
Datum: 14.03.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 115/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0314.21U115.05.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 438/03

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 28.04.2005 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt. Die Nebenintervenienten tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

- | | |
|---|---|
| I. | 2 |
| Die Kläger nehmen die Beklagte auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung und Schadensersatz wegen merkantilen Minderwerts in Anspruch. | 3 |
| Die Beklagte errichtete im Auftrag der Kläger auf der Grundlage zweier Bauträgerverträge vom 3.7.1997 die Einfamilienhäuser (Doppelhaushälften) D-Str. und D in C. Erwerber des | 4 |

Objekts Nr. 38 sind die Kläger zu 1) und 2), Erwerber des Objekts Nr. 36 die Kläger zu 3) und 4). Der Streithelfer zu 1) war als Bodengutachter mit dem Bauvorhaben befasst, der Streithelfer zu 2) als Architekt und der Streithelfer zu 3) als Statiker. Im Bodengutachten war empfohlen worden, die Häuser mit einer "weißen Wanne" bzw. mit einer Flächen oder Ringdrainage zur Absenkung kurzfristig auftretender Grundwasserspitzen auszuführen. Ausgeführt wurden jedoch weder "weiße Wannen" noch Drainagen, sondern, wie in der Baubeschreibung vorgesehen, Kellersaußenwände aus Kalksandsteinmauerwerk mit außen liegender Abdichtung gegen Erdfeuchtigkeit und Bodenplatten aus Beton, hinsichtlich derer streitig ist, ob sie die Anforderungen an WU-Beton erfüllen.

Im Oktober 1998 – wenige Monate nachdem die Kläger ihre Häuser bezogen hatten – drang in die Keller Wasser ein. Die Beklagte verlegte daraufhin eine Ringdrainage, die zunächst provisorisch mittels Tauchpumpe in die Kanalisation entwässerte. Im Jahre 2000 installierte sie Pumpen mit einer Schwimmersteuerung, die das Wasser, das in zwei - mit jeweils zwei Pumpen ausgestatteten - Schächten gesammelt wird, über eine Druckleitung in ein Dreikammer-Versickerungssystem auf einem in etwa 50 bzw. 65 m Entfernung gelegenen Grundstück der Beklagten verbringen. Darüber hinaus installierte sie auf einem weiteren Grundstück, das ebenfalls ihr gehört, ein Rigolensystem zur Versickerung des auf den klägerischen Grundstücken anfallenden Oberflächenwassers und dichtete die Kellersaußenwände mit einer Dickbeschichtung ab. Da es gleichwohl an den Fußpunkten der Kellerwände stellenweise zu Durchfeuchtungen der Kalksandsteine kam und auch an der Kellersohle feuchte Stellen auftraten, verpresste die Beklagte im Jahre 2001 die Bereiche zwischen der Kellersohle und dem aufgehenden Kalksandsteinmauerwerk sowie die Gebäudetrennfuge mit einem Polyurithan-Harz, verkieselte die Bodenplatte und brachte zusätzlich mineralische Dichtschlämme auf die Bodenplatte auf, die sie an den Wänden hoch führte und an die vorhandenen Horizontalsperren anschloss.

5

Noch während der Sanierungsmaßnahmen strengten die Kläger ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagte an (9 OH 6/00 LG Essen). Der vom Gericht bestellte Sachverständige Dipl.-Ing. G gelangte zu dem Ergebnis, die Sanierungsmaßnahmen seien unzureichend.

