
Datum: 08.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 148/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0308.24U148.10.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 70/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 14.10.2010 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Das Versäumnis-Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster vom 03.05.2010 wird mit der Maßgabe aufrecht erhalten, dass die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 21.449,06 € sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.196,43 € jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.03.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird das Versäumnis-Urteil aufgehoben und die Klage abge-wiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten ihrer Säumnis.

Die weiteren Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte zu 84 % und der Kläger zu 16 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen mangelhafter Abdichtung des von der Beklagten erstellten Kellers seiner Doppelhaushälfte in N-H.

Der Kläger schloss am 10.06.2003 mit der Architektengemeinschaft L/E/L1 einen Vertrag über die Planung, Vergabe und Bauaufsicht und beauftragte die Beklagte durch Vertrag vom 28.07.2003 mit Rohbauarbeiten, insbesondere der Erstellung eines Kellers. Nach Ziff. 01.05.03.01 des Leistungsverzeichnisses vom 12.06.2003 hatte die Beklagte u.a. Kellerwände aus wasserundurchlässigem Beton mit einer Wandstärke von 25 cm herzustellen. Die voll unterkellerte Doppelhaushälfte wurde im Jahre 2004 fertiggestellt.

Nachdem Mängel am Bauwerk auftraten, die auch die Undichtigkeit des Kellers zum Gegenstand hatten, leitete der Kläger im Jahre 2005 bei dem Landgericht Münster ein selbstständiges Beweisverfahren ein (4 OH 2/05), das auch Undichtigkeiten des Kellers zum Gegenstand hatte. Der in dem Beweisverfahren 4 OH 2/05 vom Landgericht beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. T empfahl in seinem Gutachten vom 20.11.2007 den Einsatz einer Doppelhubpumpe, um das Grundwasser abzusenken. Der Kläger entschied sich nach Beratung durch den von ihm beauftragten Architekten X für eine andere Art der Sanierung und ließ die vorhandenen Lichtschächte wasserdicht an die Kellerwände anbinden – auch um die nach den Vorgaben der Stadt N unzulässige dauerhafte Drainage durch die Doppelhubpumpe zu vermeiden. Parallel dazu betrieb der Kläger bis zum Abschluss der Arbeiten eine provisorische Drainagepumpe im nördlichen Lichtschacht.

Als der Kläger nach Abschluss der Arbeiten und in Absprache mit seinem Architekten die provisorische Pumpe ausschaltete, drang erneut Wasser in den Keller ein. Der Kläger nahm daraufhin die Pumpe wieder in Betrieb und leitete ein zweites selbstständiges Beweisverfahren beim Landgericht Münster gegen die Beklagte und gegen die Architektengemeinschaft L/E/L1 ein, das er später auf den Statiker als weiteren Antragsgegner erweiterte. Nach einem ersten Ortstermin des erneut vom Landgericht beauftragten Sachverständigen Dipl.-Ing. T am 27.01.2009 stellte der Kläger am 13.03.2009 die provisorische Pumpe aus. Daraufhin trat erneut Wasser in den Keller ein, und zwar sowohl durch mehrere Schwundrisse wie auch durch die waagerechten inneren Fugen zwischen der Sohlplatte und den Kelleraußenwänden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe einen wasserdichten Keller unabhängig davon, ob drückendes Wasser anliege, geschuldet und müsse deshalb Schadensersatz leisten.

1

2

3

4

5

6

7

8

Die Beklagte hat dem entgegen gehalten, dass sie nach dem Leistungsverzeichnis und den vorliegenden Plänen der Architekten nicht mit drückendem Wasser, das bis über die Unterkante der Kellerlichtschächte anstehe, habe rechnen müssen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. 9

Das Landgericht hat zunächst auf Antrag des Klägers am 03.05.2010 ein Versäumnisurteil erlassen und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 25.380,- Euro sowie Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.196,43 Euro, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, zu zahlen. Nachdem die Beklagte gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt hatte, hat das Landgericht mit Urteil vom 14.10.2010 das Versäumnisurteil teilweise aufgehoben und neu gefasst. Es hat die Beklagte unter Abweisung der Klage wegen eines Betrages von 3,82 Euro verurteilt, an den Kläger 26.572,61 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.03.2010 zu zahlen. 10

