

---

**Datum:** 12.10.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 16. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 16 U 21/15  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2016:1012.16U21.15.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 16 O 191/14

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 9.1.2015 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 16 O 191/14 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von 75 % der Ansprüche der S GbR (vertreten durch den Gesellschafter Rechtsanwalt V, I-allee 00, XXXXX C) bezüglich der mit der Sanierung des Gussasphalts hinsichtlich des Bauvorhabens X-straße 00-000/H-straße 00, XXXXX C, anfallenden Aufwendungen freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 25 % und die Beklagte zu 75 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die jeweilige Vollstreckungsschuldnerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 59.200 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Gründe:

I.

Die S GbR errichtete in C-C H als Bauträgerin durch Umbau und Erweiterung eines Wohn- und Geschäftshauses die aus 28 Wohnungen mit Tiefgarage bestehende Wohnungseigentumsanlage X-str. 00-000/H-straße. Sie beauftragte die Klägerin mit „VOB-Vertrag“ vom 11.5.2006 mit den Gewerken Rohbau, Dach und Fassade. Die Klägerin ihrerseits beauftragte am 9.11.2006 die Beklagte als Nachunternehmerin mit der Aufbringung eines Gussasphalts auf dem Betonboden der Tiefgarage zum Preis von 18.291 € netto (GA 8). Der dem Auftrag zugrundeliegende Kostenvoranschlag der Beklagten vom 19.10.2006 (GA 102) enthält den Zusatz:

„zu Pos. 3: Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass lt. ZTV-Ing neueste Fassung – eine Randausbildung durch Aufkantung herzustellen ist. Dies führt dann natürlich auch zu einer anderen Untergrundvorbereitung mit allen, auf der Baustelle geschilderten, Konsequenzen.“

Pos. 3 des Kostenvoranschlags lautet: „ca. 200 lfm Tok-Band liefern und als Randausbildung an den aufgehenden Bauteilen heiss anbringen.“

Wegen Mängeln, u.a. im Bereich des Bodens der Tiefgarage, leitete die WEG gegen die S GbR ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Bonn 18 OH 18/12 ein, in welchem die S GbR der Klägerin und diese der Beklagten den Streit verkündete. Der Sachverständige Dipl.-Ing. F gelangte in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass der Boden der Tiefgarage nicht fachgerecht abgedichtet sei, so dass Wasser durch den Gussasphalt und an den Rändern in den Betonboden eindringen und dort zur Korrosion der Bewehrung und zu Abplatzungen im Beton führen könne.

Auf Grundlage dieses Gutachtens verurteilte das Landgericht Bonn die Klägerin in einem Parallelverfahren 18 O 202/14 LG Bonn zur Zahlung von Sanierungskosten in Höhe von 66.088,65 € und stellte ihre Ersatzpflicht für die weiteren Sanierungskosten fest. Der Betrag von 66.088,65 € setzt sich wie folgt zusammen:

|                              |             |
|------------------------------|-------------|
| unstreitige Sanierungskosten | 93.775,55 € |
|------------------------------|-------------|

|                     |             |
|---------------------|-------------|
| ./.. Sowieso-Kosten | 27.686,90 € |
|---------------------|-------------|

|               |            |
|---------------|------------|
| Kugelstrahlen | 1.439,64 € |
|---------------|------------|

|             |            |
|-------------|------------|
| Grundierung | 1.948,90 € |
|-------------|------------|

|            |            |
|------------|------------|
| Abdichtung | 9.881,93 € |
|------------|------------|

|                |             |
|----------------|-------------|
| Wandanschlüsse | 12.955,64 € |
|----------------|-------------|

|                       |             |
|-----------------------|-------------|
| anteilige Regiekosten | 1.460,79 €. |
|-----------------------|-------------|

