
Datum: 01.10.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 35/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:1001.18U35.01.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 10 O 295/00

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten werden das Urteil des Landgerichts Aachen vom 1.2.2001 - 10 O 295/00 - abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die formell unbedenkliche Berufung des Beklagte hat Erfolg. | 2 |
| Der Klägerin steht ein Zahlungsanspruch gegen den Beklagten nicht zu. Weder ist eine Überzahlung des Beklagten hinsichtlich der von ihm erbrachten Werkleistungen gegeben, noch verbleibt ein über den berechtigten Werklohn hinausgehender Schadensersatzanspruch zu Gunsten der Klägerin. | 3 |
| Nachdem der Beklagte die Arbeiten an dem Bauvorhaben D.weg 14, in H.-S. eingestellt hat, befinden sich die Parteien zwischenzeitlich im Abrechnungsverhältnis. | 4 |
| Eine Überzahlung des Beklagten, der eine Abschlagszahlung von der Klägerin in Höhe von 25.000,- DM erhalten hat, liegt nicht vor. | 5 |
| Hinsichtlich der einzelnen Positionen gilt folgendes: | 6 |
| Angebot 1, Teil 1, vom 1.12.1998 | 7 |
| 1. | 8 |
| | 9 |

Pos. 1 Beratung etc.

Die unter dieser Position erfasste Planung ist unstreitig erfolgt. Soweit die Klägerin vorträgt, dass die Planungsleistung bei Auftragserteilung nicht berechnet werden sollte, liegen dafür Anhaltspunkte nicht vor. Vielmehr ist der für die Planung in Ansatz gebrachte Betrag in Höhe von 1.750,- DM in die pauschalierte Auftragssumme für das Hauptangebot in Höhe von 43.000,- DM einbezogen worden. Daraus ergibt sich, dass diese Arbeiten gerade auch dann zu vergüten sind, wenn der Auftrag erteilt wird und die angebotenen Arbeiten zur Ausführung kommen. Hätten die Planungsleistungen nur dann bezahlt werden sollen, wenn ein Auftrag nicht erteilt worden wäre, hätte eine Aufnahme dieser Position in das Angebot keinen Sinn gemacht. Zugunsten des Beklagten sind also 1.750,- DM zu berücksichtigen.

2. 11

Pos. 2 Erdarbeiten 12

Die unter dieser Position im Angebot des Beklagten in Ansatz gebrachten 4.250,- DM kann dieser ebenfalls verlangen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte die unter dieser Position geschuldeten Leistungen erbracht hat. Die Zeugen T. und K. haben ausgesagt, dass die Arbeiten vollständig erbracht worden seien. Der Zeuge B. hat ausgesagt, dass die Sickermulde entsprechend den Vorgaben ausmodelliert worden sei. Der Zeuge P. hat bekundet, dass er bei der Ausschachtung für im Gartenbereich zu verlegende Rohre darauf achten musste, dass die bereits ausgeführten Arbeiten nicht zerstört werden. Der Zeuge K. hat ebenfalls bestätigt, dass der oberer Wall fertig ausgebildet gewesen sei. Im übrigen konnte er konkrete Angaben dazu, welche Arbeiten nicht ausgeführt worden sein sollen, nicht machen. Vielmehr ergibt sich auch der Aussage dieses Zeugen, dass auch die Sickermulde ausgebildet war. Er hat bekundet, dass nicht eine unzureichende Tiefe der Sickermulde Anlass für die von ihm vorgenommene Vertiefung gewesen sei, sondern Materialbedarf. Der Zeuge S. konnte zu den Gartenarbeiten nichts sagen. Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestehen nicht. Zwar stehen die Zeugen T., K. und P. als Mitarbeiter sowie der Zeuge B. als Vertragspartner des Beklagten in dessen Lager und der Zeuge K. als Sohn der Liquidatorin der Klägerin in deren Lager. Anhaltspunkte, die Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit begründen könnten, liegen jedoch nicht vor. Insbesondere haben sie nicht "blind" den Vortrag der jeweiligen Partei bestätigt, sondern differenziert ausgesagt.

3. 14

Pos.3 15

Die Arbeiten unter dieser Position waren nur alternativ angeboten und sind unstreitig nicht zur Ausführung gelangt, so dass dem Beklagten eine Vergütung hierfür nicht zusteht.