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, aus Pos. 01.05.03.01 des Leistungsverzeichnisses ergebe sich, dass die Beklagte einen wasserundurchlässigen Keller geschuldet habe. Dies gelte unabhängig davon, ob drückendes Wasser vorgelegen habe. Es sei nach dem Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens zwischen den Parteien unstreitig, dass Schwundrisse in den Kelleraußenwänden vorhanden seien, durch die Wasser eindringe. Ebenso seien die waagerechten Bauteilfugen zwischen Sohle und den Dreifachwänden des Kellers nicht mit Kernbeton ausgefüllt. Schließlich seien die innenseitigen Fugen in den Elementwänden der Filigranelemente im Keller nicht mit Zementmörtel verfügt. 11

Diese Punkte stellten Mängel der geschuldeten Bauausführung dar. Das Leistungsverzeichnis enthalte keine Einschränkung des herzustellenden wasserundurchlässigen Betons auf nicht drückendes Wasser. Die Beklagte hätte daher unabhängig von der Planung der Architekten des Klägers den Keller so errichten müssen, dass kein Wasser in den Keller eindringen konnte. 12

Zur Behebung der Undichtigkeit habe der im selbstständigen Beweisverfahren tätige Sachverständige T Kosten in Höhe von 24.596,18 Euro ermittelt. Dieser Betrag stehe der Höhe nach zwischen den Parteien nicht im Streit. Die vom Sachverständigen vorgenommene Rundung auf 24.600,- Euro könne allerdings von dem Kläger nicht verlangt werden. 13

Soweit die Beklagte eingewendet habe, dass die Schäden durch den Einsatz einer Drainagepumpe ab November 2007 vermieden worden wären, sei dies als Mitverschuldenseinwand gemäß § 254 BGB zu werten. Dieser Einwand greife aber nicht durch, weil der Sachverständige T gerade nicht habe feststellen können, dass bei Einsatz der Doppelhubpumpe Schäden ausgeblieben wären. Der Sachverständige habe lediglich ausgeführt, dass Schäden vermutlich geringer ausgefallen wären. Zu dem Umfang der Schadensminderung habe die Beklagte allerdings nichts vorgetragen. Im Übrigen sei der Betrieb einer dauerhaften Drainage nach der Entwässerungssatzung der Stadt N unzulässig. Das spreche gegen die Verpflichtung des Klägers zum Einsatz einer solchen Pumpe. 14

Die Beklagte habe auch nicht ihre Behauptung unter Beweis gestellt, dass erst die wasserdichte Einbindung der Lichtschächte zu den Schäden geführt habe. 15

16

Gem. §§ 634 Nr. 3, 638 BGB ergebe sich darüber hinaus ein zu zahlender Minderungsbetrag in Höhe von 780,- Euro wegen der ebenfalls unstreitig nicht vorhandenen Dampfsperre über der Sohlplatte.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Das Landgericht habe verkannt, dass der Sachverständige T sein schriftliches Gutachten vom 25.07.2009 nach Einwendungen der Beklagten durch ein weiteres Gutachten vom 14.11.2009 ergänzt habe. Darin habe der Sachverständige ausgeführt, dass Durchfeuchtungsschäden durch den dauerhaften Betrieb einer Drainagepumpe nicht oder nur in geringerem Umfang eingetreten wären. Das begründe den Verstoß des Klägers gegen seine Schadensminderungspflicht. 17

Es sei auch unzutreffend, dass die Beklagte die Erstellung eines Kellers geschuldet habe, der auf den Lastfall drückendes Wasser ausgelegt sei. Nach den Plänen der Architekten seien Lichtschächte vorgesehen gewesen, die zur Gebäudeseite nicht abgedichtet gewesen seien. Schon deshalb habe sie nicht davon ausgehen können, dass Grundwasser oberhalb der Unterkante der Lichtschächte anstehe. Tatsächlich sei der Keller ganz anderen Anforderungen an die Dichtigkeit ausgesetzt. 18

Das Landgericht habe diese Umstände nicht ohne Einholung eines Gutachtens unterstellen dürfen und hätte der Beklagten einen Hinweis erteilen müssen. Dann wäre ein entsprechender Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens – wie nunmehr in der Berufungsbegründung - gestellt worden. 19

