
Datum: 10.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 107/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1210.17U107.11.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 376/06

Tenor:

Die Berufungen der Parteien gegen das am 22.06.2011 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster werden zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung, auch im Hinblick auf das Berufungsverfahren, bleibt dem Schlussurteil vorenthalten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

- G r ü n d e :** 1
- A. 2
- Der Kläger macht gegen die Beklagte einen Zahlungsanspruch (in erster Instanz zuletzt 67.918,95 €) wegen behaupteter mangelhafter Verlegung von Pflaster bei dem Bauvorhaben C-Straße in N geltend. Er hat in erster Linie Schadensersatz und hilfsweise Vorschuss für die Mängelbeseitigung verlangt. 3
- Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 829 bis 833 d. A.) Bezug genommen. 4
- Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Klägers zur Hälfte für begründet erklärt; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers scheide mangels Verschuldens der Beklagten aus. Dem Kläger stehe jedoch ein – durch die erfolglose Geltendmachung von 5

Schadensersatz nicht ausgeschlossener – Vorschussanspruch zu. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen X sei die Leistung der Beklagten mangelhaft. Es seien diverse Ausführungsmängel gegeben.

Die RW-Schächte seien entgegen den Detailplänen nicht konsequent mit einer Filterbettung ausgerüstet. Entgegen der Planung seien mit dem Opti-Grün-System nicht unbedingt kompatible 50 cm lange Rinnenstücke ohne oberseitigen Deckel, sondern mit Entwässerungsrost und nicht mit Öffnungen für die Wasserleitprofile, sondern aufgesetzt auf die ankommenden 3 Wasserleitprofile für das Regenfallrohr und zwei weitere Wasserleitprofile aus der Entwässerung der Verbundpflasterfläche bzw. deren Unterbaus eingebaut. Dies führe letztlich zu einer außerplanmäßigen Verschmutzung der Entwässerungsrinne / des Kontrollschachtes. Auf dem Markt seien auch Revisionsschächte verfügbar gewesen, die befahrbar gewesen seien. Teilweise hätten in den Entwässerungsrinnen Schmutzfangkörbe gefehlt. Unabhängig davon laufe das durchgängig mit Feinstanteilen belastete Oberflächen- und Niederschlagswasser zwischen Schlammfangkorb und Rinnenwandung ungefiltert durch. Die Beklagte habe bei der Ausführung der Bettungsschicht einen mangelhaften Splitt verwendet. Dieser weise nicht die notwendige Frost-Tau-Beständigkeit auf.

6

Eine Enthaltung der Beklagten durch einen Bedenkenhinweis sei nicht gegeben. Zwar habe die Beklagte ein Bedenkenschreiben vom 06.09.2001 an den Kläger abgeschickt. Die Bedenken habe sie jedoch mit Schreiben vom 13.12.2001 wieder zurückgenommen. Die Bedenken hätten sich auch nicht auf die Ausführung der Sonderbauweise insgesamt bezogen. Sie habe auch den Einbau von Wasserverdrängungsmatten als zur Entwässerung ausreichend angesehen, was nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen gerade nicht so sei. Der vom Geschäftsführer der Beklagten im Termin vom 09.03.2009 vorgetragene mündliche Hinweis habe nicht ausgereicht, da keine konkreten Folgen benannt worden seien. Ferner sei er durch das zurücknehmende Schreiben vom 13.12.2001 konterkariert worden.

7

Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung sei entbehrlich gewesen. Der Vorschussanspruch sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Kläger die Stellung einer Sicherheit gem. § 648a BGB verweigert habe.

8

Der Kläger müsse sich das Mitverschulden des Streithelfers Y anrechnen lassen. Diesem würden nach den Feststellungen des Sachverständigen mehrere Planungsmängel zur Last fallen: Die Triangel-Wasserleitprofile zur Entwässerung der Regenwasserübergabeschächte seien unterdimensioniert gewesen. Die Ablaufleistung sei falsch bestimmt worden. Die Entwässerungsrinnen vor den Hochbeeten seien ungeeignet und ohne bzw. ohne wirksame Schlammfänge gewesen. Aufgrund der Unebenheiten der Tiefgaragendecke stehe auf dieser immer Wasser. Die Bautenschutzmatten würden für eine Entwässerung nicht reichen. Der gesamte Unterbau im Kurvenbereich sei zu schwach dimensioniert. Das Gericht halte insoweit einen Mitverschuldensanteil von 25 % für angemessen.

9

Der Kläger müsse sich einen weiteren Mitverschuldensanteil von 25 % wegen Pflege- und Instandhaltungsmängeln anrechnen lassen: Das Filtervlies sei nachträglich an mehreren Stellen aufgeschnitten worden, wobei nur der Kläger bzw. von ihm mit der Wartung und Instandhaltung beauftragte Personen Zugang zu den betreffenden Stellen gehabt hätten. Die Regenfallrohr-Übergabeschächte und Entwässerungsrinnen hätten nach jedem stärkeren Regenereignis gereinigt werden müssen.

