
Datum:	26.03.2002
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	3. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	3 U 95/01
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2002:0326.3U95.01.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 24. April 2001 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 1 O 76/95 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagten 6.459,37 EUR nebst 4 % Zinsen seit dem 21.02.1997 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Kläger verpflichtet ist, den Beklagten die weiteren, über 15.338,76 EUR (= 30.000,00 DM) hinausgehenden Kosten zu ersetzen, die für die Sanierung der Feuchtigkeitsabdichtung des Kellerbereiches (z.B. Drainplatten, Hohlkehle, Drainage) an der Terrassenseite ihres Hauses P.straße 58 in B. notwendig sind.

Es wird festgestellt, dass der Kläger verpflichtet ist, den Beklagten jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der darauf beruht, dass die Drainage/ Kellerabdichtung auch an den übrigen Seiten des Hauses P.straße 58 in B. entgegen den Regeln der Technik ausgeführt ist.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger zu 57 % und die Beklagten zu 43 % zu tragen. Die Beklagten haben 43 % der Kosten der Streithelfer zu tragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 61 % und den Beklagten zu 39 % auferlegt. Die Beklagten haben 39 % der Kosten der Streithelfer zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 13.450 EUR abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leisten.

Die Beklagten können die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 3.900 EUR abwenden, wenn nicht der Kläger bzw. Streithelfer vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leisten.

Die Sicherheitsleistungen können durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlich-rechtlichen Sparkasse oder Genossenschaftsbank erbracht werden.

Tatbestand

1

Die Beklagten beauftragten den Kläger aufgrund seines Angebots vom 7. 10. 1992 (Bl. 5 ff. d. A.) mit der Durchführung der Erd- und Rohbauarbeiten für ihr Einfamilienhaus P.straße 58 in B.. Der Kläger erstellte u. a. eine Ringdrainage im Bereich des unterkellerten Teils des Hauses. Nach Fertigstellung des Hauses trat im Keller (Saunaraum) Feuchtigkeit auf. 2

Der Kläger macht aus seiner Schlussrechnung vom 9. 11. 1993 einen Restbetrag von 24.479,52 DM geltend. 3

Er hat behauptet, mangelfreie Leistungen erbracht zu haben. Die Feuchtigkeit im Saunaraum sei allein darauf zurückzuführen, dass die Beklagten durch Fluten der - zusätzlich angelegten - provisorischen Drainage das Auftreten von "Stauwasser" provoziert hätten. Nachdem diese provisorische Drainage - unstreitig - zwischenzeitlich gekappt sei, könne es zu weiterer Feuchtigkeit im Keller nicht kommen. 4

Der Kläger hat beantragt, 5

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 24.479,52 DM nebst 12,5 % Zinsen seit dem 31.12.1994 zu zahlen. 6

Die Beklagten haben Klageabweisung und im Wege der Widerklage beantragt, 7

8

den Kläger zu verurteilen, an sie 104.350,38 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21. Februar 1997 zu zahlen.

Der Kläger und die Streithelfer haben die Abweisung der Widerklage beantragt. 9

Die Beklagten haben behauptet, die Drainage sowie die Kelleraußenisolierung seien mangelhaft erstellt, so dass es wiederholt zu Wassereinbrüchen im Keller gekommen sei. Die Drainage müsse vollständig erneuert werden, die Kosten betrügen 116.097,67 DM. Sie hätten die Drainagerohre mehrfach durchspülen lassen müssen und hierfür insgesamt 6.088,10 DM bezahlt. Zum Ausgleich von Mängeln an der Terrasse hätten sich die Parteien auf einen Minderungsbetrag von 5.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer geeinigt. 10

Wegen weiterer behaupteter Mängel haben die Beklagten weitere Minderungs- bzw. Schadensersatzbeträge geltend gemacht. 11

Nach Beweiserhebung durch Vernehmung von Zeugen und Einholung von Sachverständigengutachten hat das Landgericht der Klage in Höhe eines Betrages von 10.954,67 DM nebst Zinsen stattgegeben, die Klage im übrigen und die Widerklage abgewiesen. Es hat wegen fehlerhafter Erstellung der Drainage und Kellerabdichtung den Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 12.500,00 DM zuerkannt. Wegen weiterer Mängel - die nicht Gegenstand der Berufung sind - hat es vom Restwerklohn weitere 1.024,85 DM in Abzug gebracht. Wegen der Begründung im einzelnen wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 12

