fa. M GmbH, beauftragten die Klägerin mit der Erstellung von Außenanlagen einschließlich Dachbegrünung und Zuwegung für ein Wohn- und Geschäftshaus in D, V-/D Straße. Planender und bauaufsichtsführender Architekt der Beklagten war der Streithelfer H. Der auf den 11.3.1996 datierte Bauvertrag wurde am 18.3.1996 von der Klägerin unterzeichnet der Fa. H übersandt, die ihr den nunmehr auch von ihr unterschriebenen Vertrag mit Schreiben vom 29.3.1996 zurückschickte. Ob es bereits am 11.3.1996 zu einem mündlichen Vertragsschluß kam, ist unter den Parteien streitig. 3

Der schriftliche Vertrag enthält u. a. die folgenden Vereinbarungen: 4

"Nachstehender Bauvertrag ist zwischen ...abgeschlossen worden. 5

A. Bestandteile des Vertrages sind: 6

1.... 7

Dem Auftragnehmer sind folgende Zwänge bekannt: 8

1. Die Übergabe an R erfolgt am 14.03.96. 9

... 10

2. Die Wohnungen der I-Straße - am 22.3.96 übergeben. 11

Bis dahin werden Handwerker über die Außentreppe einige Materialien wie Innentüren, Sanitärkeramik, Tapeten und Farben transportieren. Danach werden die Mieter ihre Wohnungen teilweise beziehen. 12

3. Die Dachfläche wird nach erneuter Wasserprobe und Dichtigkeitsprüfung am 16.3.1996 durch die Fa. N an den Auftragnehmer übergeben. 13

Die Haftung obliegt ab dem Zeitpunkt der Übergabe dem Auftragnehmer bis zur Schlußabnahme der Arbeiten. 14

.... 15

2. Die Besonderen Vertragsbedingungen.. 16

3. Die übergebenen technischen Pläne 17

4. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B + C 18

B. Weiterhin wurde vereinbart: 19

1. Beginn der Arbeiten: 16.3.1996 20

... 21

4. Der Auftragnehmer ist nach Beauftragung der Arbeiten und Unterschrift dieses Vertrages²² verantwortlicher Bauleiter im Sinne der Bauordnung für das Land NRW.

... 23

6. Eine Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen. 24

Die förmliche Abnahme ist Bedingung für die Schlußrechnung." 25

Bezüglich weiterer Einzelheiten wird auf den vorgenannten Bauvertrag (Bl. 7 ff der Gerichtsakten) verwiesen. 26

Wegen der über der Tiefgarage befindlichen, von der Klägerin zu begrünenden Dachfläche kam es am 21.3.1996 zu einer Baustellenbesichtigung, an der u. a. Vertreter der Klägerin sowie der Fa. H teilnahmen. Über die hierbei getroffenen Abreden wurde - auf einem Formular des Streithelfers - ein Protokoll gefertigt, das von Mitarbeitern der Fa. H unterzeichnet wurde und das u. a. folgende Passagen enthält: 27

"Wir haben eine Sichtprobe des Daches vorgenommen.... 28

Die Durchfeuchtungen trocknen trotz Wasserprobe ab... 29

Das Wasser tropft nicht mehr, die Dachfläche ist dicht. 30

Somit ist nach ausreichender Dichtigkeitsprüfung die Dachfläche abgenommen. 31

Das dichte Dach wird übergeben an die Firma N2. 32

Das Wasser kann abgelassen werden. 33

Firma N2 wird bis Dienstag Abend eine provisorische Zuwegung zu den Wohnungen erstellen. 34

Hierzu wird sie die Wasserspeichermatte und eine entsprechende zweite Dachschutzbahn auflegen." 35

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Protokoll vom 21.3.96 (Anlage 2 zum Gutachten des Sachverständigen B vom 6.4.1998) verwiesen. 36

Am 26.3.1996 begann die Klägerin mit den von ihr durchzuführenden Arbeiten, indem sie zunächst Drainplatten und Gummimatten als Wegprovisorien für die über das Tiefgaragendach erschlossenen Hauseingänge verlegte. 37

Mit Schreiben vom 30.3.1996, gerichtet an den Streithelfer, teilte die Klägerin folgendes mit: 38

"Bei einer zufälligen Baustellenbegehung am 29.3.1996 durch unseren Herrn W mußten wir³⁹ leider feststellen, daß sich trotz schriftlicher Aufforderung vom 11.3.1996 durch Ihr Ingenieurbüro keiner der Handwerker entsprechend der Dachsituation und der dort festgelegten Vorgaben verhält.

Im besonderen seien auf folgende Dinge hingewiesen: 40

1) Schlosserarbeiten erfolgen in unmittelbarer Nähe zur Dachhaut (Bohr- und Flexarbeiten) 41

42

2) Die Putzer stehen mit Leiter, Leisten, Brettern usw. auf der Dachhaut.	
3) Die Malerkolonnen stellen ihren Müll auf der Dachhaut ab.	43
Von allen Kolonnen werden Baustellenabfälle und Materialreste auf der Dachhaut zurückgelassen.	44
Wir bitten Sie diesbezüglich, die Handwerker der angesprochenen Gewerke ausdrücklich auf die angesprochene Problematik hinzuweisen und entsprechend einzuwirken.	45
Des weiteren sind wir gezwungen, Bedenken anzumelden. Eine Gewährleistung für die Dichtigkeit der Dachflächen können wir auf Grund der geschilderten Umstände nicht aufrecht halten..."	46
Am 9.4.1996 wurden die Provisorien wieder entfernt und die Dachfläche mit Drainagematten ausgelegt, die zusammengesteckt und befestigt wurden; sodann begann die Klägerin mit dem Dachaufbau. Die Arbeiten der Klägerin wurden am 23.5.1996 abgenommen; hierüber wurde ein Abnahmeprotokoll mit einer insgesamt 25 Punkte umfassenden Mängelliste erstellt.	47
Im Juli 1996 trat an dem von der (während des Rechtsstreits in Konkurs gefallenen) Fa. N GmbH errichteten Flachdach ein Wasserschaden auf, weshalb die Klägerin - wie die Beklagten in diesem Rechtszug nicht mehr in Abrede stellen - im Auftrag der Beklagten einen Teil der Dachfläche wieder freilegte, um eine Überprüfung zu ermöglichen.	48
Am 5.12.1996 erteilte die Klägerin den Beklagten für ihre Leistungen aus dem Bauvertrag vom 11.3.1996 Rechnung über (restliche) 118.060,83 DM brutto; das Freilegen der Dachfläche rechnete sie im Stundenlohn ab mit 16.197,92 DM brutto. Beide Rechnungen wurden nicht bezahlt und sind deshalb Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.	49
Im April 1997 leiteten die Beklagten gegen die Klägerin, den Streithelfer und die Fa. N ein selbständiges Beweisverfahren ein. Im Rahmen dieses Verfahrens führte der Sachverständige B mehrere Ortstermine durch; ferner ließ er die Dachfläche - zum ganz überwiegenden Teil - durch die Firmen S und S freilegen, deren Rechnungen über insgesamt 103.419,05 DM netto absprachegemäß an die Beklagten weitergeleitet und von diesen beglichen wurden.	50
In seinem Gutachten vom 6.4.1998 stellte der Sachverständige B fest, dass	51
• die von der Fa. N eingebauten Abdichtungsfolie nicht, wie vorgeschrieben, 1,5 mm stark war, sondern lediglich 1,2 bis 1,25 mm, • die Folie an zwei Stellen mechanische Beschädigungen in Form von 6 x 11 und 9 x 6 cm großen Winkelhaken aufwies und auch die unter der Folie befindlichen Dämmplatten aus Polystyrol an den Stellen beschädigt waren, • die Überdeckungsnaht der Folie an einer Stelle auf einer Länge von 2 cm nicht ordnungsgemäß verschweißt und somit undicht war, • der Übergang der Flachdachabdichtung zu der zum Parkplatz führenden Stahlbetontreppe mangelhaft war.	52
Die Mängelbeseitigungskosten bezifferte der Sachverständige B auf 359.835,03 DM brutto. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Gutachten vom 6.4.1998 verwiesen.	53

Die Klägerin hat behauptet, am 23.5.1996 sei ihre Werkleistung insgesamt - einschließlich der Dachbegrünung - abgenommen worden; die im Protokoll festgehaltenen Mängel seien von ihr beseitigt worden. Sie habe ihre Leistungen fachgerecht erbracht; die Beschädigung der Dachhaut sei auf Fremdeinwirkung zurückzuführen und von ihr nicht zu vertreten, sondern auf Planungs- und Überwachungsfehler des Architekten sowie auf die Verwendung einer zu dünnen Abdichtungsfolie zurückzuführen. Für das Freilegen der Dachfläche sei eine Abrechnung nach Zeitaufwand vereinbart worden.