6

Die Kläger haben unter Bezugnahme auf die Gutachten des Sachverständigen G und ein Privatgutachten des Dipl.-Geol. N behauptet, die Sanierungsmaßnahmen der Beklagten seien unzureichend; aus technischer Sicht sei vielmehr die Ausführung "weißer Wannen" nötig. Die Häuser würden dauerhaft durch drückendes Wasser beansprucht. Zudem müsse – unstreitig - nach starken, anhaltenden Niederschlägen mit einem Anstieg des Grundwassers um bis zu 1,5 m gerechnet werden. Die Bodenplatten genügten bei einer – unstreitigen – Stärke von 14 cm und mangels einer rissebeschränkenden Bewehrung nicht den Anforderungen an WU-Beton. Sie könnten deshalb weder dem Wasser widerstehen noch seien sie bei einem Anstieg des Grundwassers für den anfallenden Wasserdruck bemessen. Die von der Beklagten aufgebrachte Innenabdichtung sei lediglich geeignet, partielle Undichtigkeiten - und dies in der Regel auch nur bei Stahlbetonteilen – zu beseitigen. Die Drainagelösung sei unzureichend konzipiert, da zum einen für derart großflächige Entwässerungen Flächendrainagen unter den Bodenplatten erforderlich seien und zum anderen das abgeleitete Wasser aus dem Versickerungssystem wieder auf ihre Grundstücke zurückfließe. Auch davon abgesehen sei die Drainage mangelhaft ausgeführt. Unter anderem seien die Drainagerohre nicht filterstabil eingebettet. Schließlich sei die gewählte Abdichtungs konstruktion mit weiteren Nachteilen – Wartungs und Reparaturaufwand, privat und öffentlichrechtlich ungesicherte Versickerung auf einem fremden Grundstück – behaftet, zumal es – teilweise unstreitig - auch bereits zu diversen Zwischenfällen (Fehlalarme,

7

Pumpenausfall) gekommen sei.

Die Kläger haben die voraussichtlichen Kosten für die nachträgliche Ausführung "weißer Wannen", die der Höhe nach unstreitig sind, auf der Grundlage der Schätzung des Sachverständigen mit 142.509,13 € (D) und 159.223,84 € (D-Str.) veranschlagt. Daneben haben sie geltend gemacht, es bleibe auch nach dem Einbau "weißer Wannen" wegen des damit – unstreitig - einhergehenden Verlusts an Raumfläche und lichter Höhe sowie wegen der "Vorgeschichte" der Häuser, die bei einem Verkauf offenbart werden müsse, ein merkantiler Minderwert. Der Minderwert wegen des ersten Gesichtspunkts, der sich unstreitig noch nicht beziffern lässt, ist Gegenstand der Feststellungsklagen. Den Minderwert wegen des zweiten Gesichtspunkts, der der Höhe nach wiederum unstreitig ist, haben die Kläger mit 5% der Kaufpreise – D: 15.512,60 €, D-Str.: 16.492,60 € – angegeben. Unter Abzug unstreitiger Kaufpreiseinbehalte – Kläger zu 1) und 2): 10.858,82 €, Kläger zu 3) und 4): 11.544,83 € - haben sich die Kläger zu 1) und 2) einen Zahlungsanspruch von 147.162,91 € und die Kläger zu 3) und 4) einen Zahlungsanspruch von 164.171,61 € errechnet.