Ferner verurteilte es die Klägerin zur anteiligen Tragung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens und Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Die Klägerin wehrt sich gegen dieses Urteil mit der beim Senat anhängigen Berufung (16 U 155/15). Sie bestreitet die Erforderlichkeit einer vollflächigen Abdichtung und beruft sich auf ein Planungsmitverschulden der S GbR, weil in den Plänen und der Ausschreibung der Bauträgerin eine solche Abdichtung nicht vorgesehen gewesen sei.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Im vorliegenden Verfahren verlangt die Klägerin von der Beklagten als ihrer Nachunternehmerin die Freistellung von Ansprüchen ihrer Auftraggeberin bezüglich der Sanierung des Gussasphaltbelags.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 16 |
| Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Beklagte hafte nicht, weil sie die erforderlichen Hinweise erteilt habe. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Sie hält den Hinweis im Angebot der Beklagten nicht für ausreichend, da er sich lediglich auf den Randbereich beziehe. Einen weitergehenden mündlichen Hinweis der Beklagten habe es nicht gegeben.                                                                                                                                                      | 17 |
| Die Klägerin beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 18 |
| das Urteil des Landgerichts Köln vom 9.1.2015, Az. 16 O 191/14 dahin abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, sie (die Klägerin) von Ansprüchen der S GbR (vertreten durch den Gesellschafter Rechtsanwalt V, I-allee 00, XXXXX C) bezüglich der mit der Sanierung des Gussasphalts hinsichtlich des Bauvorhabens X-straße 00-000/Gotenstraße 00, XXXXX C, anfallenden Aufwendungen freizustellen.                                                                                                                                                                                                         | 19 |
| Die Beklagte beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 20 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 21 |
| Sie behauptet, ihr Mitarbeiter H habe den zuständigen Mitarbeiter der Klägerin T vor Ort auf die Erforderlichkeit einer vollflächigen Abdichtung unter dem Gussasphalt hingewiesen. Die unterlassene Reaktion auf den Hinweis sei als Risikoübernahme zu deuten, jedenfalls falle der fachkundigen Klägerin ein erhebliches, den Anspruch ausschließendes Mitverschulden zur Last. Ferner legt sie ein Nachtragsangebot vom 15.12.2006 (GA 252) nebst Beauftragung vom 8.1.2007 (GA 251) vor, welches vorsieht, im Rampenbereich (ca. 65 m²) unter dem Gussasphalt eine Schweißbahn vollflächig zu verschweißen. | 22 |
| Der Senat hat aufgrund des Beweisbeschlusses vom 7.10.2015 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H und T. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.8.2016.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 23 |
| Die Akten des Parallelverfahrens und des selbständigen Beweisverfahren LG Bonn 18 O 202/14 = 16 U 155/15 und 18 OH 18/12 lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 24 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 25 |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 26 |
| Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 27 |
| 1. Die Klägerin kann von der Beklagten grundsätzlich gem. § 13 Nr. 7 VOB/B (2006) Schadensersatz in Form der Freistellung von den Ansprüchen der S GbR aus der mangelhaften Beschichtung des Tiefgaragenbodens verlangen. Die Parteien haben die VOB/B in der zum Vertragsschluss aktuellen Fassung in den Nachunternehmervertrag einbezogen. Der Freistellungsanspruch ist seiner Natur nach Schadensersatz.                                                                                                                                                                                                    | 28 |
| a) Die Leistung der Beklagten ist mangelhaft. Der Gussasphalt ist auf ungeeignetem Untergrund (keine Abdichtung) und fehlerhaft – weil ohne den erforderlichen Haftverbund –                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 29 |

verlegt. Damit ist er gegen ein Unterlaufen von Wasser nicht gesichert, welches zu Rissen und Schäden am Betonboden führt. Das ergibt sich aus den im vorliegenden Rechtsstreit in technischer Sicht nicht in Frage gestellten und aufgrund der Interventionswirkung der Streitverkündung im Beweisverfahren verwertbaren Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. F in seinem Gutachten vom 15.8.2013 im selbstständigen Beweisverfahren 8 OH 18/12 LG Bonn (GA 18), denen der Senat sich anschließt.