4. 17

Pos.4 Bodendeckerflächen 18

Bezüglich dieser Position ist zu Gunsten des Beklagten lediglich ein Betrag von 913,50 DM zu berücksichtigen. Nach der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte in dem Bereich, in dem ursprünglich eine Bodendeckerbepflanzung vorgesehen war, das Grob- und Feinplanum erbracht hat. Die Zeugen T., B. und K. haben ausgesagt, dass der für die Bodendecker vorgesehene Bereich entsprechend der Planung ausmodelliert

war. Der Zeuge T. hat darüber hinaus bekundet, dass der Bereich für die Bodendeckerbepflanzung pflanzfertig erstellt worden sei. Diese Aussage wird durch die pauschale Bekundung des Zeugen K., der Boden sei insgesamt nicht glatt gewesen, nicht erschüttert, zumal der Zeuge nicht sagen konnte, welcher Bereich für die Bodendeckerbepflanzung vorgesehen war. Zwar hat auch der Zeuge B. bekundet, dass er ein Feinplanum in diesem Bereich nicht gesehen habe, er ist nach seiner weiteren Aussage aber am Ende auch nicht mehr auf der Baustelle gewesen. Zur Glaubwürdigkeit der Zeugen kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.

Soweit die Klägerin erstmals mit Schriftsatz vom 16.7.2002 den Zeugen J. dafür benennt, 20
"dass er bezeugen kann, was die Klägerin zum Unterlassen des Feinplanums bereits ausführlich dargelegt hat", liegt ein ordnungsgemäßes Beweisangebot nicht vor. Es ist aufgrund der pauschalen Bezugnahme nicht erkennbar, welche konkreten Tatsachen in das Wissen des Zeugen gestellt werden sollen.

Soweit die Bepflanzung einschließlich der Lieferung der Pflanzen und der Düngung von dem 21
Beklagten nicht mehr erbracht worden ist, hat der Sachverständige M.-R. in seinem schriftlichen Gutachten nachvollziehbar und von den Parteien unbeanstandet ausgeführt, dass insoweit ein Abzug von netto 2.131,50 DM zu veranschlagen sei, so dass nur ein Betrag von 913,50 DM zu Gunsten des Beklagten zu berücksichtigen ist. Ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch steht der Klägerin wegen der seitens des Beklagten nicht vollständig erbrachten Leistung aus dieser Position nicht zu, da der Sachverständige gerade den angemessenen Kostenanteil für die fehlende Lieferung der Pflanzen sowie das Einpflanzen und Düngen berechnet hat.

5. 22

Pos. 5 23

Die Arbeiten unter dieser Position waren nur alternativ angeboten und sind unstreitig nicht zur 24
Ausführung gelangt, so dass dem Beklagten eine Vergütung hierfür nicht zusteht.

6. 25

Pos. 6 Rasen in fix- und fertiger Aussaat 26

Bezüglich der in dieser Position enthaltenen Arbeiten kann der Beklagte lediglich 1.890,- DM 27
verlangen. Unstreitig ist, dass die Raseneinsaat weder geliefert noch erfolgt ist, so dass dem Beklagten der darauf entfallende Betrag nicht zusteht. Demgegenüber steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte das nach dem übereinstimmenden Parteivortrag für die Raseneinsaat erforderliche Feinplanum erbracht hat. Die Zeugen T. und S. haben bekundet, das Feinplanum in dem für die Raseneinsaat vorgesehenen Bereich hergestellt zu haben, wobei der Zeuge S. ergänzend bekundet hat, diese Arbeiten mit einem Rechen ausgeführt zu haben. Diese Aussagen werden durch die Bekundung des Zeugen K., der ausgesagt hat, der Boden sei insgesamt nicht glatt gewesen, vielmehr habe er ihn erst mit dem Bagger glattgezogen, nicht erschüttert, zumal es schwerlich vorstellbar ist, dass das für die Raseneinsaat erforderliche Feinplanum mit einem Bagger herzustellen ist. Soweit der Zeuge B. bekundet hat, ein Feinplanum in diesem Bereich nicht gesehen zu haben, lässt sich daraus nichts ableiten, da er nach seiner weiteren Aussage am Ende der Arbeiten nicht mehr auf der Baustelle gewesen ist. Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Zeugen T., K. und B. kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden. Auch hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Zeugen S. bestehen

keine Zweifel. Soweit die Klägerin hinsichtlich der Nichterstellung des Feinplanums nunmehr den Zeugen J. benennt, liegt ein ordnungsgemäßes Beweisangebot nicht vor. Insoweit kann ebenfalls auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.