10

Den Mitverschuldensanteil der Beklagten schätze das Gericht auf 25 % wegen der mangelhaften Ausführung des Gewerks und auf weitere 25 % wegen des Einbaus mangelhaften Splitts für die Bettungsschicht.	
Nach den Ausführungen des Sachverständigen liege ein Systemfehler vor. Planungs-, Ausführungs-, Überwachungs-, Material- und Pflege- bzw. Instandhaltungsfehler kämen zusammen, würden sich verstärken und zu dem Schadensereignis führen. Es sei nicht erforderlich, dass allein die Beseitigung der Mängel am Gewerk der Beklagten dazu führe, dass dieses insgesamt mangelfrei sei.	12
Es könne dahinstehen, ob der Bauleiter die Mangelhaftigkeit des Splitts habe erkennen können. Eine Haftungszurechnung zu Lasten des Auftraggebers komme nicht in Betracht, wenn der Bauleiter wegen Verletzung seiner Bauaufsichtspflicht in Anspruch genommen werde. Im Übrigen stehe nicht fest, dass der Splitt schon bei Anlieferung mangelhaft gewesen sei.	13
Der geltend gemachte Gewährleistungsanspruch sei nicht verjährt.	14
Dem Kläger stehe auch ein Anspruch auf hälftigen Ersatz für die von der Fa. I an dem Pflasterbelag durchgeführten Verkehrssicherungsarbeiten als Mangelfolgeschaden zu.	15
Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.	16
Der Kläger erstrebt mit seiner Berufung die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten dem Grunde nach, hilfsweise die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Landgericht.	17
Das Landgericht sei im Wege der Schätzung zu einer fehlerhaften Verteilung der Mitverschuldensanteile gelangt. Dem Kläger könne kein Planungsverschulden des Streithelfers Y angelastet werden, jedenfalls sei ein Anteil von 25 % zu hoch.	18
Anknüpfend an die Ausführungen im angefochtenen Urteil meint der Kläger, die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf ein Planungsverschulden des Streithelfers Y berufen, weil sie selbst positive Kenntnis von den vermeintlichen Planungsmängeln gehabt, ihre Bedenken dann aber zurückgezogen habe. Im Falle eines wirksamen Hinweises hätten die Schäden vermieden werden können.	19
Es sei ebenfalls nicht gerechtfertigt, einen Mitverschuldensanteil des Klägers wegen Pflege- und Instandhaltungsmängeln anzusetzen.	20
Soweit ihm vorgeworfen werde, das Filtervlies an mehreren Stellen nachträglich durchschnitten zu haben, fehle es hierfür an jedem Beleg. Die Feststellung des Landgerichts beruhe allein auf einer spekulativen Äußerung des Sachverständigen. Dieser sei der Auffassung gewesen, die Schnitte seien nachträglich vorgenommen worden.	21
Soweit ihm, dem Kläger vorgeworfen werde, er habe es nach stärkeren Regenereignissen unterlassen, die Regenfallrohr-Übergabeschächte und Entwässerungsrinnen zu reinigen, so liege darin kein Mitverschuldensbeitrag. Unstreitig sei er auf die Notwendigkeit von Reinigungsarbeiten nicht hingewiesen worden.	22
Der Sachverständige widerspreche sich selbst, wenn er einerseits formuliere, es würden überwiegend feinmaschige Siebe fehlen („S. 68 des Gutachtens), andererseits aber ein solches Sieb fotografiere („S. 51, Bild 56“). Zudem stehe nicht fest, dass es sich bei	23

Letzterem um ein von ihm, dem Kläger, nachträglich eingebautes Sieb handele.

Insgesamt überspanne der Sachverständige die Anforderungen an eine zumutbare Wartung und Unterhaltung. Es könne nicht von einem Bauherrn, der ein funktionierendes Entwässerungssystem bestelle, gefordert werden, dass das System nach stärkeren Regenfällen reinige. Es könne nicht richtig sein, dass er, der Kläger, nun nach jedem stärkeren Regen diese Arbeiten durchführe, und sogar Wasser abpumpe und Material in die Fugen fege. 24

Jedenfalls sei ein etwaiger Mitverschuldensanteil des Klägers deutlich zu hoch bemessen worden. 25

Der Hilfsantrag werde lediglich vorsorglich für den Fall gestellt, dass der Senat eine Zurückverweisung für angebracht halte. 26

Der Kläger trägt unter Vorlage eines Gutachtes des Privatsachverständigen K vom 19.09.2012 vor, dass das Schadensbild inzwischen weiter fortgeschritten sei. Der Schaden belaufe sich nunmehr insgesamt auf 411.043,74 € brutto. Die Klage werde im Betragsverfahren entsprechend erhöht werden. Bei dem Vortrag handele es sich nicht um neue Angriffsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. 27

Die Beklagte hat hinsichtlich des mit der Klageerweiterung erhobenen Anspruchs die Verjährungseinrede erhoben. Im Falle einer Quotenentscheidung durch den Senat sei der geltend gemachte Mehrbetrag nicht zu berücksichtigen. 28

Der Streithelfer zu 1) des Klägers verteidigt das angefochtene Urteil, soweit der Beklagten Mitverschuldensanteile zugewiesen worden sind. 29