Der Sachverständige hat Bauteilöffnungen am Außenpodest, vor den Abstellräumen, an den Bodenabläufen und am Fuß der Einfahrtsrampe vorgenommen. Im Bereich der von ihm vorgenommenen Öffnungen hat er einen Wasserfilm zwischen Gussasphalt und Betonboden festgestellt. An keiner der von ihm geöffneten Stellen hat er eine funktionstaugliche Abdichtung vorgefunden. Da der Gussasphalt-Estrich keinen festen Verbund mit dem Untergrund aufweist, kann eindringendes Wasser nicht nur in die angrenzenden Räume laufen, sondern sich auch unter dem Gussasphalt auf der Bodenplatte verteilen. Dies hat der Sachverständige mit von ihm vorgenommenen Prüfungen mit Wasser nachgewiesen. 30

Unstreitig wurde zwischen der Bodenplatte und dem Gussasphalt keine vollflächige Abdichtung eingebaut. Diese wäre aber erforderlich gewesen. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, dass zur Vermeidung von Bewehrungskorrosion im Stahlbeton durch Chlorideinwirkungen die Bodenplatte der Garage vor dem Eindringen von Tausalzresten zu schützen ist. Hierzu hat der Sachverständige in seinem Gutachten vom 15.8.2013 im selbstständigen Beweisverfahren 18 OH 18/12 eine Grafik aus dem Merkblatt Parkhäuser und Tiefgaragen des Deutschen Beton- und Bautechnikvereins (DBV) abgebildet (Grafik H, S. 20 des Gutachtens; s. auch Baurechtliche und –technische Themensammlung, hrsg. von Seibel/Zöller, Heft 6, Tiefgaragen und andere Parkbauten, S. 94), welche verschiedene, den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Lösungsmöglichkeiten aufzeigt. Danach hängt das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung zwischen Bodenplatte und Gussasphalt von den konkreten baulichen Gegebenheiten der Bodenplatte ab. Nach den örtlichen Gegebenheiten ist die Abdichtung nicht entbehrlich. Der Sachverständige hat vor Ort festgestellt, dass die Bodenplatte planmäßig ohne Gefälle hergestellt wurde. Die gefällelose Ausführung von Parkdeckoberflächen erfordert weitergehende wirksame Maßnahmen zur Vermeidung von tieferer Pfützenbildung und insbesondere zur Vermeidung von betonschädigenden Auswirkungen von eingetragenen chloridhaltigem Wasser. Diese erforderlichen Schutzmaßnahmen wurden nicht vorgenommen. Eine vollflächige Abdichtung der Betonoberfläche ist nur bei Verwendung der entsprechenden Betontechnologie entbehrlich. Hierfür genügt nicht bereits die Verwendung von WU-Beton. Wie der Sachverständige Dipl.-Ing. F in seinem Gutachten ausgeführt hat, dürfen in der Betondecke keine bis zur Bewehrung reichenden Risse auftreten, bereits Haarrisse bis 0,1 mm Breite sind nach neueren Untersuchungen für die Chloridbelastung relevant. Auf der anderen Seite ist die Herstellung einer rissfreien Betonkonstruktion in der Praxis kaum möglich. Daher bedarf es einer Oberflächenabdichtung, entweder als vollflächige Abdichtung nach DIN 18 195 oder – bei einem Gussasphaltbelag ausreichend – in Form einer besonderen abdichtenden Beschichtung nach dem Oberflächenschutzsystem OS 10 (Variante 3). 31

b) Die Beklagte ist nicht nach § 13 Nr. 3 VOB/B von ihrer Mängelhaftung frei geworden. 32

Liegt die Ursache des Mangels außerhalb der eigenen Leistung des Auftragnehmers, wie in Anordnungen des Auftraggebers, seiner Planung oder der Leistungsbeschreibung des Vorunternehmers, ändert dies zunächst nichts an der grundsätzlichen Mängelhaftung des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer wird aber von der Mängelhaftung frei, wenn er der ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B 2006 obliegenden Hinweispflicht nachkommt und den Auftraggeber 33

schriftlich auf die Ungeeignetheit der Planung oder Vorleistung hinweist. Er wird darüber hinaus auch frei, wenn eine Hinweispflicht nicht besteht, weil der Auftragnehmer die Ungeeignetheit von Planung oder Vorleistung nicht erkennen kann und muss oder wenn die Verletzung der Hinweispflicht sich nicht auswirkt, weil der Auftraggeber selbst über die erforderliche Kenntnis verfügt oder auch auf einen Hinweis hin keine Abhilfe geschaffen hätte (BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344). Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen der Haftungsbefreiung ist der Auftragnehmer (BGH, Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344).