Der Sachverständige hat in seinem Gutachten den für die fehlende Raseneinsaat und Düngung vorzunehmenden Abzug mit 688,- DM netto angegeben. Dem sind die Parteien nicht entgegen getreten. Allerdings geht der Sachverständige dabei entsprechend des von ihm vor Ort genommenen Aufmasses des im Zeitpunkt des Ortstermins vorhandenen Rasens von einer Rasenfläche von 430 qm aus. Ursprünglich waren aber nur 300 qm Rasen vorgesehen. Es können daher nur 480,- DM netto (300 qm x 1,60 DM) in Abzug gebracht werden. 28

Ein über diesen Abzug hinausgehender Schadensersatzanspruch steht der Klägerin nicht zu. 29

7. 30

Pos. 7 PVC-Rohre in Graben 31

Für die Arbeiten dieser Position kann der Beklagte die in Ansatz gebrachten 4.300,- DM verlangen. Soweit die Klägerin vorträgt, dass die Arbeiten zwar erbracht, die Rohre aber nicht in 1 m Tiefe verlegt und nicht abgesandet worden seien, stellt das einen Mangel nicht dar. Vielmehr waren die Rohre entsprechend dem Angebot "... bis 1,00 m Tiefe" zu verlegen. Hinzu kommt, dass die Tiefe der Rohre durch die Anschlüsse vorgegeben sein dürfte, die ebenfalls nicht zu hoch eingebaut worden sind (siehe dazu unten). Schließlich legt die Klägerin nicht substantiiert dar, in welchem Bereich eine Absandung fehlen soll. 32

8. 33

Pos. 8 Zulage zu Pos. 7 34

Die Zulage von 195,- DM kann der Beklagte ebenfalls verlangen. Soweit die Klägerin vorträgt, dass in dem Schacht für die Rohre im Bereich der Stellplätze kein RCL-Material eingebaut worden sei, ist dieser Vortrag nicht nachvollziehbar, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Unterbau nicht im gesamten Pflasterbereich gleich ist. Dieser besteht aber unstreitig aus RCL-Material. 35

9. 36

Pos. 9 Schacht mit Aushub 37

Hinsichtlich dieser Position kann der Beklagte 3.300,- DM verlangen. Unstreitig ist von dem Beklagten nicht die zunächst vorgesehene Betonzisterne, sondern ein Kunststoffregenwassertank geliefert und eingebaut worden, der netto 900,- DM gekostet hat. Soweit die Klägerin behauptet, der Tank sei fehlerhaft, nämlich zu hoch eingebaut worden, kann dem nach den Ausführungen des Sachverständigen M.-R. nicht gefolgt werden. Dieser hat in seinem schriftlichen Gutachten ausführlich dargelegt, dass die Unterkante des Überlaufrohres des Regenwassertankes, durch das bei völliger Auslastung überlaufendes Wasser in die Sickermulde geleitet wird, höher liegen muss als die Überlaufkante der Sickermulde, in die das Überlaufrohr mündet, da nur so ein Rückstau vermieden werden könne. Dies hat der Sachverständige in der ergänzenden Anhörung noch einmal nachvollziehbar erläutert. Soweit er dabei ausgeführt hat, dass bei knappster Einbauart der Tank bei der von ihm im Ortstermin festgestellten konkreten Höhen maximal 10 cm tiefer hätte eingebaut werden können, hätte das an der Problematik, dass der Regenwassertank, 38

insbesondere aber der auf diesem befindliche Domschacht erheblich höher als das natürliche Gelände liegt, nichts geändert. Da die Höhe des Einbaus danach nicht zu beanstanden ist, scheidet ein Schadensersatzanspruch aus. Allerdings ergibt sich aus den vorgelegten Fotos eindeutig, dass der Beklagte den Tank nicht vollständig eingebaut hat. Der Senat hält - im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO - insoweit einen Abzug in Höhe von 1/5 der Einbaukosten, mithin 600,- DM für angemessen. Dass die Klägerin insoweit höhere Kosten entstanden sind, hat sie nicht substantiiert vorgetragen. Insbesondere die von ihr geltend gemachten Planungskosten für einen Steingarten in diesem Bereich kann sie nicht verlangen, da die Einbauhöhe nicht zu beanstanden ist. Selbst wenn man von einem 10 cm tieferen Einbau ausgehen wollte, wären diese Arbeiten angefallen. Soweit die Klägerin außerdem Bagger- und Helferstunden in Ansatz bringt, lassen sich diese den konkreten Arbeiten im Bereich des Regenwassertanks mengenmäßig nicht eindeutig zuordnen. Es ist jedenfalls nicht erkennbar, dass sie den vorgenommenen Abzug übersteigen.

