
Datum: 09.11.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 20/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:1109.12U20.18.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 1 O 110/16
Schlagworte: Mangel, Herstellervorgaben, allgemein anerkannte Regeln der Technik
Normen: VOB/B (2009) § 13 Abs. 7
Leitsätze:
Ein Werkmangel liegt nicht vor, wenn der Auftragnehmer bei der Erstellung des Werks die Herstellervorgaben eingehalten hat und die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine höheren Anforderungen an das Werk stellen.

Tenor:
Auf die Berufung der Beklagten wird das am 04.01.2018 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert und neu gefasst.
Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Bochum zum Aktenzeichen I-5 OH 4/15 trägt der Kläger.
Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe: 1
A. 2

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Werkleistung bei der Abdichtung eines Hauses geltend. Zudem begehrt er die Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich weitergehender Schäden an der Abdichtung.	3
Der Kläger beabsichtigte die Errichtung eines Zweifamilienhauses in der L-Straße in Oer-Erkenschwick. Hierfür ließ er durch die X mbH für Bautechnik ein Leistungsverzeichnis erstellen. Die Beklagte zu 1) gab anhand des Leistungsverzeichnisses unter dem 03.07.2011 ein Angebot für Erdarbeiten, Kanalisationsarbeiten, Mauerarbeiten und Beton- und Stahlbetonarbeiten ab. Nach einer Angebotsverhandlung am 15.07.2011 beauftragte der Kläger die Beklagte zu 1) mit der Erstellung des Rohbaus. Zum Auftragsumfang gehörte, den Keller des Gebäudes mittels einer zweilagigen Bitumendickbeschichtung mit Gewebeeinlage gegen Feuchtigkeit abzudichten. Die erdberührten Kellerwände sollten mit extrudierten Polystyrol-Hartschaumplatten in einer Stärke von 120 mm gedämmt werden. Die Beklagte zu 1) errichtete den Rohbau in den Jahren 2011 und 2012.	4
Die Beklagten zu 2) und 3) sind Gesellschafter der Beklagten zu 1).	5
Die Pläne sahen im Kellergeschoss zur Gartenseite hin zwei Fenster vor, welche mit Lichtschächten versehen werden sollten. Der Rohbau des Kellers wurde unter Aussparung der Fensteröffnungen mit WU-Beton durch die Beklagte zu 1) errichtet. Die Fensteröffnungen wurden zu einem späteren Zeitpunkt zugemauert.	6
Die Abdichtung des Kellers erfolgte mittels eines bituminösen Voranstrichs sowie einer gewebearmierten Bitumendickbeschichtung aus kunststoffmodifizierter Beschichtung der Fa. Q „Q1 - 2K“. Hierauf wurde eine Perimeterdämmung im Punktverfahren geklebt.	7
Eine förmliche Abnahme fand nicht statt. In der Folgezeit bezog der Kläger das Haus. Die Beklagte zu 1) stellte mit Datum vom 20.01.2012 ihre Schlussrechnung.	8
Nach einiger Zeit kam es zu Feuchtigkeitsproblemen im Kellergeschoss des Hauses, auch an der zum Garten gelegenen rückwärtigen Außenwand. Der Kläger forderte die Beklagten mit Schreiben vom 28.01.2015 auf, die Mängel bis zum 10.02.2015 zu beseitigen. Die Beklagten lehnten eine Mängelbeseitigung mit der Begründung ab, dass es sich um Kondenswasser handele und nicht um von außen eindringende Feuchtigkeit.	9
Der Kläger hat ein selbstständiges Beweisverfahren beim Landgericht Bochum unter dem Aktenzeichen 5 OH 4/15 eingeleitet.	10
Der Kläger hat behauptet, der Beklagte zu 3) habe die Fensteröffnungen nach Absprache mit ihm zugemauert. Es seien unterschiedliche Dämmplatten mit unterschiedlicher Dicke verwendet worden. Die Dämmplatten hätten vollflächig verklebt werden müssen. Die Arbeiten der Beklagten seien Ende Februar/Anfang März 2012 fertiggestellt worden.	11
Die Beklagten haben behauptet, der Kläger habe die Fensteröffnungen eigenmächtig durch eine dritte Person zumauern lassen. Dies sei nicht fachgerecht erfolgt. Es seien Dämmplatten der Fa. V XPS aufgeklebt worden. Die nunmehr sichtbaren Schäden an der Abdichtung seien dadurch entstanden, dass die vom Kläger mit den Ausschachtungsarbeiten beauftragten Arbeiter die Dämmplatten abgerissen hätten. Sie sind der Ansicht, für die festgestellten Mängel nicht verantwortlich zu sein. Nach den Anwendungs- und Verarbeitungsvorgaben des Herstellers der Dämmplatten wie auch der einschlägigen DIN-Norm sei es möglich, die Dämmplatten mit geeigneten heiß oder kalt zu verarbeitenden Klebmassen, Zwei-Komponenten- Klebmassen oder mit speziellen Klebebändern punkt- bzw. vollflächig an den	12