Nach diesen anerkannten Grundsätzen ist die Beklagte nicht von ihrer Haftung frei geworden. 34

Einen schriftlichen Hinweis auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung unterhalb des Gussasphaltbelags hat die Beklagte nicht erteilt. 35

Der schriftliche Hinweis in ihrem Kostenvoranschlag vom 19.10.2006 bezieht sich nicht auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung zwischen Betonplatte und Gussasphalt, sondern auf die Ausbildung des Randbereichs. Er bezieht sich ausdrücklich auf die Pos. 3 des Kostenvoranschlags, die das Tok-Band und die Randausbildung zum Gegenstand hat. Diese waren nach der Aussage des Zeugen H in der Anfrage der Klägerin nicht enthalten. Die Klägerin hat das Tok-Band auf das Angebot mit dem entsprechenden Hinweis auch beauftragt. 36

Der Verweis auf „ZTV-Ing“ (Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen und Richtlinien für Ingenieurbauten) ist zu pauschal, um einen konkreten Hinweis zu ersetzen und bezieht sich im Kontext des Kostenvoranschlags ebenfalls nur auf die Randausbildung. Der weitere Zusatz, wonach „dies“ zu einer anderen Untergrundvorbereitung mit allen, auf der Baustelle geschilderten Konsequenzen führe, ist kein hinreichend deutlicher Hinweis auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung des gesamten Betonbodens. 37

Auch das Nachtragsangebot der Beklagten vom 15.12.2006 enthält keinen Hinweis auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung auf dem gesamten Tiefgaragenboden. Es betrifft lediglich die Rampe. 38

c) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht auch ein ausreichender mündlicher Hinweis, der, wenn er inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist, zumindest ein Mitverschulden der Klägerin begründen könnte (Ingenstau/Korbion/Wirth, VOB, 19. Aufl., B § 13 Abs. 3 Rn. 84; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 49), nicht fest. 39

Der Zeuge H hat – wie schon in seiner Vernehmung vor dem Landgericht im Parallelverfahren – den Vortrag der Beklagten bestätigt und ausgesagt, er habe den Mitarbeiter der Klägerin, den Zeugen T, auf der Baustelle darauf hingewiesen, dass das Leistungsverzeichnis unvollständig und eine Abdichtung zwischen Betonboden und Gussasphaltschicht erforderlich sei. Kurz vor dem Baustellentermin habe er an einer anderen Baustelle in X Sanierungsarbeiten nach Schäden durch Tausalzbildung durchgeführt und sei daher für das Thema sensibilisiert gewesen. Er habe mit dem Zeugen T ausführlich die DIN-Normen, d.h. die ZTV-Ing besprochen und auf die Gefahr von Schäden durch von Fahrzeugen eingetragenes Tausalzwasser hingewiesen. Er habe ferner auf die erforderliche Untergrundbehandlung, entweder mit Epoxidharz oder mit einer Schweißbahn, hingewiesen, allerdings auch darauf, dass eine ordnungsgemäße Verarbeitung auch doppelt so teuer sei. Der Zeuge T habe dies als Ingenieur durchaus verstanden, sich aber auf Kostenprobleme berufen. Er – der Zeuge H – habe angeregt, wenigstens ein TOK-Bank an den Rand zu 40

setzen. In seinem Kostenvoranschlag habe er den entsprechenden Hinweis aufgenommen. In weiteren Gesprächen mit dem Zeugen T habe er erreicht, dass zumindest die Rampe DIN-gerecht ausgeführt werden sollte. Der Zeuge H hat in seiner Vernehmung eine Kopie des Kostenvoranschlags der Beklagten vom 10.10.2006 vorgelegt, welche unter dem Hinweis zu Pos. 3 die handschriftliche Anmerkung trägt: „seit 2002 Schweißbahn o.ä.“ (GA 283). Der Zeuge T hat auf Vorhalt bestätigt, dass die Anmerkung von ihm stammt. Er habe sie aber nicht auf die vollflächige Abdichtung des gesamten Betonbodens bezogen, sondern die Untergrundbehandlung im Bereich der Randausbildung.