Ein Zurückbehaltungsrecht, welches die Klägerin erstmals mit dem Schriftsatz vom 16.7.2002 geltend macht, besteht nach alledem ebenfalls nicht. 39

10. 40

Pos. 10 Ausschachten und Rohplanum 41

Hinsichtlich dieser Position kann der Beklagte 950,- DM verlangen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte das Rohplanum im Bereich der Pflasterflächen ordnungsgemäß erbracht hat. Die Zeugen T. und K., die den offenen Schacht gesehen haben, haben bestätigt, dass das Rohplanum erbracht worden ist. Das ist auch ohne weiteres nachvollziehbar, da darauf später die Tragschicht eingebaut und gepflastert worden sei. Die Aussagen der weiteren zu diesem Komplex vernommenen Zeugen sind unergiebig. Soweit die Klägerin offensichtlich vortragen will, dass die Auskofferung nicht tief genug vorgenommen worden ist und der Bereich vor der Straße jetzt zu hoch liege, ist dies keine Frage der ordnungsgemäßen Auskofferung, sondern der ordnungsgemäßen Pflasterung bzw. der Einbauhöhe des Pumpenschachtes (siehe dazu unten Nr. 26). Es ist insbesondere nicht vorgetragen, dass gerade aufgrund einer zu geringen Auskofferung der Anschluss an die Straße zu hoch geraten sei. 42

11. 43

Pos. 11 Frost-Tragschicht 44

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte die Frost-Trag-Schicht unter dem gepflasterten Bereich nicht ordnungsgemäß erbracht hat. Der Sachverständige M.-R. hat in seinem schriftlichen Gutachten unter Zugrundelegung der Ergebnisse der Materialuntersuchung der PSM GmbH, die von dem im selbständigen Beweisverfahren tätigen Sachverständigen S. beauftragt worden war, festgestellt, dass der Anteil der kleinen Korngrößen in dem verwendeten RCL-Material zu hoch ist, wodurch die notwendige Versickerungsfähigkeit der Tragschicht nicht ausreichend gewährleistet sei. Der Sachverständige hat in der mündlichen Anhörung nachvollziehbar begründet, warum er seinen Feststellungen das "Merkblatt für wasserdurchlässige Befestigung von Verkehrsflächen ..." zugrunde gelegt hat. Dieses betrifft nämlich versickerungsfähige Flächen, die - wie hier - aus verdichtetem Material hergestellt werden, während das von dem Beklagten für einschlägig gehaltene "Arbeitsblatt A. Planung, Bau und Betrieb von Anlagen zur Versickerung von Niederschlagswasser ..." nur bei unverdichtetem Material heranzuziehen ist. Soweit der Beklagte gegen das Gutachten weiter einwendet, dass 45

die Probe, die die P. GmbH seinerzeit im Auftrag des Sachverständigen S. entnommen und untersucht hat, nicht repräsentativ sei, sondern an mehreren Stellen Proben hätten entnommen werden müssen, kann dem jedenfalls in dem hier vorliegenden konkreten Fall nicht gefolgt werden. Der Sachverständige hat in seiner mündlichen Anhörung nachvollziehbar begründet, warum er die von der P. GmbH entnommene Probe als ausreichende Grundlage für seine Feststellungen ansieht. Insbesondere im Hinblick auf die kleine Fläche, die außerdem verwinkelt angelegt ist, sei es nicht angezeigt gewesen, zusätzliche Proben zu entnehmen. Hinzu kommt, dass auch der Beklagte nicht vorträgt, dass die Korngröße des verwendeten RCL-Materials unterschiedlich gewesen sei. Vielmehr ergibt sich aus seiner Stellungnahme zu dem Gutachten des Sachverständigen M.-R., dass auch er davon ausgeht, dass das verwendete Material nicht den vom Sachverständigen als einschlägig gehaltenen Merkblatt entspricht.

Soweit der Beklagte vorgetragen hat, er habe auf Wunsch der Liquidatorin der Klägerin auch auf der Baustelle vorhandenes Material beigemischt, kann ihn das nicht entlasten, da er sich davon vergewissern muss, dass dieses Material geeignet ist. Auf eine etwaige Sachkunde der Liquidatorin der Klägerin durfte er sich ungeachtet dessen, dass für eine solche hinreichende Anhaltspunkte nicht vorgetragen sind, nicht verlassen. 46

Der Sachverständige M.-R. hat die Kosten für den Austausch der Frost-Tragschicht einschließlich des Ausbaus und Neueinbaus des Pflasters mit 10.000,- DM berechnet, wobei er einen Anteil von 5% Zukauf für nicht mehr zu verwendende Materialien eingerechnet hat. Die 10.000,- DM Schadensersatz kann die Klägerin aber nur verlangen, wenn zu Gunsten des Beklagten die ursprüngliche Vergütung berücksichtigt wird, da die Klägerin die Leistung sonst ohne vollständige Gegenleistung erhalten würde. Somit sind zu Gunsten des Beklagten hinsichtlich dieser Position 1.365,- DM zu berücksichtigen. Der Klägerin steht im Gegenzug ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.000,- DM brutto zu. Da in diesem Schadensersatzbetrag auch die Kosten für die Neuverlegung des Pflasters enthalten sind, sind auch die weiteren, den Unterbau und die Pflasterung betreffenden Positionen aus dem Angebot des Beklagten in vollem Umfang zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. 47