Außenwänden anzukleben. Eine solche Vorgehensweise sei auch auf der Abdichtung zulässig.

Das Landgericht hat Beweis durch Zeugenvernehmung und Ergänzung des Gutachtens des im des selbstständigen Beweisverfahren beauftragten Sachverständigen U erhoben. 13

Mit Urteil vom 04.01.2018 hat es die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 2.677,50 € zu zahlen. Des Weiteren hat es festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger jeglichen weiteren Schaden aufgrund der mangelhaften Abdichtung zu ersetzen, soweit dieser auf der mangelhaften Anbringung der Dämmung außerhalb des Bereichs der zugemauerten Fensterflächen beruhe. Im Übrigen hat es die Klage in der Hauptsache abgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Werkleistung der Beklagten insoweit mangelhaft ausgeführt worden sei. Der Sachverständige habe überzeugend und widerspruchsfrei ausgeführt, dass die von den Beklagten verwandten Dämmplatten nicht hätten verklebt werden dürfen. Es hätte den anerkannten Regeln der Technik entsprechend einer Trennlage zwischen Kellerwand und Dämmung bedurft, um die im Erdreich vorhandenen Kräfte aufzufangen. Durch die vorgenommene feste Verklebung der Platten und die auftretenden Vertikalkräfte könne es zu einem Abreißen der Dämmplatten kommen, wodurch das Gewebe der Abdichtung freigelegt werde und ein entsprechender Feuchtigkeitsschutz nicht mehr gegeben sei. Der Vortrag aus dem nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung nicht nachgelassenen Schriftsatz sei nicht zu berücksichtigen. Die Beklagten hätten für die mangelhafte Dämmung jedoch nicht in den Bereichen einzustehen, in welchen sich die zugemauerten Fensteröffnungen befinden. Es könne nicht festgestellt werden, dass die Beklagten die Fensteröffnungen zugemauert hätten. Die Verschuldensvermutung aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hätten die Beklagten nicht entkräftet. Werde durch die Verwendung eines Baustoffes, der von den üblichen Verarbeitungsgrundsätzen abweichende Eigenschaften aufweise, Gebrauch gemacht, so hätten sich die Beklagten über die genaue Art der Anwendung und die bauaufsichtliche Zulassung des Baustoffes vergewissern müssen. Durch die mangelhafte Abdichtung der Kelleraußenwand sei dem Kläger ein Schaden in Höhe von 2.677,50 € netto entstanden. Die Mängelbeseitigungskosten für die erneute Auftragung einer Bitumendickbeschichtung sowie die anschließende Anbringung von Hartschaumdämmplatten auf einer Fläche von 28 qm beliefen sich auf 1.540 € netto. Hinsichtlich der Freischachtungsarbeiten ergebe sich ein Anspruch des Klägers auf hälftige Kostenbeteiligung, was einem Betrag in Höhe von 1.137,50 € entspreche. Hinsichtlich des Feststellungsanspruchs hat das Landgericht ausgeführt, dass der Kläger das notwendige Feststellungsinteresse habe, da zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht konkret absehbar gewesen sei, welcher konkrete Mangel vorliege und welche Folgeschäden sich daraus ergäben. Der Kläger habe zudem Anspruch auf Zahlung hälftiger, nicht anrechenbarer vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten ausgehend von einem Gegenstandswert von bis zu 3.000 € in Höhe von 179,27 €.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung. Das Landgericht habe verkannt, dass sie die Herstellervorgaben zur Anbringung der Dämmplatten beachtet hätten. Die Dämmplatten seien nach den anerkannten Regeln der Technik angebracht worden. Die Verklebung sei erforderlich, damit die Platten bei einer anschließenden Aufschüttung des Erdreichs nicht verrutschen. Die Äußerungen des Sachverständigen würden gegen die zugrunde zulegende DIN 18533-1 verstoßen. Diese fordere gemäß 13.2.6 die Verklebung mit systemkompatiblen Klebstoffen. Das Landgericht hätte auf den Antrag Schriftsatznachlass gewähren müssen. Alternativ hätte ansonsten die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens eines Fachmanns für Gebäudeabdichtung veranlasst werden müssen. 15