Der Aussage des Zeugen H steht die Aussage des Zeugen T entgegen. Nach seiner Aussage gab es weder einen Hinweis noch Gespräche über eine vollflächige Abdichtung des Betonbodens. Es sei nur über den Randabschluss gesprochen worden. Die Kosten wären kein Argument gegen eine vollflächige Abdichtung gewesen. Sie hätten beim Auftraggeber der Klägerin angemeldet werden können. Wenn etwas nötig sei, so der Zeuge, sei es eben auch auszuführen. An den Nachtrag bezüglich der Rampe hatte er keine Erinnerung mehr. 41

Angesichts dieser Aussagen ist ein hinreichend deutlicher, vollständiger und erschöpfender Hinweis auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung nicht bewiesen. Die Aussage des Zeugen H genügt hierfür nicht. Der Zeuge H hat zwar lebensnah geschildert, dass er aufgrund einer kurz vor dem Termin durchgeführten Sanierungsmaßnahme an einer Parkgarage in L-X für das Thema sensibilisiert worden sei, ferner gab es Gespräche über die Anbringung einer Schweißbahn, jedenfalls in den Randbereichen und an der Rampe. Dies wird durch den Hinweis im Kostenvoranschlag, die handschriftliche Anmerkung des Zeugen T hierauf und den Nachtrag hinsichtlich der Rampe belegt. Die Beweisaufnahme hat aber nicht ergeben, dass der Zeuge H auch auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung des Tiefgaragenbodens mit hinreichender Deutlichkeit hingewiesen hat. Der Zeuge H hat sich beim genauen Inhalt des von ihm dargestellten Hinweises nicht festgelegt. Er hat zunächst nur allgemein ausgesagt, er habe – da ihm das Problem von einer anderen Baustelle bekannt gewesen sei – mit dem Zeugen T über die DIN-Normen gesprochen und auf die Gefahr durch eingetragenes Tausalzwasser hingewiesen. Er hat aber nicht konkret bekundet, welche Ausführung er dem Zeugen T vorgeschlagen hat. Erst auf Nachfrage hat er konkret angegeben, dass er auf das Erfordernis einer anderen Untergrundbehandlung hingewiesen habe, entweder mit Epoxidharz oder Schweißbahnen, die vollflächig unter den Gussasphalt zu setzen sind. Auf weitere Nachfrage hat er ausgesagt, dass er auf Bedenken hinsichtlich der Podeste im Außenbereich und der Aufkantung hingewiesen habe. Dem Hinweis im Angebot auf die Randausbildung ist die Klägerin auch nachgekommen. 42

Unabhängig hiervon vermag der Senat nicht zu beurteilen, inwieweit die Aussage des Zeugen im Termin auf einer zuverlässigen und zutreffenden Erinnerung der damaligen Gespräche beruht. Zweifel an der Zuverlässigkeit der Aussage ergeben sich zum einen aus dem zwischenzeitlichen Zeitablauf. Die entsprechenden Gespräche auf der Baustelle liegen knapp 10 Jahre zurück. Zweifel ergeben sich aber insbesondere daraus, dass der Zeuge eingeräumt hat, vor seiner Vernehmung von der Beklagten zahlreiche Unterlagen zur Vorbereitung seiner Aussage erhalten zu haben, darunter auch die – erstmals vom Zeugen vorgelegte – Kopie des Kostenvoranschlags mit dem handschriftlichen Vermerk des Zeugen T. Der Zeuge H hat hierzu auf Nachfrage des Senats erklärt, er habe etwa eine Woche vor dem Termin von der Beklagten ca. 40 bis 50 Blatt Unterlagen erhalten, darunter neben der erwähnten Kopie des Kostenvoranschlags auch das Protokoll seiner Vernehmung vor dem Landgericht. Er habe die Beklagte gebeten, ihm zur Vorbereitung seiner Aussage vor dem Senat Unterlagen zu übermitteln. Welche weiteren Unterlagen er erhalten hat, ist nicht bekannt. Es besteht die nicht auszuschließende Möglichkeit, dass die Erinnerung des Zeugen 43

durch diese Unterlagen kontaminiert und beeinflusst wurde.