Die Beklagte beantragt, 20

das angefochtene Urteil des Landgerichts Münster vom 14.10.2010 abzuändern und die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Landgerichts Münster vom 03.05.2010 abzuweisen. 21

Der Kläger beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Die Beklagte habe in jedem Fall einen wasserdichten Keller geschuldet. Der Beklagten sei dies auch durch die Angaben im Leistungsverzeichnis bekannt gewesen. 24

Der Sachverständige T habe lediglich ausgeführt, dass Feuchtigkeitsschäden bei dem Betrieb einer Doppelhubpumpe möglicherweise geringer ausgefallen wären. Die Sanierungskosten seien aber davon nicht betroffen. Wie hoch die Kostenminderung für die Trocknung ausgefallen wäre, habe die Beklagte auch in der Berufung nicht vorgetragen. Die Pumpe hätte nicht den Wasserdruck reduzieren, sondern nur verhindern sollen, dass Wasser über die Lichtschächte in den Keller laufe. 25

Die gewählte Sanierungsmaßnahme durch Abdichten der Lichtschachtanschlüsse sei die einzig mögliche und zulässige Lösung gewesen und zudem billiger als eine Sanierung mit einer dauerhaft betriebenen Drainagepumpe. 26

Der Senat hat die Akten des selbstständigen Beweisverfahrens des Landgerichts Münster 16 OH 16/08 beigezogen; sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 27

II. 28

29

Die zulässige Berufung hat lediglich in Höhe eines Teilbetrages von 3.927,12 Euro, der auf die zugesprochene Umsatzsteuer auf die Schadensersatzforderung entfällt, Erfolg. Im Übrigen ist die Berufung zurückzuweisen.

1. 30
- Das Landgericht hat dem Kläger zu Recht einen Anspruch auf Schadensersatz für die Beseitigung der zwischen den Parteien – jedenfalls in der Berufungsinstanz – in tatsächlicher Hinsicht unstreitigen Mängel aus §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB zugesprochen. Dieser sog. Schadensersatzanspruch statt der Leistung tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs auf mangelfreie Herstellung des Werkes (§ 281 Abs. 4 BGB). Der Kläger ist berechtigt, den Geldbetrag zu verlangen, den er für die Beseitigung der von der Beklagten zu vertretenden Mängel aufwenden muss (vgl. BGH BauR 2005, 1014). 31
- Der Zahlungsanspruch besteht – entgegen der Auffassung der Beklagten – unabhängig von der Frage, von welchem Lastfall die Beklagte ausgehen musste. Denn die Werkleistung der Beklagten war unabhängig von einer etwaigen Vereinbarung über die Wasserundurchlässigkeit in dem Werkvertrag der Parteien bereits deshalb mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB, weil der Keller aus anderen Gründen nicht handwerksgerecht erstellt worden ist und deshalb die nach dem Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit vermissen ließ. 32
- Der Sachverständige T hat festgestellt, dass Wasser über die waagerechten Bauteilfugen zwischen Sohlplatte und Kelleraußenwänden sowie durch zahlreiche vorhandene Schwindrisse in den Elementwänden in den Keller eindringt. Dieses eindringende Wasser hat zur Durchfeuchtung des Fußbodenaufbaus geführt. 33
- Ursache des Wassereintritts war neben den wasserführenden Schwindrissen die nicht handwerksgerechte Ausbildung der waagerechten Arbeitsfuge zwischen Sohlplatte und den aufstehenden Elementteilen der Kelleraußenwände. Die Beklagte hatte die inneren Fugen lediglich durch Bauschaum verschlossen. Denn der Sachverständige konnte im Ortstermin sowohl im Bereich des Pumpenschachtes im Hausanschlussraum als auch an einer Kontrollöffnung Messstäbe 2-3 cm weit in die Fugen zwischen Sohlplatte und Wand einführen. Der zum Verschließen der Fugen verwendete Bauschaum bot den Messstäben dabei keinen Widerstand, was bei einer fachgerechten Abdichtung der Fuge mit Beton nicht der Fall gewesen wäre. 34
- Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen T, der dem Senat aus vielen vergleichbar gelagerten Verfahren als erfahrener und fachkundiger Gutachter bekannt ist, hätten die Fugen durch den einzubauenden Kernbeton verfüllt werden müssen. Dazu hätten die verwendeten Filigranbeton-Wände, die als "Hohlwand" von der Beklagten angeliefert wurden, mit einem Abstand von ca. 3 cm senkrecht auf der Sohlplatte ausgerichtet werden müssen, damit der einzubringende Kernbeton unter den Spalt laufen und so die Fuge verschließen konnte. Dabei musste zunächst eine Anschlussmischung aus weichem Beton mit einer vergleichsweise geringen Körnung verfüllt und verdichtet werden. Diese handwerksgerechte Verarbeitung hätte in jedem Fall zu einem wasserundurchlässigen Anschluss zwischen Sohlplatte und der sog. Dreifachwand geführt und verhindert, dass in der Wand zirkulierendes Wasser durch die Fuge nach innen in den Kellerraum eintreten konnte. Eine solche fachgerechte Ausbildung der Fuge war unabhängig von dem für die Beanspruchung des Kellers vereinbarten Lastfall von der Beklagten geschuldet und hätte die auf diesen Mangel zurückzuführende Durchfeuchtung vermieden. 35