12. 48

Pos. 12 Oberboden andecken 49

Hinsichtlich dieser Position kann der Beklagte 1.350,- DM verlangen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte die Leistungen dieser Position erbracht hat. Zwar hatten die vernommenen Zeugen insoweit kein besonders gutes Erinnerungsbild mehr, die Zeugen T. und B. haben aber bekundet, dass die auf dem Grundstück vorhandene Oberbodenmiete abgetragen und auf dem Grundstück verteilt worden sei. Der Zeuge K. will zwar bei seiner Besichtigung des Grundstücks zu einer Zeit, als der Beklagte seine Arbeiten bereits eingestellt hatte, einen Erdhaufen gesehen haben, konnte aber auf Nachfragen der Liquidatorin der Klägerin nicht sagen, ob sich dieser nicht auf dem Nachbargrundstück befand. Die Angaben des Zeugen P. waren so ungenau, dass sie sichere Schlüsse zu der Frage, ob die Oberbodenmiete noch vorhanden oder bereits auf dem Grundstück verteilt war, nicht zulassen. 50

13. 51

Pos. 13 Kiestraufe und Kiesfüllung 52

53

Bezüglich dieser Position kann der Beklagte lediglich 1.344,- DM verlangen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Beklagte den Beweis, dass er die Kiesfüllung in die Regentraufe eingebracht hat, nicht erbracht. Die Zeugen T. und B. hatten keine Erinnerung an eine Kiesfüllung. Der Sachverständige hat den berechtigten Abzug für die fehlende Kiesfüllung mit 266,- DM netto auf der Grundlage der benötigten Kiesmenge angegeben. Dies ist im Hinblick darauf, dass beim Einfüllen von Kies in eine vorhandenen Traufe der Großteil der Kosten auf die Lieferung des Kiesel entfällt, nachvollziehbar und sachgerecht.

14.	54
Pos. 14 ist im Angebot nicht enthalten	55
15.	56
Pos. 15 Rechteckpflaster in Splittbett verlegen (Stellplatz)	57
Ob die Pflasterfläche von dem Beklagten ordnungsgemäß verlegt worden ist und ob insbesondere die Einfassung an der Straßenfront wegen des noch nicht möglichen Anschlusses mit Betonrückenkeilen ordnungsgemäß war, kann im Hinblick auf die Ausführungen des Sachverständigen zur Mangelhaftigkeit der Frost-Tragschicht dahinstehen. Wegen dieses Mangels ist, wie oben bereits dargelegt, ohnehin eine Neupflasterung erforderlich, so dass eventuelle Mängel in der Verlegung des Pflasters sich nicht mehr auswirken. Da im Rahmen des Schadensersatzes die Kosten für die Neuverlegung eingerechnet worden sind, müssen allerdings auch bei dieser Position die ursprünglichen Kosten für die Verlegung in Höhe von 5.640,- DM zu Gunsten des Beklagten berücksichtigt werden.	58
16.	59
Pos. 16 Pflasterschnitt an Begrenzungen	60
Die in dieser Position enthaltenen Nebenleistungen zur Pflasterung von 27,50 DM sind aus den gleichen Gründen zu Gunsten des Beklagten zu berücksichtigen.	61
17.	62
Pos. 17 Schnitt von Kantsteinen	63
Hinsichtlich dieser Position kann der Beklagte weitere 230,- DM verlangen. Im Beweisaufnahmetermine hat sich geklärt, dass insoweit Schneidearbeiten gemeint sind, die tatsächlich verlegte Randsteine betreffen, was sich im übrigen auch aus den Massen ergibt.	64
18.	65
Pos. 18	66
Leistungen nach dieser Position sind nicht erbracht worden.	67
Angebot Teil 2 vom 1.12.1998, Änderungen, Erweiterungen, Mehrungen, Minderungen	68
19.	69
Pos. N1 Terrassenbelag auf Splittbett	70
	71