Der Kläger beantragt, 30

1. die Beklagte unter teilweiser Abänderung des am 22.06.2011 verkündeten Teil- und Grundurteils des Landgerichts Münster – Az.: 02 O 376/06 – ohne Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Klägers uneingeschränkt dem Grunde nach zu verurteilen. 31

2. hilfsweise den Rechtsstreit unter teilweiser Aufhebung des am 22.06.2011 verkündeten Teil- und Grundurteils des Landgerichts Münster – Az.: 02 O 376/06 – im angefochtenen Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Münster zurückzuverweisen. 32

Der Kläger beantragt ferner, 33

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 34

Die Streithelfer des Klägers schließen sich dessen Anträgen an. 35

Die Beklagte beantragt, 36

die Klage unter Abänderung des am 22.06.2011 verkündeten Teil- und Grundurteils des Landgerichts Münster, Az. 02 O 376/06, abzuweisen. 37

Sie beantragt ferner, 38

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 39

40

Die Streithelferin zu 1) der Beklagten schließt sich den Anträgen der Beklagten an.	
Die Streithelferin zu 2) der Beklagten stellt keinen Antrag.	41
Die Beklagte begehrt die vollständige Klageabweisung. Zur Begründung führt sie aus:	42
Sie habe nicht nur mit Schreiben vom 06.09.2001 und bei einer Baubesprechung am 10.09.2001 den Kläger darauf hingewiesen, dass sie die gewählte Sonderbauweise nicht kenne und es für ungünstig halte, wenn Wasser in den Aufbau gelange, sondern habe dies auch mehrfach in weiteren Baubesprechungen nach Rücknahme einzelner Bedenken getan.	43
Entgegen der Auffassung des Landgerichts seien diese Bedenkenhinweise ausreichend gewesen. Die Hinweispflicht sei sogar ganz entfallen, weil der Kläger über die Planungsgruppe Y das Risiko des Aufbaus gekannt habe. Von dem ausführenden Unternehmen habe der Kläger nicht mehr Kenntnisse erwarten dürfen, als von der von ihm beauftragten Fachplanungsgruppe.	44
Der Kläger habe sich die Stellungnahme des Streithelfers Y vom 12.09.2001 zu eigen gemacht und die Beklagte aufgefordert, von ihren Bedenken Abstand zu nehmen. Dies sei in dem Besprechungsprotokoll Nr. 44 vom 01.10.2001 unter Ziff. 44.6 festgehalten worden, ferner im Protokoll Nr. 49 vom 12.12.2001 unter derselben Ziffer.	45
Die Bewertung der Mitverschuldensanteile durch das Landgericht sei nicht nachvollziehbar.	46
Die Planungsmängel der Planungsgruppe Y, die dem Kläger zuzurechnen seien, seien so erheblich, dass sie höher als mit nur 25 % bewertet werden müssten. Hierneben würden etwaige Ausführungsmängel der Beklagten nicht ins Gewicht fallen.	47
Das Landgericht habe zudem außer Acht gelassen, dass im Kurvenbereich die größten Schäden an der Pflasterung aufgetreten seien. Dies beruhe auf einer zu schwachen Dimensionierung des Unterbaus durch die Planungsgruppe Y.	48
Zu Unrecht habe das Landgericht Ausführungsmängel der Beklagten in Bezug auf die Entwässerungsrinnen angenommen. Ein Ausführungsmangel liege jedoch nicht vor, weil sich die Beklagte an die Vorgaben der Planung gehalten habe.	49
Der Mitverschuldensanteil des Klägers für unzureichende Pflege und Instandhaltung sei höher als nur mit 25 % anzusetzen. Das Aufschneiden der Filtervliese und die fehlende Reinigung seien für das Verstopfen des Entwässerungssystems maßgeblich gewesen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen könne das System bei regelmäßiger Kontrolle und Instandhaltung funktionieren.	50
Das Landgericht sei aufgrund fehlerhafter Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gekommen, dass der eingebaute Splitt nicht den Anforderungen entsprochen habe. Die vom Sachverständigen mehrere Jahre nach dem Einbau entnommen Proben hätten nicht mehr dem ursprünglichen Zustand entsprochen. Dieser und die Frost-Tau-Beständigkeit des Splitts hätten, wie der Sachverständige selbst einräume, nicht mehr überprüft werden können. Das Gericht habe fehlerhaft von dem späteren Zustand auf den ursprünglichen Zustand des Splitts zurückgeschlossen. Ausweislich des Prüfberichts Nr. 12128 vom 05.04.2001 habe der Splitt den Anforderungen entsprochen. Dies habe der Sachverständige nicht berücksichtigt, sondern ohne ausreichende Tatsachengrundlage darauf beharrt, dass der Splitt nicht die erforderliche Frost-Tau-Beständigkeit aufgewiesen habe. Der Sachverständige habe selbst in der mündlichen Verhandlung am 09.03.2009 erklärt, dass die Prüfung nicht DIN-gerecht habe	51