Entsprechendes gilt für die zweite vom Sachverständigen festgestellte Ursache des Wassereintritts. Dabei handelt es sich nach der vom Sachverständigen angefertigten Übersicht (Seite 10 des Gutachtens vom 25.07.2009) um 10 wasserführende Risse an der Innenseite der Kelleraußenwände. Auch diese Risse stellen unabhängig von der vereinbarten Nutzungsklasse einen Mangel des geschuldeten Werkes dar. Dazu hat der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass die Elementwände frei von Rissen herzustellen und einzubauen sind. Die Beklagte hätte die im Betonwerk erstellten Filigranbetonwände auf Risse überprüfen und sie bei vorhandenen Rissen nicht einbauen dürfen. Beim Einbau entstandene Risse hätten sofort verschlossen werden müssen.	
Ebenso mangelhaft war nach den Ausführungen des Sachverständigen T das Verwenden von sog. Bauschaum für das Verschließen der inneren Stoßfugen zwischen den Elementwänden der Kelleraußenwände. Fachgerecht wäre hier allein das Verfugen mit Zementmörtel, um einen dauerhaften und optisch einwandfreien Verschluss der Fuge zu gewährleisten. Auf eine Dichtigkeit der senkrechten Fugen gegen Feuchtigkeit kommt es dabei nicht an.	37
Ein weiterer Mangel besteht in der fehlerhaften Abdichtung der Rohrdurchführung im Hausanschlussraum. Die Beklagte hat gegen diesen vom Sachverständigen festgestellten Mangel weder in erster Instanz noch mit der Berufung Einwendungen geltend gemacht.	38
2.	39
Bei der Festsetzung der Höhe des Schadensersatzbetrages hat das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend die von dem Sachverständigen angesetzten Beträge für die Beseitigung der Mängel und der eingetretenen Mangelfolgen in Ansatz gebracht. Die vom Sachverständigen aufgeführten Sanierungsmaßnahmen und Kostenansätze, auf die sich der Kläger zur Begründung seiner Schadensersatzforderung stützt, sind von der Beklagten nicht angegriffen worden. Dabei setzt sich der begründete Schadensersatzanspruch aus den von dem Sachverständigen in seinem Gutachten vom 25.07.2009 aufgeführten Positionen 1-9 in Höhe von netto 18.372,50 Euro zusammen.	40
Hinzuzurechnen waren die nach den Ausführungen des Sachverständigen zur Mangelbeseitigung erforderlichen Regiekosten in Höhe von netto 2.296,56 Euro. Daraus ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Klägers in Höhe von 20.669,06 Euro.	41
Die auf diesen Betrag anfallende Umsatzsteuer kann der Kläger derzeit allerdings nicht verlangen. Denn er hat die Sanierungsmaßnahmen noch nicht durchgeführt und dementsprechend noch keine Mehrwertsteuer an Dritte entrichtet. Der Senat schließt sich insoweit der zutreffenden Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 22.07.2010 an (BGH NJW 2010, 3085). Die Begrenzung des Anspruchs auf den Nettobetrag ergibt sich zwar nicht aus einer Anwendung des § 249 Abs. 2 S. 2 BGB. Denn die Vorschrift findet auf den werkvertraglichen Schadensersatzanspruch statt der Leistung keine Anwendung. Die Verpflichtung zur Geldzahlung beruht nämlich nicht auf § 249 Abs. 2 S. 1 BGB, sondern ergibt sich aus dem Inhalt des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (BGH NJW 2010, 3085, 3086).	42
Über den Anwendungsbereich des § 249 Abs. 2 S. 2 BGB hinaus gilt jedoch der allgemeine Grundsatz, dass durch die Ausgleichszahlung keine Überkompensation des eingetretenen Schadens beim Geschädigten erfolgen darf. Abzustellen ist dabei auf den Betrag, der nach den für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs zu Grunde zu legenden Wertungen für den vollständigen Ausgleich des Schadens gerechtfertigt ist. Wertungsspielraum besteht	43

