

---

**Datum:** 22.09.2004  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 11. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 11 U 93/01  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2004:0922.11U93.01.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 18 O 117/95

---

**Tenor:**

1.)

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 27.04.2001 (18 O 117/95) wird zurückgewiesen.

2.)

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

3.)

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

**Tatbestand**

1

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Schadensersatz wegen Feuchtigkeitsschäden an der Wohnanlage O-Weg 5 a, xxxx C/T in Anspruch. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Kläger 139.418,17 DM nebst Zinsen zu zahlen. Wegen des Sachverhalts und des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

2

Die Beklagte verfolgt mit der Berufung ihren Antrag auf Abweisung der Klage fort. Hinsichtlich der Mängel der Außenisolierung rügt die Beklagte, der Sachverständige S habe insoweit zu

3

Mängeln der Isolierung an der Vorderfront und der rechten Seitenfront des Gebäudes keine Feststellungen getroffen. Außerdem lägen die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus §§ 634, 635 BGB a.F. nicht vor. Die hohen Folgekosten hätten die Kläger durch ihr zögerliches Verhalten selbst verursacht. Hätten sie der Beklagten nicht durch Schreiben vom 20.09.1995 (Anlageheft Bl. 174 = Bl. 343) untersagt, nach den Ursachen der Feuchtigkeitsschäden zu suchen, so hätte die von der Beklagten beauftragte Firma M & Söhne die am 15.09.1995 bereits begonnenen Suche nach dem Rohrbruch in der Wohnung des Klägers zu 4. noch im September 1995 entdeckt, so dass die Folgeschäden nicht oder in einem wesentlichen geringeren Umfang eingetreten wären.

Die Beklagte beantragt, 4

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt ab- 5

zuweisen 6

Die Kläger beantragen, 7

die Berufung zurückzuweisen. 8

Sie verteidigen das Urteil des Landgerichts und wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. 9

Der Senat hat aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 05.06.2002 (Bl. 994 d.A.) und 24.03.2004 (Bl. 1106 d.A.) Beweis erhoben durch Einholung von Gutachten der Sachverständigen N und S. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen N vom 09.01.2003 (Bl. 1031 ff. d.A.), seine ergänzende Stellungnahme vom 19.08.2003 (Bl. 1081 ff. d.A.), das Gutachten des Sachverständigen S vom 17.05.2004 (Bl. 1120 ff. d.A.) sowie das Protokoll zu der mündlichen Anhörung dieses Sachverständigen im Termin vom 11.08.2004 (Bl. 1156 ff. d.A.) verwiesen. Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. 10

## **Entscheidungsgründe** 11

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte nach §§ 634, 635 BGB a.F. im zuerkannten Umfang zum Schadensersatz verurteilt. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung greifen nicht durch. Im einzelnen gilt folgendes: 12

1.) 13

Nach dem Gutachten des Sachverständigen N vom 09.01.2003 und der ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen vom 19.08.2003 steht fest, dass die Abdichtung der Außenisolierung auch im Bereich der Vorderfront und der rechten Seitenfront mangelhaft ist. Der Sachverständige hat ausgeführt, die von der Beklagten verwendete Dickbeschichtung sei in der im vorliegenden Fall geltenden Fassung der DIN 18195 vom August 1983 noch nicht aufgeführt, sondern finde erst in der neuen Ausgabe Berücksichtigung. Diese Dickbeschichtungen hätten sich im Laufe der Zeit zwar bewährt. Jedoch erreiche die von der Beklagten verwendete aus "Kunststoff-Bitumen-Basis" bestehende Dickbeschichtung unabhängig davon, ob DIN 18195 Teil 4 (Abdichtung gegen Bodenfeuchtigkeit) oder Teil 5 (Abdichtung gegen nicht drückendes Wasser) maßgebend sei, nicht die je nach Hersteller (Firma E und Firma St) vorgeschriebene Dicke. Nicht geklärt, aber nach diesen Ausführungen 14