Die Beklagten beantragen,	16
unter Abänderung des am 04.01.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Bochum, Az. 1 O 110/16, die Klage abzuweisen.	17
Der Kläger beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Zutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass es den anerkannten Regeln der Technik entspreche, dass die Dämmplatten nicht verklebt werden dürften, da sie im Falle einer Belastung abreißen könnten. Die seitens der Beklagten in Bezug genommenen Herstellervorgaben gelten nur für Wände mit bituminösem Anstrich. Hilfsweise behauptet der Kläger: Der das Gebäude umgebende Boden weise nur eine geringe Versickerungsfähigkeit auf, so dass die höchsten Anforderungen an die Bauwerksabdichtung zu stellen gewesen wären. Dies hätte eine vollflächige Verklebung erforderlich gemacht.	20
Der Senat hat Beweis durch ergänzende Anhörung des Sachverständigen U erhoben.	21
B.	22
Die zulässige Berufung ist begründet.	23
I. Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B i.V.m. § 128 HGB analog.	24
1. In den zwischen den Parteien zustande gekommenen Werkvertrag ist die VOB/B wirksam einbezogen worden.	25
Eine wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – als solche sind die VOB anzusehen – setzt nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB voraus, dass der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Es genügt ein Hinweis auf die VOB/B im Vertrag für eine wirksame Einbeziehung allerdings dann, wenn für die Vertragspartei des Verwenders ein mit den Bedingungen Vertrauter auftritt, da der Verwender davon ausgehen darf, dass sich dieser selbst ohne Weiteres die nötigen Kenntnisse verschaffen kann (vgl. OLG Bremen BauR 2006, 1001 ff. Rn.17, zitiert nach juris). Vorliegend ist der Kläger als Verwender der VOB/B anzusehen. Verwender ist derjenige, auf dessen Veranlassung die Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag zurückzuführen ist (BGH NZBau 2004, 267). Die Geltung der Bedingungen der VOB/B ergibt sich aus der seitens der für den Kläger tätigen X + M mbH für Bautechnik erstellten Verpflichtungserklärung. Die Verpflichtungserklärung haben die Beklagten unterzeichnet. Die Fiktion des § 310 Abs.3 Nr.1 BGB ist damit widerlegt. Es genüge für die Einbeziehung der VOB/B ein Hinweis, da auf Seiten der Beklagten Unternehmer aufgetreten sind, die mit der VOB/B vertraut waren.	26
Einbezogen wurde die VOB/B in der neuesten Fassung. Zum Zeitpunkt des Vertragsangebots im Jahr 2011 war dies die Fassung vom 31.07.2009 (VOB/B 2009).	27
2. Die Vorschrift des § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B ist anwendbar, da von einer konkludenten Abnahme der Werkleistung der Beklagten zu 1) auszugehen ist. Eine konkludente Abnahme kann in einer Ingebrauchnahme nach einer Probephase liegen (vgl. BGH NJW 2016, 634, 635). Die Arbeiten der Beklagten zu 1) waren spätestens im Frühling 2012 abgeschlossen.	28

Der Kläger hat das Gebäude unstreitig bezogen. Mängelrügen in Bezug auf das Werk der Beklagten zu 1) innerhalb einer angemessenen Prüfungsfrist sind nicht vorgetragen. Feuchtigkeitserscheinungen im Kellergeschoss hat der Kläger erstmals Anfang 2015 angezeigt.