Die Aussage des Zeugen wird durch die vorliegenden Unterlagen nicht hinreichend gestützt. Weder dem Hinweis auf dem Kostenvoranschlag noch dem Nachtrag vom 15.12.2006 über die Rampe (ca. 65 m<sup>2</sup>) lässt sich entnehmen, dass über eine vollflächige Abdichtung des gesamten Tiefgaragenbodens von ca. 700 m<sup>2</sup> gesprochen worden war. Der handschriftliche Vermerk des Zeugen T „Schweißbahn o.ä.“ kann sich auch lediglich auf den Bereich der Aufkantung oder die Rampe beziehen. Der Nachtrag vom 15.12.2006 und die im Nachtragsauftrag vom 8.1.2007 enthaltene Bestätigung der diesbezüglichen Absprache zwischen dem Zeugen H und dem Zeugen T belegt lediglich Gespräche und eine Vereinbarung über den Rampenbereich, nicht aber über den gesamten Tiefgaragenboden. Da die – nach den Lichtbildern des Sachverständigen (S. 7 des Gutachtens Bild 2, GA 24) außen liegende, nicht überdachte – Rampe in besonderem Maße Einflüssen von Tausalz ausgesetzt ist, kann von einem Hinweis auf die Abdichtung der Rampe nicht auf einen entsprechenden Hinweis für den gesamten Boden der Tiefgarage geschlossen werden. Dass dem Senat auch die Aussage des Zeugen T wenig verlässlich erscheint, ist kein hinreichendes Indiz für die Richtigkeit der Aussage des Zeugen H. 44

Diese Unsicherheiten gehen zu Lasten der für den Hinweis und seinen Inhalt beweispflichtigen Beklagten. 45

d) Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg auf eine Risikoübernahme durch die Klägerin. Diese würde voraussetzen, dass die Klägerin rechtsgeschäftlich das – im Rahmen der Erfolgshaftung des Werkunternehmers an sich beim Auftragnehmer liegende – Risiko des Fehlschlagens der Leistung übernommen hat. Die Annahme einer solchen rechtsgeschäftlichen Risikoübernahme setzt voraus, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber hinreichend über das Risiko aufklärt und der Auftraggeber sich gleichwohl mit der Übernahme des Risikos rechtsgeschäftlich einverstanden erklärt. Ebenso wie die Erfüllung der Hinweispflicht muss das im Streitfall der Auftragnehmer beweisen (BGH, Urteil vom 29.9.2011 – VII ZR 87/11, BauR 2012, 115 Elektrodüker; ausführlich Kniffka, Die riskante Bauausführung – Haftung und Zurechnung, Gedächtnisschrift Kratzenberg, S. 67, 77 ff). Ein Hinweis der Beklagten auf das Risiko der Ausführung ohne Abdichtung ist – wie ausgeführt – nicht bewiesen. 46

e) Das für den Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden der Beklagten ist unproblematisch. Sie hat nach ihrem eigenen Vortrag die Ungeeignetheit der fehlenden Ausführung erkannt. 47

4. Die Klägerin muss sich aber gem. § 254 BGB ein Mitverschulden von 25 % entgegenhalten lassen. 48

a) Ein solches Mitverschulden liegt indes nicht darin, dass in den der Klägerin von ihrer Auftraggeberin zur Verfügung gestellten Plänen eine Abdichtung zwischen Betonboden und Gussasphalt nicht dargestellt ist. 49

Allerdings muss sich der Hauptunternehmer ein Planungsmitverschulden seines Auftraggebers im Verhältnis zum Nachunternehmer ebenfalls als Mitverschulden zurechnen lassen (BGH Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR 267/85, BauR 1987, 86 = NJW 1987, 644). Es kann aber dahinstehen, ob ein solcher Planungsfehler anzunehmen ist. Denn er hat sich jedenfalls nicht ausgewirkt, da der Beklagten nach ihrem eigenen Vorbringen das Erfordernis der vollflächigen Abdichtung positiv bekannt war. 50