Die Klägerin hat beantragt,

55

die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie 134.258,75 DM nebst 8,5% Zinsen seit dem 5.3.1997 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

57

die Klage abzuweisen.

58

Sie haben behauptet, die Abnahme vom 23.5.1996 habe sich nicht auf die Dachfläche, sondern ausweislich des Abnahmeprotokolls nur auf die Außenanlagen, womit der Parkplatz vor dem R-Center gemeint sei, bezogen. Im übrigen enthalte das Protokoll nur Mängelrügen, so daß auch deshalb nicht von einer Abnahme auszugehen sei.

59

Die Werkleistung der Klägerin sei mit mehreren Mängeln behaftet, die Gegenstand eines Parallelverfahrens seien; so habe die Klägerin die Wurzelbrücken nicht fachgerecht erstellt, und die von ihr aufgebrachte - wasserführende - Erdschicht liege höher als der Wandanschluß der Abdichtungsfolie. Die Beschädigung der Folie sei von der Klägerin herbeigeführt worden, die die von ihr benötigten Pflastersteine per Kran auf das Dach gehoben habe. Offenbar seien dabei Paletten mit Pflastersteinen oder Container mit Erdmaterial auf die Dachhaut gefallen. Nach dem Aufbringen der Dachbegrünung seien keine weiteren Handwerker auf dem Dach tätig geworden, so daß die Beschädigung zwangsläufig von Mitarbeitern der Klägerin herrühren müsse. Selbst wenn im übrigen die Schäden an der Dachhaut bereits bei Beginn der Dachbegrünung vorhanden gewesen seien, hafte die Klägerin wegen Verletzung der ihr dann obliegenden Hinweispflicht für den eingetretenen Schaden. Dieser belaufe sich auf rund 360.000,00 DM; hiervon habe die Klägerin entsprechend ihrem Verursachungsbeitrag mindestens ein Drittel zu tragen. Da die Klägerin die Freilegung der Dachfläche in Anerkennung ihrer Mängelbeseitigungspflicht vorgenommen habe, könne sie hierfür keine Vergütung verlangen; gegenüber der dann noch verbleibenden Werklohnforderung werde ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, das in erster Linie auf die Mängel der Dachbegrünung und in zweiter Linie auf die Mängel aus dem Gewerk der Außenanlagen gestützt werde.

60

Das Landgericht hat die Klage nach Anhörung des Sachverständigen B abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, zwar habe die Klägerin eine fällige Werklohnforderung in Höhe des eingeklagten Betrages, doch diese sei durch Aufrechnung erloschen; das Vorbringen der Beklagten zum Zurückbehaltungsrecht sei, da es sich bei dem geltend gemachten Gegenanspruch um einen Zahlungsanspruch handele, als Aufrechnungserklärung auszulegen. Den Beklagten stehe aus pVV des Werkvertrages ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch in Höhe von 160.262,66 DM zu, denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, daß die Klägerin ihre Schutz- und Hinweispflichten verletzt und damit die angegebenen Schadensbeseitigungskosten verursacht habe. Aus den Darlegungen des Sachverständigen ergebe sich zwingend, daß die beiden Beschädigungen der Dachfolie, die als wesentliche Ursache der Wassereinbrüche anzusehen seien, nach dem 21.3.1996

61

und damit in einer Zeit, als die Klägerin nach den klaren vertraglichen Vereinbarungen für etwaige Baumängel hafte, eingetreten seien. Zwar habe eine Beschädigung durch Mitarbeiter der Klägerin selbst nicht festgestellt werden können, doch die Klägerin sei nach der Übernahme des Daches verpflichtet gewesen, auf geeignete Maßnahmen zum Schutz der empfindlichen Dachhaut hinzuwirken und gegenüber der Bauleitung Bedenken geltend zu machen. Dies sei zwar mit Schreiben vom 30.3.1996 geschehen, doch sei das Schreiben zu spät gekommen, denn bis dahin habe sich das Dach seit der am 21.3.1996 abgeschlossenen Flutung in einem ungeschützten Zustand befunden. Der auf die Winkelhaken zurückzuführende Schaden der Beklagten belaufe sich auf insgesamt 320.525,32 DM. Bei der Ermittlung des Schadensumfanges sei zu berücksichtigen, daß die von der Klägerin geltend gemachten Freilegungskosten als Schadensbeseitigungskosten zu dem von Sachverständigen geschätzten Bruttobetrag von 359.835,03 DM hinzuzurechnen seien, während andere Schadenspositionen (Abdichtungsfolie, Dehnungsfuge, Wandanschluß, Schutzvlies, Anschluß an die Freitreppe) ausschließlich dem Verantwortungsbereich der Fa. N3 GmbH zuzurechnen und deshalb bei der Schadensermittlung ebenso wie die als Sowiesokosten anzusehenden Kosten für das Abschotten der Dachfläche in einzelne Felder nicht in Ansatz zu bringen seien. Allerdings müßten sich die Beklagten gem. §§ 278, 254 Abs. 1 BGB ein hälftiges Mitverschulden der Bauleitung anrechnen lassen, die es versäumt habe, eine Abschottung der Dachfläche in einzelne Felder einzuplanen. Infolge dieses Planungsfehlers sei eine Beschränkung der Fehlersuche auf einzelne Felder nicht möglich gewesen, weshalb sich der Kostenaufwand für das Freilegen der Dachfläche sowie die Neuanlegung des Gründachaufbaus um 50 % erhöht habe. Es verbleibe - da die Beklagten nicht vorsteuerabzugsberechtigt seien - als Schadensersatzanspruch ein Betrag von 160.262,66 DM, so daß die Klageforderung erloschen sei.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter. Sie rügt zunächst, daß das Landgericht von einer Aufrechnung der Beklagten ausgegangen sei, obwohl diese ausdrücklich ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht habe; zudem habe die Beklagte eine etwaige Aufrechnung auf 120.000,00 DM beschränkt, so daß das Landgericht willkürlich über das Vorbringen der Beklagten hinausgegangen sei. Ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung sei auch gar nicht Prozeßgegenstand gewesen. 62