Bezüglich dieser Position kann der Beklagte lediglich 2.440,- DM verlangen. Dem steht eine Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 500,- DM gegenüber. Unstreitig sind statt der im Angebot enthaltenen 30 qm nur 28 qm verlegt worden, so dass wegen der Mindermenge ein Abzug von 210,- DM vorzunehmen ist. Soweit weiter unstreitig ist, dass die Terrasse nicht DIN-gerecht, da zu hoch verlegt worden ist, kann dies nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht dem Beklagten angelastet werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Klägerin in Kenntnis des Umstands, dass eine ebenerdige Anlegung der Terrasse nicht fachgerecht ist, diese Ausführung ausdrücklich gewünscht hat. Der Zeuge B. - hinsichtlich dessen Glaubwürdigkeit keine Zweifel bestehen, s.o. - hat insoweit bekundet, dass die Liquidatorin dies in einem Gespräch, welches zu Beginn der Planung stattgefunden habe, trotz seines Hinweises, dass dies nicht der DIN entspreche, ausdrücklich gewünscht habe. Dafür spricht auch, dass die schriftliche Mängelrüge vom 14.4.1999 sowie die anwaltliche Fristsetzung zur Mängelbeseitigung vom 11.5.1999 keinen Hinweis auf eine falsche Höhe der Terrasse enthalten, obwohl die Klägerin ausdrücklich vorträgt, dass sie aufgrund eines früheren Prozesses sehr wohl um die Problematik eines ebenerdigen Terrassenbelages wusste. Schließlich passt dazu die Aussage des Zeugen M., dass die Liquidatorin der Klägerin die Verlegung ihm gegenüber später als praktisch bezeichnet habe.

Soweit die Klägerin in Anlehnung an das im selbständigen Beweisverfahren eingeholte Gutachten des Sachverständigen S. rügt, dass der Unterbau der Terrasse unbrauchbar sei, hat der Sachverständige M.-R. in seinem Gutachten ausgeführt, dass der Unterbau nicht ungeeignet sei. Er hat nachvollziehbar dargelegt, dass der Sachverständige S. bei seiner Bewertung von falschen Anforderungen ausgegangen ist, indem er die Fachnorm ZTVT-Stb86 zugrunde gelegt hat, die Anforderungen an Tragschichten im öffentlichen Straßenraum formuliert, die bei einer nicht befahrbaren Terrasse jedoch nicht verlangt werden können. Der Sachverständige M.-R. führt zudem nachvollziehbar aus, dass man eine fehlende Versickerungsfähigkeit jedenfalls mit einfachen Mitteln hätte herstellen können. Eine Neuherstellung sei in keinem Fall erforderlich gewesen. Der Senat schätzt den Aufwand zur Herstellung von Abflussmöglichkeiten zur Herstellung der Versickerungsfähigkeit dabei gemäß § 287 ZPO auf 500,- DM, so dass der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in dieser Höhe zusteht. Ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch steht der Klägerin nicht zu. Insbesondere ist nicht ersichtlich und auch nicht näher dargelegt, warum eine Nichtvermietbarkeit der Wohnung vorgelegen haben soll.

20. 73

Pos. N2 Seitliche Platten mit Übergang 74

Da der Beklagte diese Arbeiten unstreitig nicht ausgeführt hat, kann er insoweit nichts verlangen. 75

21. 76

Pos. N3 Bänderungen 77

Bezüglich dieser Position, die die Einfassung der Terrasse betrifft, kann der Beklagte 420,- DM verlangen. Der Aufwand für eine nachträglich zu schaffende Versickerungsmöglichkeit durch die Bänderung ist bereits bei der Position N1 (oben Nr. 19) berücksichtigt. 78