unerheblich ist, ob das bei der Bauausführung verwendete Produkt eines dieser Hersteller ist. Der Sachverständige ist bei seiner Einschätzung, dass die Werkausführung nicht den Anforderungen an einer ordnungsgemäßen Abdichtung entspricht, bei seiner ergänzenden Stellungnahme geblieben. Die Fragen der Beklagten, ob die festgestellte Schichtdicke unter pragmatischen Gesichtspunkten ausreiche, worauf es zurückzuführen sei, dass es nicht zu Feuchtigkeitsschäden gekommen sei, und ob die Funktionstüchtigkeit im Hinblick auf die zu erwartenden Feuchtigkeitsschäden beeinträchtigt oder ausreichend sei, hat er dahin beantwortet, dass die anfallende Bodenfeuchtigkeit aufgrund der Geländesituation und der vorgenommen Oberflächenbeseitigung nur geringfügig sei. Das anfallende Sickerwasser werde durch das Dränleitungssystem abgeleitet, so dass es zu einem Durchfeuchten der Kelleraußenwände nicht komme. Erst wenn sich durch Mängel im Dränleitungssystem das Sickerwasser aufstauen könne, seien massive Durchfeuchtungen im unteren Teil der Kelleraußenwände zu erwarten.

Aufgrund dieser überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ist ein Sachmangel im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB a.F. zu bejahen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik ein Mangel nicht vorliegt, wenn dieser Verstoß nicht mit einem Schaden oder einem tatsächlich nachweisbaren Risiko verbunden ist, mithin irgendwelche Gebrauchsnachteile auch langfristig nicht erkennbar sind (so OLG Nürnberg NZBau 2002, 673; vgl. demgegenüber OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 146, 147; Palandt-Sprau, BGB, 63. Aufl., § 633 Rn. 6). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes schuldet der Unternehmer in jedem Fall ein dauerhaft mangelfreies und zweckgerechtes Werk (vgl. Werner-Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rn. 1454 m.w.N.). Für die Annahme eines Baumangels reicht es schon aus, dass eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs besteht (OLG Düsseldorf a.a.O.; Werner/Pastor Rdn. 1466). Hier besteht die ohne weiteres vorhandene Gefahr, dass es infolge des Versagens der Drainage zu Wassereinbrüchen kommen kann, was von den Klägern als den Erwerbern nicht hingenommen werden muss. Hinzu kommt, dass ein gravierender Mangel vorliegt. Es ist bereits zweifelhaft, ob die Beklagte mit einer sog. Dickbeschichtung ein vertragsgemäßes Werk hätte erbringen können (offenlassend BGH NJW 2000, 2991, 2992; weitere Nachweise bei Werner/Pastor Rdn. 1515 Stichwort "Bitumendickbeschichtung"). Der Sachverständige N hat darauf hingewiesen, dass in der bis 1999 gültigen DIN 18195 (Bauwerksabdichtungen; Ausgabe 8/1983 ff.) derartige Dickbeschichtungen nicht vorgesehen waren; sie wurden von den Produktherstellern für alle in den bisherigen Teilen 4 - 6 der DIN 18195 geregelten Lastfälle dennoch propagiert (zur Praxisbewährung und Mangelhäufigkeit ausführlich Kamphausen, Jahrbuch Baurecht 2000, 218, 227 ff.). Wenn eine derartige kunststoffmodifizierte Bitumenabdichtung, wie sie die DIN 18195 nunmehr zumindest verlangt, aufgebracht wird, so muss dies freilich in jedem Falle sach- und fachgerecht entsprechend den Anweisungen der Hersteller erfolgen (vgl. BGH NJW 2000, 2991, 2992). Ist das - wie hier - nicht erfolgt, so liegt ein erheblicher Mangel vor.

