
Datum: 24.02.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 45/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0224.26U45.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 416/99

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Kläger wird das am 15.03.2004 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 32.252,71 € nebst 4% Zinsen seit dem 30.04.1999 aus 27.586,12 € seit dem 30.04.1999, aus 327,27 € seit dem 08.05.2000 und aus 4.339,32 € seit dem 01.03.2001 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) tragen die Kläger.

Im übrigen werden die Kosten beider Rechtszüge wie folgt verteilt:

Von den Kosten in erster Instanz tragen an außergerichtlichen Kosten der Kläger und an Gerichtskosten die Kläger zu 72% und die Beklagte zu 1) zu 28%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) in erster Instanz tragen diese zu 41% und die Kläger zu 59%.

Von den Kosten in zweiter Instanz tragen an außergerichtlichen Kosten der Kläger und an Gerichtskosten die Kläger zu 53% und

die Beklagte zu 1) zu 47%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) in zweiter Instanz tragen diese zu 90% und die Kläger zu 10%.

Im übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Kläger, Eheleute, schlossen mit der Beklagten zu 1) als Generalunternehmerin am 13.11.1997 einen Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung einer Doppelhaushälfte auf ihrem Grundstück zu einem Pauschalpreis von 300.730,00 DM. Der Beklagte zu 2) ist der Ehemann der Geschäftsführerin der Beklagten zu 1), der als Architekt die Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens leitete und die planerischen Leistungen für die Beklagte zu 1) erbrachte.

Dem Vertragsschluss war ein Angebot der Beklagten zu 1) vom 13.10.1997 vorausgegangen. Ausweislich des Angebots, wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichte Ablichtung Bl. 102 d.A. Bezug genommen, sollte das Haus eine Drenpelhöhe von "0,87 m (innen ca. 1,15 m)" aufweisen. In dem Vertrag wurde in Abweichung hiervon vereinbart, dass die Drenpelhöhe 1 m betragen sollte. Ausweislich der Vertragsurkunde waren Grundlage des Vertrages "in der aufgeführten Reihenfolge" der Bauvertrag, das Angebot der Beklagten zu 1) und eine beigelegte Bau- und Leistungsbeschreibung. Weiterhin wurde vereinbart, dass die VOB/B "mit individuellen Änderungen" gelten sollte. In der Textfassung der VOB/B, die dem Vertrag beigelegt war, waren zahlreiche Regelungen der VOB/B, u.a. diejenigen des § 13 Nr. 6 und 7 VOB/B, durchgestrichen.

Nach § 6 des Vertrages hatten die Kläger vor Beginn der Bauarbeiten eine "unwiderrufliche Zahlungszusage einer Bank in Höhe der Vertragssumme zu erbringen". Es wurde ein Abschlagszahlungsplan vereinbart; die Zahlungen sollten erfolgen, wenn mehr als 2/3 des entsprechenden Teilgewerkes fertiggestellt sein würden.

Unter § 9 des Vertrages waren die Rechtsfolgen bei verschiedenen Kündigungstatbeständen aufgeführt. Unter anderem wurde dort vereinbart, dass die Beklagte zu 1) Anspruch auf Zahlung einer pauschalierten Entschädigung von 15 v. H. des Wertes der nicht ausgeführten Restleistung haben sollte, wenn sie den Vertrag "nach § 9 VOB/B" kündigte. Weiterhin heißt es dort: "In allen Fällen ist die erbrachte Leistung nach dem Vertragspreis anteilig abzurechnen; der Nachweis eines geringeren Schadens ist zulässig".

- In der Bau- und Leistungsbeschreibung war geregelt, dass "Vermessungsarbeiten (Abstecken, Höhenangaben, Gebäudeeinmessungen und Anfertigung eines Lageplans)" durch einen von der Beklagten zu 1) zu beauftragenden öffentlich bestellten Vermessungsingenieur im Namen und auf Rechnung der Kläger durchgeführt werden sollten. Nach Punkt 41 der Bau- und Leistungsbeschreibung war die Garage nicht im Festpreis enthalten und sollte nur gegen Mehrpreis erstellt werden. Für den Fall der Beauftragung der Beklagten zu 1) mit der Errichtung einer Garage sollte diese "lt. Zeichnung und Statik" erstellt werden. Architekten, Sachverständigen- und Statikkosten für die Erstellung der Doppelhaushälfte waren nach dem Vertrag im Preis enthalten. Nach § 1 des Vertrages wurden für Leistungen, die nicht "in diesem Vertrag enthalten" waren, Stundenlöhne in Höhe von 150,00 DM für Ingenieure und in Höhe von 80,00 DM für Mitarbeiter vereinbart. 7
- Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages, der Bau- und Leistungsbeschreibung und den vereinbarten Vorschriften der VOB/B wird auf die zu den Akten gereichten Ablichtungen (Bl. 103 - 123 d.A.) Bezug genommen. 8
- Wie im Laufe des Rechtsstreits unstreitig geworden ist, betrug die Gesamtvergütung für die Leistungen der Beklagten zu 1) nach mehreren Änderungen der Leistung schließlich 323.763,04 DM. 9
- Die Kläger entschlossen sich in der Folgezeit dazu, die Garage in Eigenleistung zu erstellen. Den Bauantrag für die Garage hatte jedoch der Beklagte zu 2), und zwar gemeinsam mit dem Bauantrag für die Doppelhaushälfte verfasst und auch einen Lageplan erstellt. Die Kläger unterschrieben diesen Bauantrag und erhielten aufgrund dessen die Baugenehmigung. 10
- Obwohl die Kläger nach Ansicht der Beklagten zu 1) die Sicherung der Finanzierung des Bauvorhabens nicht hinreichend nachgewiesen hatten, begann sie im Mai 1998 mit den Bauarbeiten. Mit Schreiben vom 22.06.1998 zeigte sie nach § 6 VOB/B eine angebliche Behinderung an, da die Kläger u.a. die "notwendigen Entscheidungen bezüglich des Verblenders, der Betondachsteine, der Fliesen, der Türen usw." noch nicht getroffen hätten. Wegen der Einzelheiten der Behinderungsanzeige wird auf Bl. 145 Bezug genommen. 11
- Mit Schreiben vom 17.07.1998 baten die Kläger die Beklagte zu 1) darum, eine Bescheinigung über den Baufortschritt auszustellen, da sie diese für die Freigabe des Darlehens für die 5. Abschlagsrechnung der Beklagten zu 1) vom 08.07.1998 in Höhe von 30.334,50 DM benötigten. Der Beklagte zu 2) stellte daraufhin in Vertretung für die Beklagte zu 1) am 20.07.1998 ein "Bauzwischenattest" aus, wonach er bestätigte, dass 67 % von dem Bauvorhaben erbracht worden seien. Hieraufhin gab die kreditierende Bank der Kläger das Darlehen für die Abschlagsrechnung frei, welche von den Klägern am 04.08.1998 bezahlt wurde. 12
- Im August 1998 stellte die Beklagte zu 1) die Bauarbeiten im wesentlichen ein und erbrachte hiernach nur noch geringe Leistungen, da es zwischen den Vertragsparteien zu Differenzen im Hinblick auf noch angeblich ausstehende Entscheidungen und den Finanzierungsnachweis durch die Kläger gekommen war. Nach einer Besprechung im September 1998 und einer erneuten Behinderungsanzeige der Beklagten zu 1) wegen angeblich noch ausstehender Entscheidungen forderte die Beklagte zu 1) die Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 13.10.1998 unter Fristsetzung bis zum 19.10.1998 auf, einen Finanzierungsnachweis nach § 6 des Vertrages über die nach Ansicht der Beklagten zu 1) noch bestehende Finanzierungslücke in Höhe von 117.000,00 DM zu erbringen. Weiterhin sollten die Kläger binnen dieser Frist noch angeblich ausstehende Entscheidungen hinsichtlich der Bauausführungen treffen. Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs ließ die 13

Beklagte zu 1) die Kündigung des Vertrages androhen.

Die Kläger übersandten der Beklagten zu 1) daraufhin eine Bestätigung der Deutschen Ärzteversicherung, wonach aus den gewährten Darlehen noch insgesamt 80.000,00 DM als Auszahlung zur Verfügung stünden, sowie einen Auszug eines Depotkontos mit einem Wert zum 15.10.1998 in Höhe von 43.816,64 DM. 14

Die Beklagte zu 1) akzeptierte diese Finanzierungsunterlagen nicht und wies die Kläger darauf hin, dass die Entscheidungen hinsichtlich der Bauausführung immer noch nicht getroffen worden seien. Mit Schreiben vom 04.11.1998 kündigte sie schließlich den Vertrag nach § 9 VOB/B. Zur Begründung führte sie aus, dass insbesondere die Finanzierung nicht nachgewiesen sei und die angeblich weigerliche Haltung der Kläger, die Gespräche abgelehnt hätten, ihrer Ansicht nach erkennen ließe, dass die Kläger keinerlei Interesse mehr an einer vernünftigen Zusammenarbeit hätten. 15

Die Kläger ließen in der Folgezeit ein Privatgutachten über den Fertigstellungsgrad des Bauvorhabens und über angeblich vorhandene Mängel einholen. Der Gutachter O kam in seinem Gutachten vom 25.02.1999 zu dem Ergebnis, dass das Bauvorhaben einen Fertigstellungsgrad von 46,56 % aufweise und zudem zahlreiche Mängel vorhanden seien. Unstreitig betrug die Drempelaußenhöhe jedenfalls 0,87 m. Die lichte Weite zwischen der Erdgeschossdecke und der Außenwand betrug nur 1,43 m anstatt, wie vertraglich vereinbart, 1,69 m. Hierdurch geriet auch die lichte Durchgangshöhe im Treppenhaus niedriger als nach der einschlägigen DIN vorgesehen. Den Fertigstellungsgrad hatte der Gutachter anhand einer Indexliste für Roharbeiten ermittelt. 16