bei Beträgen, die von einer ungewissen künftigen Entwicklung abhängig sind. Dazu zählen die Berechnungspositionen, die nur dann anfallen, wenn der Geschädigte ihm zustehende Wahlrechte über das Ob und das Wie der Schadensbeseitigung in einer bestimmten Weise ausübt. Der Kläger kann sich auch im vorliegenden Fall künftig frei entscheiden, ob er den zugesprochenen Schadensersatzbetrag (ganz oder teilweise) für die Sanierung aufwendet oder anderweitig damit verfährt. Umsatzsteuer in Form der Mehrwertsteuer fällt für den nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kläger nur dann an, wenn er die Sanierung durch einen dritten Unternehmer tatsächlich durchführen lässt. Solange der Kläger diese Entscheidung nicht getroffen und in die Tat umgesetzt hat, kann er den Mehrwertsteuerbetrag nicht geltend machen, weil es sich bei diesem Betrag um einen durchlaufenden Posten handelt, der unter keinen Umständen wertmäßig dem Kläger zufließt. Das gilt unabhängig davon, dass der Kläger glaubhaft – auch im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage im Senatstermin – angegeben hat, den Keller tatsächlich wie vom Sachverständigen vorgeschlagen sanieren zu wollen. Denn die Bemessung beruht nicht auf einem mehr oder weniger hohen Grad der Wahrscheinlichkeit, vielmehr ist aus Gründen der Rechtssicherheit allein darauf abzustellen, ob der Geschädigte im Zeitpunkt der Entscheidung bereits mit der Mehrwertsteuer belastet ist oder nicht. Diese Handhabung gewährleistet die gebotene klare und eindeutige Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs gegenüber dem Anspruch auf Vorschusszahlung gemäß § 637 Abs. 3 BGB.

3. 44

Dem Landgericht ist auch darin zu folgen, dass der Schadensersatzanspruch nicht auf Grund eines Mitverschuldens des Klägers gemäß § 254 BGB gemindert ist. Der Kläger hat die ihn betreffende Obliegenheit, seine eigenen Schutzbelange wahrzunehmen, nicht in zurechenbarer Weise verletzt. 45

Ein solcher Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht ergibt sich nicht daraus, dass der Kläger es unterlassen hat, nach der Empfehlung des Sachverständigen T im Jahre 2007 die Doppelhubpumpe zu installieren und zu betreiben. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Kläger zunächst eine provisorische Pumpe betrieben und damit den Wasserdruck deutlich gemindert hat. Die Wirksamkeit der vom Kläger eingesetzten Pumpe ergibt sich schon daraus, dass es unmittelbar nach Abschalten dieser Pumpe zwei Mal zum Eindringen von Wasser in den Keller gekommen ist. 46