8

Die Beklagte hat demgegenüber unter Hinweis auf Privatgutachten des Prof. Dr.-Ing. H geltend gemacht, die durchgeführten Abdichtungsmaßnahmen seien fachgerecht. Der Lastfall drückendes Wasser liege nicht vor; lediglich Starkregenereignisse führten zu einem Anstieg des Grundwasserspiegels bis in den Bereich der Sohlplatte. Selbst bei Wasser, das von außen auf die Abdichtung einen hydrostatischen Druck ausübe, könne eine nachhaltige Wasserdichtigkeit der Bauteile nicht nur durch eine "weiße Wanne", sondern auch durch die von ihr aufgetragene kunststoffmodifizierte Bitumendickbeschichtung erreicht werden. Diese Art der Abdichtung sei ein gängiges und allgemein anerkanntes Verfahren. Das auf die Bodenplatte aufgetragene Abdichtungssystem sei nach dem allgemeinen bauaufsichtlichen Prüfzeugnis zur Abdichtung von Bauwerken und Bauteilen bei den Lastfällen Bodenfeuchtigkeit, nicht drückendes Wasser und drückendes Wasser verwendbar. Im Ergebnis seien die Keller aufgrund der durchgeführten Sanierungsmaßnahmen von einer durchgehenden Abdichtungsebene umschlossen und selbst gegen den Lastfall drückendes Wasser abgedichtet. Dies stehe einer Abdichtung mittels "weißer Wannen" gleich. Die Bodenplatten seien aus WU-Beton erstellt worden. Ein Nachweis erübrige sich jedoch, da sie zumindest aufgrund der nachträglichen inneren Flächenabdichtung in jedem Fall einem WU-Beton entsprächen. Auch die Tragfähigkeit der Sohlplatten sei ausreichend, da sie bis zu einem maximalen Wasserstand von 80 cm – gemessen ab Unterkante Sohlplatte – gewährleistet sei. Die eingebaute Drainage habe lediglich die Funktion, möglicherweise auftretende Grundwasserspitzen abzuführen; sie sei daher nur als eine zusätzliche Sicherheitseinrichtung einzustufen. Dass das abgeleitete Wasser aus dem Versickerungssystem auf die Grundstücke der Kläger zurückfließe, sei wegen der Entfernung und der Bodenbeschaffenheit – sandig-kiesiger Boden, der Wasser auch in tiefere Schichten gut aufnehmen - ausgeschlossen. Das Versickerungssystem sei auch öffentlichrechtlich zulässig. Zu einer privatrechtlichen Absicherung durch eine Grunddienstbarkeit sei sie bereit. Schließlich hat die Beklagte unter Hinweis auf ein Schreiben der Kläger vom 9.2.2001 und ein Schreiben des Sachverständigen vom 16.11.2000 eingewandt, sowohl die Kläger als auch der Sachverständige hätten sich mit den Sanierungsmaßnahmen anfangs einverstanden erklärt.

9

Das Landgericht hat der Klage nach ergänzender Anhörung des Sachverständigen G stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Abdichtung der Keller sei auch nach den von der Beklagten durchgeführten Sanierungsmaßnahmen mangelhaft. Die Häuser würden nach den Feststellungen des Sachverständigen dauerhaft durch drückendes Wasser beansprucht. Darüber hinaus habe der Sachverständige das Auftreten drückenden Wassers

10

in der Zukunft nicht ausschließen können. Gegen drückendes Wasser böten die von der Beklagten durchgeführten Abdichtungsmaßnahmen nach Einschätzung des Sachverständigen keinen zureichenden Schutz. Erforderlich sei vielmehr der Einbau einer "weißen Wanne". Die Abdichtung der Kellerräume sei lediglich für zeitweise aufstauendes Sickerwasser, nicht aber für drückendes Wasser ausgelegt. Eine Ableitung heranretenden Wassers werde durch die Pumpenanlage und das Versickerungssystem nicht gewährleistet, da Änderungen des Grundwasserspiegels nicht auszuschließen seien. Dem könne nicht etwa durch den Einbau weiterer Pumpen und eines Notstromaggregates begegnet werden. Zum einen sehe der Sachverständige keine Möglichkeit, das anfallende Wasser auf die Nachbargrundstücke zu verteilen. Zum anderen könne eine solche Ausführung des Drainsystems wegen des damit verbundenen Wartungs und Kontrollaufwands hinsichtlich der Pumpen einer "weißen Wanne" nicht gleichgesetzt werden. Die Beklagte sei auch nicht etwa berechtigt, den nachträglichen Einbau einer "weißen Wanne" zu verweigern. Der damit verbundene Aufwand sei angesichts des Interesses der Kläger an einem zuverlässigen Schutz vor Feuchtigkeitsschäden nicht unverhältnismäßig. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, ihre Sanierungsmaßnahmen seien in Abstimmung mit dem Sachverständigen oder mit Billigung der Kläger erfolgt. Der Sachverständige sei nicht befugt gewesen, für die Kläger zu handeln, und die Kläger hätten die Sanierungsmaßnahmen in ihrem Schreiben vom 9.2.2001 nicht gebilligt, sondern lediglich auf mögliche Probleme bei Ausführung der Dränage hingewiesen.