Gegen das ihnen am 27.04.2001 zugestellte Urteil haben die Beklagten am 28.05.2001 (Montag) Berufung eingelegt, die sie - nach Fristverlängerung bis 30.08.2001 - in einem weiteren Schriftsatz begründet haben, der am 17.08.2001 bei Gericht eingegangen ist. 13

Die Beklagten wiederholen und ergänzen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie tragen zunächst vor, zur Mangelbeseitigung reiche nicht - wie vom Landgericht angenommen - eine partielle Überarbeitung der Drainage in dem Bereich, in dem die Feuchtigkeit im Keller aufgetreten sei. Da die von dem Sachverständigen festgestellten Mängel die gesamte Drainage betreffen, könne deren komplette Neuherstellung verlangt werden. Der Aufwand sei nicht unverhältnismäßig. 14

Die Beklagten behaupten, im August 2001 sei erneut Feuchtigkeit in den Saunaraum und den daneben liegenden Weinkeller eingetreten. 15

Ferner machen die Beklagten geltend, das Landgericht habe ihre Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 6.088,10 DM (Aufwand für die Beseitigung der Verschlammung der Drainage) übersehen. 16

Schließlich wiederholen und ergänzen sie ihren Vortrag zur Vereinbarung einer Minderung in Höhe von 5.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer wegen Mängeln an der Terrasse. 17

Die Beklagten haben zunächst beantragt, 18

1. 19

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den Kläger zu verurteilen, an sie 104.481,10 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21. Februar 1997 zu zahlen, 20

2. 21

festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihnen jedweden Schaden und jedwede Kosten zu ersetzen, die bei der Sanierung der Drainage ihres Hauses anfallen und die über 116.097,67 DM hinausgehen,

3. 23

die Klage abzuweisen. 24

Nachdem der Sachverständige seine in erster Instanz erstatteten Gutachten vor dem Senat erläutert hat, beantragen die Beklagten: 25

1. 26

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den Kläger zu verurteilen, an sie 27
26.008,02 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21.02.1997 zu zahlen,

2. 28

festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihnen jedweden über 37.624,59 DM hinaus 29
entstehenden Aufwand zu ersetzen, der für die Sanierung der Feuchtigkeitsabdichtung des
Kellerbereiches (z. B. Drainplatten, Hohlkehle, Drainage) an der Terrassenseite ihres Hauses
notwendig ist,

3. 30

festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihnen jedweden weiteren Schaden zu ersetzen, 31
der darauf beruht, dass die Drainage und die Kellerabdichtung auch an den übrigen Seiten
des Hauses entgegen den Regeln der Technik ausgeführt ist,

4. 32

die Klage abzuweisen. 33

Der Kläger und die Streithelfer beantragen, 34

die Berufung zurückzuweisen. 35

Auch sie wiederholen ihr erstinstanzliches Vorbringen und tragen ergänzend vor: 36

Das Kellermauerwerk sei bei einer Besichtigung durch den Kläger nach heftigen 37
Niederschlägen vollständig trocken gewesen. Der Beklagte habe auch bestätigt, dass sich in
den vergangenen Monaten (Herbst 2001) keinerlei Feuchtigkeiterscheinungen gezeigt habe.
Der Kläger habe die in den Positionen 39 bis 42 des Leistungsverzeichnisses angeführten
Arbeiten ordnungsgemäß erbracht. Die Drainage verlaufe ordnungsgemäß unter dem
Fußpunkt der Bodenplatte. Dass der Scheitel an einer einzigen Stelle höher als die
Oberkante liege, beeinträchtige die Funktion nicht. Dass die Hohlkehle in dem Bereich, in
dem der Sachverständige die Kellersohle geöffnet habe, nicht vorhanden gewesen sei, sei
nicht symptomatisch, insoweit handle es sich um eine geringfügige Fehlstelle. Die
Drainageplatte habe er gemäß den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses verlegt, der
Streithelfer H. habe die Verlegungsart gebilligt. Auch das Textilvlies sei sachgerecht verlegt
worden. Die Drainage funktioniere ordnungsgemäß. Wegen der Bindigkeit der Böden und des
Fehlens von Schichtenwasser sei nicht zuletzt wegen der fundamentierten Terrasse auch an
der von dem Sachverständigen untersuchten Hausseite ein Feuchtigkeitsanfall nicht denkbar.