Ein Planungsfehler begründet keine Mithaftung des Auftraggebers, wenn der Auftragnehmer den Planungsfehler erkannt hat und sich dennoch an die Planung hält (BGH, Urt. v. 18.01.1973 – VII ZR 88/70, NJW 1973, 518). Das gleiche gilt, wenn eine Fachplanung fehlt, der Auftragnehmer hiervon aber Kenntnis hat (OLG Celle, Urteil vom 21.10.2014 – 14 U 26/04, BauR 2005, 397). Die Beklagte behauptet, sie habe die Klägerin auf das Erfordernis einer vollflächigen Abdichtung des Betonbodens hingewiesen. Darin liegt zugleich der Vortrag, ihr sei dieses Erfordernis auch bekannt und bewusst gewesen. Dass sie den Hinweis nicht beweisen kann, ändert nichts daran, dass zu ihren Lasten von ihrer Kenntnis ausgegangen werden kann (OLG Stuttgart, Urt. v. 15.4.2014 – 10 U 127/13, BauR 2014, 1792; IBR 2014, 475). Diese Wertung ist auch richtig, denn der Auftragnehmer ist sowohl für die Erteilung des erforderlichen Hinweises als auch für das Mitverschulden beweispflichtig.

b) Ein Mitverschulden ergibt sich aber daraus, dass die Klägerin sich trotz eigener Fachkunde und obwohl jedenfalls hinsichtlich der Randbereiche die Beklagte auf die ZTV-Ing hingewiesen hatte und die Rampe entgegen der ursprünglichen Vorstellung der Klägerin mit einer Abdichtung versehen wurde, mit den einschlägigen technischen Regeln über die Herstellung und Abdichtung eines Betonbodens einer Tiefgarage nicht auseinandergesetzt hat. 52

Die Klägerin ist eine Bauunternehmung, zu deren Geschäftsbereich ausweislich ihres Briefkopfs Gewerbe- und Industriebau, Ingenieurbau, Stahlbetonfertigteile, Kanal-, Straßen- und Wasserbau sowie Schlüsselfertigbau gehören. Bei ihr kann daher das entsprechende Fachwissen verlangt werden. Die Beweisaufnahme hat ferner ergeben, dass die Beklagte jedenfalls in Bezug auf die Randbereiche auf die ZTV-Ing hingewiesen hat und – wie der Vermerk des Zeugen T auf dem Kostenvoranschlag zeigt – hierbei auch von einer Schweißbahn die Rede war. Ferner wurde aufgrund des Nachtragsangebots die Rampe entgegen der ursprünglichen Ausschreibung mit einer Schweißbahn ausgeführt. Das hätte der Klägerin Anlass gegeben, auch hinsichtlich des Tiefgaragenbodens über das Erfordernis einer zusätzlichen Abdichtung nachzudenken. Hinzu kommt, dass die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Pläne – wie der Sachverständige Dipl.-Ing. F in seiner Anhörung vom 7.5.2015 im Parallelverfahren (Anl. BB 4 zur Berufungserwiderung, AH) verdeutlicht hat – für eine Fachfirma erkennbar keine Detailplanung enthielten. Insbesondere fehlten jegliche Angaben zur Betontechnologie, d.h. zur Qualität des Betons, der Art und Weise des einzubringenden Stahls und weitere Einzelheiten. Diese Punkte musste daher die Klägerin selbst bedenken. Schließlich gehört die Frage der Abdichtung nicht alleine in das Gewerk der mit der Oberflächenherstellung betrauten Beklagten. Der Sachverständige hat hierzu ausgeführt, dass es sich weniger um eine Frage der Abdichtung, als eine Frage des Betonschutzes handelt und das Erfordernis der Abdichtung von der Betontechnologie abhängt. Aus diesen Gründen hätte es in erster Linie der Klägerin oblegen, sich über die Frage der Abdichtung Gedanken zu machen. 53