Zu etwaigen weiteren Schutzmaßnahmen, so meint die Klägerin, sei sie schon deshalb nicht verpflichtet gewesen, weil der Vertrag mit den Beklagten erst am 29.3.1996 wirksam geworden sei; das Verlegen der Drainplatten und Gummimatten am 26.3.1996 sei deshalb vorzeitig geschehen. Sie behauptet, als ausschließliche Sicherungsmaßnahme sei vor dem Hintergrund des bevorstehenden Einzugs einiger Mieter die Fertigstellung der provisorischen Hauszuwegung vereinbart worden, für die die vorgesehenen Gummi-Granulatmatten doppelt verlegt worden seien; im übrigen habe sie zunächst die Parkplatzfläche fertigstellen sollen. Über die genannte Maßnahme hinaus habe keine Notwendigkeit weiterer Sicherungen bestanden, denn die Bauleitung habe ihr zugesichert, daß eine sonstige Inanspruchnahme der Dachfläche durch Dritte nicht in Betracht komme; die Benutzung sei auf die einziehenden Mieter beschränkt. Der Mitarbeiter Schlösser der Beklagten habe zugesagt, alle Handwerker durch Einzelschreiben anzuweisen, das Dach nur über die provisorischen Wege zu betreten, weshalb weitere Sicherungsmaßnahmen - auch zur Vermeidung zusätzlicher Kosten - nicht in Betracht gekommen seien. Entgegen der Zusage der Bauleitung sei jedoch, wie durch mehrere vom Zeugen X2 gefertigte Fotos dokumentiert werde, eine Vielzahl von Handwerkern 63

- Elektriker, Putzer, Fensterbauer, Schlosser - auf dem Dach tätig gewesen, die auch Materialien auf dem Dach abgelegt hätten. Es seien schwere Gegenstände über das Dach getragen worden, und genau zur gleichen Zeit sei auf der Dachfläche auch die Einrüstung des Gebäudes erfolgt. Die beschädigten Stellen hätten sich außerhalb der provisorischen Zuwegungen befunden, und für diese Bereiche sei sie, so meint die Klägerin, nicht sicherungspflichtig gewesen. Die vom Landgericht angenommene Sicherungspflicht bezüglich der gesamten Dachfläche finde im Bauvertrag keine Stütze und sei allein Aufgabe der Beklagten gewesen.

Bei der endgültigen Verlegung des Dachaufbaues, so behauptet die Klägerin weiter, sei im Bereich der später aufgefundenen Schadensstellen keine Beschädigung vorhanden gewesen. Ihr Vorarbeiter X, der als besonders genau gelte, habe jeden Quadratmeter der Baustelle überprüft, so daß es ausgeschlossen sei, daß vor dem Aufbringen der Schutzmatte oder nach deren Verlegung vor dem nächsten Arbeitsschritt ein Schaden vorhanden gewesen sei. Allerdings sei eine Schadensverursachung durch einen Dritten für den Zeugen X nicht unbedingt feststellbar gewesen, denn der Verursacher habe die beschädigte Stelle ohne weiteres durch Austausch der Schutzmatte verdecken können. Die Beschädigungen könnten auch bei verständiger Würdigung aller bislang bekannten Umstände gar nicht nach dem Beginn ihrer Arbeiten eingetreten sein, denn dann müsse auch die Drainmatte Durchschläge aufweisen, wie sie in den Granulatmatten teilweise festgestellt worden seien; dies sei weder behauptet noch gar bewiesen worden. Deshalb gehe sie in erster Linie davon aus, dass die Schädigung durch den Dachdecker bei der Ausführung seines Gewerks - und zwar anlässlich der Verlegung der Gummigranulatmatten im Anschluß an die Dichtigkeitsprüfung - verursacht worden sei. Sie selbst könne dann nur schadensersatzpflichtig sein, wenn sie den Schaden fahrlässig nicht erkannt und ihre Leistungen fortgesetzt hätte; von Fahrlässigkeit könne jedoch nicht ausgegangen werden, denn sie habe alles unternommen, was ihr billigerweise zur Prüfung der Vorleistung des Dachdeckers zugemutet werden könne. Zudem komme eine Schädigung durch Dritte, nachdem sie selbst ihr Gewerk beendet gehabt habe, in Betracht.

65

Es habe, so meint die Klägerin, auch keine Verpflichtung zur allgemeinen Sicherung des Daches bestanden; dies sei allein Aufgabe der Beklagten als Bauherren gewesen. Sie selbst habe als Sicherungsmaßnahme lediglich die Erstellung der provisorischen I4 geschuldet.

66

Der vom Landgericht angenommene Schadensersatzanspruch scheitere letztendlich auch daran, daß die Dachkonstruktion wegen der zu geringen Folienstärke von vornherein mangelhaft gewesen sei, weshalb ein Auswechseln der Folie und damit ein Abriß sowie eine komplette Erneuerung des Daches ohnehin erforderlich gewesen sei. Die damit verbundenen Kosten seien als Sowieso-Kosten schadensmindernd zu berücksichtigen. Ein Teil der Sanierung sei vor deren Konkurs noch unentgeltlich von der Fa. N durchgeführt worden, und es sei davon auszugehen, dass die Beklagten im Hinblick auf den hier verursachten Schaden auch einen Teil des Werklohns der Fa. N einbehalten hätten, weshalb ihnen entweder überhaupt kein Schaden oder nur ein Teilschaden entstanden sei.

67

Der geltend gemachte Ersatzanspruch werde auch der Höhe nach bestritten, denn die tatsächlich im Zuge der Nachbesserung aufgewandten Kosten seien nicht nachgewiesen. Der vom Sachverständigen ausgeworfene Betrag sei nur überschlägig ermittelt worden, und der jetzige Vortrag der Beklagten zur Schadenshöhe sei unsubstantiiert. Zudem seien die Beklagten vorsteuerabzugsberechtigt, so daß keine Mehrwertsteuer verlangt werden könne.

68

Die Klägerin beantragt,

69

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie 134.258,75 DM nebst 8,5% Zinsen seit dem 5.3.1997 zu zahlen.

Die Beklagten und der Streithelfer beantragen, 71

die Berufung zurückzuweisen. 72

Die Beklagten verteidigen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil. Sie stützen ihren Klageabweisungsantrag weiterhin auf einen Mängelbeseitigungsanspruch und stellen nunmehr ausdrücklich einen auch aus § 4 Nr. 3 und Nr. 7 S. 2 bzw. § 13 Nr. 5 Abs. 2 und Nr. 7 VOB/B hergeleiteten Vorschuß- und Schadensersatzanspruch zur Aufrechnung; es sei, so meinen sie, davon auszugehen, daß die Klägerin die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert habe und ihre Pflicht zur Mängelbeseitigung hartnäckig bestreite. 73

Ferner sind sie unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Bauvertrages der Auffassung, bereits am 11.3.1996 sei es zum Vertragsschluß gekommen, der sodann nur noch schriftlich bestätigt worden sei. Auch sei in der Übersendung des schriftlichen Bauvertrages durch sie ein Angebot zum Vertragsschluß zu sehen, das die Klägerin durch Unterzeichnung und Zurücksendung am 18.3.1996 angenommen habe. Zumindest sei es - durch die Übernahme des Daches am 21.3.1996 sowie die Aufnahme der Arbeiten - zu einem Vertragsschluß durch schlüssiges Verhalten gekommen. Vom Zeitpunkt der Übernahme an habe die Klägerin durch den Bauvertrag auch die Haftung für die Dichtigkeit des Daches übernommen; schon deshalb habe sie Hinweis- und Schutzpflichten gegenüber ihrem Auftraggeber gehabt. Auch ausweislich der Bedarfsposition 1.0040 des Leistungsverzeichnisses habe die Klägerin darauf zu achten gehabt, daß die Dachfläche nicht beschädigt werde. Die Hinweis- und Schutzpflicht der Klägerin habe seit der Übernahme des Daches am 21.3.1996 bestanden, so daß das Schreiben vom 30.3.1996 zu spät gekommen sei. 74