Erst recht sei ausgeschlossen, dass hinter die Styroporplatten Wasser gelangen könne. Es gebe kein Risiko, dass Feuchtigkeit in den Keller eindringe.

Den Beklagten stehe ein Schadensersatzanspruch wegen der geringfügigen Unzulänglichkeiten bei der Herstellung der Drainage nicht zu. Auf den Bauvertrag seien die Regeln der § 633 ff. BGB, nicht jedoch die Vorschriften der VOB/B anzuwenden. Diese seien in den Vertrag nicht einbezogen worden. Der Aufwand für eine vollständige Ersetzung der Drainage sei nicht nur im Verhältnis zu den Baukosten, sondern insbesondere in bezug auf den beabsichtigten Erfolg völlig unangemessen. 38

Eine Minderung von 5.000,00 DM für die Ausführung der schrägen Terrassenwände habe der Beklagte dem Kläger zwar angeboten. Er habe aber nur für den Fall akzeptiert, dass damit alle angeblichen Gewährleistungsansprüche erledigt seien. Dazu sei der Beklagte nicht bereit gewesen. 39

Für vergebliche Drainagereinigungsarbeiten stehe den Beklagten kein Ersatzanspruch zu, da die Arbeiten nicht notwendig gewesen seien. Der Kläger habe die provisorische Drainage mit Absicht abgestopft; es habe kein Anlass bestanden, diese Leitung freizuspülen. Eine Aufforderung zur Beseitigung von angeblichen Verstopfungen in der auf Kellersohlenebene verlegten Drainageleitung habe er nicht erhalten. Der Kläger bestreitet die Ausführung der Arbeiten und die geltend gemachten Preise. 40

Der Senat hat den Sachverständigen Dipl.-Ing. P. zur Erläuterung seiner in erster Instanz erstatteten Gutachten gehört. Wegen des Ergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll vom 20.11.2001 (Bl. 708 ff. d.A.) Bezug genommen. 41

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, das angefochtene Urteil sowie die Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. P. Bezug genommen. 42

Entscheidungsgründe 43

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg. 44

I. 45

Die Klage ist unbegründet. 46

Dem Kläger steht ein restlicher Werklohnanspruch in Höhe des Betrages von 10.954,67 DM, den das Landgericht ihm zugesprochen hat, nicht zu. 47

Die Werklohnforderung war zwar nicht um 5.750,00 DM gemindert, sie ist jedoch durch die von den Beklagten in erster Instanz erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen erloschen (§ 389 BGB). 48

1. 49

Die Beklagten können keine Minderung der Vergütung des Klägers gemäß § 13 Nr. 6 VOB/B wegen mangelhafter Ausführung der Arbeiten an der Terrasse ihres Hauses verlangen. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass insoweit kein zu einer Minderung berechtigender Mangel vorliegt. Die entsprechenden Feststellungen im angefochtenen Urteil werden mit der Berufung nicht angegriffen. Diese wird vielmehr allein darauf bestützt, dass die Parteien eine Minderung vereinbart hätten. Eine solche Vereinbarung haben die Beklagten jedoch nicht 50

hinreichend substantiiert dargetan, so dass es der Vernehmung der von ihnen in der Berufungsinstanz benannten Zeugen nicht bedurfte.

Die Beklagten haben nicht schlüssig vorgetragen, dass der Kläger sich mit einer Minderung auch für den Fall einverstanden erklärt hat, dass ein zu einer Minderung nach § 13 Nr. 6 VOB/B berechtigender Mangel nicht vorliegt. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass nach dem eigenen Vortrag der Beklagten (Bl. 43 d.A.) die behauptete Vereinbarung nur die Höhe eines anzusetzenden Minderungsbetrages betraf. Die Beklagten konnten das von ihnen behauptete Angebot des Klägers nur dahin verstehen, dass er sich für einen zur Minderung berechtigenden Mangel eine Minderung anrechnen lassen wollte, um den Mangel nicht beheben zu müssen. Dem Vortrag der Beklagten kann hingegen nicht entnommen werden, dass der Kläger eine Minderung seiner Vergütung unabhängig vom Vorliegen eines Mangels angeboten hat. 51

2. 52

Die restliche Werklohnforderung des Klägers war durch die bereits vor dem 20.04.1995 erklärte Aufrechnung der Beklagten (vgl. ihr Schriftsatz Bl. 42 d.A.) mit einer Gegenforderung in Höhe von 6.088,10 DM erloschen. 53