Mit der Berufung wendet sich die Beklagte gegen die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts. Sie macht geltend, das Gutachten des Sachverständigen sei falsch und überdies vom Landgericht unzutreffend gewürdigt worden. Die beiden Häuser würden nicht etwa durch drückendes Wasser beansprucht, vielmehr komme es nur zu zeitweise rückstauendem Sickerwasser. Der Sachverständige habe hierzu auch keine tragfähigen Feststellungen getroffen, sondern bloß Mutmaßungen angestellt. Insbesondere habe er die Baugrund und Grundwasserverhältnisse nicht untersucht. Darüber hinaus seien die Einwände des Sachverständigen gegen das ausgeführte Drainsystem nicht stichhaltig. Der Einsatz von Drainagepumpen sei üblich, sicher und wartungsfrei; er könne deshalb keinesfalls als minderwertige Lösung angesehen werden. Schließlich könne die vorhandene Abdichtungskonstruktion durch den Einbau weiterer Pumpen und eines Notstromaggregates – wozu sie bereit sei - so ausgeführt werden, dass selbst nach Einschätzung des Sachverständigen eine Beanspruchung durch drückendes Wasser ausgeschlossen werde. Dies habe das Landgericht verkannt.

11

Die Beklagte und die Streithelfer beantragen,

12

die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Essen vom 28.4.2005 abzuweisen.

13

Die Kläger beantragen,

14

die Berufung zurückzuweisen.

15

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

16

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils und auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

17

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung mündlicher Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. T und Dipl.-Ing. X. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den

18

II.	19
Die Berufung ist unbegründet.	20
Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte an die Kläger zu 1) und 2) 147.162,91 € und an die Kläger zu 3) und 4) 164.171,61 € als Mitgläubiger zahlen muss, und darüber hinaus verpflichtet ist, ihnen die aus der mangelhaften Feuchtigkeitsabdichtung der Keller ihrer Doppelhaushälften verbleibenden, noch nicht zu beziffernden Schäden zu ersetzen.	21
Das Schuldverhältnis ist nach dem BGB in der bis zum 1.1.2002 geltenden Fassung zu beurteilen (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). Der geltend gemachte Kostenvorschuss richtet sich deshalb nach § 633 Abs. 3 BGB a. F. und der daneben geltend gemachte Ausgleich des merkantilen Minderwerts nach § 635 BGB a. F. Die Voraussetzungen der Vorschriften sind erfüllt. Die von der Beklagten erstellten Kellerabdichtungen sind mangelhaft (1.). Der Mängelbeseitigungsanspruch ist weder unter dem Gesichtspunkt eines Einverständnisses mit den Sanierungsmaßnahmen noch unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen (2.). Die Beklagte ist mit der Beseitigung des Mangels im Verzug; einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf es hinsichtlich des Ausgleichs des verbleibenden merkantilen Minderwerts nicht (3.). Die Beklagte hat den Mangel zu vertreten (4.). Schließlich ist auch die Höhe der Ansprüche richtig berechnet (5.).	22
1. Die von der Beklagten erstellten Abdichtungen der Keller der Doppelhaushälften D-Str. und 38 in C sind mangelhaft (§ 633 Abs. 1 BGB a. F.). Die Beklagte schuldet eine Abdichtung der Keller gegen von außen drückendes Wasser. Dieser Anforderung werden die Sanierungsmaßnahmen der Beklagten nicht gerecht.	23
a) Die Beklagte schuldet eine Abdichtung der Keller gegen von außen drückendes Wasser im Sinne der DIN 18195 Teil 6.	24
Dass die Baubeschreibung, die den Bauträgerverträgen vom 3.7.1997 zugrunde lag, lediglich "außen Schutz gegen Erdfeuchtigkeit" vorsieht, spielt keine Rolle. Der Unternehmer ist verpflichtet, sein Werk zweckgerecht zu erbringen; ein Mangel liegt deshalb auch vor, wenn eine bestimmte Ausführung der Werkleistung vereinbart ist, sich jedoch als für die beabsichtigte Verwendung untauglich erweist (BGH, BauR 2003, 236/238). So verhält es sich hier. Denn die Häuser der Kläger werden nicht nur durch Erdfeuchtigkeit, sondern dauerhaft durch von außen drückendes Wasser beansprucht.	25
Das steht insbesondere aufgrund des mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. T zur Überzeugung des Senats fest. Der Sachverständige hat zur Untersuchung der Grundwasserverhältnisse auf den Grundstücken der Kläger Peilrohre niedergebracht und die an mehreren Stichtagen darin gemessenen Grundwasserstände mit den Ergebnissen der beiden nächstgelegenen Grundwassermessstellen der Stadt C verglichen, um zu bestimmen, wie sich die Grundwasserstände auf den Grundstücken der Kläger zu denjenigen in den Messstellen verhalten. Aus den dabei gewonnenen Ergebnissen einerseits und den Ergebnissen der Grundwasserbeobachtungen, die bis 1989 zurückreichen, andererseits hat er abgeleitet, dass es regelmäßig zu einer Grundwasserbelastung oberhalb der Gründungssohle kommt (Grundwasserstand von 1989 bis heute danach: ein Mal ca. 70 cm über der Sohle, drei bis vier Mal weniger als 70 cm über der Sohlplatte, sechs bis acht Mal Sohlplatte erreicht). Dies deckt sich mit den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing.	26