Die provisorischen Hauszuwegungen, so behaupten die Beklagten, seien lediglich als Mindestschutz vereinbart worden, doch sei dies keineswegs abschließend gewesen, und eine Anordnung der Bauleitung, wonach die Klägerin als Schutzmaßnahmen nur die Wegprovisorien erstellen dürfe, habe es ebenso wie eine Zusage, daß eine sonstige Inanspruchnahme der Dachfläche durch Dritte nicht in Betracht komme, nicht gegeben. Zumindest ein Bedenkenhinweis habe daher erfolgen müssen; in diesem Falle seien sie - die Beklagten - selbstverständlich bereit gewesen, weitere auch kostenverursachende Schutzmaßnahmen zu bezahlen, deren Erforderlichkeit schon durch den eigenen Vortrag der Klägerin zur Nutzung des Daches durch die Handwerker belegt werde. Zudem sei die Klägerin verpflichtet gewesen, vor dem Aufbringen des Dachaufbaus die Dachhaut sorgfältig auf Beschädigungen zu untersuchen, was sie unterlassen habe. 75

Daß ein Dritter den Schaden verursacht und durch einen Austausch der Schutzmatten zu verdecken versucht habe, widerspreche bereits den Feststellungen des Sachverständigen, wonach in einem Fall die oberhalb der Abdichtung verlegte Bautenschutzmatte ebenfalls eine dem Winkelhaken entsprechende mechanische Beschädigung aufgewiesen habe. 76

Ein Austausch der Abdichtungsfolie sei allein wegen ihrer zu geringen Stärke nicht erforderlich gewesen; nach den Feststellungen des Sachverständigen sei die Folienstärke für die Beschädigungen auch nicht ursächlich gewesen. 77

Die Schadenshöhe sei vom Sachverständigen B zutreffend ermittelt worden; tatsächlich seien für die inzwischen durchgeführte Flachdachsanierung sogar Kosten in Höhe von insgesamt 78

726.527,08 DM angefallen, wobei die im Zusammenhang mit der Sanierung stehenden Mietausfälle noch nicht einmal berücksichtigt seien.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Berichterstattevermerke vom 9.9.1999 (Bl. 245 ff), 11.12.2000 (Bl. 328 ff) und 28.5.2001 (Bl. 397 ff) verwiesen. 79

Der Senat hat Beweis erhoben durch schriftliches Gutachten des Sachverständigen W, Anhörung der Sachverständigen W und B sowie Vernehmung der Zeugen X, G und X3; wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die oben genannten Berichterstattevermerke sowie auf das Gutachten vom 9.11.2000. 80

Entscheidungsgründe: 81

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet, denn die nach Grund und Höhe inzwischen unstreitige Restwerklohnforderung der Klägerin ist durch Aufrechnung mit einem aus positiver Vertragsverletzung herzuleitenden Schadensersatzanspruch der Beklagten erloschen (§ 389 BGB). 82

A. 83

Nach den von den Parteien insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts hat die Klägerin gegen die Beklagten aus den beiden Rechnungen vom 5.12.1998 (Bl. 33 ff und Bl. 44) eine fällige Restwerklohnforderung in Höhe von 134.258,75 DM. 84

B. 85

Diese Forderung ist gem. § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen. 86

I. 87

Die Beklagten haben (spätestens) in der Berufungserwiderung die Aufrechnung erklärt, wobei sie sich die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ausdrücklich zu eigen gemacht haben. Im Senatstermin vom 9.9.1999 haben sie zudem klar gestellt, dass sie sich gegenüber der Klageforderung in erster Linie mit der Aufrechnung verteidigen und ein Zurückbehaltungsrecht nur noch hilfsweise geltend machen. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung sind weder geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich. 88

II. 89

Dem Grunde nach steht den Beklagten gegenüber der Klageforderung ein aus positiver Vertragsverletzung herzuleitender aufrechenbarer Schadensersatzanspruch zu, denn die Klägerin hat ihr obliegende Nebenpflichten aus dem Vertragsverhältnis verletzt und dadurch auf Seiten der Beklagten einen Schaden verursacht. 90

1) 91

Es läßt sich zwar mit den verfügbaren Beweismitteln nicht feststellen, dass die beiden Schadstellen in der Dachhaut durch die Klägerin - bzw. ihre Mitarbeiter - selbst herbeigeführt worden sind, so dass ein Schadensersatzanspruch der Beklagten unter diesem Gesichtspunkt nicht angenommen werden kann. 92

2)

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht jedoch fest, dass die Klägerin das Gründach infolge einer unzureichenden Überprüfung des Daches auf einer schadhafte Dachhaut errichtet hat. Hierin ist - zumal die Klägerin vertraglich die Gewähr für die Dichtigkeit des Daches und hieraus resultierend auch eine Obhutspflicht übernommen hatte - eine schuldhafte Pflichtverletzung zu sehen. 94

a) 95

Die beiden festgestellten Beschädigungen der Dachfolie sind nach der Übergabe des Flachdaches an die Klägerin und vor Fertigstellung des Gründaches eingetreten. 96

Zur Überprüfung der Dichtigkeit des Daches war dieses noch am 21.3.1996 geflutet, wobei die zuvor festgestellten Durchfeuchtungen unstreitig abtrockneten; die Beteiligten haben deshalb, wie auch durch das inhaltlich von der Klägerin nicht in Zweifel gezogene Protokoll vom 21.3.1996 dokumentiert wird, übereinstimmend festgestellt, dass die Dachfläche dicht war. Auch der Senat hat keinen Zweifel daran, dass die beiden später festgestellten "Klinken" in der Folie zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorhanden waren, denn andernfalls hätte es, wie der Sachverständige B bereits bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht am 16.7.1998 überzeugend dargelegt hat, bei der Flutung des Daches zu erheblichen Wassereinbrüchen kommen müssen. 97

Eine Beschädigung der Folie nach Beendigung der Arbeiten der Klägerin - wie diese vermutet - ist angesichts des Schadensbildes bei lebensnaher Betrachtungsweise ausgeschlossen, denn zu den mechanischen Beschädigungen ist es, wie der Sachverständige B ausgeführt hat, infolge mangelhafter oder fehlender Schutzmaßnahmen gekommen. Nach Beendigung der Arbeiten der Klägerin war die Dachhaut jedoch nicht nur durch die sogenannten Schutzmatte, sondern - vor allem - durch den gesamten über diesen Mattem befindlichen Dachaufbau, bestehend aus der Drainfolie, einem Schutzvlies, der Lavaschüttung und - teilweise - Werkbetonsteinen geschützt. Aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen B im Kammertermin vom 16.7.1998 kommt eine Beschädigung der Folie im Zuge der Abräumarbeiten gleichfalls nicht in Betracht, weil der Sachverständige die Abräumarbeiten durch einen besonders erfahrenen und zuverlässigen Dachdecker seines elterlichen Betriebes überwachen ließ; zudem könnten im Falle einer erst zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Beschädigung der Dachhaut die zuvor eingetretenen erheblichen Wasserschäden ebensowenig erklärt werden wie die festgestellte Verschmutzung der Styroporschicht unter der Folie. 98

b) 99

Die Klägerin hat für den oben genannten Zeitraum vertraglich die Haftung für die Dichtigkeit des Daches übernommen. 100

aa) 101

Dies folgt bereits aus dem im Tatbestand zitierten Abschnitt aus dem Bauvertrag, denn im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Dichtigkeitsprüfung kann sich der dort verwandte Begriff der Haftung nur auf die Dichtigkeit des Daches beziehen, zumal die Haftungsklausel überflüssig wäre, wenn damit lediglich die - ohnehin selbstverständliche - Haftung der Klägerin für die Mängelfreiheit ihres Gewerkes gemeint gewesen wäre. Zudem ist die Klägerin im Vertrag zum verantwortlichen Bauleiter bestimmt worden, was ebenfalls indiziell 102

dafür spricht, dass sie für sämtliche zwischen Übergabe und Schlußabnahme ggf. eintretenden Undichtigkeiten verantwortlich sein sollte.