Die Beklagte zu 1) ließ ihrerseits mit Schreiben aus Mai 1999 den Klägern mitteilen, dass sie von einem Fertigstellungsanteil von 55 % ausgehe und ihr unter Berücksichtigung der bis dahin erbrachten Abschlagszahlungen der Kläger in Höhe von 198.623,15 DM noch ein Restanspruch in Höhe von 1.317,20 DM zustehe. Bei dieser Berechnung hatte sie einen ihr angeblich zustehenden pauschalierten Schadensersatzanspruch nach § 9 des Vertrages in Höhe von 15 % des Wertes der nicht ausgeführten Restleistungen von angeblich 45 % und somit einen Betrag von 21.855,83 DM mit eingestellt. Eine Erläuterung des angeblichen Fertigstellungsgrads von 55 % oder auch eine Abrechnung über die erbrachten und nicht erbrachten Bauleistungen hatte die Beklagte zu 1) nicht vorgenommen. 17

Daraufhin haben die Kläger zunächst nur die Beklagte zu 1) wegen angeblicher Überzahlung in Anspruch genommen. Sie haben unter Bezugnahme auf das Privatgutachten behauptet, dass der Fertigstellungsgrad nur 46,56 % betrage. Sie haben zunächst geltend gemacht, eine Überzahlung in Höhe von insgesamt 72.347,23 DM geleistet zu haben, da der Beklagten zu 1) unter Zugrundelegung eines Vergütungsanspruchs von 281.129,56 DM lediglich ein entsprechender Anteil von 46,56 %, mithin 130.893,92 DM zustehe. Im Laufe des Rechtsstreits haben sie die von der Beklagten geltend gemachte Vergütung für das Bauvorhaben in Höhe von insgesamt 323.763,04 DM akzeptiert. Nach Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens haben die Kläger sich die Feststellungen des Sachverständigen zu eigen gemacht und nunmehr behauptet, dass lediglich 44,68 % an Leistungen erbracht worden seien, was einem Betrag von 144.669,38 DM entspräche. Abzüglich der Anzahlungen in Höhe von insgesamt 198.623,15 DM ergäbe sich daher ein Anspruch wegen Überzahlung in Höhe von 53.953,77 DM. Eine Anpassung des Klageantrags an diesen geänderten Vortrag ist nicht erfolgt. 18

Im Laufe des Rechtsstreits haben die Kläger Klage auch gegen den Beklagten zu 2) erhoben und ihn ebenfalls auf Rückzahlung der angeblichen Überzahlung in Anspruch genommen. 19

Zur Begründung haben sie behauptet, dass dieser durch die Ausstellung der Bescheinigung eines Fertigstellungsgrades von 67 % vom 20.07.1998 einen Betrug begangen habe. Er habe sie und ihre Bank über den tatsächlichen Fertigstellungsgrad des Bauvorhabens arglistig getäuscht; ausschließlich hierdurch sei ihre Bank veranlasst worden, weitere Kreditmittel zur Verfügung zu stellen. Hierdurch habe der Beklagte zu 2) zumindest die Begleichung der 5. Abschlagszahlung in Höhe von 30.334,50 DM erreicht.

Zudem haben die Kläger die Beklagte zu 1) auf Schadensersatz in Höhe von 45.011,65 DM 20 wegen angeblicher Mängel und wegen angeblichen Mietschadens aufgrund von Bauverzögerung in Anspruch genommen. Sie haben unter Bezugnahme auf das von ihnen eingeholte Privatgutachten behauptet, dass zum Zeitpunkt der Kündigung des Vertrages das Bauvorhaben eine Vielzahl von Mängeln aufgewiesen hätte. Soweit in der Berufungsinstanz noch von Interesse, haben die Kläger folgende Mängel geltend gemacht: Die Unterspannbahn des Dachstuhls sei mangelhaft gewesen. Die Giebelwand zum Nachbarn hin sei nicht zugemauert gewesen; es seien zwei Schlitzlöcher vorhanden gewesen. Deckendurchbrüche seien ebenfalls nicht vorhanden gewesen. Weiterhin hätten Stahlstützen entrostet und mit einem Korrosionsschutz versehen werden müssen. Hinsichtlich der lichten Weite zwischen der Erdgeschossdecke und der Außenwand von nur 1,43 m anstatt, wie vertraglich vereinbart, 1,69 m, haben die Kläger Kosten in Höhe von insgesamt 1.274,81 DM dafür geltend gemacht, dass die Deckenplatte und das Mauerwerk weggestemmt, der Schutt entsorgt werden und das Kalksandsteinmauerwerk wieder aufgemauert werden müsste. Weitere 640,00 DM haben die Kläger für die angebliche Beseitigung für das zweimalige Auspumpen und Entschlännen des Kellers nach zwei Wassereintritten geltend gemacht und hierzu behauptet, dass sie insgesamt 32 Stunden hierfür aufgewendet hätten.

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei hinsichtlich der Schadensersatzansprüche 21 entbehrlich gewesen, da die Beklagte die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Hilfsweise haben die Kläger der Beklagten während des laufenden Rechtsstreits eine Frist mit Ablehnungsandrohung bis zum 30.09.2004 gesetzt.

Ferner haben die Kläger wegen der Drenpelhöhe von 0,87 m einen Minderungsanspruch in 22 Höhe von 20.000,00 DM geltend gemacht und hierzu behauptet, dass sie anlässlich der Unterzeichnung des Vertrages ausdrücklich eine Drenpelhöhe von 1 m gewünscht hätten, damit das Dach höhergesetzt werden könne. Die Beklagte zu 1), vertreten durch den Beklagten zu 2), habe sich hiermit einverstanden erklärt. Dies ergebe sich auch aus der vertraglichen Angaben.

Die Kläger haben beantragt, 23

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 72.347,23 24 DM nebst 5,5 % Zinsen seit dem 30.04.1999 zu zahlen,
2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 65.011,65 DM nebst 9 % Zinsen aus 45.011,65 DM seit Rechtshängigkeit und aus weiteren 20.000,00 DM seit dem 01.03.2001 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Sie haben behauptet, dass das Bauvorhaben zum Zeitpunkt der Kündigung zu 55 %, mithin 27 zu einem Wert von 178.084,52 DM fertiggestellt worden sei. Auf Basis ihrer Einkaufspreise

hätten sich die noch nicht erbrachten Leistungen auf 101.333,08 DM und die Kosten der bereits erbrachten Bauleistungen auf 119.861,45 DM belaufen.

Bei der Berechnung des Bautenstandes seien ihre Architekten- und Statikerleistungen hinzuzurechnen. Rein rechnerisch ergebe sich daher eine Überzahlung der Kläger von 20.538,63 DM. Hiervon sei ein Betrag in Höhe von 21.855,83 DM in Abzug zu bringen. Der Beklagten zu 1) stehe nämlich ein Schadensersatzanspruch aus § 9 des Vertrages in Höhe von 15 % der nicht ausgeführten Bauleistungen zu. Diese Vertragsklausel sei, ebenso wie § 9 VOB/B, wirksam vereinbart worden; insbesondere liege kein Verstoß gegen § 11 Nr. 5 AGBG vor, da den Klägern der Nachweis eines geringeren Schadens vorbehalten worden sei. Die Pauschalierung in Höhe von 15 % der nicht ausgeführten Bauleistungen orientiere sich am tatsächlich anfallenden Schaden; beim Bauträger sei ein Gewinn von 20 % üblich. Die Höhe des Schadensersatzanspruchs betrage 15 % der nicht fertiggestellten Arbeiten in einem Wert von 145.705,52 DM. 28

Die Voraussetzungen der Vertragsklausel hätten vorgelegen; insbesondere sei sie nach § 9 VOB/B berechtigt gewesen, den Vertrag zu kündigen. Ein Kündigungsgrund ergebe sich daraus, dass die Kläger trotz mehrmaliger Aufforderungen keinen hinreichenden Finanzierungsnachweis erbracht hätten. Es hätte eine Finanzierungslücke von ca. 120.000,00 DM gedroht. Die Bescheinigung der Kläger über das Wertdepotguthaben sei nicht hinreichend aussagekräftig gewesen. 29

Ein weiterer Kündigungsgrund ergebe sich daraus, dass die Kläger eine Vielzahl von Entscheidungen hinsichtlich der Bauausführung bzw. Ausstattung nicht rechtzeitig getroffen hätten. Aus diesem Grunde seien mehrere Behinderungsanzeigen notwendig gewesen. Da die Kläger nicht rechtzeitig eine Entscheidung hinsichtlich der Klinker getroffen hätten, hätte die Nachunternehmerin nicht weiterarbeiten können sondern ihre Arbeitskräfte von der Baustelle abziehen müssen. Auch wegen der fehlenden Entscheidungen hinsichtlich der Ausstattung der Heizung, Fenster, Türen und Teppichböden sei die Baumaßnahme in Stillstand geraten. 30