G, der den Grundwasserstand am 6.4.2001 aufgrund des Wasserstands in den Pumpenschächten mit 6 cm unter der Sauberkeitsschicht der Bodenplatte bzw. 10 cm unterhalb der Bodenplatte ermittelt hat und der ebenfalls von einer dauerhaften Belastung durch von außen drückendes Wasser ausgeht. In dieselbe Richtung weisen schließlich auch das Privatgutachten des Dipl.-Geolog. N vom 28.4.1999, der zur Vermeidung eines Einstaus der Fundamente in den Herbst-/Wintermonaten einen Dauerbetrieb der Pumpenanlage für notwendig hält, und das Bodengutachten des Streithelfers zu 1) vom 3.5.1996, nach dem die Objekte überwiegend im Einwirkungsbereich des Grundwassers liegen.

b) Den Anforderungen, die an eine Abdichtung gegen von außen drückendes Wasser zu stellen sind, werden die Sanierungsmaßnahmen der Beklagten nicht gerecht. Aufgrund der Ausführungen der Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Dipl.-Ing. G steht zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich bei der von der Beklagten im Zuge der Sanierungsmaßnahmen ausgeführten Konstruktion um eine bloße Behelfsmaßnahme handelt, die gegenüber den üblichen Ausführungen technische Nachteile aufweist und zudem in der Unterhaltung teuer ist.

27

Nach den Ausführungen der beiden Sachverständigen hätte die Lage der Keller in unmittelbarer Nähe des Grundwasserspiegels nach den Regeln der Technik entweder eine wannenartige Herstellung der betroffenen Bauteile aus WU-Beton ("weiße Wanne") oder eine wasserdruckhaltende Dichtung z. B. auf Bitumenbasis ("schwarze Wanne") erfordert. Danach widerspricht die von der Beklagten ausgeführte Konstruktion dem Vertragssoll bereits deshalb, weil sie nicht der Abdichtung entspricht, die ein Bauherr im Allgemeinen erwarten darf (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl. 2005, Rdnr. 1454). Vor allem der Sachverständige Dipl.-Ing. X hat darauf verwiesen, dass es sich bei den Sanierungsmaßnahmen der Beklagten um eine Konstruktion handelt, die sich mit einer Abdichtung durch eine "weiße Wanne" oder eine "schwarze Wanne" selbst dann nicht vergleichen ließe, wenn die Sohle den Anforderungen an WU-Beton entsprechen, die Dickbeschichtung fehlerfrei ausgeführt worden sein sollte und die Pumpen sicher funktionieren sollten.