bb) 103

Gestützt wird diese Interpretation auch durch das Schreiben der Klägerin vom 30.3.1996, 104
denn der Erklärung der Klägerin, sie könne eine Gewährleistung für die Dichtigkeit der
Dachflächen aufgrund der geschilderten Umstände nicht aufrechterhalten, ist zu entnehmen,
dass sie bis zu diesem Zeitpunkt nach eigenem Verständnis die Gewähr für die Dichtigkeit
des Daches übernommen hatte.

cc) 105

Die vertraglich übernommene Haftung setzte ein mit der Übergabe des zuvor auf seine 106
Dichtigkeit geprüften Daches am 21.3.1996. Ausweislich des zwar von der Klägerin nicht
unterzeichneten, inhaltlich aber unstreitigen Protokolls vom 21.3.1996 bestand während der
Baustellenbesichtigung unter den Beteiligten - einschließlich der Klägerin - Einigkeit darüber,
dass die Dachfläche dicht war und nunmehr der Klägerin übergeben werden sollte; dies wird
von der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt. Der Umstand, dass ein von beiden Parteien
unterzeichneter schriftlicher Bauvertrag erst am 29.3.1996 vorlag, führt zu keiner anderen
Beurteilung. Über den Umfang der beiderseitigen vertraglichen Pflichten bestand spätestens
seit der Unterzeichnung des Vertrags durch die Klägerin am 18.3.1996 Einigkeit, und schon
durch die einvernehmliche Übergabe des Daches am 21.3.1996 und die Aufnahme der
Arbeiten am 26.3.1996 wird dokumentiert, dass die Parteien der Unterzeichnung des
Vertrages durch die Beklagten keine wesentliche Bedeutung mehr beigemessen haben, denn
sie haben bereits zuvor mit dem Vollzug des Vertrages begonnen. Insbesondere hat die
Klägerin das Flachdach in Kenntnis der vertraglich vorgesehenen - von ihr durch Unterschrift
bereits akzeptierten - Haftungsregelungen übernommen, weshalb mit der Übergabe
ungeachtet der erst später erfolgten Vertragsunterzeichnung durch die Beklagten die
vertraglich vorgesehenen Konsequenzen verbunden waren, die von allen Beteiligten, wie
durch das Übergabeprotokoll dokumentiert wird, auch anerkannt worden sind. Im übrigen
wäre es vor allem wegen der bis zum 21.3.1996 durchgeführten Dichtigkeitsprüfung
lebensfremd, auf den 29.3.1996 als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Haftung
abzustellen, denn mit der Dichtigkeitsprüfung sollte ja - auch im Interesse der Klägerin -
sichergestellt werden, dass das Flachdach im Zeitpunkt der Übernahme der Haftung durch
die Klägerin dicht war.

Für die grundsätzliche Haftung der Klägerin unerheblich ist auch, dass sie erst am 26.3.1996 107
- fünf Tage nach der Über gabe - mit den ihr übertragenen Arbeiten begonnen hat und nach
den am 21.3.1996 getroffenen Vereinbarungen wohl auch nicht vor dem 25.3.1996 damit
beginnen sollte. Zwar liegt es nahe, dass die Klägerin vor der eigentlichen Arbeitsaufnahme
weder Schutzmaßnahmen zur Sicherung des Daches erbringen noch die seitens der
Bauleitung bis dahin getroffenen Schutzmaßnahmen überprüfen wollte, doch als Zeitpunkt
des Gefahrüberganges haben die Parteien - nach Auffassung des Senates eindeutig - den
Tag der Übergabe festgelegt; hieran muß sich die Klägerin festhalten lassen.

c) 108

Wie bereits der Sachverständige B - unwidersprochen - ausgeführt hat, mußte die Abdichtung 109
gem. Ziff. 9.4 (10) der Flachdachrichtlinien von dem Aufbringen der Dachbegrünung sorgfältig
überprüft werden. Im Streitfall war die Klägerin hierzu auch - und vor allem - deshalb
verpflichtet, weil sie die Gewähr für die Dichtigkeit des Daches übernommen hatte; hierbei

kommt es nicht darauf an, ob die Schutzmatte von der Klägerin selbst oder durch den Dachdecker verlegt worden sind. Dieser Verpflichtung ist die Klägerin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausreichend nachgekommen.

aa) 110

Zwar hat der Zeuge X bestätigt, dass er die auf der Folie befindlichen Schutzmatte auf etwaige Schäden und eine ordnungsgemäße Lage kontrolliert und dabei keine Schäden festgestellt habe. Er sei vor dem Ausrollen der Drainmatte Bahn für Bahn vorhergegangen und habe kontrolliert; es sei keine Matte beschädigt gewesen. Allerdings könne man eine Kerbe in einer Matte nicht sehen, wenn die Kerbe gerade "auf Stoß" liege. 111

bb) 112

Eine derartige Sichtprüfung der auf der Folie verlegten Schutzmatte genügt jedoch nicht. Zumindest unter ungünstigen Umständen konnten dabei nämlich etwaige Beschädigungen der Folie dabei durchaus übersehen werden. Nach den überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen W im Gutachten vom 9.11.2000, die im übrigen durch den Zeugen X bestätigt worden sind, konnte eine mechanische Beschädigung der Folie nämlich auch ohne erkennbare Schäden an den darüber liegenden Bautenschutzmatte nicht ausgeschlossen werden, denn derartige Matte liegen aufgrund ihrer Materialstärke nicht glatt, sondern bilden in den Stoßbereichen Verwölbungen, die die Sichtprüfung - ebenso wie Verschmutzungen und Verwitterungseinflüsse - erschweren. Zudem mußte eine Verletzung der Folie jedenfalls nicht zwangsläufig - und insbesondere nicht in den Stoßbereichen - zu einer entsprechenden Beschädigung einer Bautenschutzmatte führen. 113

Es kommt hinzu, dass die Folie ausweislich des Schreibens der Klägerin vom 30.3.1996 in ganz erheblichem Umfang der Gefahr einer Beschädigung ausgesetzt war, denn auf dem Flachdach war eine Vielzahl von Handwerkern beschäftigt, die ihre Materialien und Werkzeuge auf der empfindlichen und nur stellenweise gesicherten Dachhaut abstellte. 114

Ansichts der Empfindlichkeit der Folie und der Höhe etwaiger aus einer Undichtigkeit des Daches resultierender Schäden durfte sich die Klägerin deshalb mit einer bloßen Sichtprüfung der Bautenschutzmatte nicht begnügen, denn etwaige Beschädigungen der Dachhaut konnten damit gerade nicht zuverlässig ausgeschlossen werden. Daher hätte die Klägerin die Folie selbst - entweder in Form einer Sichtprüfung oder notfalls durch erneute Flutung des Daches - auf etwaige Schäden untersuchen und ggf. auch auf einen entsprechenden Zusatzauftrag seitens der Beklagten hinwirken müssen. 115

Schließlich deutet auch der Wortlaut von Ziff. 9.4. (10) der Flachdachrichtlinien (Anl. 8 zum Gutachten Burmann) darauf hin, dass eine bloße Überprüfung der Schutzmatte jedenfalls in "Problemfällen" nicht ausreicht, denn in den Flachdachrichtlinien ist von der sorgfältigen Prüfung der Abdichtung die Rede, und um eine solche handelt es sich bei den Schutzmatte gerade nicht. 116

cc) 117

Selbst wenn man jedoch - entgegen der Auffassung des Senates - grundsätzlich eine Sichtprüfung der Bautenschutzmatte für ausreichend halten wollte, vermag das die Klägerin nicht zu entlasten, denn es kann nicht festgestellt werden, dass die beiden Beschädigungen der Folie im Rahmen einer mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführten Sichtprüfung der Schutzmatte nicht erkannt werden konnten. 118

Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich über beiden Schadensstellen eine erkennbar beschädigte Bautenschutzmatte befunden hat. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Burmann soll im Bereich einer der Schadensstellen eine beschädigte Bautenschutzmatte vorgefunden worden sein, während die Matten im Bereich der zweiten Schadensstelle beim Eintreffen des Sachverständigen bereits abgeräumt waren. Zwar hat der Sachverständige B weder zur Frage, ob noch eine zweite beschädigte Matte vorgefunden wurde, noch zum Fundort der beschädigten Matte eigene Feststellungen getroffen (vgl. Berichterstattevermerk vom 9.9.1999), so dass diese Punkte nicht aufgeklärt werden konnten; damit konnte jedoch die Möglichkeit, dass die Beschädigungen der Folie schon aufgrund schadhafter Bautenschutzmatten erkennbar waren, auch nicht ausgeschlossen werden.	119
Die vorstehend erörterten Unklarheiten gehen zu Lasten der Klägerin, die aufgrund der von ihr übernommenen Haftung für die Dichtigkeit des Daches in entsprechender Anwendung von § 282 BGB die Beweislast dafür trägt, dass die Beschädigungen für sie auch im Rahmen einer sorgfältigen Überprüfung nicht erkennbar waren.	120
d)	121
Damit steht auch fest, dass die Klägerin ihren Dachaufbau infolge der unzureichenden Überprüfung auf einer undichten Dachhaut errichtet hat.	122
e)	123
Auf die Frage, ob die beiden Winkelhaken durch Mitarbeiter der Klägerin selbst verursacht worden sind oder ob dies ausgeschlossen werden kann, kommt es danach nicht an. Allerdings neigt der Senat auch in diesem Punkt dazu, die Klägerin wegen der umfassenden Übernahme der Gewähr für die Dichtigkeit des Daches als beweisbelastet anzusehen, und ob die Klägerin ggf. den dann notwendigen Entlastungsbeweis führen könnte, erscheint - ungeachtet des umfangreichen Sachvortrages sowie der Beweisantritte hierzu im Schriftsatz vom 14.2.2000 zweifelhaft.	124
3)	125
Die danach dem Grunde nach zu bejahende Haftung der Klägerin für die beiden Beschädigungen der Dachhaut wird durch ihr Schreiben vom 30.3.1996 nicht ausgeschlossen.	126
a)	127
Auch der Senat neigt zu der Auffassung, dass der Bedenkenhinweis vom 30.3.1996 verspätet erfolgt ist, weil die Klägerin bereits seit dem 21.3.1996 die Gewähr für die Dichtigkeit des Daches übernommen hatte und die Gefährdung der Dachfolie erst am 29.3.1996 im Rahmen einer zufälligen Baustellenbegehung bemerkte; angesichts der vertraglichen Vereinbarungen mußte die Klägerin die Baustelle vom 21.3.1996 an nach Auffassung des Senates gezielt überwachen, und es liegt nahe, dass sie die rege Handwerkertätigkeit auf dem Dach dann wesentlich eher bemerkt hätte.	128
b)	129
Auch hierauf kommt es letztlich aber nicht an, denn die haftungsbegründende Pflichtverletzung der Klägerin besteht nicht etwa darin, die Tätigkeit der anderen Handwerker nicht (rechtzeitig) unterbunden zu haben, sondern in einer unzureichenden Überprüfung des	130

Daches unmittelbar vor der Herstellung des weiteren Dachaufbaus und damit nach dem Abrücken der übrigen Handwerker. Ihrer Pflicht zur sorgfältigen Überprüfung des Daches konnte sich die Klägerin allein durch ihr Schreiben vom 30.3.1996 keinesfalls entledigen, und selbstverständlich war die Klägerin infolge der von ihr beschriebenen Umstände auch nicht etwa berechtigt, ihren Dachaufbau auf einer undichten Dachhaut zu errichten; vielmehr war wegen der Gefährdung der Folie eine besonders sorgfältige Prüfung angezeigt.

4) 131

Ein Verschulden der Klägerin ist - in entsprechender Anwendung von § 282 BGB - ohne weiteres zu bejahen; im übrigen war es für die Klägerin bzw. ihre Mitarbeiter, deren Verschulden sich die Klägerin gem. § 278 BGB zurechnen lassen muß, durchaus zu erkennen, dass die Sichtprüfung lediglich der Bautenschutzmatte nicht ausreichte.

5) 133

Zugunsten der Klägerin unterstellt der Senat ein den Beklagten zuzurechnendes hälftiges Mitverschulden - Planungsverschulden - wegen der unstreitig nicht erfolgten Unterteilung der Dachfläche in einzelne Segmente. Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es nicht, denn auch unter Zugrundelegung einer Haftungsquote von 50% übersteigt der aufrechenbare Gegenanspruch der Beklagten - wie noch auszuführen sein wird - die Klageforderung, und ein höherer Mitverschuldensanteil als 50% kommt unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht. Ein solcher wird auch von der Klägerin nicht geltend gemacht; die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts werden von ihr nicht angegriffen.

6) 135

Weitere Gesichtspunkte, aus denen sich ein gem. § 254 BGB haftungsmindernd zu berücksichtigendes schadensursächliches Mitverschulden der Beklagten herleiten ließe, liegen nicht vor.

a) 137

Zwar haben die Beklagten - soweit ersichtlich - trotz des Bedenkenhinweises der Klägerin vom 30.3.1996 keine Einstellung der diversen auf dem Flachdach durchgeführten Tätigkeiten veranlaßt und dadurch möglicherweise zur Entstehung der beiden Winkelhaken beigetragen.

Es lassen sich jedoch weder der Zeitpunkt des Schadenseintritts noch der (bzw. die) Schädiger ermitteln, so dass nicht festgestellt werden kann, dass die (unterstellte) Untätigkeit der Beklagten mitursächlich geworden ist. Die Beschädigungen können ohne weiteres vor dem 30.3.1996 entstanden sein, und sie lassen sich auch nicht - zumindest nicht mit hinreichender Sicherheit - den auf dem Dach tätigen Handwerkern zuordnen. Diese Ungewißheit geht zu Lasten der auch für die Schadensursächlichkeit eines etwaigen Mitverschuldens der Beklagten beweispflichtigen Klägerin.

b) 140

Auch der Umstand, dass die Beklagten im Anschluß an das Schreiben vom 30.3.1996 weder eine erneute Dichtigkeitsprüfung des Daches veranlaßt noch in sonstiger Weise auf die von der Klägerin durchzuführende Überprüfung Einfluß genommen haben, rechtfertigt nicht die Annahme eines haftungsmindernden Mitverschuldens. Die Überprüfung der Folie vor dem Aufbringen des weiteren Dachaufbaus war Aufgabe der Klägerin, die letztlich auch den

notwendigen Umfang der Prüfung eigenverantwortlich festlegen mußte. Wenn dabei im Vertrag nicht vorgesehene Zusatzleistungen erforderlich wurden, war es Sache der Klägerin, die Beklagten hierauf explizit hinzuweisen und auf eine entsprechende Beauftragung hinzuwirken; die "pauschale" Anmeldung von Bedenken, verbunden mit dem Hinweis, dass eine Gewährleistung für die Dichtigkeit der Dachfläche nicht aufrecht erhalten werden könne, genügte hierfür nicht. Ein etwaiges Mitverschulden der Beklagten wäre deshalb nach Auffassung des Senates so gering zu bewerten, dass es hinter der oben festgestellten schuldhaften Pflichtverletzung vollständig zurücktritt.