Zu den geltend gemachten Schadensersatzansprüchen wegen angeblicher Mängel haben die Beklagten die Ansicht vertreten, dass solche mangels einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht bestanden hätten. Sie haben zudem das Vorliegen von Mängeln, zum Teil auch ihre Verantwortlichkeit hierfür in Abrede gestellt. Hinsichtlich der geltend gemachten Aufwendungen für das Auspumpen und Entschlärmen des Kellers haben sie behauptet, dass nicht die Kläger, sondern sie den Keller trockengelegt hätten. Zudem sei der Wassereintritt in den Keller darauf zurückzuführen, dass die Kläger die Betonplatte für die Garage nicht fachgerecht angelegt hätten, so dass hierdurch Gefälle zum Haus hin entstanden sei. 31

Hinsichtlich des geltend gemachten Minderungsanspruchs wegen der Drenpelhöhe haben die Beklagten behauptet, dass mit der Angabe in dem Vertrag gemeint gewesen sei, dass die Drenpelhöhe außen ab der Oberkante Rohdecke 0,87 m hätte betragen sollen. Das innenliegende, sichtbare Drenpelmaß hätte hierbei ca. 1,15 m betragen. Die Maßangabe von 1 m habe sich auf die Höhe zwischen der Betondecke des Erdgeschosses und dem Ansatzpunkt der geneigten Dachkonstruktion bezogen. 32

Einen etwaigen Mietschaden wegen einer angeblichen Bauverzögerung hätten die Kläger selbst zu vertreten, da sie die Kündigung des Bauvertrags verursacht hätten. 33

Hilfsweise hat die Beklagte zu 1) die Aufrechnung mit ihr angeblich zustehenden weiteren Ansprüchen in Höhe von insgesamt 16.009,56 DM erklärt.

Unter anderem hat sie für die Erstellung des Lageplans und für angeblich vorgenommene Einmessarbeiten ein Honorar in Höhe von 1.660,68 € gefordert und hierzu geltend gemacht, dass diese nicht im Leistungsumfang enthalten gewesen seien. Für die angeblich von ihr erstellte Statik und Planung der Garage nebst Bauantrag hat die Beklagte zu 1) 3.514,80 € geltend gemacht. 35

Der Beklagte zu 2) hat zusätzlich bestritten, wissentlich ein falsches Baufortschrittsattest erstellt zu haben. Er habe bei der Ausstellung des Attests den Zeitraum mit einkalkulieren müssen, bis die Darlehen ausgezahlt und bewilligt worden seien. Zudem hätte die Beklagte zu 1) einen Anspruch auf die Begleichung der 5. Abschlagszahlung gehabt, da die vertraglichen Voraussetzungen hierfür vorgelegen hätten. 36

Die Beklagten haben mit Schriftsatz vom 09.03.2004 einen Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen wegen angeblicher Besorgung der Befangenheit gestellt, nachdem ihnen ein Ergänzungsgutachten des Sachverständigen nebst der Ladung zum Termin zur mündlichen Verhandlung am 18.02.2004 zugestellt worden war und nachdem das Landgericht ihren Antrag auf Verlegung des Termins abgelehnt hatte. 37

Die Klägerin hat hinsichtlich des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs der Beklagten in Höhe von 21.855,83 DM die Ansicht vertreten, dass weder § 9 des Vertrages noch § 9 VOB/B wegen Verstoßes gegen das AGBG wirksam vereinbart worden seien. Zudem hätten die Voraussetzungen des § 9 VOB/B nicht vorgelegen. Sie hätten ihre Finanzierung des Bauvorhabens entgegen der Ansicht der Beklagten hinreichend nachgewiesen. Im Übrigen hätte die Beklagte zu 1) ihren Anspruch auf Beibringung eines Finanzierungsnachweises verwirkt, da ein solcher nach dem Vertrag lediglich vor Baubeginn und nicht, wie von der Beklagten zu 1) geltend gemacht, nach Baubeginn vorgesehen gewesen sei. 38

Der Vortrag der Beklagten zu 1) hinsichtlich der angeblich verspäteten Entscheidungen und hierdurch bedingten Baustillstand sei nicht substantiiert. Die Beklagte zu 1) könne auch kein Honorar für die angeblichen Zusatzleistungen geltend machen. Für die Vermessungsarbeiten, also das Abstecken der Baugrube, Nivellieren, Einmessen des Geländes und Gebäudes sowie für die Erstellung eines amtlichen Lageplans fehle es bereits an der vertraglichen Voraussetzung, dass diese durch einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur durchgeführt worden seien. Sie hätten der Beklagten zudem keinen entsprechenden Auftrag erteilt; die Leistungen seien mit der Werklohnforderung für den Grundvertrag abgegolten. Einen amtlichen Lageplan hätten sie nicht erhalten; auch die übrigen Arbeiten seien nicht durchgeführt worden. Weiterhin haben die Kläger die Angemessenheit der in Rechnung gestellten Honorare bestritten. 39

Hinsichtlich der Statik und Planung der Garage haben die Kläger im Laufe des Rechtsstreits zugegeben, dass die Klärung der baurechtlichen Zulässigkeit der Garage durch die Beklagten mit ihrem Wissen und Wollen erfolgt sei. Sie hätten aber keinen Auftrag für eine kostenpflichtige Planung erteilt; es sei von Anfang an geplant gewesen, dass die Garage in Eigenleistung erbracht werden würde. Sie seien daher davon ausgegangen, dass die Leistung der Beklagten für den Bauantrag der Garage unentgeltlich und im Rahmen des Grundauftrags erfolgt sei. 40

Eine Statik für die Garage oder auch Ausführungszeichnungen hätten sie nie erhalten; diese habe ein Bekannter erstellt. 41

Das Landgericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten nebst mehreren Ergänzungsgutachten eingeholt. Mit dem am 15.03.2004 verkündeten Urteil hat es unter Klageabweisung im übrigen die Beklagten gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 27.586,12 € nebst anteiliger Zinsen und die Beklagte zu 1) zusätzlich wegen der geltend gemachten Schadensersatzansprüche hinsichtlich der Mängel zur Zahlung von 1.868,77 € nebst anteiliger Zinsen verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass den Klägern gegen die Beklagte zu 1) ein Rückzahlungsanspruch in der ausgerichteten Höhe zustehe, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein Bautenstand von lediglich 44,68 % feststehe. Der Beklagten zu 1) hingegen stehe nicht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 9 des Vertrages zu, da die in Bezug genommene Vorschrift nach § 9 VOB/B aufgrund der vielen Streichungen von Regelungen der VOB/B nicht wirksam vereinbart worden sei.	42
Auch die zur Aufrechnung gestellten Forderungen der Beklagten zu 1) wegen angeblicher Zusatzleistungen bestünden nicht. Diese Leistungen hätten zum Teil zum Grundauftrag gehört und seien mit dem Pauschalhonorar abgegolten; zum Teil seien sie seitens der Beklagten zu 1) nicht substantiiert dargelegt worden.	43
Der Anspruch der Kläger auf Rückzahlung der zuviel geleisteten Abschlagszahlungen gegen den Beklagten zu 2) folge aus §§ 823 BGB i.V.m. § 263 StGB. Der Beklagte zu 2) habe wissentlich das Baufortschrittsattest falsch ausgestellt und hierdurch die Überzahlung der Kläger in Hinblick auf den tatsächlichen Bautenstand verursacht.	44
Die Beklagte zu 1) sei schließlich zum Schadensersatz in Höhe von 1.868,77 € verpflichtet. Hierbei hat das Landgericht den Klägern Schadensersatzansprüche wegen den geltend gemachten Mängeln an der Unterspannbahn, der Schlitz in der Giebelwand zum Nachbarn hin, der nicht entrosteten Stahlstützen, der fehlenden Deckenbrüche, der zu geringen lichten Weite zwischen der Erdgeschossdecke und der Außenwand sowie wegen der Wassereinbrüche in dem Keller zugesprochen.	45
Den geltend gemachten Minderungsanspruch wegen der Drenpelhöhe hat das Landgericht abgewiesen, da sich aus dem Vertrag und dem Angebot ergebe, dass eine Drenpelhöhe von nur 0,87 m vereinbart worden sei.	46
Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf Seite 8 - 13 des Urteils, Bl. 515 - 520 d.A., Bezug genommen.	47
Die Beklagten haben gegen dieses, ihnen am 07.04.2004 zugestellte Urteil am 08.04.2004 Berufung eingelegt und, nachdem auf ihren am 25. Mai 2004 eingegangenen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist diese bis zum 7. Juli 2004 verlängert worden ist, mit einem am 07.07.2004 eingegangenen Schriftsatz begründet.	48
Sie begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin die volle Klageabweisung. Sie behaupten, dass der Bautenstand zum Zeitpunkt der Kündigung 55 % betragen habe. Entgegen der Ansicht des Landgerichts und den Feststellungen des Sachverständigen sei nicht auf übliche Einheitspreise, sondern auf ihre Kalkulation abzustellen, um den Bautenstand zu ermitteln. Zudem sehen die Beklagten einen Verfahrensfehler darin, dass das Landgericht ihren Befangenheitsantrag nicht beschiedenen hat.	49
Mit den Beklagten am 06.09.2005 zugestellten Hinweis- und Auflagenbeschluss des Senats vom 26.08.2005 sind die Beklagten darauf hingewiesen worden, dass sie die Darlegungs- und Beweislast dafür tragen, dass der Bautenstand den erhaltenen Abschlagszahlungen	50

entspreche. Ihnen ist aufgegeben worden, binnen vier Wochen ab Zustellung des Beschlusses hierzu näher vorzutragen, auf der Basis der Vertragspreise ihre Kalkulation offen zu legen und insbesondere den kalkulierten Gewinn darzulegen. Ferner ist ihr aufgegeben worden, binnen gleicher Frist die erbrachten und nicht erbrachten Leistungen darzulegen.