3. Der Anspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B setzt das Vorliegen eines wesentlichen Mangels, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist, voraus. 29

a) Der Kläger hat einen Mangel des Werkes der Beklagten zu 1) nicht bewiesen. 30

aa) Das Landgericht hat bereits der Beklagten zu 1) zuzurechnende Mängel an der Außentreppe zum Kellergeschoss, den Anschlüssen der Fensterprofile im Bereich der Terrassentüren und an der Abdichtung der Kelleraußenwand an der Garagenseite sowie an den zugemauerten Fensteröffnungen im Bereich der Kellerwand zum Garten verneint. Eine Anfechtung des Urteils ist insoweit nicht erfolgt. 31

bb) Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist allein noch die Verklebung der Dämmplatten auf der Abdichtungsschicht außerhalb des Bereichs der zugemauerten Fensteröffnungen. 32

Auch insoweit konnte der Kläger einen Mangel nicht beweisen. 33

Nach § 13 Abs. 1 VOB/B ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werks, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Ein Mangel ist anzunehmen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben oder die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart oder den anerkannten Regeln der Technik nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (st. Rspr. vgl. BGH NJW 2008, 511). 34

Es ergibt sich kein Mangel wegen der erfolgten punktuellen Verklebung der Perimeterdämmung auf der gewebearmierten Bitumendickbeschichtung aus kunststoffmodifizierter Beschichtung, dies weder unter dem Gesichtspunkt, dass eine Verklebung überhaupt erfolgte, noch unter dem Gesichtspunkt, dass keine vollflächige Verklebung erfolgte. 35

(1) Ein Abweichen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik durch Verklebung der Perimeterdämmung auf der gewebearmierten Bitumendickbeschichtung konnte der Senat nicht feststellen. An gegenteilige tatsächliche Feststellungen im landgerichtlichen Urteil ist der Senat nicht gebunden, da konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Beklagten zeigen solche Anhaltspunkte unter Berufung auf die zur Wärmedämmung geltenden DIN-Vorschriften, die 36

allgemeine bauaufsichtliche Zulassung der Dämmplatten sowie die bereits erstinstanzlich vorgelegten Anwendungs- und Verarbeitungsvorgaben der Hersteller auf.

Auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen U im Senatstermin kann ein Abweichen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht festgestellt werden. Der Sachverständige konnte keine allgemein anerkannte Regel der Technik aufzeigen, die eine Verklebung der Perimeterdämmung auf der kunststoffmodifizierten Bitumendickbeschichtung verbietet. Ein Verstoß ergibt sich nicht aus der DIN 18195 Teil 4, 6 und 10 oder der DIN 4108 Teil 2. Die vorliegend ausgeführte Verklebung der Perimeterdämmung mit der kunststoffmodifizierten Bitumendickbeschichtung steht im Einklang mit der allgemein bauaufsichtlichen Zulassung der Dämmplatten, die eine Sicherung gegen Verschieben und Verrutschen beispielsweise durch Verkleben verlangt. Das Verkleben entspricht zudem den Anwendungs- und Verarbeitungsvorgaben sowohl des Herstellers der Perimeterdämmung als auch des Herstellers der Dickbeschichtung. Die Herstellervorgaben verweisen auch auf die DIN 18195 und empfehlen eine Verklebung

37

Dass sich die Beklagte zu 1) bei der Ausführung an die Herstellervorgaben gehalten hat, stellt keinen Mangel dar. Die Einhaltung der Herstellervorgaben stellt dann keinen Mangel dar, wenn die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine höheren Anforderungen an das Werk stellen als die Herstellervorgaben. Diese Bewertung nimmt der Senat unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Mangel bei Abweichungen von den Herstellervorgaben vor. Danach kann ein Mangel zum einen vorliegen, wenn die Herstellervorgaben zwar eingehalten sind, das Werk aber nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht (vgl. Pastor in Werner/Pastor Der Bauprozess 16. Aufl., Rdn. 2030 m.w.N.). Zum anderen kann ein Mangel vorliegen, wenn die Anforderungen der Herstellervorgaben über die allgemein anerkannten Regeln der Technik hinausgehen, um ein bestimmtes Risiko abzuwenden, und diese nicht eingehalten wurden (vgl. BGH Urteil vom 21.04.2011 – VII ZR 130/10; OLG Hamm Urteil vom 02.09.2015 – 12 U 199/14 m.w.N.).