III. 142

Der infolge der Vertragsverletzung von der Klägerin zu ersetzende Schaden beläuft sich unter Berücksichtigung eines (unterstellten) hälftigen Mitverschuldens der Beklagten auf mindestens 138.663,95 DM, so dass die Klageforderung infolge der Aufrechnung der Beklagten erloschen ist. 143

1) 144

Ausgangspunkt der Schadensermittlung ist das im selbständigen Beweisverfahren erstattete Gutachten des Sachverständigen B vom 6.4.1998, dem der Senat im wesentlichen folgt. 145

a) 146

Der Sachverständige B hat die für die Schadensermittlung sowie die Gesamtsanierung des Flachdaches notwendigen Kosten mit 311.094,15 DM netto = 359.835,03 DM brutto angegeben (Gutachten S. 30 ff), wobei er das (fast) vollständige Freiräumen der Dachfläche und die komplette Neuerstellung des Gründaches zugrunde gelegt hat. 147

b) 148

Allerdings hält der Sachverständige W - dessen Darstellung sich die Klägerin zu eigen gemacht hat - den vom Sachverständige B ermittelten Aufwand zur Schadensermittlung und Sanierung für völlig übersetzt. Im Gutachten vom 9.11.2000 (vgl. dort S. 9 ff) hat er hierzu ausgeführt, bereits die Ermittlung der Leckagen sei auf einfachere und preisgünstigere Weise als durch das Freiräumen des Daches möglich gewesen, nämlich im Wege eines sogenannten Prüfgas- oder Rauchgasverfahrens. Die Kosten für die Schadenssuche seien bei dieser Methode mit lediglich ca. 7.200,00 DM netto zu veranschlagen, und anschließend sei eine lokale Reparatur der beiden Schadensstellen mit einem Kostenaufwand von rund 2.000,00 DM netto möglich gewesen. 149

Auch in Anlehnung an das Gutachten des Sachverständigen B, so hat der Sachverständige W weiter ausgeführt, seien die Sanierungskosten unter Berücksichtigung von Sowiesokosten mit lediglich rund 145.000,00 DM netto zu veranschlagen, denn die auf dem Dach befindlichen Materialien hätten durchaus in mehreren Arbeitsgängen abgeräumt, seitlich gelagert und später wieder eingebaut werden können, was erhebliche Einsparungen zur Folge gehabt hätte. 150

c) 151

Die insbesondere im Senatstermin vom 28.5.2001 umstrittene Frage, welche Art der Schadensermittlung und Sanierung des Daches objektiv richtig war und welche Kosten hierfür notwendig waren, kann jedoch offenbleiben, denn es kann jedenfalls nicht den Beklagten angelastet werden, dass sie dem Vorschlag des Sachverständigen B gefolgt sind. 152

aa)	153
Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Schädiger grundsätzlich das sogenannte Prognoserisiko trägt und deshalb etwa für erfolglose Reparaturversuche und nicht notwendige Aufwendungen haftet, sofern der Geschädigte die getroffenen Maßnahmen als aussichtsreich ansehen durfte (vgl. Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., § 249 Rn. 7 m. w. N.), was im Streitfall angesichts dessen, dass die durchgeführten Maßnahmen durch einen gerichtlich beauftragten Sachverständigen vorgeschlagen worden sind, durchaus bejaht werden kann.	154
bb)	155
Zudem haben sich die Parteien, wie der Geschäftsführer der Klägerin im Senatstermin vom 28.5.2001 erklärt hat, darauf geeinigt, die Schadensermittlung und Wiederherstellung des Daches dem Sachverständigen B zu übertragen, und demzufolge sind jedenfalls die ersten Maßnahmen zur Schadensermittlung im allseitigen Einvernehmen erfolgt. Dies gilt zunächst für die von der Klägerin selbst durchgeführte, mit Rechnung Nr. #####1 (Bl. 44) abgerechnete Freilegung einer Teilfläche des Daches und ferner für die Tätigkeit der Firmen S, die ausweislich der vorliegenden Rechnungen immerhin rund drei Viertel der Dachfläche (928 qm, vgl. Gutachten Burmann S. 32) freigelegt haben. Unter diesen Umständen kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die aufgrund der vorgenannten Absprache durchgeführten Maßnahmen tatsächlich gar nicht erforderlich gewesen seien, zumal die Klägerin als Fachunternehmen durchaus in der Lage gewesen sein sollte, etwaige Bedenken gegen die Schadensermittlung rechtzeitig anzumelden.	156
Mit dem (weitgehenden) Abräumen des Flachdaches durch die Firmen S war der weitere Sanierungsweg vorgegeben, denn die auf dem Dach befindlichen Materialien sind ausweislich der vorliegenden Rechnungen (vgl. Anlagen 10 ff zum Gutachten B) bis auf wenige Ausnahmen abgefahren worden, so dass eine Wiederverwertung bereits nicht mehr in Betracht kam, sondern ein fast vollständiger Neuaufbau des Gründaches notwendig wurde, wobei lediglich die auf der Restdachfläche befindlichen, von den Firmen S nicht abgeräumten Materialien einer Wiederverwertung zugeführt werden konnten, was der Sachverständige B berücksichtigt hat, indem er von einem Zuschlag für zwischenzeitlich eingetretene Preiserhöhungen abgesehen hat (vgl. Gutachten S. 29).	157
2)	158
Der den Beklagten infolge der beiden Winkelhaken entstandene Mindestschaden beläuft sich unter Zugrundelegung des Gutachtens des Sachverständigen B auf 277.327,90 DM, so dass sich unter Berücksichtigung des oben unterstellten hälftigen Mitverschuldens der Beklagten eine Gegenforderung von 138.663,95 DM ergibt. Der erstgenannte Betrag errechnet sich wie folgt:	159
a)	160
Zu berücksichtigen sind zunächst die infolge der Beauftragung der Firmen S entstandenen Kosten in Höhe von 103.419,05 DM netto für das Abräumen von rund drei Vierteln der Dachfläche; die Rechnungsbeträge sind unstreitig von den Beklagten bezahlt worden (vgl. hierzu die nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen B, S. 34 des Gutachtens). Der Umstand, dass es sich bei diesen im Rahmen der Schadensermittlung angefallenen Kosten letztlich (auch) um Kosten des Beweisverfahrens handelt, steht der Einbeziehung dieser Position in den Gesamtschaden und der Aufrechnung nicht im Wege.	161
	162

b)

Für das Freiräumen der Restdachfläche von 326 qm sowie die Zwischenlagerung des Materials hat der Sachverständige B unter Zugrundelegung eines Einheitspreises von 35,00 DM insgesamt 11.410,00 DM netto veranschlagt, die gleichfalls in die Schadensberechnung einzustellen sind; Einwendungen hiergegen sind weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, zumal ein Einheitspreis von 35,00 DM für diese Leistung auch vom Sachverständigen W zugrunde gelegt worden ist. 163

c)

164

Die Kosten für die unstreitig erfolgte Wiederherstellung des Gründaches sind vom Sachverständigen B mit 148.413,70 DM netto angegeben worden; auch insoweit hat der Senat keine durchgreifenden Bedenken gegen die Kostenermittlung, denn der Sachverständige hat den Preis aus dem Bauvertrag der Parteien übernommen. Wegen der auch nach dem Gutachten B teilweise wiederverwendbaren Materialien - hierbei handelt es sich vor allem um Gehölze und Bodendecker, vgl. Rechnung der Fa. D S vom 29.1.1998, sowie um das auf der Teilfläche von 326 qm befindliche Material - war zwar die Wiederherstellung des Gründaches naturgemäß mit geringerem Aufwand verbunden als die erstmalige Erstellung, doch dies wird nach den plausiblen - und nicht substantiiert angegriffenen - Feststellungen des Sachverständigen B ausgeglichen durch die zwischenzeitlich eingetretene Preissteigerung. Deshalb hat der Senat keinen Zweifel daran, dass die den Beklagten tatsächlich entstandenen Kosten für die Wiederherstellung des Gründaches bei mindestens 148.413,70 DM gelegen haben, zumal die bei Sanierungsarbeiten in dieser Größenordnung regelmäßig notwendigen Regiekosten in der Kostenermittlung des Sachverständigen B noch nicht einmal berücksichtigt worden sind. 165

d)