Daraufhin haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 04.10.2005 ein Anlagenkonvolut von handschriftlichen Aufzeichnungen des Beklagten zu 2), die zum Teil kaum lesbar sind, Auszüge von Leistungsverzeichnissen sowie eine Vielzahl von Rechnungen eingereicht. Sie haben pauschal auf dieses Anlagenkonvolut Bezug genommen und lediglich ergänzend vorgetragen, dass die Aufschläge für Gewinn und Risiko sowie die eigenen planerisch erbrachten Leistungen bis zum Zeitpunkt der Kündigung des Vertrags mit einem Betrag von 97.388,00 DM anzusetzen seien. 51

Nachdem die Kläger und der Senat darauf hingewiesen haben, dass die pauschale Bezugnahme auf die eingereichten Anlagenkonvolute keinen ordnungsgemäßen Sachvortrag ersetzen würde, haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 17. Februar 2006, Termin zur mündlichen Verhandlung war auf den 24.02.2006 anberaumt, eine Aufstellung der angeblich erbrachten und der nicht erbrachten Leistungen, aufgeteilt nach Einzelgewerken nebst einem weiteren Anlagenkonvolut eingereicht. Eine Erläuterung, wie sich der von ihnen geltend gemachte Aufschlag für Gewinn und Risiko sowie für die eigenen planerisch erbrachten Leistungen zusammensetzen soll, ist auch mit diesem Schriftsatz nicht erfolgt. 52

Weiterhin machen die Beklagten geltend, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zugesprochen habe, obwohl lediglich Zinsen nach altem Recht hätten verlangt werden können. 53

Der Beklagte zu 2) rügt zudem, dass hinreichende Feststellungen des Landgerichts zu der inneren Tatseite des angeblich von ihm verwirklichten Betruges fehlten. Keinesfalls habe er wissentlich das Bauattest falsch ausgestellt; es läge bei ihm auch keine Bereicherungsabsicht vor. 54

Die Beklagte zu 1) greift mit ihrer Berufung zudem das Urteil an, soweit den Klägern Schadensersatzansprüche in Höhe von 1.868,77 € wegen der angeblichen Mängel sowie wegen der Wassereintrüche in dem Keller zugesprochen wurden. Sie rügt, dass der Sachverständige keine eigenen Feststellungen hinsichtlich der Mängel habe treffen können und auch keine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vorliege. 55

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte zu 1) schließlich einen Teil der von ihr hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Ansprüche weiter: 56

So macht sie geltend, dass ihr entgegen der Ansicht des Landgerichts einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 21.855,83 DM aus § 9 des Vertrages bestehe. Ein Grund dafür, warum die Regelung des § 9 VOB/B nicht wirksam isoliert vereinbart werden könne, werde nicht ersichtlich. 57

Hinsichtlich der ebenfalls geltend gemachten angeblich ihr zustehenden Ansprüche wegen der Erstellung eines Lageplans nebst Einmessarbeiten in Höhe von insgesamt 1.660,68 € sowie wegen der Statik und Ausführungsplanung für die Garage in Höhe von 3.514,80 € macht sie geltend, dass spätestens in der Unterzeichnung des Bauantrages durch die Kläger ein konkludenter kostenpflichtiger Auftrag liege. Jedenfalls seien sowohl der Lageplan als auch die Einmessung des Gebäudes von den Klägern benutzt worden. Entgegen der Ansicht 58

des Landgerichts sei die Garage gerade nicht Gegenstand des Bauvertrages gewesen; demnach seien auch die im Rahmen der Genehmigungsplanung erbrachten Leistungen der Beklagten zu 1) gesondert vergütungspflichtig.

Die Beklagten beantragen, 59

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 60

Die Kläger beantragen, 61

die Berufung zurückzuweisen. 62

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens. Der Sachverständige hätte gar keine andere Wahl gehabt, als bei der Ermittlung des Bautenstandes auf die ortsüblichen Preise abzustellen, da die Beklagte zu 1) ihre Kalkulation während des gesamten Rechtsstreits nicht offengelegt habe. Die von den Beklagten behauptete Kalkulation, wonach bei den angeblich erbrachten Leistungen im Wert von 119.861,00 DM ein Gewinn von 97.388,00 DM zuzuschlagen sein solle, bei den nicht erbrachten Leistungen in einem Wert von 101.333,08 DM indes lediglich ein Gewinn von 5.181,00 DM zu erwarten gewesen wäre, sei absolut unglaublich und nicht nachvollziehbar. Zudem ersetze die pauschale Bezugnahme der Beklagten auf ein unübersichtliches, aus handschriftlichen Aufzeichnungen bestehendes Anlagenkonvolut keinen ordnungsgemäßen, erweiterungsfähigen Sachvortrag. 63

Hinsichtlich der Schadensersatzansprüche wegen angeblicher Mängel haben die Kläger nach ihrem eigenen Vorbringen im Laufe des Berufungsverfahrens indes noch im Jahr 1999 die angeblichen Mängel an der Unterspannbahn beseitigen lassen, die Schlitzte in der Giebelwand zugemauert, die Stahlstützen entrostet und mit Korrosionsschutz versehen sowie Deckendurchbrüche geschaffen. Weiterhin haben sie noch im März 1999 die im Treppenhaus befindliche Deckenkante abgeschrägt und hierdurch die lichte Treppendurchgangshöhe erhöht, welche aufgrund der zu geringen lichten Weite von 1,43 m anstatt der vereinbarten 1,69 m zu niedrig geworden war. Sie vertreten nach wie vor die Auffassung, dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung aufgrund der weigerlichen Haltung der Beklagten zu 1) entbehrlich gewesen sei. 64

Hinsichtlich der zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche machen sie weiterhin die Unwirksamkeit der Vertragsklausel geltend, wonach der Beklagten zu 1) 15% der nicht erbrachten Leistungen als pauschalierter Schadensersatz zustehen sollen. Zudem hätten die Voraussetzungen einer Kündigung ohnehin nicht vorgelegen. Eine Statik der Garage hätten sie nach wie vor nicht erhalten; in der Unterzeichnung des Bauantrags und der Nutzung des Lageplans sei kein konkludenter Auftrag zu sehen. 65

Die Kläger, denen die Berufungsbegründung am 12.07.2004 zugestellt worden war, haben mit einem am 12.08.2004 eingegangenen Schriftsatz wegen des abgewiesenen Minderungsanspruch hinsichtlich der Drenpelhöhe von 0,87 m Anschlussberufung eingelegt und diese gleichzeitig begründet. Sie haben zunächst die Verurteilung der Beklagten zu 1) in Höhe von weiteren 2.500,- € begehrt, sich aber die Erweiterung der Anschlussberufung bis zu einem Betrag von 10.225,84 € (20.000,- DM) vorbehalten. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24.02.2006 haben die Kläger die Anschlussberufung auf einen Betrag von 6.000,- € erweitert. Sie machen sich die Feststellungen des Sachverständigen in der Berufungsinstanz zu eigen und behaupten, dass der Wert der Gebrauchsbeeinträchtigung zumindest 6.000,00 € betrage. Der Nutzwert sei erheblich gemindert. Der Spitzboden, der als 66

Hobbyraum gedacht gewesen sei, könne von dem 1,94 m großen Kläger zu 1) kaum genutzt werden. Auch im ersten Obergeschoss mache sich die um 13 cm geringere Höhe an den Dachschrägen deutlich bemerkbar. Die Wohnfläche sei insgesamt deutlich geringer ausgefallen.	
Die Kläger beantragen im Wege der Anschlussberufung,	67
die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an sie weitere 6.000,00 € nebst 9 % Zinsen seit dem 09.03.2001 zu zahlen.	68
Die Beklagte zu 1) beantragt,	69
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	70
Sie bestreitet eine wesentliche Gebrauchsbeeinträchtigung. Die Verringerung der Wohnfläche sei deutlich weniger als ein Quadratmeter. Insgesamt sei allenfalls ein Minderungsbetrag von maximal 500,- € gerechtfertigt.	71
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	72
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen I und S sowie durch Anhörung des Sachverständigen X. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das vorbereitende schriftliche Gutachten des Sachverständigen X vom 25.08.2005, auf den Berichterstattevermerk zum Termin vom 26.08.2005, Bl. 683 ff d.A., sowie auf den Berichterstattevermerk zum Termin vom 24.02.2006 Bezug genommen.	73
II.	74
Die zulässige Berufung der Beklagten ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet; die zulässige Anschlussberufung der Kläger hat hingegen in vollem Umfang Erfolg (A.) Mit diesem Urteil war zugleich der Urteilstenor, wie er im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24.02.2006 verkündet worden ist, nach § 319 ZPO zu berichtigen (B.)	75
A.	76
Das für die Schuldverhältnisse maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	77
Den Klägern stand gegen die Beklagte zu 1) ursprünglich ein Anspruch auf Rückzahlung von zuviel erbrachten Abschlagszahlungen in Höhe von 27.586,12 € sowie ein Anspruch auf Zahlung von 327,27 € (640,00 DM) wegen der Wassereinbrüche in dem Keller zu. In Höhe von 1.660,68 € ist die Forderung der Kläger durch die Aufrechnung der Beklagten zu 1) erloschen, § 389 BGB; die übrigen zur Aufrechnung gestellten Forderungen der Beklagten bestehen nicht.	78
Die Klage gegen den Beklagten zu 2) ist unbegründet.	79
Auf die Anschlussberufung der Kläger gegen die Beklagte zu 1) waren ihnen weitere 6.000,- € an Minderung wegen der zu niedrigen Drenpelhöhe zuzusprechen.	80
Im einzelnen:	81
<u>1. Klage gegen die Beklagte zu 1)</u>	82