durchgeführt werden können. Zudem sei eine der fünf Proben in Ordnung gewesen, eine weitere habe im Toleranzbereich gelegen. Da sich die Zusammensetzung des Splitts nach den Angaben des Sachverständigen verändert habe, könnten keine Rückschlüsse auf eine ursprüngliche Mangelhaftigkeit gezogen werden. Die Zersetzung des Splitts könne auch auf anderen Ursachen beruhen, etwa auf einer mechanischen Einwirkung durch Befahren mit Fahrzeugen. Letzteres habe der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 11.05.2011 erklärt.	
Ein Mangel des Splitts sei jedenfalls vom Kläger nicht bewiesen.	52
Zu Unrecht habe das Landgericht der Beklagten den Einbau von „nicht unbedingt kompatiblen Rinnenstücken“ als Ausführungsfehler angelastet. Die Rinnen seien vertraglich vorgegeben gewesen. Das Landgericht habe die Angaben des Sachverständigen im Termin vom 11.05.2011 fehlerhaft gewürdigt. Denn der Sachverständige habe nicht nur erklärt, es habe auf dem Markt auch Revisionsschächte gegeben, die befahrbar seien. Vielmehr habe er auch darauf hingewiesen, dass offene Entwässerungsrinnen wegen der Notwendigkeit zusätzlicher Entwässerung eingebaut worden seien. Der Schutz des Entwässerungssystems vor Verschmutzungen sei durch das ursprünglich eingebaute Filtervlies gewährleistet gewesen.	53
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht dem Kläger Mitverschuldensanteile zugewiesen hat.	54
Die Beklagte und ihre Streithelfer zu 1) und zu 2) berufen sich hinsichtlich der mit der angekündigten Klageerweiterung erhobenen Ansprüche ebenfalls auf Verjährung.	55
Der Senat hat Beweis erhoben durch mündliche Anhörung des Sachverständigen Dipl.-Ing. X. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom 10.12.2012 (Bl. 981 bis 990 d. A.) Bezug genommen.	56
B.	57
Die zulässigen Berufungen der Parteien haben in der Sache keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Klage dem Grunde nach zur Hälfte für berechtigt erklärt.	58
I.	59
Berufung der Beklagten	60
Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg, weil die Klage dem Grunde nach unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Klägers zur Hälfte gerechtfertigt ist.	61
1. Anspruchsgrundlage	62
Der Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung beruht auf § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B Fassung 2000, deren Geltung die Parteien unstreitig vereinbart haben. Danach kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen, wenn der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt. Nach allgemeiner Auffassung gewährt die Regelung über ihren Wortlaut hinaus nicht nur Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten, sondern auch einen Vorschussanspruch (vgl. etwa Nachweise bei Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl. 1999, Rdnr. 1587). Die Voraussetzungen für einen Vorschussanspruch liegen vor.	63

2. Werkmangel	64
Die nach dem Vertrag vom 26.07. / 06.08.2001 von der Beklagten geschuldete Werkleistung, die unter anderem Arbeiten zur Entwässerung und Pflasterarbeiten umfasste, ist mangelhaft. Das verlegte Pflaster ist gelockert und in der Horizontalen verschoben. Die Bettung und das Fugenmaterial sind ausgeschwemmt. Teilweise ist eine unterschiedliche Höhenlage entstanden. Diese tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen hat die Beklagte nicht in Zweifel gezogen.	65
Die Eintrittspflicht der Beklagten für diesen Mangel bezüglich des mit der Klage geltend gemachten Vorschussanspruchs besteht aufgrund der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages ohne Rücksicht auf ein Verschulden.	66
Nach den Feststellungen des Sachverständigen X, denen der Senat folgt, beruht der Mangel sowohl auf Ausführungsfehlern der Beklagten, als auch auf Planungsfehlern des Streithelfers zu 2) des Klägers. Soweit Planungsfehler gegeben sind, folgt eine Mitverantwortlichkeit der Beklagten aus fehlenden Bedenkenhinweisen (näher unten Ziff. 3).	67
Im Einzelnen beruht der Mangel auf folgenden Ursachen:	68
a) Bettungsmaterial	69
Das von der Beklagten eingebaute Bettungsmaterial für die Pflasterung war untauglich, so dass ein Ausführungsmangel gegeben ist. Nach den Feststellungen des Sachverständigen X wies der Splitt eine zu hohe Menge an Feinstanteilen auf. Ferner fehlt es an der erforderlichen Frosttaubeständigkeit, wodurch es zu einer Zersetzung der Bettungsschicht gekommen ist. Infolge des hohen bindigen Anteils sickert das Niederschlagswasser nur in geringem Maße durch, so dass das Pflaster im Splitt „schwimmt“. Es ist zu teilweise deutlichen Verschiebungen des Betonrechteckpflasters der Fahrstreifen und der Pflasterplatten der Parkplatzflächen gekommen.	70
Der Senat folgt insoweit den Ausführungen des Sachverständigen X. Dieser hat sich intensiv mit den von der Beklagten und deren Streithelfern erhobenen Vorhalten und Einwendungen auseinandergesetzt und ist in überzeugender Weise bei seiner fachlichen Beurteilung geblieben. Insbesondere hat er dargelegt, dass der optische Eindruck, dass die Bettung und das Fugenmaterial ausgewaschen worden sei, durch die fachgerecht erzielten Ergebnisse der Materialuntersuchung gestützt werde. Ihm sei das Problem des Zeitablaufs bei der Probenentnahme bewusst gewesen; er habe daher auch Proben aus dem schadensunauffälligen Bereich genommen. Schon nach dem Prüfzeugnis, das unstreitig der Lieferung beilag, sei der Anteil an Teilchen, die kleiner als 0,063 mm seien, zu hoch gewesen (12 % anstelle von 5 %). Zwischenzeitliche Materialveränderungen infolge des Einbaus und der Verwitterung würden an der Beurteilung nichts ändern, weil erstere nicht die unmittelbare Bettungsschicht betreffen und im Übrigen ein Rückschluss auf die Beschaffenheit des Materials im Zeitpunkt des Einbaus nach etwa 6-7 Jahren bis zur Probenentnahme noch möglich sei. Die erforderliche Frosttaubeständigkeit des Materials sei nach den Untersuchungsergebnissen nicht gegeben. Das Prüfungszeugnis, das der Lieferung beigelegt habe, enthalte zur Frosttaubeständigkeit lediglich einen nichtssagenden Satz.	71
Einwendungen, die gegen die von dem Sachverständigen gezogenen Schlüsse – teilweise unter Vorhalt früherer protokollierter Äußerungen – erhoben worden sind, hat der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend ausgeräumt.	72