38

Soweit der Sachverständige ursprünglich die Ansicht vertreten hat, die Verarbeitungsvorgaben des Herstellers der Perimeterdämmung und der Dickbeschichtung entsprächen nicht den anerkannten Regeln der Technik, da die Dickschicht keine Tragschicht zur Aufnahme von Vertikalkräften sei, ergibt sich keine andere Bewertung. Denn der Sachverständige hat in seiner mündlichen Anhörung durch den Senat ausgeführt, es bestehe das Risiko, dass es beim Verfüllen der Baugrube zum Verschieben oder Abreißen der Dämmschicht und damit zur Beschädigung der Abdichtungsschicht kommen könne. Diese Gefahr nehmen die Anwendungs- und Verarbeitungsvorgaben auf und weisen auf die schichtweise Verfüllung und Verdichtung der Baugrube ohne Beschädigung der Perimeterdämmung hin. Aus der bestehenden Gefahr beim nicht ordnungsgemäßen Verfüllen ergibt sich aber nicht, dass eine Verklebung gegen die anerkannten Regeln der Technik verstößt.

39

Dass es vorliegend beim Verfüllen der Baugrube zum Verschieben oder Abreißen der Dämmschicht und damit zur Beschädigung der Abdichtungsschicht gekommen ist, konnte der Sachverständige nicht feststellen. Die von ihm getroffenen Feststellungen erfolgten erst, nachdem klägerseits die Freilegung der Kelleraußenwand und die Entfernung der Dämmschicht erfolgt waren.

40

Soweit der Sachverständige ausführte, er selbst schreibe stets eine Ausführung der Wärmedämmung mit Trennlage aus, ergibt sich kein Mangel. Es ist schon nicht erkennbar, dass es sich dabei um eine allgemein anerkannte Regel der Technik handelt. Unter den Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Technik fallen nämlich nicht alle

41

wissenschaftlich als richtig erkannten Methoden, sondern sie müssen sich auch in der Praxis bei der großen Mehrheit der maßgebenden Fachkreise durchgesetzt haben (vgl. Pastor in Werner/Pastor Der Bauprozess 16. Aufl., Rdn. 1966 m.w.N.). Dass eine solche Durchsetzung der vom Sachverständigen geschilderten Ausführungsart in der Praxis erfolgt ist, ergibt sich nicht. Es ist auch nicht nachvollziehbar, wie ein Verrutschen der Wärmedämmplatten ohne Fixierung vor Verfüllen und damit die Gefahr von Wärmebrücken vermieden werden soll.

(2) Auch unter Berücksichtigung des hilfsweise geltend gemachten Einwands des Klägers, dass eine flächendeckende Verklebung erforderlich gewesen wäre, ergibt sich kein Mangel. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik sehen eine vollflächige Verklebung für den Lastfall „drückendes Wasser“ vor. Dies ergibt sich aus Ziffer 4.3.8 der zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden DIN 18195 Teil 10. Danach sind für die Anwendung im Bereich von drückendem Wasser die Dämmplatten an der Wand so zu verlegen, dass die Platten nicht von Wasser hinterlaufen oder hinterspült werden. 42

Dass der Lastfall „drückendes Wasser“ auf dem Grundstück des Klägers vorliegt oder dass für die Beklagten irgendwelche Anhaltspunkte dafür erkennbar gewesen wären, ist nicht ersichtlich. Aus den vorgelegten Unterlagen ergibt sich nicht, welche Wasserbeanspruchung auf dem Grundstück des Klägers vorliegt. Der Kläger trägt lediglich vor, dass die geringe Versickerungsfähigkeit des Untergrundes den Architekten veranlasst habe, den Feuchteschutz des Gebäudes sehr aufwändig zu planen. Eine Planung liegt laut den Angaben des Sachverständigen U (S. 18 des Gutachtens vom 08.09.2015) nicht vor und wurde nicht zur Akte gereicht. Auch aus dem vorgelegten gründungstechnischen Gutachten des Dr. C ergibt sich nichts anderes. Dass das Gutachten konkret das Grundstück des Klägers betrifft, ist schon nicht ersichtlich. Zudem enthält es keine genauen Angaben zur Art der Wasserbeanspruchung. Es wird dort aber ausgeschlossen, dass drückendes Grundwasser vorhanden ist. In Bezug auf aufstauendes Sickerwasser wird auf noch vorzunehmende Grundwasserbeobachtungen in den nächsten Monaten verwiesen. Ein gesondertes Gutachten zu hydrogeologischen Untersuchungen zur Sickerfähigkeit des Untergrundes ist nicht vorgelegt worden. 43

b) Ein Anspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B setzt auch voraus, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. 44