a) zur Klageforderung	83
aa)	84
Den Klägern steht als Gesamtgläubigern ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf Zahlung von 27.586,12 € zu. Dieser Anspruch ergibt sich aus den zwischen den Klägern und der Beklagten zu 1) geschlossenen Bauvertrag und der Vereinbarung über die Abschlagszahlungen (vgl. BGH in NJW 1999, S. 1867 ff). In dieser Höhe hat eine Überzahlung der Beklagten zu 1) in Form von Abschlagszahlungen stattgefunden. Unstreitig haben die Kläger Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 198.623,15 DM (101.554,40 €) geleistet. Dem steht lediglich ein Vergütungsanspruch der Beklagten zu 1) in Höhe von 144.669,38 DM (73.968,28 €) gegenüber, was 44,68 % der ursprünglich vereinbarten Gesamtvergütung von 323.763,04 DM entspricht. Die Beklagte zu 1) hat bis zum Zeitpunkt der Kündigung lediglich 44,68 % an Leistungen, bezogen auf das Gesamtbauwerk, erbracht. Hiervon geht der Senat nach dem gesamten Ergebnis der Beweisaufnahme und der mündlichen Verhandlung aus.	85
Unabhängig davon, ob die Kündigung der Beklagten zu 1) nach § 9 VOB i.V.m. § 9 des geschlossenen Vertrages wirksam war oder nicht, hat die Beklagte zu 1) aufgrund der vermeintlich wirksamen Kündigung die Bauarbeiten endgültig eingestellt. Auch in einem solchen Fall muss der Auftragnehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommen, seine Leistungen prüfbar abzurechnen. Wenn der Auftragnehmer nicht prüfbar abrechnet, kann der Auftraggeber die Klage auf Zahlung eines Überschusses mit einer eigenen Berechnung begründen. Soweit ihm nähere Darlegungen nicht möglich sind, kann er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht (vgl. BGH a.a.O.).	86
Die Kläger haben durch Vorlage des Privatgutachtens des Sachverständigen O nach den ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten hinreichend substantiiert vorgetragen, dass ihnen ein Rückzahlungsanspruch aus den bereits erbrachten Abschlagszahlungen in Höhe von 27.586,12 € aus dem Grunde zustehe, da der Anteil der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen der Beklagten zu 1) weit hinter den Abschlagszahlungen zurückbleibe. Dieser substantiierte Vortrag ist durch die von dem Landgericht eingeholten Gutachten des Sachverständigen X "bestätigt" worden. Nach diesen Gutachten betrug der Bautenstand lediglich 44,68 %. Die Kläger haben sich diese Feststellungen des Sachverständigen ausdrücklich zu eigen gemacht. Wenn auch diese Gutachten von dem Landgericht in Verkennung der Darlegungs- und Beweislast eingeholt wurden, verbleibt es dabei, dass die Feststellungen des Sachverständigen den Vortrag der Kläger untermauert haben.	87
Die Rüge der Beklagten, dass das Landgericht ihren Befangenheitsantrag gegen den Sachverständigen nicht beschieden hat, bleibt ohne Erfolg. Unabhängig davon, dass der Antrag vom 09.03.2004 angesichts dessen, dass das Sachverständigengutachten den Beklagten bereits am 18.02.2004 zugestellt wurde, verfristet i.S.d. § 406 Abs. 2 ZPO gewesen sein dürfte, haben die Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 15.03.2004 vor dem Landgericht zur Sache verhandelt, ohne zu rügen, dass das Landgericht bis dahin ihren Befangenheitsantrag nicht durch Beschluss beschieden hatte. Hierdurch ist Heilung nach § 295 ZPO eingetreten.	88
Auch die sachlichen Einwendungen der Beklagten gegen diese Sachverständigengutachten sind nicht geeignet, den substantiierten Vortrag der Kläger zu erschüttern. Unschädlich ist auch, dass der Sachverständige X bei der Berechnung des Bautenstandes von den üblichen	89

und angemessenen Einheitspreisen ausgegangen ist. Die Kläger kannten die Vertragspreise der Beklagten zu 1) und deren Kalkulation nicht, Sie haben die ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft. Es oblag nunmehr nicht mehr ihnen, zu beweisen, dass der Bautenstand tatsächlich nur 44,68 % betragen hatte. Vielmehr war es nunmehr Sache der Beklagten, darzulegen und zu beweisen, dass die von ihr erbrachten Leistungen eine Vergütung rechtfertigen, die den erbrachten Abschlagszahlungen wertmäßig zumindest entspricht bzw. diese übersteigt (vgl. BGH in NJW 1999, S. 1867 ff).

Die Beklagte hat trotz mehrmaliger Hinweise der Kläger und trotz des Hinweises und des Auflagenbeschlusses des Senats nicht prüfbar abgerechnet. Eine prüfbare Abrechnung der erbrachten Leistungen eines durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrages erfordert zunächst die Ermittlung der erbrachten Leistung, bevor der dafür geschuldete Werklohn in Relation zum Pauschalpreis errechnet wird. Aus diesem Grunde hätte die Beklagte deshalb das Verhältnis ihrer bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen müssen (vgl. hierzu BGH in NJWRR 1999, S. 960 ff).

90

Dem ist die Beklagte zu 1) nicht nachgekommen. Ihrer pauschalen Behauptung, sie habe Leistungen in einem Wert von 119.861,00 DM zuzüglich eines Aufschlags von 97.388,00 DM für "Gewinn und Risiko sowie die eigenen planerisch erbrachten Leistungen" erbracht, war nicht weiter nachzugehen. Aus den von ihr eingereichten Anlagekonvoluten lässt sich auch in Verbindung mit ihrem gesamten Vortrag in dem Rechtsstreit nicht erkennen, welche Leistungen sie im einzelnen erbracht haben und welche Leistungen sie nicht erbracht haben will. Selbst wenn man noch annehmen wollte, dass aufgrund der eingereichten Anlagekonvolute, auf die die Beklagte zu 1) pauschal Bezug genommen hat, hervorginge, welche erbrachten Bauleistungen die Beklagte zu 1) erbracht haben will, gilt dies nicht für ihre planerischen Leistungen, insbesondere die Architektenleistungen. Auch die erbrachten Architekten- und Statikerleistungen kann die Beklagte zu 1) aber nur entsprechend der im Verhältnis der erbrachten Leistung zur vertraglich vereinbarten Gesamtleistung verlangen (vgl. BGH in NJWRR 1999, S. 960 ff). Die Beklagte hätte daher auch darlegen müssen, welche planerischen Leistungen sie erbracht hat und in welchem Verhältnis diese planerischen Leistungen zu der vereinbarten Gesamtvergütung stehen. Der Vortrag der Beklagten zu 1), dass die planerischen Leistungen zum Zeitpunkt der Kündigung bereits im wesentlichen erbracht worden seien und auch die "sonstigen Architekturleistungen" zu einem überwiegenden Teil vorgelegen hätten, ist ebenso dermaßen unsubstantiiert und pauschal, dass ihm nicht weiter nachzugehen ist.

91

Er ist weder erwidernsfähig noch kann er einer sachverständigen Beurteilung unterzogen werden. So hat der Sachverständige X im Termin vom 24.02.2006, mit den entsprechenden Unterlagen der Beklagten zu 1) konfrontiert, ausgeführt, dass er ohne nähere Erläuterungen der erbrachten Leistungen sowie eine Aufschlüsselung des angeblichen Aufschlags zu der Richtigkeit der behaupteten Kalkulation und Abrechnung "gar nichts sagen" könne.

92

Angesichts dessen war dem Antrag der Beklagten zu 1) auf Einholung eines Sachverständigengutachtens für die Richtigkeit ihrer Abrechnung und Kalkulation nicht weiter nachzugehen. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Beklagte zu 1) diesen "Aufschlag" ermittelt bzw. kalkuliert haben will. Die Prüfbarkeit einer Rechnung setzt voraus, dass diese für den Auftraggeber nachvollziehbar ist und, erforderlichenfalls mit den übrigen in dem Rechtsstreit gemachten Angaben, sachverständig überprüft werden kann. Dies ist hier nicht der Fall. Der Zuschlag soll nach den Behauptungen der Beklagten zu 1) zudem nicht nur aus den planerischen Leistungen, sondern darüber hinaus aus dem Gewinn bestehen. Auch eine

93

Abgrenzung zu diesem ist nicht erfolgt.