b) Stehendes Wasser auf der Tiefgaragendecke

Nach den Feststellungen des Sachverständigen liegt eine weitere Mangelursache darin, dass auf der Tiefgaragendecke, die ohne Gefälle hergestellt wurde, insbesondere nach starken Regenfällen Wasser steht. Dieses friert bei kalten Temperaturen „hoch“, was zur Verschiebung des Unterbaus und des Pflasters führt. 74

Nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen hat der Streithelfer zu 2) des Klägers das vorgenannte Problem, das unstreitig erkannt worden ist, nicht fachgerecht beseitigt. Es wurden nachträglich Bautenschutzmatte eingebracht, die Wasser verdrängen. Die Maßnahme ist hingegen nicht geeignet, in ausreichendem Maße zu verhindern, dass auf der Tiefgaragendecke Wasser steht. Insoweit liegt ein Planungsfehler des Streithelfers zu 2) des Klägers vor. 75

c) Nicht befahrbare Revisionsschächte / offene Entwässerungsrinnen 76

Ein Planungsmangel liegt weiterhin darin, dass die vorgesehenen Revisionsschächte, die in der Pflasterfläche liegen und zum Opti-Grün-System gehören, nicht befahrbar sind. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, weil unstreitig ein erheblicher Teil der Pflasterfläche von Personenkraftwagen und teilweise auch von Lastkraftwagen befahren wird. 77

Ein Ausführungsmangel liegt darin, dass die von der Beklagten anstelle der geplanten Kontrollschächte eingebrachten – befahrbaren – Hochlastentwässerungsrinnen mit dem Triangel-Entwässerungssystem nicht funktionieren. Sie wurden entgegen der Planung (nach oben geschlossene Kontrollschächte) ohne oberseitige Deckel nur mit Entwässerungsrosten eingebaut. Öffnungen für Wasserleitprofile waren ebenfalls nicht vorgesehen. Vielmehr wurden die Rinnen auf die ankommenden drei Wasserleitprofile für das Regenfallrohr und weitere zwei Profile aus der Entwässerung der Verbundpflasterfläche aufgesetzt. Infolge des fehlenden oberen Deckels, des ersatzweise angeordneten Entwässerungsrosters und des oberflächenbündigen Einbaus kam es zu einer Verschmutzung der ersatzweise eingebauten Entwässerungsrinnen durch Wasser, das durch Umweltschmutz, Reifenabrieb, Verbundpflasterabrieb und insbesondere die ausgeschwemmten Feinstanteile aus der Bettungsschicht des Pflasters und den Fugen belastet war (vgl. 3. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen X vom 22.09.2010, S. 63). 78

d) Entwässerungsrinnen 79

Auch hinsichtlich der Entwässerungsrinnen, insbesondere der vor den Hochbeeten gelegenen Rinnen, liegt nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen X ein Planungsmangel vor. Das Wasservolumen, das aus diesen Rinnen ankommt, kann von dem Triangel-System nicht schnell genug aufgenommen werden. Es wurden flachbauende, 1 m lange Entwässerungsrinnen mit mittigem unterseitigem Auslauf eingebaut, wobei wegen der geringen Aufbauhöhe kein Schlammfang zwischengeschaltet werden kann. Aufgrund der Profilierung des Oberflächengefälles werden erhebliche Mengen des insbesondere mit den Feinstanteilen aus der Bettung verschmutzten Oberflächenwassers eingeleitet. Dies hatte weiter eine Verstopfung der Triangel-Wasserleitprofile zur Folge. (3. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen X vom 22.09.2010, S. 64). Entwässerungsrinnen werden nach den Ausführungen des Sachverständigen üblicherweise an ein Rohrsystem angeschlossen. Die stattdessen geplante Versickerung funktioniert infolge des hohen anfallenden Wasservolumens und der Verschmutzung des Oberflächenwassers nicht. 80