166

Zum Schaden der Beklagten zählen ferner die Kosten für das erstmalige Freilegen einer Teilfläche durch die Klägerin, die hierfür 14.085,15 DM netto in Rechnung gestellt hat; die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts sind von den Parteien nicht substantiiert angegriffen worden. 167

e)

168

Die vom Sachverständigen B ermittelten Kosten für das Aufbringen einer neuen, 15 mm starken Abdichtungsfolie, das Ausbilden einer Dehnungsfuge, die Herstellung eines Wandanschlusses, das Auslegen eines Schutzvlieses, das Abschotten der Dachfläche in einzelne Felder und die Herstellung eines Anschlusses an die Freitreppe sind bereits vom Landgericht als Sowiesokosten in Abzug gebracht worden; dies ist von den Parteien nicht angegriffen worden. 169

f)

170

Es kann dahinstehen, ob auch die Schadensposition "Mehrwertsteuer" in die Schadensberechnung einzustellen ist, was sich im Senatstermin vom 28.5.2001 nicht abschließend klären ließ; diese Frage läßt der Senat offen, weil es hierauf für die Entscheidung des Rechtsstreites nicht ankommt. Gleiches gilt für die Behauptung der Beklagten, tatsächlich seien ihnen Kosten in Höhe von 726.527,08 DM für die Dachsanierung entstanden, denn bereits der oben ermittelte Mindestschaden genügt, um die Klageforderung zu vernichten. 171

3)	172
Da die Beklagten sich die Ausführungen im angefochtenen Urteil zu eigen gemacht haben, ergibt sich die Reihenfolge der zur Aufrechnung gestellten Einzelpositionen aus der Darstellung auf Seite 17 (unten) des angefochtenen Urteils (Urteilsabschrift Bl. 122, 130). Danach sind von der Aufrechnung - mit einem jeweils erstrangigen Teilbetrag von 50% - in nachfolgender Reihenfolge erfaßt die Kosten für das Freiräumen der restlichen Dachfläche (Pos. 3.5.1 des Gutachtens B, 11.410,00 DM netto), die für die Bezahlung der Firmen S entstandenen Kosten (103.419,05 DM netto), die Kosten für die Erneuerung des Gründaches (148.413,70 DM netto) und - anteilig - die von der Klägerin in Rechnung gestellten Kosten für das erstmalige Freilegen einer Teilfläche des Daches (14.085,15 DM netto).	173
IV.	174
Die von den Sachverständigen ermittelten weiteren Fehler des Flachdaches stehen der Erstattungsfähigkeit der oben ermittelten Sanierungskosten nicht entgegen.	175
1)	176
Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen W hat die zu geringe Stärke der Dachfolie - 1,2 statt vorgeschriebener 1,5 mm - weder auf den Eintritt der beiden festgestellten Beschädigungen noch auf die Haltbarkeit oder "Lebenserwartung" der Folie Einfluß. So hat insbesondere der Sachverständige W in seiner ergänzenden Stellungnahme am 28.5.2001 dargelegt, dass die Abweichung der Folienstärke nicht so gravierend ist, dass man von einer wesentlichen Verkürzung der Lebensdauer des Daches sprechen könne. Die Folien sind mit dem gleichen Gewebequerschnitt ausgestattet; der wesentliche Unterschied zwischen ihnen besteht, wie der Sachverständige dargelegt hat, darin, dass die 1,5 mm starke Folie unterhalb der Gewebeeinlage aufgedickt ist, um einen erhöhten Schutz gegen das Eindringen auf rauhem bzw. unebenem Untergrund zu bieten. Ein solcher Schutz war im Streitfall indessen nicht erforderlich, weil der Untergrund aus federnden Dämmplatten bestand (Gutachten W S. 9).	177
Da die beiden Winkelhaken auch bei einer 1,5 mm starken Folie entstanden wären und sich die zu geringe Folienstärke ohne diese Beschädigungen nicht nachteilig ausgewirkt hätte, kommt eine Kürzung der Gegenforderung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung nicht in Frage.	178
2)	179
Soweit der Sachverständige W in seinem schriftlichen Gutachten einen Austausch der Folie wegen einer fehlenden Schutzlage (Trennlage aus Glasvlies) für notwendig gehalten hat, hat er seine Einschätzung inzwischen korrigiert; nach Überprüfung der Rechnung der Fa. N, Rücksprache mit dem Sachverständigen B und erneuter Auswertung der Lichtbilder hat der Sachverständige W erklärt, das Glasvlies sei zweifelsfrei eingebaut worden. Zwar hat es ausweislich der Rechnung lediglich eine Stärke von 120 g/qm, während nach der DIN 300 g/qm vorgesehen sind, doch nach den Herstellerangaben reichen 120 g/qm aus.	180
Auch dieser - geringe - Mangel hätte sich mithin ohne die beiden Winkelhaken nicht ausgewirkt, so dass auch insoweit kein Abzug unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung angebracht ist.	181
3)	182

Auch die weiteren im Rahmen der Schadensermittlung festgestellten Mängel des Flachdaches rechtfertigen keine Reduzierung des Gegenanspruches der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung.	183
a)	184
Der Sachverständige B hat am 9.9.1996 eine 20 mm lange Fehlstelle im Nahtbereich der Kunststoffolie ermittelt, die jedoch aufgrund ihrer geringen Ausmaße auf keinen Fall Ursache der massiven Wassereinträge sein konnte. Dass den Beklagten in Bezug auf diesen geringen Mangel durch die Gesamtsanierung des Daches ein auszugleichender Vorteil zugeflossen ist, läßt sich nicht feststellen und wird auch von der Klägerin nicht geltend gemacht; die Entscheidung des Landgerichts, das diesen Punkt nicht zugunsten der Klägerin berücksichtigt hat, wird von ihr nicht angegriffen (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO).	185
b)	186
Gleiches gilt für den Übergang der Flachdachabdichtung zur Stahlbetontreppe, der bei der Besichtigung durch den Sachverständigen B planerisch noch nicht "gelöst" war. Hierzu soll der beim Ortstermin anwesende Vertreter der Fa. N gegenüber dem Sachverständigen erklärt haben, die Stelle sei noch nicht fertig, weil man auf Anweisungen warte; dies spricht dafür, dass dieser Bereich der Abdichtung ohnehin noch fertiggestellt worden wäre, so dass den Beklagten infolge der Gesamtsanierung des Daches kein auszugleichender Vorteil entstanden ist. Im übrigen hat die Klägerin auch diesen vom Landgericht nicht zu ihren Gunsten berücksichtigten Punkt in der Berufungsinstanz nicht aufgegriffen.	187
4)	188
Soweit die Klägerin vermutet, dass seitens der Beklagten die Werklohnforderung der Fa. N teilweise einbehalten worden sei, ist ihr Vortrag nicht ausreichend substantiiert; es handelt sich um eine bloße ins Blaue hinein aufgestellte Spekulation. Im übrigen ist nicht ersichtlich, wie sich ein derartiger Einbehalt im Verhältnis zur Klägerin schadensmindernd auswirken könnte. Der Rechtsgrund eines berechtigten Einbehalts läge ausschließlich in den rechtlichen Beziehungen zwischen der Fa. N und den Beklagten, und im Falle eines unberechtigten Einbehalts hätte der Werklohnanspruch der Fa. N weiterhin Bestand. Von der weiteren Entwicklung dieser Forderung würde die Klägerin nicht berührt, so dass den Beklagten selbst dann, wenn die Fa. N - bzw. deren Konkursverwalter - von einer Einziehung einer etwaigen Restwerklohnforderung absehen sollte, kein im Verhältnis zur Klägerin auszugleichender Vorteil entsteht.	189
C.	190
Nach alledem war die Berufung der Klägerin mit der sich aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen; die weiteren Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 und 108 ZPO.	191