bb)	94
Soweit die Beklagte zu 1) mit ihrer Berufung die von dem Landgericht ausgeurteilten Schadensersatzansprüche wegen angeblicher Mängel des Bauvorhabens in Höhe von insgesamt 1.868,77 € angegriffen hat, hat die Berufung zum überwiegenden Teil Erfolg. Den Klägern steht lediglich ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1) in Höhe von 640,00 DM zu; im Übrigen ist die Klage unbegründet.	95
aaa)	96
Den Klägern steht wegen der beiden Wassereinbrüche als Gesamtgläubiger gegen die Beklagte zu 1) ein Anspruch auf Zahlung von 322,27 € (640,00 DM) aus den Grundsätzen der schuldhaften Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (pVV) zu.	97
Die Beklagte zu 1) hat schuldhaft die ihr obliegende vertragliche Pflicht, das Bauwerk und somit das Eigentum der Kläger vor Beschädigungen zu schützen, verletzt.	98
Die Tatsache, dass der Keller zweimal mit Wasser und Schlamm überflutet wurde, wurde von der Beklagten zu 1) nicht bestritten.	99
Den Klägern ist zudem der Beweis gelungen, dass der Wassereinbruch auf ein Verschulden der Beklagten, nämlich auf eine mangelhafte Absicherung des Gebäudes vor Regenwasser, zurückzuführen ist.	100
Der Sachverständige hat sowohl in seinen vor dem Landgericht erstatteten schriftlichen Gutachten als auch in seiner Anhörung vor dem Senat nachvollziehbar und schlüssig erläutert, dass die Beklagte zu 1) bei gehöriger Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten einen Erdwall um die Baugrube hätte errichten müssen. In diesem Fall hätte verhindert werden können, dass das Wasser und der Schlamm durch das Fenster in den Keller eindrang.	101
Soweit die Beklagte zu 1) behauptet hat, dass die Kläger die Gründungssohle für die Garage unfachmännisch erstellt hätten, so dass sie aufgrund des hierdurch entstandenen Gefälles für die Wassereinbrüche selbst verantwortlich gewesen seien, ist diese Behauptung unerheblich. Der Sachverständige hat nachvollziehbar ausgeführt, dass das Wasser aufgrund des ohnehin vorhanden gewesen Gefälles auch ohne die Betonplatte bzw. die durch den überflüssigen und abgeladenen Beton entstandene Verlängerung der Betonplatte in den Keller eingedrungen wäre.	102
Der den Klägern zustehende Schadensersatzanspruch bemisst sich auf 640,00 DM. Dass die Kläger insgesamt 32 Stunden für das zweimalige Auspumpen und Entschlännen des Kellers aufgewendet haben, ist von der Beklagten zu 1) nicht bestritten worden. Die Beklagte zu 1) hat sich während des gesamten Rechtsstreits damit verteidigt, dass sie selbst es gewesen sei, die den Keller ausgepumpt und entschlänmt hätte. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24.02.2006 hat sich indes herausgestellt, dass sie hiermit einen anderen Wasserschaden meinte, der kurz vor dem 08.09.1998, mithin lange vor den von den Klägern geltend gemachten Wasserschäden vom 28.10. und vom 13.11.1998 gelegen hat.	103
Die Höhe des Aufwandes bemisst der Senat nach § 287 ZPO angesichts der mit 20,00 DM/Stunde als angemessen. Hätten die Kläger die Schadensbeseitigungsarbeiten fremdvergeben anstatt den Keller selbst zu säubern, hätten sie höhere Aufwendungen gehabt. Einwendungen gegen den von den Klägern geltend gemachten Stundensatz haben	104

die Beklagten nicht erhoben.

bbb)	105
Den Klägern stehen gegen die Beklagte zu 1) hingegen keine Schadensersatzansprüche wegen der angeblichen Mängel an der Unterspannbahn in Höhe von 350,00 DM, an der Giebelwand in Höhe von 500,00 DM, an den Stahlstützen in Höhe von 1.230,00 DM und wegen der angeblich fehlenden Deckendurchbrüche in Höhe von 210,00 DM sowie wegen der zu geringen lichten Weite von 1,43 m in Höhe von 725,00 DM zu.	106
Da die Vorschrift des § 13 Nr. 7 VOB/B zwischen den Parteien nicht vereinbart wurde, konnten sich solche Schadensersatzansprüche nur aus § 635 BGB a.F. ergeben. Voraussetzung hierfür wäre jedoch eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 634 Abs.1 BGB gewesen. Hieran fehlt es vorliegend bereits nach dem eigenen Vorbringen der Kläger.	107
Sie wollen sämtliche geltend gemachten Mängel bereits im Jahr 1999 beseitigt haben. Ihre während des laufenden Rechtsstreits ausgesprochene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bis zum 30.09.2004 ist daher wirkungslos.	108
Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung war entgegen der Ansicht der Kläger auch nicht nach § 634 Abs. 2 BGB entbehrlich. Insbesondere lässt sich eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung durch die Beklagte zu 1) nicht feststellen. Eine solche hätte vor der Beseitigung der Mängel durch die Kläger vorhanden gewesen sein müssen. Alleine aus dem späteren Verhalten der Beklagten zu 1), insbesondere auch aus ihrem Verhalten in dem Rechtsstreit, lassen sich keine hinreichend sicheren Schlüsse auf ihre Bereitschaft zur Mängelbeseitigung in der Zeit vor der Beseitigung der Mängel durch die Kläger ziehen. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 1) bereits damals auf eine entsprechende Anforderung der Klägerin in die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hätte, liegen nicht vor.	109
Soweit die Kläger hinsichtlich der lichten Weite zwischen der Erdgeschossdecke und der Außenwand von nur 1,43 m anstatt 1,69 m in erster Instanz einen Betrag in Höhe von 1.274,81 DM dafür geltend gemacht haben, dass die Deckenplatte und das Mauerwerk weggestemmt, der Schutt entsorgt und im Badezimmer das Kalksandsteinwerk aufgemauert werden müsste, sind diese Arbeiten zwar noch nicht erledigt; der Mangel insoweit also noch nicht beseitigt worden. Diese Kosten sind aber nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Das Landgericht hat in Abweichung zu dem Vortrag der Kläger wegen der zu geringen lichten Weite einen Betrag von 725,00 DM zugesprochen. Hierbei handelt es sich um die Kosten, die nach den Feststellungen des Sachverständigen erforderlich sind, um die <u>lichte Höhe</u> im Treppenhaus zu erhöhen. <u>Diese</u> Gebrauchsbeeinträchtigung haben die Kläger indes bereits im März 1999 beseitigen lassen, indem sie die Deckenschräge abgerundet haben. Es handelt sich hierbei um eine andere Gebrauchsbeeinträchtigung als um die diejenige im Badezimmer. Die Kläger hätten daher, hätten sie die Kosten für die Beseitigung der Gebrauchsbeeinträchtigung im Badezimmer zusätzlich geltend machen wollen, Anschlussberufung einlegen müssen. Dies ist nicht erfolgt.	110
<u>b) Zu den Aufrechnungsforderungen</u>	111
Die Klageforderung ist in Höhe von 1.660,68 € durch die Aufrechnung der Beklagten zu 1) erloschen, § 389 BGB. Im Übrigen bleibt die Aufrechnung der Beklagten zu 1) ohne Erfolg:	112
	113

aa)

Der Beklagten zu 1) steht gegen die Kläger als Gesamtschuldner ein Anspruch auf Zahlung von 1.660,68 € aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zu. Der Anspruch ergibt sich daraus, dass die Beklagte zu 1) für die Kläger einen Lageplan des Grundstücks erstellt sowie das Gelände bzw. das Grundstück vermessen und eine Höhenbestimmung vorgenommen hat. 114

Diese Leistungen hat die Beklagte zu 1) für die Klägerin erbracht. Unstreitig hat der Beklagte zu 2) in Vertretung für die Beklagte zu 1) einen Lageplan, wenn auch keinen amtlichen, erstellt. Aber auch die weiteren Leistungen, nämlich die Einmessarbeiten, sind von der Beklagten zu 2) erbracht worden. Das Bestreiten der Kläger ist nicht wirksam. Es ist gerichtsbekannt, dass die Errichtung eines Neubaus ohne die von der Beklagten geltend gemachten Vermessungsarbeiten nicht zu realisieren ist. 115

Diese Leistungen hat die Beklagte zu 1) ohne rechtlichen Grund erbracht. Ein solcher ergibt sich entgegen der Ansicht der Kläger insbesondere nicht aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag. Diese Leistungen waren ausweislich der Vertragsurkunde ausdrücklich von dem Vertragsumfang ausgenommen, da nach Seite 1 der Bau- und Leistungsbeschreibung (Bl. 107 d.A.) die Vermessungsarbeiten durch einen von der Beklagten zu 1) im Namen der Kläger zu beauftragenden öffentlich bestellten Vermessungsingenieur ausgeführt werden sollten. 116

Aus dieser Bestimmung folgt aber nur, dass der Beklagten zu 1) kein vertraglicher Vergütungsanspruch für diese Leistungen zusteht. Unabhängig hiervon haben die Kläger jedoch diese Leistungen bewusst und gewollt in Empfang genommen und gebraucht. Da ohne diese Leistungen gerichtsbekannterweise weder die Baugenehmigung erteilt worden wäre noch das Bauvorhaben hätte durchgeführt werden können, haben die Kläger aus der Entgegennahme dieser Leistungen objektiv Nutzen gezogen. Sie haben nach den §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., § 818 Abs. 2 BGB den objektiven Wert dieser Leistungen zu ersetzen. Dieser besteht in dem von der Beklagten zu 1) geltend gemachten Betrag in Höhe von 1.660,68 €, wie er von ihr mit der Rechnung Bl. 415 d.A. geltend gemacht worden ist. Substantiierte Einwendungen gegen die Höhe des Anspruchs haben die Kläger nicht erhoben; auch nach Ansicht des Senats entspricht der objektive Wert der erbrachten Leistungen diesem Betrag. 117

bb) 118

Soweit die Beklagte zu 1) die Aufrechnung mit einer ihr angeblich zustehenden Forderung in Höhe von 3.514,80 € wegen der angeblich erstellten Statik für Garage nebst Ausführungsplanungen im Bauantragsverfahren erklärt hat, bleibt diese ohne Erfolg. Der Beklagten steht ein Vergütungsanspruch weder aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag noch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, den hier einzig ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, zu. Die Leistungen der Beklagten zu 1) sind von dem Pauschalpreis für den Hauptauftrag umfasst, der gleichzeitig einen Rechtsgrund für die empfangenen Leistungen darstellt. 119