e) Regenfallrohre 81

Ein Planungsfehler ist ferner in der Entwässerung der Regenfallrohre über die Fläche	82
zu sehen. Die Fallrohre werden bis zur Oberkante der Verbundpflasterfläche auf der Tiefgaragendecke geführt und das Regenwasser dort in Übergabeschächten den Triangel-Entwässerungsleitprofilen zugeführt. Das nach starken Regenfällen anfallende Volumen ist jedoch zu groß, um von dem Entwässerungssystem in angemessener Zeit aufgenommen zu werden.	83
Hinzu kommen Ausführungsfehler der Beklagten. Diese bestehen darin, dass die Regenwasserfallrohr-Kontrollschächte entgegen der Detailplanung nicht konsequent mit einer Filterbettung ausgerüstet wurden. Zudem fehlen ersatzweise feinmaschige Siebe, die den von der Dachfläche herrührenden Schmutz auffangen. Dieser Ausführungsmängel hat zu Schmutzablagerungen und letztlich zur Verstopfung der Triangel-Wasserleitprofile am Übergang von Übergabeschacht und Entwässerungssystem beigetragen.	84
Ferner wurden entgegen der Planung anstatt vier Triangel-Wasserleitprofilen je Regenwasserübergabeschacht lediglich 3 Wasserleitprofile eingebaut, was die planerisch ohnehin zu geringe Abflussleistung weiter mindert.	85
f) Zu geringe Aufbauhöhe der befahrbaren Fläche / zu geringe Höhe der Pflastersteine	86
Nach den Ausführungen des Sachverständigen X sind die Aufbauhöhe der befahrbaren Fläche (35 cm) und die Höhe der Pflastersteine (8 cm) zu gering geplant worden; die genannten Höhen entsprechen nicht den allgemeinen Regeln der Technik. Insoweit sei eine Aufbauhöhe von 50 cm und eine Höhe der Pflastersteine von 10 cm erforderlich gewesen, um eine ausreichende Stabilität der Konstruktion zu erreichen.	87
g) Durchschneiden des Filtervlieses	88
Als weitere Ursache für die unzureichende Funktion des Entwässerungssystems und damit auch für das Mangelphänomen des verschobenen Verbundpflasters ist nach den auch insoweit plausiblen Ausführungen des Sachverständigen X anzusehen, dass das nach der Planung vorgesehene und auch eingebaute Filtervlies nachträglich durchschnitten worden ist. Hierdurch ist das Oberflächenwasser zwar zunächst schneller abgeflossen; sodann ist es jedoch infolge des teilweisen Wegfalls der Filterung zur Verschlammung des Triangel-Wasserleitsystems gekommen. Dies steht zwischen den Parteien auch nicht in Streit.	89
Das unstreitige Durchschneiden des Filtervlieses kann jedoch nicht dem Verantwortungsbereich einer der Parteien zugewiesen werden, weil nicht feststeht, wer Urheber der Maßnahme war.	90
Zudem hat das Aufschneiden des Vlieses nach den Ausführungen des Sachverständigen vor allem Bedeutung für Mangelfolgeschäden infolge Verschlammung des Entwässerungssystems. Solche Schäden verlangt der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit, in dem es jedenfalls bisher allein um Vorschuss für die Neuerstellung der Pflasterung geht, nicht ersetzt. Daher kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht darauf an, ob das aufgeschnittene Filtervlies vom Kläger hätte rechtzeitig festgestellt und Abhilfe geschaffen werden müssen.	91
h) Unzureichende Reinigungsarbeiten durch den Kläger	92
Die Funktion des Entwässerungssystems wird nach den Angaben des Sachverständigen ferner dadurch beeinträchtigt, dass Rinnen und Schächte nicht in dem nach der gegebenen	93

Situation objektiv erforderlichen Maße gereinigt worden sind.

Eine Verantwortlichkeit des Klägers hat der Senat auch diesbezüglich nicht angenommen. 94
Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen muss der Bauherr zwar grundsätzlich wissen, dass das Entwässerungssystem gereinigt werden muss, jedoch nicht, dass angesichts der besonderen Sensibilität des hier verwendeten Sonderbausystems umfangreiche Reinigungsarbeiten nach jedem Starkregen erforderlich sind.

Der Senat folgt hinsichtlich der vorstehend aufgeführten Ausführungs- und Planungsfehler 95
den Ausführungen des Sachverständigen X. Dieser ist aufgrund eigener Untersuchungen vor Ort von einer zutreffenden Tatsachengrundlage ausgegangen und hat die Ausführungs- und Planungsdefizite plausibel und überzeugend begründet. Er hat sich dabei mit den Einwendungen der Parteien auseinandergesetzt und seine fachlichen Beurteilungen im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat noch einmal im Zuge einer intensiven Befragung durch den Senat, die Prozessbevollmächtigten und die Parteien sowie Streithelfer im Einzelnen dargelegt.

3. Keine Haftungsbefreiung durch Bedenkenhinweis 96

Die Beklagte ist von der Mängelhaftung nicht aufgrund der Erteilung von Bedenkenhinweisen 97
befreit.

a) Enthftungsmöglichkeit 98

Der Unternehmer ist – soweit Planungsfehler vorliegen – von der Mängelhaftung befreit, 99
wenn er entsprechende wirksame Bedenkenhinweise erteilt, der Auftraggeber jedoch gleichwohl auf der Umsetzung der Planung besteht (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil, Rdnr. 48, m. w. Nachw.).

Gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B Fassung 2000 hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber Bedenken 100
gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben müssen konkret dargelegt werden, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird (vgl. BGH NJW 1975, 1217; OLG Hamm BauR 1995, 852; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil, Rdnr. 47). Entgegen dem Wortlaut des § 4 Nr. 3 VOB/B Fassung 2000 kann ein mündlicher Hinweis ausreichen, wenn er eindeutig, d. h. inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist (vgl. BGH NJW 1975, 1217; OLG Hamm BauR 1995, 852; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil, Rdnr. 47).

b) Erforderlichkeit und Nichterteilung von Bedenkenhinweisen 101

Eine Enthftung der Beklagten ist nach den vorstehend dargelegten Maßstäben, die auch der 102
Senat in ständiger Rechtsprechung zugrunde legt, nicht zu bejahen. Dabei geht der Senat entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen nicht davon aus, dass die Beklagte die Gesamtkonstruktion des Entwässerungssystems in Frage stellen und entsprechende Bedenken anmelden musste. Hingegen waren Bedenken hinsichtlich der Planung einzelner Elemente des Systems erforderlich.

aa) Stehendes Wasser auf der Tiefgaragendecke 103

104

Ein Bedenkenhinweis war erforderlich, da die Ausführung der Tiefgaragendecke ohne Gefälle für die Beklagte erkennbar die Gefahr stehenden Wassers mit der weiteren Folge des Hochfrierens des Aufbaus und Verschiebens des Verbundpflasters in sich barg.

Die Beklagte hat diese Gefahr auch erkannt und unter dem 06.09.2001 einen schriftlichen Bedenkenhinweis erteilt. Zu Recht hat das Landgericht jedoch ausgeführt, dass die Beklagte ihre Bedenken mit Schreiben vom 13.12.2001 wieder zurückgenommen hat, nachdem der Streithelfer zu 2) des Klägers mit Schreiben vom 12.09.2001 das Verlegen von wasserverdrängenden Bauschutzmatten vorgeschlagen hatte. Letzteres war, wie der Sachverständige X ausgeführt hat, zur Lösung des Problems nicht geeignet. Gleichwohl hat die Beklagte weitere Bedenken nicht erhoben. Dass sie unstreitig zur Rücknahme ihrer zuvor geäußerten Bedenken aufgefordert worden ist, führt zu keiner anderen Beurteilung. 105

Soweit die Beklagte im Berufungsrechtszug ihr Vorbringen wiederholt, sie habe mündlich mehrfach den Kläger darauf hingewiesen, dass sie die gewählte Sonderbauweise nicht kenne und es für ungünstig halte, wenn Wasser in den Aufbau gelange, stellt dies keinen schlüssigen Vortrag für einen wirksamen Bedenkenhinweis dar. Die vorgetragenen Äußerungen genügen nicht den Anforderungen an einen inhaltlich klaren und konkreten Hinweis auf die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben. 106

Entgegen der Auffassung der Beklagten entfiel die Notwendigkeit von Bedenkenhinweisen nicht etwa deshalb, weil der Kläger bzw. dessen Streithelfer zu 2) das Risiko des Aufbaus gekannt habe. Wie das Schreiben des Streithelfers zu 2) vom 12.09.2001 und die Ungeeignetheit der zur Abhilfe durchgeführten Maßnahmen (Einbringen von Bautenschutzmatte) belegen, überblickte die Klägerseite das Risiko des Aufbaus gerade nicht in ausreichendem Maße. Insoweit kann entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht davon gesprochen werden, es würden von ihr mehr Kenntnisse verlangt, als von dem Fachplaner. 107

bb) Hinweise betreffend andere Planungsmängel 108

(1) Nicht befahrbare Revisionsschächte / offene Entwässerungsrinnen 109

Die Beklagte hat den Planungsmangel der fehlenden Befahrbarkeit der vorgesehenen Revisionsschächte des Opti-Grün-Systems, die in der Pflasterfläche liegen, erkannt. Insoweit wäre ein Bedenkenhinweis erforderlich gewesen. Die Beklagte hat einen solchen Hinweis nicht erteilt, sondern die Schächte durch befahrbare, nach oben offene Hochlastentwässerungsrinnen ersetzt (siehe insoweit zur Mangelursache oben unter 2. c). 110

Der Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, die genannte Ausführung sei letztlich in Absprache mit dem Architekten erfolgt, ist nicht konkret genug, um einen inhaltlich ausreichenden Bedenkenhinweis bzw. eine Umplanung durch den Architekten darzulegen. 111

(2) Entwässerungsrinnen, insbesondere vor den Hochbeeten 112

Ein Bedenkenhinweis durch die Beklagte wäre erforderlich gewesen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen X werden Entwässerungsrinnen normalerweise an ein Rohrsystem angeschlossen und die geplante Versickerung war angesichts der erheblichen anfallenden Wassermengen problematisch. Dies musste die Beklagte als Fachunternehmen erkennen. 113

Einen entsprechenden Bedenkenhinweis hat sie jedoch unstreitig nicht erteilt.