Der Kläger ist nach seinem eigenen Vortrag aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zum Ersatz der Kosten verpflichtet, die für die Untersuchung und Reinigung der vorläufigen Drainage und der Hauptdrainage entstanden sind (vgl. Rechnungen der Firma S. und Partner vom 10.12., 16.12., 22.12. 1993 und 18.01.1994, Bl. 65 bis 68 d.A.). 54

Soweit die in Rechnung gestellten Arbeiten die nur vorübergehend zur Entwässerung der Baustelle angelegte Drainage betreffen, waren sie zwar überflüssig, weil diese Drainage für das errichtete Haus keine Funktion mehr hatte und mit einem Stopfen verschlossen worden war. Die insoweit unnützen Aufwendungen sind aber darauf zurückzuführen, dass der Kläger die Beklagten nicht über die vorgenannten Umstände aufgeklärt und dadurch veranlasst hat, dass sie diese Drainage öffnen und säubern ließen und dass infolgedessen Schlamm in die Hauptdrainage gelangte, die sodann ebenfalls gesäubert werden musste. Spätestens nach den Hinweisen des Streithelfers H. vom 29.03.1993 (Bl. 35 d.A.) und 11.10.1993 (Bl. 360 d.A.) auf die Notwendigkeit einer Überprüfung und Durchspülung der Drainageleitung, weil im Schacht kein Wasser ankomme und der Keller immer noch feucht sei, musste der Kläger sich vergewissern, dass die Beklagten nicht irrtümlich annahmen, die mit dem Stopfen versehene Drainage funktioniere nicht ordnungsgemäß. Dies hat der Kläger nicht getan. Er hat auf die vorgenannten Schreiben des Streithelfers H. nicht reagiert. Seine Behauptung, dem Streithelfer sei bekannt gewesen, dass die provisorische Drainage abgestopft worden sei, um sie außer Funktion zu setzen, ist nicht hinreichend substantiiert. 55

Die schuldhafte Verletzung der Aufklärungspflicht ist kausal dafür, dass die Beklagten Überprüfungs- und Reinigungsarbeiten haben durchführen lassen. 56

Wenn der Kläger in der Berufungserwiderung die Ausführung der Arbeiten und die Preise pauschal bestreitet, reicht dies angesichts der von den Beklagten vorgelegten spezifizierten Rechnungen nicht aus, zumal der Kläger in erster Instanz (vgl. sein Schriftsatz Bl. 75 d.A.) weder die Arbeiten noch die entstandenen Kosten bestritten hat, so dass der Vortrag der Beklagten gemäß § 138 Abs. 4 ZPO als zugestanden anzusehen war. 57

3. 58

Der Werklohnanspruch des Klägers ist auch im übrigen (in Höhe von 4.866,57 DM) durch die von den Beklagten in erster Instanz erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses von 20.000,00 DM (vgl. ihr Schriftsatz Bl. 42 d.A.) erloschen. Die Beklagten hatten diesen Vorschuss zur Erneuerung der Drainage "im Bereich der rückwärtigen Traufseite" geltend gemacht. Dabei handelt es sich um die Seite des Hauses, an der sich die Terrasse befindet. Das Landgericht hat den Beklagten insoweit bereits einen Ersatzanspruch in Höhe von 12.500,00 DM zuerkannt. Die entsprechende Kürzung der Klageforderung ist von dem Kläger und den Streithelfern nicht angegriffen worden. 59

Dem Beklagten steht ein über den Betrag von 12.500,00 DM hinausgehender Kostenvorschussanspruch gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B in Höhe von weiteren 17.500,00 DM (insgesamt also 30.000,00 DM) zu. 60

Entgegen dem Vortrag des Klägers ist die VOB in den Werkvertrag einbezogen worden. Vertragsgrundlage ist unstreitig die Leistungsbeschreibung vom 7.10.1992 in Verbindung mit den Allgemeinen Vorbemerkungen, die der Kläger unter dem selben Datum unterschrieben hat (Bl. 5 - 7 d.A.). Nach Nr. 13 dieser Vorbemerkungen sind Grundlage der Ausschreibung die einschlägigen VOB- und DIN-Vorschriften. In der Leistungsbeschreibung heißt es: "Die nachstehenden Vorbemerkungen sind verbindlich für sämtliche Leistungen dieser Leistungsbeschreibung, anders lautende VOB-Vorschriften werden durch den Inhalt der Vorbemerkungen ersetzt." Zu § 13 Nr. 5 VOB/B enthalten die Vormerkungen keine abweichenden Regelungen. 61