Dass der Kläger gehalten war, die eingesetzte provisorische Pumpe durch eine (wirksamere) Doppelhubpumpe zu ersetzen, lässt sich nicht feststellen. Denn der Kläger konnte nach der Beratung durch den von ihm hinzugezogenen Architekten davon ausgehen, dass er durch den druckwasserundurchlässigen Anschluss der Kellerlichtschächte eine fachgerechte und dauerhaft zur Beseitigung der ihm damals bekannten Mängel taugliche Sanierung durchgeführt hat. Nachvollziehbar war die Abweichung von dem vom Sachverständigen T vorgeschlagenen Sanierungsweg bereits deshalb, weil der dauerhafte Einsatz der Drainagepumpen nach der Entwässerungssatzung der Stadt N nicht zulässig war und der Kläger deshalb mit einer Unterlassungsverfügung der Stadt rechnen musste. Auf diese Problematik der von ihm vorgeschlagenen Sanierungsmethode hatte der Sachverständige T selbst hingewiesen. Er hat auch in seinen schriftlichen Gutachten vom 25.07.2009 und vom 14.11.2009 im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens 16 OH 16/08 Landgericht Münster erläutert, dass die vom Kläger seinerzeit gewählte Sanierung – nach Verschließen der Undichtigkeiten, die Gegenstand dieses Rechtsstreites sind – geeignet ist, eine wirksame und dauerhafte Abdichtung gegen das vorhandene drückende Wasser zu gewährleisten. 47

Der Kläger hat auch nicht in zurechenbarer Weise durch sein Verhalten an der Entstehung des Schadens mitgewirkt (§ 254 Abs. 2 BGB). Er musste nicht damit rechnen, dass es zu einem erneuten Wassereintritt kommt, als er nach Durchführung der ersten Sanierungsmaßnahme die provisorische Pumpe abstellte. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht ist darin nicht zu sehen. Er konnte sich auf den fachlichen Rat des von ihm engagierten Architekten X verlassen, der die durchgeführte Sanierung empfohlen hatte. Der Rat hat sich auch im Nachhinein durchaus als zutreffend erwiesen, was die damals bekannten Schwachpunkte der Kellerkonstruktion anging. Dass weitere Undichtigkeiten vorhanden waren, war jedenfalls für den Kläger zum damaligen Zeitpunkt nicht erkennbar.

Der Kläger hat auch nicht vorwerfbar gegen seine Obliegenheiten aus § 254 Abs. 2 BGB verstoßen, als er die provisorische Pumpe nach dem ersten Ortstermin des Sachverständigen T am 27.01.2009 erneut ausstellte. Denn die Maßnahme hat dazu geführt, dass der Sachverständige die Mängel in vollem Umfang ermitteln konnte. Insbesondere die Schwindrisse sind – auch für den beauftragten Sachverständigen T – erst durch das daraufhin eindringende Wasser erkennbar geworden und konnten erst daraufhin der Begutachtung zu Grunde gelegt werden. Es ist nachvollziehbar und durch die berechtigten Interessen des Klägers gedeckt, dass er eine endgültige Klärung der Ursachen der vorhandenen Feuchtigkeit herbeiführen wollte, die möglicherweise erneut durch die von ihm zur Schadensminderung betriebene Drainagepumpe in ihren Auswirkungen kaschiert worden sind. Damit hat er zwar möglicherweise eine Schädigung der Kellerräume durch verstärkten Wassereintritt in Kauf genommen. Dies war jedoch hinnehmbar und hat sich im Nachhinein als zielführend erwiesen, da der Sachverständige T die damit hervorgerufenen Wirkungen zur Grundlage der umfassenden Begutachtung machen konnte. So konnte der Kläger sein Interesse wahren, mit hoher Wahrscheinlichkeit alle vorhandenen Risse und sonstigen Undichtigkeiten zu erkennen und einer Klärung zuzuführen. Letztlich lag es auch im Interesse der Beklagten, durch das Beweisverfahren umfassende Feststellungen zu treffen. Es wäre mit zusätzlichen Kosten zur Sachverhaltsaufklärung und Mangelbeseitigung verbunden gewesen, wenn sich die Risse erst nach erneuter Sanierung gezeigt hätten. Denn spätestens zu diesem Zeitpunkt wäre der Kläger berechtigt gewesen, die provisorische Pumpe außer Betrieb zu nehmen.