22. 79

Pos. N4 Mengenmehrung Schnitt 80

Der Beklagte kann hier 1.375,- DM verlangen. Zwar hat der Sachverständige M.-R. in seinem Gutachten festgestellt, dass im Bereich links vor dem Haus 50% der Steine ungenau geschnitten bzw. geknackt worden sind, was insgesamt eine Schnittkantenlänge von ca. 6,75 m betrifft, und weiter ausgeführt, dass die Steine ersetzt werden müssen. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass wegen der fehlerhaften Frost- Tragschicht ohnehin eine Neuverlegung vorgenommen werden muss, bei der das Pflaster insgesamt neu zu verlegen ist und wofür der Klägerin nach dem oben Gesagten ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.000,- DM zusteht. Da in diesem Betrag auch anfallende Schneidearbeiten an den Steinen enthalten sind, sind dieses zu Gunsten des Beklagten zu berücksichtigen.	81
23.	82
Pos. N5 Rohre tieferlegen	83
Hinsichtlich dieser Position kann der Beklagten 576,- DM verlangen. Soweit die Klägerin behauptet, die Rohre seien nicht tief genug verlegt worden, kann dem nicht gefolgt werden. Diese Angebotsposition kann nur so verstanden werden, dass die Rohre in die von dem Pumpenschacht vorgegebenen Tiefe "bis zu 1,60" verlegt werden sollen. Da der Pumpenschacht nicht zu hoch eingebaut worden ist (siehe dazu unten), ist auch die Verlegungstiefe der Rohre nicht zu beanstanden.	84
24.	85
Pos. N6 Bodenaushub für Pumpenschacht	86
Hier sind zu Gunsten des Beklagten lediglich 552,- DM zu berücksichtigen, da unstreitig nur 12 cbm statt im Angebot ausgewiesener 25 cbm ausgeschachtet worden sind.	87
25.	88
Pos. N7 Sauberkeitsschicht	89
Hierfür kann der Beklagte 450,- DM verlangen, da die Arbeiten von ihm unstreitig erbracht worden sind.	90
26.	91
Pos. N8 Verfüllen des Arbeitsraumes Pumpenschacht	92
Zu Gunsten des Beklagten sind hier 184,- DM zu berücksichtigen, während der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 200,- DM zusteht.	93
Da der Beklagte selbst vorträgt, nur 4 cbm verfüllt zu haben, kann auch nur diese Menge in Ansatz gebracht werden.	94
Soweit unstreitig ist, dass der Beklagte eine Abdichtung der Tankdurchführung nicht vorgenommen hat, fehlt es an einem schlüssigen Vortrag der Klägerin, ob und ggf. in welcher Höhe ihr Kosten durch die Nichtleistung des Beklagten entstanden sind. Soweit die Parteien weiter darüber streiten, ob der Beklagte in das verlegte Leerrohr einen Zugdraht eingezogen hat, kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme der Beweis, dass ein solcher Zugdraht eingebaut worden ist, nicht als geführt angesehen werden. Die zu dieser Frage vernommenen Zeugen konnten sich an den Einbau eines Zugdrahtes nicht erinnern. Soweit die Klägerin insoweit nachträgliche Einbaukosten in Höhe von 868,82 DM geltend macht, sind	95

diese anhand der vorgelegten Rechnung der Fa. H. vom 11.4.1999 aber nicht nachvollziehbar. Dort wird dieser Betrag als Gesamtwerklohn für die Verlegung von Leitungen für Regenwasserpumpen und die Abdichtung eines Abflussrohres verlangt. Zu einem eventuellen Mehraufwand wegen des fehlenden Zugdrahtes ergibt sich daraus nichts. Der Senat schätzt diesen Mehraufwand einschließlich der Abdichtungsmaßnahmen insoweit gemäß § 287 BGB auf 200,- DM.

Hinsichtlich der Pumpenleistung konnte im Beweistermin zwischen den Parteien Einigkeit erzielt werden, das diese gegenüber dem Beklagten nicht mehr gerügt wird. 96

Zur Frage, ob der Pumpenschacht tief genug eingebaut worden ist, hat der Sachverständige M.-R. ausgeführt, dass dieser in ordnungsgemäßer Höhe eingebaut worden ist. Er hat dazu ausgeführt, dass das vom Niveau der Oberkante des Pumpenschachts bis zur Straße entstehende Gefälle von 12% im Hinblick auf die Gesamtanlage der Pflasterfläche und unter Berücksichtigung des natürlichen Geländes in der Region, in der das Grundstück liegt, als durchaus fachgerecht. Dem schließt sich der Senat an. Ein Ausführungsmangel liegt daher nicht vor. 97

27. 98

Pos. N9 zusätzlicher Planungsaufwand B. 99

Bezüglich dieser Position kann der Beklagte nichts verlangen. Er hat nicht konkret vorgetragen, welche Leistungen insoweit erbracht worden sein sollen und welche Pläne und Beratungsleistungen hinsichtlich der Zisterne und der Wasserführung erfolgt sind. Der bloße Hinweis auf erhöhten Beratungsbedarf ist nicht ausreichend. 100

Nachtrag - Erweiterung zum pauschalierten Hauptauftrag vom 19.2.1999 101

28. 102

Pos. N 2.1 Pflasterarbeiten 103

Zu Gunsten des Beklagten sind hier 1.000,- DM zu berücksichtigen. Da die Fläche wegen der mangelhafte Frost-Tragschicht ohnehin neu zu pflastern ist, wofür der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten in Höhe von 10.000,- DM zusteht (s.o.), muss diese Position zu Gunsten des Beklagten Berücksichtigung finden, da diese Arbeiten auch entstanden wären, wenn die Pflasterarbeiten von vornherein ordnungsgemäß erbracht worden wären. 104

29. 105

Pos. N 2.2 Pflastermaterial C. 106

Hinsichtlich dieser Position kann der Beklagte nichts beanspruchen, da der Vortrag der Klägerin, dass die Leistungen dieser Position nicht erbracht, sondern durch Position 3.4 ersetzt worden sind, unbestritten geblieben ist. 107