Der von den Klägern im Wege des Schadensersatzes geltend gemachte Mangelbeseitigungsaufwand ist auch nicht unverhältnismäßig. Die Kläger haben grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass das Werk in einen den vertraglichen Anforderungen entsprechenden mangelfreien Zustand versetzt wird. Etwas anderes kommt nur dann in Betracht, wenn die Aufwendungen im Sinne der §§ 251 Abs. 2, 635 BGB a.F. unverhältnismäßig sind. Das ist anzunehmen, wenn der 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 geltend gemachten Geldaufwandes steht (vgl. Werner-Pastor Rn. 1684 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH). Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Der Sachverständige N hat zur Verhältnismäßigkeit

des Mängelbeseitigungsaufwandes ausgeführt, bis zu 1,50 m Tiefe ab der Oberkante des Geländes könne es nicht zu Durchfeuchtungen kommen, es bestehe aber ohne weiteres die Möglichkeit, dass bei einer Erhöhung des Feuchtigkeitsgehaltes im Bodenbereich das über der Bodenplatte liegende Kelleraußenwerk unzureichend abgedichtet sei. Im Hinblick hierauf sei es besser, wenn man die beiden über der Bodenbetonplatte liegenden Kelleraußenwände bis etwa 0,70 m Höhe von der Rauminnenseite mit einem dafür geeigneten Dichtungsmittel verpressen würde. Auf eine derartige Maßnahme müssen sich die Kläger jedoch nicht verweisen lassen, zumal der Sachverständige den hierfür anfallenden Kostenaufwand nicht näher beziffert hat.

Die für den Anspruch aus §§ 634, 635 BGB a.F. grundsätzlich erforderliche Nachfristsetzung hat das Landgericht mit überzeugenden Gründen für entbehrlich gehalten. Hinzu kommt, dass sich aufgrund der im Berufungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahme auch das Bestreiten der Mängel im Bereich der Vorder- und rechten Seitenfront als unberechtigt erwiesen hat. Selbst auf das erste Gutachten des Sachverständigen N hat sich die Beklagte nicht zur Mängelbeseitigung bereit erklärt, sondern diese unter Erheben weiterer Einwände verweigert, die ebenfalls unbegründet waren. Es ist anerkannt, dass in dem wiederholten Bestreiten eines Mangels durch den Auftragnehmer eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liegen kann, wodurch eine Nachfristsetzung überflüssig wird (BGH NJW-RR 1995, 939, 940; NZBau 2002, 611, 613 = NJW-RR 2002, 1533 = BGHReport 2003, 55).

2.) 18

Der Schadensersatzanspruch hinsichtlich der durch den Feuchtigkeitseintritt im September 1995 verursachten Folgeschäden ist nicht wegen eines Verstoßes der Kläger gegen die Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen oder vermindert. Zwar haben die Kläger durch das Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 20.09.1995, mit dem sie der Beklagten die Durchführung weiterer Untersuchungsmaßnahmen untersagt haben, ihre Schadensminderungspflicht verletzt. Es lässt sich aber nicht feststellen, dass die Schäden ohne diese Pflichtverletzung nicht oder in einem geringeren Umfang eingetreten wären. Dass diese Schäden ganz oder teilweise auch dann entstanden wären, wenn die Kläger der Beklagten die Durchführung weiterer Untersuchungsmaßnahmen nicht untersagt hätten, sondern die von der Beklagten beauftragte Firma M & Söhne die am 15.09.1995 bereits begonnene Suche nach dem Rohrbruch in der Wohnung der Kläger zu 4. innerhalb der für derartige Arbeiten üblichen Zeit erfolgreich abgeschlossen und den Rohrbruch beseitigt hätte, hat der Sachverständige S verneint. Er ist dabei davon ausgegangen, dass der Rohrbruch bis etwa Anfang Oktober 1995 beseitigt worden wäre. Aus den zur Akte gereichten Fotos (Anlageheft Bl. 175 d.A.) hat er geschlossen, dass die durch den Wasserrohrbruch verursachten Schäden zu diesem Zeitpunkt bereits einen Umfang angenommen hätten, der auch nach Abschluss der Reparatur und der Estrichtrocknung eine vollständige erneute Sanierung der Wände und Böden erforderlich gemacht hätte. Die von der Beklagten hiergegen erhobenen Einwendungen greifen nicht durch. Soweit sie geltend macht, die Firma M hätte den Rohrbruch innerhalb weniger Tage beseitigt, muss sie sich entgegenhalten lassen, dass die Suche nach dem Rohrbruch bereits am 15.09.1995 begonnen wurde, aber bis zur Untersagung weiterer Maßnahmen am 20.09.1995 nicht erfolgreich abgeschlossen worden ist. Es besteht daher kein hinreichender Anhalt dafür, dass die Annahme des Sachverständigen, der Rohrbruch wäre erst Anfang Oktober 1995 beseitigt worden, unzutreffend ist. Der weitere Einwand, die von dem Sachverständigen herangezogenen Fotos beträfen lediglich die Wohnung der Kläger zu 4. und ließen keinen Rückschluss darauf zu, dass auch die übrigen betroffenen Wohnungen in dem fraglichen