Die VOB sind auch gemäß § 2 AGBG durch Vereinbarung Vertragsbestandteil geworden. Der bloße Hinweis auf ihre Geltung genügte, da es sich bei dem beklagten Ehemann, der Fliesenlegermeister ist, um einen im Baubereich bewanderten Vertragspartner handelt (vgl. BGH NJW 1994, 2547). Deshalb brauchte den Beklagten nicht die Gelegenheit zur Kenntnisnahme des vollen VOB-Textes gegeben zu werden. 62

Der Kläger ist zur Zahlung eines Vorschusses für die Sanierung der Drainage/Feuchtigkeitsabdichtung an der "Terrassenseite" des Hauses verpflichtet. Die Beklagten haben insoweit ein Nachbesserungsrecht gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B. 63

Die Erstellung der Drainage an dieser Hausseite ist mangelhaft im Sinne von § 13 Nr. 1 VOB/B, weil sie nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Drainage auch mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Denn die Leistung des Auftragnehmers muss nicht nur fehlerfrei sein, sondern auch den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Insoweit stellt § 13 Nr. 1 VOB/B gegenüber § 633 BGB ein zusätzliches Erfordernis auf. 64

Der Senat hält aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen P. in seinem schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 20.09.2000 und der Erläuterung vor dem Senat in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2001 für erwiesen, dass die Ausführung der um das Haus gelegten Ringdrainage insgesamt nicht DIN-gemäß und damit mangelhaft ist. Die Drainage musste nicht nur dann den Anforderungen der DIN entsprechen, wenn angesichts der Bodenverhältnisse eine Drainage erforderlich war. Entscheidend ist allein, dass die Parteien den Einbau einer Drainage vertraglich vereinbart haben und dass nach Nr. 13 der Allgemeinen Vorbemerkungen zu dem Werkvertrag die Drainage den DIN-Vorschriften entsprechen musste. Das war jedenfalls an der von dem Sachverständigen untersuchten Stelle nicht der Fall. Nach seinen Feststellungen bestehen vielmehr folgende Mängel: 65

- Das Drainagerohr liegt zu hoch. Der Scheitel des Rohres liegt zwar an der	66
Prüfstelle unter der Oberkante des vorspringenden Fundamentes bzw. der	67
Bodenplatte. Das Rohr steigt aber zu dem senkrecht zur Haupthausrückwand	68
vorspringenden Gebäudeteil leicht an. Dort liegt der Scheitel höher als die	69
Oberkante des Bodenplatten-Fundamentvorsprungs. Nach DIN 4095 ist	70
die Rohrsohle am Hochpunkt mindestens 0,20 m unter der Oberfläche der	71
Rohbetonbodenplatte anzuordnen. Bei einem Drainagerohr von 0,10 m	72
Durchmesser muss der Rohrscheitel <u>am Hochpunkt</u> mindestens 0,10 m tiefer	73
als die Rohbetonbodenplatte liegen. Die Prüfstelle ist nicht der Hochpunkt.	74
Daher liegt das Rohr zu hoch.	75
- Die Ausführung der Polystyrolplatten verstößt ebenfalls gegen DIN 4095. Die	76
Platten sind so angebracht, dass die an einer Seite in Diagonalen gefräst-	77
ten Kanäle zur Wand zeigen; die Platten sind fest aufsitzend auf dem Funda-	78
mentvorsprung befestigt. Sie sind teilweise mit sperrenden Stößen einge-	79
baut, so dass Wasser hinter die Platten laufen, am Wandfußpunkt aber nicht	80
ablaufen kann. Beim Aufgraben der Stelle durch einen Bauunternehmer hat	81
dieser fest gestellt, dass beim Abnehmen der Platten Wasser herausgelaufen	82
ist.	83
Dass die gefrästen Kanäle nicht zur Wand zeigen dürfen, ergibt sich auch aus	84
der von den Streithelfern vorgelegten Herstellerinformation (757 d.A.), die vor-	85
schreibt, dass die Platten mit der glatten Seite lose an die Kelleraußenwand	86
gestellt werden.	87
- Am Wandfußpunkt wurde am Übergang der Wand zum Fundamentvorsprung	88
keine Hohlkehle eingebaut. Dort kann das Wasser, weil sich die Platten in die	89
bituminöse Dichtung eingedrückt haben und über dem Fundamentvorsprung	90
dicht abschließen, nicht ablaufen. Es staut und kann an Fehlstellen in der	91
Außenwandabdichtung, die bei einem Drainagesystem nicht druckwasser-	92
haltend ausgebildet ist, in den Keller gelangen.	93
	94