Die Kläger machen zu Recht geltend, dass sie diese Leistungen als von der vertraglichen Vergütung des Grundvertrages umfasst ansehen duften. Unstreitig hat die Beklagte zu 1) die Garage von vornherein und ohne besonderen Hinweis auf die Vergütungspflicht zum Gegenstand des Bauantragsverfahrens des Hauses gemacht. Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung von Ziff. 41 der Bau- und Leistungsbeschreibung (Bl. 113 d.A.) konnten die Kläger davon ausgehen, dass die Beklagte keine Vergütung für das 120

Bauantragsverfahren auch der Garage verlangen würde, sondern diese als von im Grundpreis umfasst ansehen würde. Nach Ziff. 41 der Bau- und Leistungsbeschreibung sollte nämlich ein Mehrpreis nur dann anfallen, wenn die Garage von der Beklagten zu 1) erstellt werden würde. Dies ist unstreitig nicht geschehen; nicht die Beklagte zu 1), sondern die Kläger haben die Garage erstellt. Die Bauantragsunterlagen für das Haus waren aber nach den Vorbemerkungen der Bau- und Leistungsbeschreibung (Bl. 107 d.A.) bereits von dem Pauschalpreis umfasst. Aus diesem Grunde hätte der Beklagten zu 1) lediglich dann ein Vergütungsanspruch für die Bauantragsunterlagen der Garage zugestanden, wenn sie die Garage entweder selbst erstellt hätte oder vorab ausdrücklich eine solche Vergütung verlangt hätte.

Die Aufrechnungserklärung bleibt aber auch aus einem anderen Grund ohne Erfolg: Die Beklagte zu 1) hat trotz mehrfachen Hinweises durch die Kläger nicht hinreichend dargelegt, die Leistungen überhaupt erbracht zu haben. Soweit es die Statik anbelangt, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt, überhaupt eine Statik erstellt zu haben. Die Kläger haben ihrerseits Unterlagen eingereicht, aus denen sich ergibt, dass ein Bekannter von ihnen die Statik für die Garage erstellt hat. Gleiches gilt für die angeblichen übrigen Planungen inkl. Bauzeichnungen und Bauunterlagen, die die Beklagte mit einem Betrag von 2.530,00 € netto berechnet. Auch insofern hat die Beklagte zu 1) nicht hinreichend dargelegt, dass die von ihr mit Schriftsatz vom 27.09.2002 beigefügten Zeichnungen und Planungsunterlagen (Bl. 393 - 402 d.A.) von den Klägern überhaupt verwendet wurden und somit von Nutzen waren.

cc) 122

Auch soweit die Beklagte die Aufrechnung mit einem ihr angeblich zustehenden Schadensersatzanspruch in Höhe von 21.855,83 DM erklärt hat, bleibt die Aufrechnung unbegründet. Da der Beklagten zu 1) nach ihren Behauptungen bereits ein vertraglicher Vergütungsanspruch in einer die Anzahlungen der Kläger übersteigenden Höhe zusteht, handelt es sich auch bei dieser Aufrechnung um eine hilfsweise erklärte.

Der Beklagten zu 1) steht kein Anspruch auf Zahlung dieses Betrages zu. Ein solcher ergibt sich entgegen ihrer Ansicht insbesondere nicht aus § 9 des geschlossenen Vertrages, der hier einzig ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Regelung des § 9 in dem Vertrag wirksam vereinbart wurde oder wegen eines Verstoßes gegen das AGBG unwirksam ist. Jedenfalls liegen bereits die Voraussetzungen dieser Vertragsklausel nicht vor:

Soweit die Beklagte ihre Kündigung vom 04.11.1998 damit begründet hat, dass die Kläger eine Vielzahl von wichtigen, die Bauausführung betreffenden Entscheidungen nicht rechtzeitig getroffen hätten und hierdurch der Bau in Stillstand geraten sei, kann das Vorbringen dahingestellt bleiben. Aus diesem Vorbringen ergibt sich kein Kündigungsgrund nach § 9 Ziff. 1 a) VOB/B. Für eine Kündigung nach dieser Vorschrift ist erforderlich, dass durch das Unterlassen von Mitwirkungshandlungen durch den Besteller der Auftragnehmer außerstande gesetzt wird, die Leistung zu erbringen. Der Vortrag der Beklagten zu 1) ist diesbezüglich nicht substantiiert genug. Er lässt nicht erkennen, durch welches konkrete Unterlassen welcher konkreten Mitwirkungshandlung sie außerstande gesetzt worden sein soll, ihre Leistung zu erbringen. Allein ihre Bezugnahme auf ihre Behinderungsanzeigen genügt nicht. Aus ihnen lässt sich ebenso wenig wie aus dem übrigen Vortrag der Beklagten zu 1) erkennen, zu welchem Zeitpunkt die Kläger die notwendigen Entscheidungen hätten treffen müssen und von welchem Zeitpunkt an die ausführenden Bauunternehmungen nicht mehr in der Lage waren, weiterzuarbeiten. Angesichts dessen, dass die Kläger die Beklagte

zu 1) auch insoweit ausdrücklich auf die mangelnde Substanz ihres Vortrags hingewiesen haben, bedurfte es eines erneuten Hinweises durch den Senat nicht.

Auch das Vorbringen der Beklagten zu 1) zu der angeblich nur unzureichend erbrachten Finanzierungsbesccheinigung ist nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch aus § 9 des Vertrages zu begründen. 127

Eine Kündigung nach § 9 Ziff 1 a) VOB/B kommt aufgrund dieses Vorbringens von vornherein nicht in Betracht. Es handelt sich bei der Verpflichtung der Kläger, einen Finanzierungsnachweis zu erbringen, nicht um eine Mitwirkungshandlung im Sinne dieser Vorschrift, da die Beklagte zu 1) durch die Unterlassung dieser Pflicht nicht an der Bauausführung gehindert wurde. 128

Aber auch ein Kündigungsgrund nach § 9 Ziff. 1 b) VOB/B liegt nicht vor. Die Kläger haben sich nicht "sonst in Schuldnerverzug" befunden. Voraussetzung für einen sonstigen Schuldnerverzug im Sinne dieser Vorschrift ist, dass es sich nicht um eine bloße Mitwirkungshandlung als Obliegenheit handelt, sondern um eine echte Vertragspflicht. Eine solche echte Vertragspflicht haben die Kläger aber nicht verletzt. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages hätte eine solche Vertragspflichtverletzung nur dann stattfinden können, wenn die Beklagte zu 1) vor den Bauarbeiten auf einen solchen Finanzierungsnachweis bestanden hätte und die Kläger diesen nicht erbracht hätten. Dies ist jedoch nicht der Fall; die Beklagte zu 1) hat unstreitig bereits wesentliche Teile ihrer Leistungen erbracht, bevor sie ihre Weiterarbeit von dem Finanzierungsnachweis abhängig gemacht hatte und wegen der angeblichen Unterlassung den Vertrag gekündigt hat. Nach dem Beginn der Bauarbeiten konnten die Kläger aber keine echte Vertragspflicht i.S.d. § 9 Ziff. 1 b) VOB/B verletzen. 129

c) 130

Auf die Berufung der Beklagten zu 1) war das Urteil auch hinsichtlich des Zinsanspruchs abzuändern. Die Beklagte zu 1) macht zu Recht geltend, das nach Art. 229 § 1 EGBGB iVm § 288 BGB a.F. nur 4 % Zinsen verlangt werden können. Soweit die Kläger einen über 4 % hinausgehenden Zinssatz beantragt haben, war die Klage daher abzuweisen, da sie trotz des Bestreitens durch die Beklagte nicht substantiiert dargelegt haben, dass ihnen in diese Höhe ein Verzugsschaden entstanden ist. 131

Der den Klägern im übrigen zustehende Zinsanspruch beruht auf § 286 BGB a.F., soweit es den Betrag von 27.586,12 € betrifft, da die Beklagten durch die Mahnung der Kläger vom 15.04.1999 in Verzug geraten ist. Hinsichtlich des Betrags von 327,27 € (640,- DM) beruht der Zinsanspruch auf den §§ 286,288 BGB a.F.. Da eine Zustellung des Klageerweiterungsschriftsatzes vom 20.01.2000 nicht erfolgt ist, ist Rechtshängigkeit erst mit Stellung des erweiterten Antrags in der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2000 eingetreten. 132

2. Zur Klage gegen den Beklagten zu 2) 133

Die Berufung des Beklagten zu 2) hat in vollem Umfang Erfolg. Die gegen ihn gerichtete Klage ist unbegründet. Den Klägern steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Zahlungsanspruch gegen den Beklagten zu 2) zu. 134

Unabhängig davon, dass nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen der Beklagte zu 2) für den vollen Rückzahlungsanspruch haften sollte, obwohl er durch die Ausstellung des 135

Baufortschrittattests lediglich die Zahlung einer Abschlagszahlung in Höhe von 30.334,50 DM erreicht hat und auch dieser Umstand nicht automatisch zu einer Überzahlung für das gesamte Bauvorhaben führt, fehlt es bereits am Anspruchsgrund. Ein Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB. Der Beklagte zu 2) hat keinen Betrug i.S.v. § 263 StGB begangen. Es kann dahingestellt bleiben, ob der objektive Tatbestand des Betruges und auch der übrige subjektive Tatbestand vorliegt. Jedenfalls fehlt es an der für den subjektiven Tatbestand erforderlichen Absicht der rechtswidrigen Bereicherung.

Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten zu 2) hat dieser geglaubt, dass der Beklagten zu 1) ein Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten 5. Abschlagszahlung zustehe, die 10 % der Gesamtsumme betragen und nach Fertigstellung von mehr als 2/3 des Dachstuhls fällig sein sollte. Wer wenn auch irrtümlich glaubt, dass ihm bzw. demjenigen, für den er die Handlung begeht, ein zivilrechtlicher Anspruch auf Zahlung zusteht, hat keinen Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung. 136

Auch ein Anspruch aus § 826 BGB ist nicht gegeben. Aus dem oben Genannten folgt, dass der Beklagte zu 2) die Kläger nicht sittenwidrig schädigen wollte. 137

B. Zur Anschlussberufung der Kläger 138

Die Anschlussberufung der Kläger ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht, nämlich innerhalb eines Monats nach Zustellung der Berufungsbegründung eingelegt worden, § 524 ZPO in der bis zum 01.09.2004 geltenden Fassung. Die Erweiterung der Anschlussberufung in der mündlichen Verhandlung ist ebenfalls in zulässiger Weise erfolgt, da sämtliche Tatsachen, aufgrund derer die Erweiterung erfolgt, bereits in der Begründung der Anschlussberufung vorgetragen wurden. 139

Die Anschlussberufung hat auch in der Sache Erfolg. 140

Den Klägern steht gegen die Beklagte zu 1) ein Minderungsanspruch in Höhe von 6.000,00 € aus § 634 BGB a.F. zu. Die Vorschrift des § 13 Nr. 6 VOB/ wurde zwischen den Parteien nicht vereinbart. 141

Das Werk der Beklagten zu 1) ist mangelhaft. Die Drenpelhöhe von nur 0,87 m weicht von der vertraglich vereinbarten Drenpelhöhe von 1 m ab und beeinträchtigt den Gebrauch des Hauses. 142

Der Umstand, dass die Parteien vertraglich ein Drenpelaußenmaß von 1 m anstatt, wie von der Beklagten behauptet, von nur 0,87 m vereinbart haben, ergibt sich bereits aus dem schriftlichen Vertrag. Zu Beginn des Vertrages vom 13.11.1997 (Bl. 103 d.A.) ist niedergelegt, dass der "Drenpel einen Meter" betragen sollte. Ein Vergleich mit dem Angebot der Beklagten zu 1) vom 13.10.1997 (Bl. 102 d.A.) ergibt, dass hiermit nur das Drenpelaußenmaß gemeint sein kann. In dem Vertrag werden die wesentlichen Maße des Hauses in der Reihenfolge erwähnt, wie dies bereits in dem Angebot erfolgt ist. Wenn in dem Angebot aber von einer Drenpelhöhe von 0,87 m und des weiteren von einem Innenmaß von ca. 1,15 m die Rede ist, kann die Angabe in dem Bauvertrag von 1 m nur bedeuten, dass hiermit das Drenpelaußenmaß von 0,87 und nicht etwa das Innenmaß von 1,15 m abgeändert werden sollte. Die Kläger weisen zu Recht darauf hin, dass eine andere Auslegung des Vertrages keinen Sinn ergibt. Wollte man den Behauptungen der Beklagten zu 1) folgen, wonach mit der Angabe von 1 m in dem Vertrag das Innenmaß gemeint sein sollte, ist dies nicht in Einklang damit zu bringen, dass nach dem Angebot das Außenmaß "ca 143

1,15 m" betragen sollte. Die Beklagte zu 1) behauptet selbst nicht, dass, im Vergleich zu dem Angebot, mit dem Vertrag eine Verringerung der Drempeelhöhe vereinbart werden sollte. Zudem bleibt die Beklagte zu 1) jede Erklärung dafür schuldig, aus welchen Gründen die Drempeelhöhe innen ca. 1,15 m, wie auch in dem Angebot angegeben, beträgt, wenn doch tatsächlich nur eine Drempeelhöhe von 1 m innen vereinbart worden sein soll.

Auch der Einwand der Beklagten zu 1), dass ausweislich der Bau- und Leistungsbeschreibung eine Drempeelhöhe von 0,87 m ab der Rohdecke vereinbart worden war, ist unerheblich. Die Kläger weisen zu Recht darauf hin, dass die Angaben in dem eigentlichen Bauvertrag nach der dort ausdrücklich aufgeführten Reihenfolge vorrangig sein sollten. 144

Schließlich wird dieses Auslegungsergebnis auch durch das Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Senat bestätigt. So haben die von dem Senat vernommenen Zeugen S glaubhaft die Behauptung der Kläger bestätigt, dass zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde, ein Drempeלאußenmaß von 1 m zu erstellen. Der Senat hat keinen Anlass, an der Richtigkeit der Aussagen der Zeugen zu zweifeln, da sie in Einklang mit den vertraglichen Unterlagen stehen. Auch der Sachverständige hat ausgeführt, dass unter einem Drempe das Mauerwerk zu verstehen sei, auf welchem die Fußpfette gelagert sei und dass eine Unterscheidung zwischen Innen- und Außenmaß, wie sie die Beklagte zu 1) für sich reklamiert, üblicherweise nicht gemacht werde. 145

Da die Drempeelhöhe außen nur 0,87 m beträgt, liegt eine Abweichung des tatsächlichen Zustandes von der geschuldeten Beschaffenheit vor. 146

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 634 BGB war entbehrlich, da die Beklagte ernsthaft und endgültig die Mängelbeseitigung verweigert hat. Sie hat während des gesamten, sich über Jahre erstreckenden Rechtsstreits vehement bestritten, dass ein Mangel vorliegt. 147

Die Höhe des Minderungsanspruchs nach den §§ 634 Abs. 4, 472 BGB beträgt 6.000,00 €. In dieser Höhe ist der Wert der Doppelhaushälfte gegenüber dem Wert eines mangelfreien Werks gemindert. Für die Ermittlung des Minderwerts war vorliegend, da eine Abnahme des Werkes nicht erfolgt ist, auf den Zeitpunkt abzustellen, zu welchem die Beklagte zu 1) die ordnungsgemäße Vertragserfüllung schuldete. Dies ist Januar 1999 gewesen, da das Haus nach dem Vertrag 8 Monate nach Baubeginn fertiggestellt werden sollte und die Beklagte zu 1) im Mai 1998 mit den Bauarbeiten begonnen hat. Zu diesem Zeitpunkt war eine Mängelbeseitigung nur noch mit unzumutbar hohen Kosten verbunden, da bereits die Wärmedämmung und der Trockenbau fortgeschritten und das Dach gedeckt worden war. 148

Aus diesem Grunde hat der Senat die Berechnung des Minderungsbetrags anhand des verbleibenden technischen Minderwerts, und zwar im konkreten Fall nach dem Ertragswertverfahren vorgenommen. Diese Form der Ermittlung des Minderwerts ist vorliegend in Übereinstimmung mit den Feststellungen des Sachverständigen diejenige, die dem Mangel am gerechtesten wird. Durch die zu niedrige Drempeelhöhe ist es insgesamt zu einer Wohnflächenminderung von 3,22 qm, mithin 2,29 % der Gesamtwohnfläche gekommen. Die Kläger machen zu Recht geltend, dass die Gebrauchsbeeinträchtigung ein erhebliches Maß erreicht. Eine Berechnung des Minderungsbetrages nach dem Quadratmeterpreis wird den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht gerecht. Hierdurch würde nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Kläger auch die – aufgrund der Dachschrägen nicht bzw. nicht voll anrechenbare Wohnraumfläche nutzen wollten und diese Gebrauchsbeeinträchtigung zu der bloßen Reduzierung der Wohnfläche hinzutritt. 149

Nach dem Ertragswertverfahren beträgt die Minderung nach den überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen X 6.000,00 €. Angriffe gegen die Berechnung nach dem Ertragswertverfahren als solche sind seitens der Beklagten zu 1) nicht erfolgt.	150
Der Zinsanspruch beruht auf den §§ 286, 288 BGB. a.F..	151
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97, 100 ZPO. Hierbei war zu berücksichtigen, dass die Kläger mehrere Angriffe gegen jeden Beklagten gemacht haben. Zudem hat die Beklagte zu 1) hilfsweise die Aufrechnung erklärt, was sich ebenfalls auf die Berechnung der Kostenentscheidung auswirkte. Schließlich lagen hinsichtlich der beiden Beklagten unterschiedliche Streitwerte vor; die Anschlussberufung richtete sich zudem nur gegen die Beklagte zu 1).	152
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	153
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.	154
B.	155
Der Urteilstenor war hinsichtlich des Zinsanspruchs dahingehend zu berichtigen, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Kläger 4% Zinsen aus 27.586,12 € seit dem 30.04.1999, aus 327,27 € seit dem 08.05.2000 und aus 4.339,32 € seit dem 01.03.2001 zu zahlen.	156
Es liegt eine offensichtliche Unrichtigkeit iSd § 319 ZPO vor. Bei der Abfassung und Verkündung des Tenors in der mündlichen Verhandlung hat der Senat irrtümlich den Zinsanspruch hinsichtlich des – nach Abzug der erfolgreichen Aufrechnungsforderung der Beklagten verbleibenden - Restbetrags von dem geltend gemachten Minderungsanspruch wegen des zu niedrigen Drempels bereits von der Rechtshängigkeit der ersten Klageerweiterung an, mit welcher lediglich die Schadensersatzansprüche wegen der anderen Mängel rechtshängig gemacht worden waren, zugesprochen.	157