Zeitraum schon in einem Umfange durchfeuchtet gewesen seien, der eine vollständige Sanierung erforderlich gemacht hätte, ist ebenfalls nicht erhärtet worden. Der Sachverständige S hat in seiner mündlichen Anhörung insoweit auf die Messungen des Privatsachverständigen A verwiesen, die dieser in seinem Schreiben vom 10.10.1995 festgehalten hat (Anlageheft Bl. 176 ff.). Danach betrugen die Werte in der Wohnung I (Kläger zu 4.) am 22.09.1995 75 bis 82 Skalenteile, und am 02.10.1995 72 bis 80 Skalenteile. In der Wohnung der Beklagten zu 5. (Wohnung "U") hat der Sachverständige A am 02.10.1995 Werte von 64 bis 90 Skalenteile und in der Wohnung der Klägerin zu 3. am 04.10.1995 Werte von 26 bis 73 Skalenteile festgestellt, wobei Werte zwischen 50 und 75 Skalenteile als deutlich feucht, von 75 bis 100 Skalenteile als nass bis hin zur Wassersättigung gelten. Nach den Messungen des Sachverständigen A hat sich die Feuchtigkeit in der Wohnung der Kläger zu 4. in dem hier fraglichen Zeitraum nicht mehr deutlich erhöht. Die für die anderen Wohnungen Anfang Oktober ermittelten Werte deuten darauf hin, dass diese Wohnungen ebenfalls bereits Mitte September in erheblichem Umfange von dem Wassereintrich in Mitleidenschaft gezogen worden sind. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme des Sachverständigen S, die durch den Wasserrohrbruch verursachten Schäden hätten Anfang Oktober 1995 bereits einen Umfang angenommen, der den geltend gemachten Sanierungsaufwand erforderlich gemacht habe, nicht entkräftet.

Das geht zu Lasten der Beklagten. Die Beweislast für das Mitverschulden und dessen Ursächlichkeit obliegt dieser als der Ersatzpflichtigen (vgl. Palandt-Heinrichs § 254 Rn. 82). Dafür, inwieweit sich ein Mitverschulden auswirkt, gilt zwar die Beweiserleichterung nach § 287 ZPO (BGH NJW 1986, 2946). Danach reicht als Beweismaß eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung aus (BGH NJW 1993, 734; 2004, 444, 445; 2004, 1521, 1522; Palandt-Heinrichs Vorbemerkung vor § 249 Rn. 172). Eine richterliche Schätzung ist aber unzulässig, wenn sie mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge (Zöller-Greger, ZPO, 24. Aufl., § 287 Rn. 4 m.w.N.). Dies ist hier der Fall; dafür, dass sich die Verletzung der Schadensminderungspflicht auf die Höhe des Schadens ausgewirkt hätte, fehlt es auch unter Berücksichtigung der Herabsetzung des Beweismaßes an den notwendigen Anhaltspunkten. Das geht zu Lasten der beweispflichtigen Beklagten; der für die Schadensermittlung maßgebende § 287 ZPO ändert nichts an dieser Beweislastverteilung (Zöller-Greger § 287 Rn. 1 a.E.).

Die Ausführungen der Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.9.2004 geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

3.)

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Berufungsstreitwert 71.283,38 EUR (139.418,17 DM)