Nachtragsangebot Nr. 980079 vom 23.2.99 108

30. 109

Pos. 3.1 Zusätzliche Stell- und Gehwegfläche 110

Diese Leistung ist unstreitig erbracht, so dass zu Gunsten des Beklagten 455,- DM zu berücksichtigen sind.	111
31.	112
Pos. 3.2. Transport Materialcontainer	113
Hier kann der Beklagten nichts verlangen, da die Leistungen unstreitig nicht erbracht worden sind.	114
32.	115
Pos. 3.3. Halbrundpodest	116
Hinsichtlich dieser Position sind zu Gunsten des Beklagten 1.550,- DM zu berücksichtigen. Zu Gunsten der Klägerin sind demgegenüber ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 174,- DM brutto und ein Minderwert in Höhe von 500,- DM in Ansatz zu bringen. Soweit der Sachverständige M.-R. in seinem Gutachten ausgeführt hat, dass die Farbabweichung der Fugen des Podestes keinen Mangel darstelle, da in einiger Zeit eine Angleichung erfolge, vermag der Senat dem nicht zu folgen, sondern hält wegen der auf den vorgelegten Fotos deutlich zu erkennenden und auch vom Sachverständigen festgestellten Farbabweichungen einen Minderwert wegen optischer Mängel in Höhe von 500,- DM für angemessen, wobei berücksichtigt wurde, dass sich die unterschiedlichen Farbtöne im Laufe der Zeit angleichen.	117
Zugunsten der Klägerin sind weiterhin 174,- DM zu berücksichtigen, die zur Mangelbeseitigung erforderlich sind. Der Sachverständige M.-R. hat nachvollziehbar festgestellt, dass der Fugenmörtel an der Frontseite des Hauses unmittelbar die Wand berühre, was einer fachgerechten Ausführung nicht entspricht und wodurch die Gefahr des Feuchtigkeitseintritts bestehe. Er veranschlagt die Mängelbeseitigungskosten insoweit mit 150,- DM netto.	118
Soweit die Klägerin weiter rügt, die Steine des Podestes seien zu hoch gesetzt, ist dieser Vortrag nicht nachvollziehbar. Vorgabe für die Höhe ist der Innenraum, mit dem eine ebene Fläche zu erreichen ist. Soweit die Klägerin vorträgt, dass auch in einem weiteren Bereich zusätzliche Abdichtungsmaßnahmen erforderlich seien, hat der Sachverständige M.-R. in seiner ergänzenden Anhörung nachvollziehbar ausgeführt, dass hier zwar ein Mangel vorliege, dieser aber nicht das Gewerk des Beklagten, sondern das des Hochbauers, der das Zinkblech nicht ordnungsgemäß angebracht habe, falle.	119
33.	120
Pos. 3.4 Zulage	121
Hier geht es um eine Zulage hinsichtlich des Plattenmaterials für die Terrasse. Es gelten die obigen Ausführungen zu Pos. N1 (Nr. 19) entsprechend. Wegen der Mindermenge können zu Gunsten des Beklagten nur 546,- DM Berücksichtigung finden.	122
Insgesamt sind daher zu Gunsten des Beklagte zunächst 37.053,- DM zu berücksichtigen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Werklohn des Hauptauftrages (Pos. 1 - 19 und N1 - N9) pauschaliert worden ist. Es ist auf einen Betrag von 40.218,50 DM ein Pauschalierungsnachlass in Höhe von 3.149,53 DM gewährt worden, was einem Nachlass von 7,83 % entspricht. Dieser ist bei dem anhand der Einheitspreise ermittelten berechtigten Werklohn des Beklagten bezüglich dieser Positionen, die 33.502,- DM ausmachen, ebenfalls	123

zu berücksichtigen, so dass sich ein Betrag von 30.878,79 DM netto (= 35.819,40 DM brutto) ergibt, mithin einschließlich des berechtigten Werklohns für die Nachträge in Höhe von 4.119,16 DM brutto insgesamt 39.938,56 DM brutto. Davon sind zunächst die unstreitig gezahlten 25.000,- DM abzuziehen, so dass ein Betrag von 14.938,56 DM verbleibt. Davon sind wiederum die nach den obigen Ausführungen berechtigten Schadensersatzforderungen der Klägerin in Höhe von 10.374,-DM sowie weitere 500,- DM wegen der optischen Mängel der Podestverfugung im Wege der Verrechnung abzuziehen. Es ergibt sich danach ein Betrag von 4.064,56 DM zu Gunsten des Beklagten. Eine Überzahlung des Beklagten liegt daher auch unter Berücksichtigung der der Klägerin zustehenden Schadensersatzansprüche nicht vor, so dass ein Zahlungsanspruch nicht besteht.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 91, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 124

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO n.F.). 125

Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Klägerin: 12.254,64 EUR (= 23.968,- 126 DM).