28

Die jetzige Konstruktion ist einer "weißen Wanne" oder einer "schwarzen Wanne" auch nicht etwa gleichwertig. Sie ist mit den Sachverständigen vielmehr als bloße Behelfsmaßnahme einzustufen, die gegenüber den üblichen Ausführungen technische Nachteile aufweist und zudem Unterhaltungskosten - insbesondere durch die notwendige regelmäßige Wartung und Erneuerung der Pumpen - verursacht. So kann die jetzige Konstruktion einen Schutz gegen von außen drückendes Wasser nach den Ausführungen der Sachverständigen überhaupt nur bieten, solange das herantretende Wasser durch die Pumpenanlage in das auf dem benachbarten Grundstück der Beklagten gelegene Dreikammer-Versickerungssystem abgeleitet wird. Das ist jedoch vor allem nach Einschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. G nicht dauerhaft gewährleistet. Insbesondere lässt sich, wie bereits die von der Beklagten eingeräumten Zwischenfälle – Defekte einer Pumpe, eines Schwimmerschalters und der zur Überwachung der Pumpenanlage installierten Alarmanlage - zeigen, gerade nicht ausschließen, dass die Pumpenanlage versagt. Darüber hinaus besteht nach den Darlegungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. G selbst im Pumpenbetrieb die Gefahr, dass es bei einem – nicht auszuschließenden – Anstieg des Grundwasserspiegels durch Niederschläge oder Baumaßnahmen zu Schäden kommt. Dieses Risiko, das bei einer "weißen Wanne" oder einer "schwarzen Wanne" nicht bestünde, müssen die Kläger nicht hinnehmen. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob die Gefahr eines Versagens der Pumpenanlage durch den von der Beklagten angebotenen Einbau weiterer Pumpen und eines Notstromaggregates ausgeräumt werden kann. Schließlich bildet nach den

29

Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. X der Mauerwerksquerschnitt einen weiteren besonderen Schwachpunkt innerhalb der jetzigen Konstruktion, weil die Horizontalsperren, an die die Beklagte die Beschichtung mit mineralischen Dichtschlämmen angeschlossen hat, für die hier in Rede stehende Wasserbelastung nicht ausreichen.

Eine Sanierung innerhalb der jetzigen Konstruktion verspricht nach Einschätzung der Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Dipl.-Ing. G keinen Erfolg. Beide Sachverständige halten vielmehr den Einbau einer "Weißen Wanne" von innen für erforderlich. 30

2. Der Mängelbeseitigungsanspruch der Kläger (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB a. F.) ist weder unter dem Gesichtspunkt eines Einverständnisses mit den Sanierungsmaßnahmen noch unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit (§ 633 Abs. 2 S. 3 BGB a. F.) ausgeschlossen. 31

a) Die Kläger müssen die mangelhafte Konstruktion nicht etwa deshalb hinnehmen, weil sie sich noch mit Schreiben vom 9.2.2001 dafür ausgesprochen haben, dass die Sanierungsmaßnahmen "unbedingt fortgesetzt" werden sollten. Denn die Kläger haben damit nicht erklärt, ihr Nachbesserungsverlangen beschränke sich auf die von der Beklagten ins Werk gesetzten und geplanten weiteren Maßnahmen, auch wenn diese nicht zur vertragsgemäßen Erfüllung führen. Das Einverständnis des Auftraggebers mit einer bestimmten Art der Nachbesserung umfasst in der Regel nicht den Verzicht auf bestehende Gewährleistungsansprüche (BGH, BauR 2002, 472). Dergleichen kann auch dem Schreiben vom 9.2.2001 nicht entnommen werden. Die Auslegung der Beklagten, die Kläger hätten damit ihre Sanierungsmethode gebilligt, führt dazu, dass die Kläger auf ihren Anspruch auf Mängelbeseitigung verzichtet hätten, auch wenn eine Mängelbeseitigung, wie es tatsächlich der Fall ist, nur durch den Einbau "weißer Wannen" möglich war. Gegen dieses Verständnis spricht schon, dass die Beklagte keinen Grund dafür dargelegt hat, warum die Kläger eine so weit reichende Erklärung hätten abgeben sollen. Auch nach dem Wortlaut des Schreibens, in dem die Sanierungsmaßnahmen bezeichnenderweise "Versuche" genannt werden, spricht alles dafür, dass das Einverständnis der Kläger unter der Bedingung stand, dass die Sanierungsmaßnahmen zum vertragsgemäßen Erfolg führen. Ob dem Schreiben des Sachverständigen Dipl.-Ing. G vom 16.11.2000 und seinem sonstigen Verhalten im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens eine weitergehende Billigung entnommen werden kann, bedarf keiner Entscheidung. Denn es ist nicht ersichtlich, dass der Sachverständige zu derartigen Erklärungen bevollmächtigt gewesen wäre (§ 164 Abs. 1 BGB). 32