- Das Drainagerohr ist mit einem Geotextilvlies umhüllt. Dies ist an falscher Stelle eingebaut; es müsste die das Rohr umgebende Rollkiesschicht um-	95
schließen, damit die Verschlammung der Drainage und der Rollkiesschicht verhindert wird.	96
Der Senat sieht keinen Anlass, an der Richtigkeit der vorstehend wiedergegebenen Feststellungen des Sachverständigen und seiner ihm seit vielen Jahren bekannten Sachkunde zu zweifeln. Insbesondere stehen die Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht im Widerspruch zu den Feststellungen in seinem Ergänzungsgutachten vom 20.09.2000, sondern stimmen mit diesen überein. Auch dort hatte der Sachverständige die Polystyrolplatten als ungeeignet bezeichnet. Selbst wenn diese Einschätzung von der Verwendungsmöglichkeit abweicht, die die Firma K. als Hersteller angibt (Bl. 757 d.A.: "Bei der Verwendung als Drainageplatte ist das K. Filtervlies zum Schutz der Kanäle zwingend notwendig"), berührt dies nicht die Verwertbarkeit des Gutachtens und gibt keinen Anlass zur Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens. Maßgeblich ist, dass die Ausführungen des Sachverständigen zur Art und Weise der Anbringung der Platten mit der Herstellerinformation übereinstimmen.	97
Der Senat hält aufgrund des Sachverständigengutachtens auch für erwiesen, dass die Drainage nicht nur an der von dem Sachverständigen untersuchten Stelle, sondern rund um das Haus jedenfalls insoweit mangelhaft ist, als die Polystyrolplatten falsch angebracht sind. Denn der Kläger behauptet selbst nicht, die Platten im übrigen auf andere Weise angebracht zu haben als an der von dem Sachverständigen untersuchten Stelle.	98
Wegen des Verstoßes gegen die DIN 4095 ist die Werkleistung des Klägers nicht mängelfrei und der Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B an sich gegeben.	99
Die Beklagten haben den Kläger mit Schreiben ihrer Architekten vom 19.10.1993 (Bl. 94 d.A.) zur Nachbesserung auffordern lassen. Der Kläger selbst lässt diese Aufforderung genügen, obwohl sie sich nicht auf die maßgebliche Drainage, sondern auf die vorläufige Drainage bezieht, da auf das Eindringen von Wasser im Sauna-Kellerraum hingewiesen wurde (vgl. Berufungserwiderung Blatt 661 f. d.A.).	100
Der Kläger war nicht berechtigt, die Beseitigung des Mangels an der "Terrassenseite" des Hauses zu verweigern, weil sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde. Die Frage der Verhältnismäßigkeit kann weder allein aufgrund der Höhe der Mängelbeseitigungskosten noch aufgrund einer Relation dieser Kosten zu den Herstellungskosten der mangelhaften Bausache entschieden werden. Maßgebend ist allein das Verhältnis der Mängelbeseitigungskosten zu dem durch die Mängelbeseitigung erzielbaren Erfolg. Unverhältnismäßig sind die Aufwendungen, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht (vgl. BGH NJW 1973, 138, 139).	101
Der zur Mängelbeseitigung notwendige Aufwand ist nur dann unverhältnismäßig, wenn sich die Mängel der Drainage nicht durch Eintritt von Feuchtigkeit in dem Keller des Hauses auswirken. Nur in diesem Fall wird kein wesentlicher Erfolg durch die Mängelbeseitigung erzielt; anderenfalls ist das Haus durch einen wasserdurchlässigen Keller massiv mangelbehaftet und erheblich im Wert gemindert, so dass die Mängelbeseitigung zu einem	102
	103

erheblichen Erfolg führt. Das sieht auch der Kläger nicht anders (vgl. seine Berufungserwiderung Bl. 663 d.A.).