4. 50

Der vom Landgericht zugesprochene Minderungsbetrag von 780,- Euro wegen der fehlenden Dampfsperre über der Sohlplatte wird von der Beklagten mit ihrer Berufung nicht angegriffen. 51

5. 52

Das Landgericht hat dem Kläger ebenfalls zu Recht die geltend gemachten 1.196,43 Euro zugesprochen. Denn der Schadensersatzanspruch statt der Leistung erstreckt sich gemäß §§ 280, 249 Abs. 2 BGB auch auf die Kosten der Rechtsverfolgung, die dadurch entstanden sind, dass der Kläger einen Rechtsanwalt beauftragt hat, den Mangelbeseitigungsanspruch außergerichtlich zu verfolgen und durchzusetzen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 249 Rn. 56f.). Die Beauftragung eines Rechtsanwaltes war angesichts der komplexen Sach- und Rechtslage erforderlich. Der jetzige Prozessbevollmächtigte des Klägers hatte mit Schriftsatz vom 07.10.2009 die Beklagte unter Fristsetzung aufgefordert, die in dem selbstständigen Beweisverfahren 16 OH/08 festgestellten Mängel zu beseitigen. Die dadurch angefallene 1,3fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV-RVG zuzüglich Nebenkosten ist mit dem geltend gemachten materiellen Kostenerstattungsanspruch ersatzfähig, da sie nicht auf die Prozessgebühr des Klageverfahrens angerechnet und nicht

im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden kann (BGH NJW 2008, 1323).

Maßgeblich für die Berechnung der Geschäftsgebühr ist der Gegenstandswert des dem Rechtsanwalt erteilten Auftrages. Da der Rechtsanwalt des Klägers die Beklagte zunächst zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat, ist der volle Wert der Nachbesserung anzusetzen. Dieser Wert bemisst sich nach den für die Mängelbeseitigung aufzuwendenden Kosten (Zöller/Herget, ZPO, 29. Auflage 2012, § 3 Rn. 16: *Werkvertrag*). Ob bei der Bemessung dieser Kosten auf Grundlage der neueren Entscheidung des VII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 22.07.2010 (a.a.O.) die an dritte Unternehmer zu zahlende Mehrwertsteuer unberücksichtigt zu lassen ist, kann hier dahinstehen. Dafür könnte sprechen, dass der Kläger zunächst die Beklagte selbst auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen hat und der nachfolgend geltend gemachte Schadensersatzanspruch statt der Leistung bereits vom Klageauftrag umfasst war. Der Senat hält es jedoch in Fällen, bei denen die Geschäftsgebühr wie hier vor der Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 22.07.2010 angefallen ist, unabhängig von dieser Frage für gerechtfertigt, den Gegenstandswert nach den Mängelbeseitigungskosten einschließlich Mehrwertsteuer zu berechnen, weil deren Einbeziehung in das Forderungsbegehren unter Berücksichtigung der damaligen Umstände kein Mitverschulden begründen kann. Denn es ist zu berücksichtigen, dass bis zur Klärung der Rechtsfrage durch den Bundesgerichtshof die wohl überwiegende Zahl der Oberlandesgerichte eine Kürzung der Mehrwertsteuer wegen der Unanwendbarkeit des § 249 Abs. 2 S. 2 BGB abgelehnt hat (vgl. OLG Brandenburg, IBR 2006, 136; OLG Stuttgart, BauR 2008, 2056; OLG Düsseldorf, BauR 2010, 102; OLG München, IBR 2010, 449; OLG Celle, NJW 2010, 1151; a.A.: OLG München, BauR 2008, 1909). Auch der Bundesgerichtshof hatte vor der genannten Entscheidung vom 22.07.2010 die zu zahlende Mehrwertsteuer ohne Einschränkungen den erforderlichen Kosten der ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung hinzugerechnet (vgl. VII. Zivilsenat, Urt. vom 18.01.1990, BauR 1990, 360).

6. 55

Der Zinsanspruch auf die Hauptforderung in Höhe von insgesamt 21.449,06 Euro sowie auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.196,43 Euro beruht auf §§ 291, 288 BGB. 56

III. 57

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 97 ZPO. Zu den Gerichtskosten zählen auch die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens 16 OH 16/08 Landgericht Münster, auch wenn sich dieses Verfahren gegen weitere Antragsgegner gerichtet hat (BGH BauR 2004, 1809). Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht. 58