b) Die Beklagte ist auch nicht berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern. Denn die Mängelbeseitigung erfordert keinen unverhältnismäßigen Aufwand (§ 633 Abs. 2 S. 3 BGB a. F.). Zwar bedeutet die nachträgliche Ausführung "weißer Wannen", für die nach dem unwidersprochenen Vortrag der Kläger voraussichtlich 142.509,13 € (Haus D3. 38) bzw. 159.223,84 € (Haus D-Str.) aufzuwenden sind, einen erheblichen Kostenaufwand. Allerdings steht dem Aufwand das Interesse der Kläger an dauerhaft dichten Kellern gegenüber. Ein solches objektiv berechtigtes und nicht nur geringes Interesse an der vertragsgemäßen Erfüllung steht dem Einwand der Unverhältnismäßigkeit auch dann entgegen, wenn die Nachbesserung hohe Kosten verursacht (vgl. BGH, BauR 2002, 613/616). 33

3. Die Beklagte ist mit der Beseitigung des Mangels im Verzug (§ 633 Abs. 3 BGB a. F.), da sie die Notwendigkeit "weißer Wannen" und damit ihre Einstandspflicht schlechthin bestreitet. Aus diesem Grund bedarf es auch hinsichtlich des Ausgleichs des verbleibenden merkantilen Minderwerts keiner Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§§ 634 Abs. 2, 635 BGB a. F.). 34

4. Die Beklagte hat den Mangel zu vertreten (§ 635 BGB a. F.). Denn sie hat nichts vorgetragen, aus dem sich ergeben könnte, dass sie trotz des Verstoßes gegen die Regeln 35

der Technik kein Verschulden trifft.

5. Schließlich ist auch die Höhe der Ansprüche richtig berechnet. Die Kläger haben die voraussichtlichen Kosten für die nachträgliche Ausführung "weißer Wannen" auf der Grundlage der Kostenschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. G unwidersprochen mit 142.509,13 € (Haus D3. 38) bzw. 159.223,84 € (Haus D-Str.) beziffert. Den auch nach Mängelbeseitigung verbleibenden merkantilen Minderwert wegen der "Vorgeschichte" der Häuser, die bei einem Verkauf nach § 242 BGB offenbart werden muss, haben sie wiederum unwidersprochen mit 5% der Kaufpreise – D: 15.512,60 €, D-Str.: 16.492,60 € – angegeben. Unter Abzug der unstreitigen Kaufpreiseinbehalte errechnet sich daher im Fall der Kläger zu 1) und 2) ein Zahlungsanspruch von 147.162,91 € und im Fall der Kläger zu 3) und 4) ein Zahlungsanspruch von 164.171,61 €. Darüber hinaus wird wegen des mit dem Einbau "weißer Wannen" einhergehenden Verlusts an Raumfläche und lichter Höhe ein merkantiler Minderwert bleiben, der sich unstreitig erst nach Mängelbeseitigung beziffern lassen wird und deshalb zulässigerweise Gegenstand des Feststellungsausspruchs ist (vgl. § 256 Abs. 1 ZPO).

36

Der zuerkannte Zinsanspruch beruht auf §§ 288 Abs. 1 S. 1, 291 BGB.

37

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO).

38