Eine Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit ist gegeben, wenn sich die Leistung nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet oder wenn – in Ermangelung einer vertraglich vorausgesetzten Verwendung – sich die Leistung nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und sie nicht eine solche Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten darf (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1971 – VII ZR 3/69 –; Kohler in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl., 2013, § 13, Rn. 85 und Weyer in Kapelmann/Messerschmidt VOB, § 13 VOB/B, Rn. 334 jeweils m.w.N.). Unter Gebrauchsfähigkeit fallen sowohl die Möglichkeit der üblichen Nutzung im engeren Sinne, bei einem Wohnhaus also die Bewohnbarkeit, als auch die Verkäuflichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1971 – VII ZR 3/69 – juris). 45

aa) Zu einem merkantilen Minderwert, der allein auf die Verklebung der Wärmedämmplatten außerhalb der verschlossenen Fensteröffnungen zurückzuführen ist, hat der Kläger nicht vorgetragen. 46

bb) Auch hinsichtlich der Möglichkeit zur üblichen Nutzung kann eine Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit nicht festgestellt werden. Die Kellerräume des Hauses werden planungsgemäß als Wohnräume genutzt. Eine Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit liegt 47

dann vor, wenn Feuchtigkeit in die Kellerräume eindringt.

Dass es im Wandbereich außerhalb der verschlossenen Fensteröffnungen – eine mangelhafte Ausführung der Dämmung durch Verkleben und Fehlstellen in der kunststoffmodifizierten Bitumendickbeschichtung durch Abreißen der Dämmplatten unterstellt – zum Eintritt von Feuchtigkeit kommt, konnte der Kläger nicht beweisen. Allein dieser Bereich ist im Berufungsverfahren zu beurteilen. Der Sachverständige U hat in seinem Ausgangsgutachten vom 08.09.2015 auf Seite 22 ausgeführt, dass die erdberührten Außenwände mit WU-Betoneigenschaft ausgeführt wurden. Auf S. 42 des Gutachtens hat er weiter ausgeführt, dass der Mangel der unzulässigen Verklebung nicht zwangsläufig zu Wassereintritt führen müsse, da die Wand in WU-Beton ausgeführt worden sei. In seiner ergänzenden mündlichen Stellungnahme vom 09.11.2018 stellte er nochmals klar, dass ein Schaden durch eine Undichtigkeit der Kellerwand nicht nachgewiesen sei.

c) Im Übrigen wäre ein etwaiger Verstoß durch die Beklagten nicht zu vertreten. Zwar wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Vertretenmüssen vermutet.

Die Beklagten könnten sich vorliegend aber entlasten. Denn das Einhalten der Herstellervorgaben ist nicht fahrlässig, wenn nicht allgemein bekannt ist, dass die Herstellervorgaben die allgemein anerkannten Regeln der Technik unterschreiten, also weniger oder etwas anerkannt Falsches verlangen. Vorliegend ist die Ausführung der Dämmung nach den Herstellervorgaben erfolgt. Dass diese gegenüber den allgemein anerkannten Regeln der Technik weniger oder etwas anerkannt Falsches verlangen, ist nicht ersichtlich.

4. Der Kläger hat zudem den Schaden nicht substantiiert dargelegt. Er macht Schadensersatz in Form des kleinen Schadensersatzes geltend. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17) kann im Rahmen des kleinen Schadensersatzes kein Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten gefordert werden. Dies gilt auch für den Schadensersatzanspruch aus § 13 Abs. 7 VOB/B (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2018 – VII ZR 173/16). Nachdem der Kläger bereits im Termin am 01.12.2016 mitteilen ließ, die gartenseitige Wand sei nachgearbeitet worden, wäre der Anspruch nach den tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten zu beziffern, wobei lediglich der Anteil von den Beklagten zu erstatten wäre, der auf den Bereich außerhalb der verschlossenen Fensteröffnungen entfällt. Dazu hat der Kläger auch nach Hinweis durch den Senat nicht vorgetragen.

II. Mangels Bestehens des Hauptanspruches kann der Kläger auch die geltend gemachten Nebenansprüche nicht verlangen.

III. Der Feststellungsantrag ist mangels Bestehens eines Schadensersatzanspruches gegen die Beklagten ebenfalls unbegründet.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711, 713 ZPO.

D.

58

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. Es handelt sich um eine Entscheidung im Einzelfall und der Senat wendet anerkannte Grundsätze der Rechtsprechung an.