(3) Zu geringe Aufbauhöhe der befahrbaren Fläche 115

Auch insoweit war ein Bedenkenhinweis erforderlich. Nach den überzeugenden Angaben des Sachverständigen X musste die Beklagte die einschlägigen Regelwerke kennen, weil sie sich als Garten- und Landschaftsbauer auch mit Fahrwegen beschäftigte. 116

Einen Bedenkenhinweis hinsichtlich der geplanten Aufbauhöhe der befahrbaren Fläche hat sie jedoch unstreitig nicht erteilt. 117

(4) Entwässerung der Regenfallrohre über die Fläche 118

Soweit der Senat einen Planungsfehler betreffend die Entwässerung der Regenfallrohre über die Fläche bejaht hat, bedurfte es keines Bedenkenhinweises der Beklagten. Der Senat folgt auch insoweit den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen X, wonach die Beklagte als Garten- und Landschaftsbauer die Planung des Architekten insoweit nicht überschauen konnte. 119

4. Fristsetzung zur Mängelbeseitigung 120

Auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen liegen vor. Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung binnen angemessener Frist gem. § 13 Abs. 5 Satz 2 VOB/B Fassung 2000 war wegen der Weigerung der Beklagten zur Nachbesserung entbehrlich. 121

5. Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Klägers / Haftungsquote 122

Der Anspruch auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung entfällt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht wegen eines ganz überwiegenden Mitverschuldens des Klägers gem. § 254 Abs. 1 BGB. Eine Mitverantwortlichkeit des Klägers wegen Planungsfehlern besteht zwar. Sie ist jedoch lediglich mit 50 % zu bewerten, so dass die Berufung der Beklagten ohne Erfolg bleibt. 123

a) Berücksichtigung von Planungsfehlern des Architekten 124

Beruhet die Fehlerhaftigkeit des Werkes auf einem Fehlverhalten des Auftraggebers, so haftet dieser nach den allgemeinen Grundsätzen gem. § 254 Abs. 1 BGB. Im Umfang der auf ihn entfallenden Haftungsquote muss er sich an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen (allg. Meinung, vgl. etwa Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil, Rdnr. 54, m. w. Nachw.). Ebenfalls ist anerkannt, dass sich der Auftraggeber ein Planungsverschulden eines von ihm eingesetzten Architekten unter dem Gesichtspunkt der Haftung für Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss (vgl. etwa BGH BauR 1985, 561; 2002, 86; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil, Rdnr. 55; Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rdnr. 2933 bis 2939). 125

Daher muss sich der Kläger Planungsmängel seines Streithelfers zu 2), der für ihn als planender Architekt tätig war, wie eigenes Mitverschulden zurechnen lassen. Wie bereits dargelegt, ist der Mangel nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen X durch Planungsfehler mitverursacht worden. 126

b) Quotenbildung 127

128

Der Senat kommt zu dem Ergebnis, dass der Vorschussanspruch des Klägers dem Grunde nach zur Hälfte gerechtfertigt ist.

Gem. § 254 Abs. 1 BGB kommt es in erster Linie darauf, an in welchem Maße der Werkmangel von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist. Die Gegenüberstellung und Gewichtung der oben unter Ziff. 2 im Einzelnen aufgeführten Ausführungsfehler der Beklagten und der dem Kläger zuzurechnenden Planungsfehler ergibt eine hälftige Verantwortlichkeit der Parteien. Dabei war das Planungsverschulden nicht in vollem Umfang zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen, soweit die Beklagte es an einem wirksamen Bedenkenhinweis hat fehlen lassen. Insoweit hat der Senat den jeweiligen Planungsfehler zu zwei Dritteln und den fehlenden Bedenkenhinweis zu einem Drittel berücksichtigt. 129

Bei der Quotenbildung stützt sich der Senat auf die überzeugenden Ausführungen des erfahrenen Sachverständigen X im Termin zur mündlichen Verhandlung. 130

II. 131

Berufung des Klägers 132

Die Berufung des Klägers hat ebenfalls keinen Erfolg 133

1. Hauptantrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils und uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten 134

Der Berufungsantrag ist nicht begründet, weil die Klage dem Grunde nach nur zur Hälfte gerechtfertigt ist. Wie bereits bei der Berufung der Beklagten ausgeführt, muss sich der Kläger ein hälftiges Mitverschulden seines planenden Architekten zurechnen lassen. Auf die Ausführungen unter Ziff. I. 2., 3. und 5. wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. 135

2. Hilfsantrag auf Aufhebung und Zurückverweisung 136

Für eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht gem. § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO bestand kein Anlass. Der Senat hat gem. § 538 Abs. 1 ZPO ergänzend Beweis erhoben, soweit dies für die Entscheidung über den Anspruchsgrund erforderlich war, und in der Sache selbst entschieden. 137

III. 138

Prozessuale Nebenentscheidungen 139

Da die Entscheidung lediglich über den Grund des Klageanspruchs ergeht, ist über die Kosten des Rechtsstreits, einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens im Schlussurteil zu entscheiden. 140

Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit war mangels vollstreckungsfähigen Inhalts des Urteils nicht veranlasst. 141

IV. 142

Revision 143

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung 144

des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