Der Kläger hat aber nicht den ihm obliegenden Beweis der Unverhältnismäßigkeit der Aufwandes geführt. Er hat die Funktionsfähigkeit der Drainage an der "Terrassenseite" nicht bewiesen. Seine Behauptung, zu der Feuchtigkeit im Keller sei es nur deshalb gekommen, weil der Beklagte in das vorläufige Drainagerohr mit Hilfe eines Wasserschlauches Unmengen von Wasser eingeleitet habe, das gegen die Kelleraußenwand geflossen und dort herunter gelaufen sei; ohne dieses künstlich erzeugte Flutereignis habe es bis heute Feuchtigkeit nicht gegeben, ist nicht bewiesen. Nach dem Vortrag der Beklagten ist in der Vergangenheit wiederholt Feuchtigkeit von außen in den Keller eingedrungen: Nach dem Schreiben der Streithelfer vom 19.10.1993 (Bl. 94 d.A.) war dies bei starkem Regen bereits seinerzeit der Fall. Feuchtigkeit wird auch für Januar 1994 (Bl. 362 d.A.), April 1995 (Bl. 42 d.A.), Januar 1998 (Bl. 273 d.A.) und August 1999 (Bl. 516 d.A.), unabhängig vom Durchspülen der Drainage und Fluten durch den Sachverständigen im Januar 1996 vorgetragen. 104

Der Beklagte persönlich hat nach seiner Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 3.04.2001 zuletzt im November 2000 Feuchtigkeit im Bereich der Sauna festgestellt. Schließlich tragen die Beklagten vor, Anfang August 2001 habe sich nicht nur erneut Feuchtigkeit in der Sauna gezeigt; im Weinkeller sei der Feuchtigkeitsschaden so stark gewesen, dass es nicht bei Wasserflecken auf der Außenwand verblieben sei, sondern Wasser auf dem Fußboden gestanden habe. 105

Der Kläger hat keinen geeigneten Beweis dafür angetreten, dass dieses Vorbringen der Beklagten nicht den Tatsachen entspricht. Selbst wenn die Beklagten den Beweis bezüglich der Feuchtigkeit im August 2001 vereitelt haben sollten, weil sie dem Kläger keinen Zutritt zu dem Saunaraum gewährt haben, trifft dies doch nicht für das Auftreten von Feuchtigkeit in den Jahren 1993 bis 2000 zu. Dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens war nicht stattzugeben, da bereits der Sachverständige Dipl.-Ing. P. zu der Beweisfrage Stellung genommen und die Sanierung der Drainage/Kellerabdichtung an der gesamten "Terrassenseite" zur Minimierung des Risikos eines weiteren Feuchtigkeitseintritts für unbedingt notwendig erachtet hat. Dem folgt der Senat. Für die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens besteht keine Veranlassung, wie bereits oben ausgeführt. Selbst wenn es entgegen den Ausführungen des Sachverständigen P. im Bereich des Hauses der Beklagten keine Schichtenböden und keine Schichtenwasser, weder Stauwasserbelastung noch drückendes Wasser geben sollte, ist doch das Risiko von Feuchtigkeitseintritt durch Oberflächenwasser nicht ausgeräumt, solange nicht widerlegt ist, dass in den Jahren 1993-2000 wiederholt Feuchtigkeit in den Keller gelangt ist. Insbesondere die Terrasse stellt keinen ausreichenden Schutz dar, da die Hausseite nicht in ganzer Breite von der Terrasse abgedeckt wird. Sowohl im Bereich des Weinkellers als auch im Bereich der Sauna gibt es einen nicht von der Terrasse überdeckten Bereich. 106

Da der Kläger der Aufforderung zur Mängelbeseitigung im Schreiben der Streithelfer vom 19.10.1993 nicht nachgekommen ist, können die Beklagten die Mängel auf Kosten des Klägers beseitigen lassen. Der Setzung einer angemessenen Frist bedurfte es nicht mehr - die Fristsetzung bis 23.10.1993 war nicht angemessen - , da der Kläger mit seinem gesamten Verhalten gezeigt hat, dass er die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. 107

Die Beklagten können einen Vorschuss in Höhe der zur Mängelbeseitigung voraussichtlich erforderlichen Kosten verlangen. Der Senat schätzt die Kosten gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage der Angaben des Sachverständigen P. in der mündlichen Verhandlung vom 108

20.11.2001 (20.000,00 DM bis 25.000,00 DM netto zuzüglich 4.000,00 DM Architektenkosten) und der von den Beklagten vorgelegten Kostenvoranschlägen des Bauunternehmers C. (Bl. 204 d.A.) sowie der weiteren Kostenvoranschläge einschließlich Mehrwertsteuer auf 30.000,00 DM. Eine exaktere Schätzung war dem Senat nicht möglich, zumal die Kostenvoranschläge der Garten- Landschaftsbaufirma	
S.-E. (Bl. 208 ff. d.A.) und des Fliesenfachgeschäfts H. (Bl. 211 d. A.) nicht bzw. im Detail nachvollzogen werden können.	109
Auf den Betrag anzurechnen sind 12.500,00 DM, die das Landgericht den Beklagten als Schadensersatz zuerkannt hat. Da die Beklagten in erster Instanz mit einem Vorschussanspruch in Höhe von 20.000,00 DM aufgerechnet haben (Bl. 42 d.A.) war der restliche Werklohnanspruch des Klägers infolge dieser Aufrechnung und der Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch in Höhe von 6.088,10 DM sowie der vom Landgericht zuerkannten Minderungen und Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 1.024,85 DM erloschen.	110
II.	111
Die Widerklage ist zulässig und teilweise begründet.	112
1.	113
Die Beklagten haben einen Anspruch auf Vorschusszahlung, soweit der Kostenvorschuss nicht durch Einbehaltung der Vergütung des Klägers gedeckt ist. Von dem Betrag der restlichen Vergütung entfallen 17.366,57 DM (24.479,52 DM - 6.088,10 DM - 1.024,85 DM) auf den Vorschuss. Die Beklagten können daher vom Kläger die Zahlung von 30.000,00 DM minus 17.366,57 DM = 12.633,43 DM = 6.459,37 EUR verlangen.	114
Der Zinsanspruch in Höhe von 4 % ist seit dem 21.02.1997 gemäß § 291 BGB begründet.	115
2.	116
Da die Höhe der erforderlichen Kosten noch nicht exakt ermittelt werden kann, ist der Feststellungswiderklageantrag zu 2) zulässig und begründet.	117
Die Beklagten haben einen Anspruch auf Feststellung, dass der Kläger verpflichtet ist, einen über 30.000,00 DM hinausgehenden Kostenaufwand zu ersetzen, der für die Sanierung der Feuchtigkeitsabdichtung des Kellerbereiches der Terrassenseite ihres Hauses notwendig ist.	118
3.	119
Auch der Feststellungswiderklageantrag zu 3) ist zulässig und begründet.	120
Wie oben ausgeführt, ist unklar, ob infolge der Mangelhaftigkeit der Drainage und Kellerabdichtung auch an den übrigen Seiten des Hauses nachteilige Auswirkungen und damit Schäden zu erwarten sind. Das reicht für die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens aus (vgl. Baumbach/Hartmann, § 256 ZPO Rz. 79).	121
Falls es an den übrigen Hausseiten zu Feuchtigkeitseinbrüchen kommen sollte, weil die Drainage/Kellerabdichtung nicht ordnungsgemäß erstellt ist, liegt ein fahrlässig und damit schuldhaft herbeigeführter wesentlicher Mangel vor, der die Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks erheblich beeinträchtigt. Die Ersatzpflicht umfasst sowohl den Aufwand für die	122

Mangelbeseitigung an Drainage/Kellerabdichtung als auch jeden weiteren Schaden, der adäquat - ursächlich auf die Fehlleistung des Klägers zurückzuführen ist, da der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht.

III.	123
Die Kostenentscheidung ergeht nach §§ 92 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.	124
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	125
<u>Berufungsstreitwert:</u>	126
a) bis 4.03.2002: 10.954,67 DM	127
+ 104.481,10 DM	128
+ <u>5.000,00 DM</u> (Feststellungsantrag)	129
120.435,77 DM = 61.577,83 EUR	130
ab 5.03.2002: 10.954,67 DM	131
+ 26.008,02 DM	132
+ 10.000,00 DM (Feststellungswiderklageantrag	133
zu 2)	134
+ <u>40.000,00 DM</u> (Feststellungswiderklageantrag	135
zu 3)	136
86.962,69 DM = 44.463,32 EUR	137
<u>Beschwer des Klägers: 10.954,67 DM</u>	138
+ 12.633,08 DM	139
+ 10.000,00 DM	140
+ <u>40.000,00 DM</u>	141
73.587,75 DM = 37.624,82 EUR	142
<u>Beschwer der Beklagten:</u>	143
13.374,94 DM (26.008,02 DM - 12.633,08 DM)	144
= 6.838,50 EUR	145