Aufgrund dieser Besonderheiten tritt das Mitverschulden der Klägerin auch nicht völlig hinter das Verschulden der Beklagten zurück. Allerdings verbleibt der überwiegende Haftungsanteil bei der Beklagten, die das Erfordernis der Abdichtung nach ihrem eigenen Vorbringen positiv erkannt hat und der nach dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. F auch Ausführungsfehler in Form eines nicht hinreichenden Verbunds zwischen Betonboden und Gussasphalt vorzuwerfen sind. Der Senat hält daher insgesamt eine Mithaftung der Klägerin von 25 % für angemessen. 54

5. Der Schadensersatzanspruch ist auf Freistellung der Klägerin von der Inanspruchnahme durch ihre Auftraggeberin, die S GbR gerichtet. 55

a) Die Klägerin beziffert die Forderung, von der sie freigestellt werden will, nicht. Eine solche unbezifferte Freistellung ist nicht vollstreckbar, sondern steht in ihrer Wirkung einem Feststellungsurteil gleich (BGH Urt. v. 25.2.2010 – VII ZR 187/08, BauR 2010, 812), so dass erst in einem eventuellen Folgeprozess der Parteien die Höhe der Schadensbeseitigungskosten zu klären ist. 56

b) Der Anspruch mindert sich nicht um die von der Beklagten in der Klageerwiderung geltend gemachten Sowieso-Kosten. 57

Grundsätzlich kann der Auftragnehmer dem Anspruch des Auftraggebers auf Ersatz von Nachbesserungskosten Sowieso-Kosten entgegenhalten, d.h. die Mehrkosten, die bei Beauftragung des Auftragnehmers mit der fachgerechten Ausführung von vorneherein entstanden wären. Allerdings sind die von der Beklagten geltend gemachten Sowieso-Kosten für die nicht beauftragte Aufkantung und Untergrundbehandlung mit Epoxidharz bereits beim Anspruch der S-GbR vom Landgericht in seinem Urteil im Parallelverfahren berücksichtigt. Der Freistellungsanspruch beschränkt sich auf die Kosten, welche die S GbR der Klägerin gegenüber geltend machen kann. Damit fallen alle Sowieso-Kosten im Verhältnis der Klägerin zur S GbR auch der Beklagten nicht zur Last. Der Abzug von 27.686,90 €, den die S GbR sich bereits im Haftungsprozess hat abziehen lassen, ist nicht Gegenstand des Antrages der Klägerin und einer eventuellen Verurteilung der Beklagten. Er beinhaltet die von der Beklagten genannten Arbeiten. Dass diese im Parallelverfahren nicht in Höhe der vom Sachverständigen geschätzten Kosten, sondern in Höhe der für die Sanierung tatsächlich angefallenen Kosten berücksichtigt sind, ist nicht zu beanstanden. Dass die Klägerin bei ursprünglicher Beauftragung der Abdichtung einen höheren Betrag als die berücksichtigten Sowieso-Kosten hätte zahlen müssen, ist nicht hinreichend dargelegt. 58

c) Soweit die Beklagte in der Klageerwiderung ferner einwendet, dass der Sachverständige im selbständigen Beweisverfahren auch eine schadensmitursächliche unzureichende Bauwerkabdichtung festgestellt habe, welche sie – die Beklagte – nicht zu vertreten habe, sind die Kosten hierfür vom Klageantrag nicht erfasst. Der Klageantrag beschränkt sich auf die Sanierung des Gussasphalts. Sanierungskosten, die nicht auf dem von der Beklagten zu vertretenden Mangel beruhen oder Aufwendungen, die wegen anderer, nicht von der Beklagten zu vertretenden Mängel ohnehin erforderlich waren, hat die Beklagte nicht konkret dargelegt. Die nicht beauftragten Aufkantungen sind im Parallelverfahren bereits als Sowieso-Kosten berücksichtigt. 59

III. 60

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO. Das Urteil ist zwar nicht in der Hauptsache, aber wegen der Kosten vollstreckbar. 61

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus § 3 ZPO. Sie entspricht den von der Klägerin in der Klage vorgetragenen Sanierungskosten (ca. 74.000 €) abzüglich des für die Feststellungsklage üblichen Abschlages von 20 %. 62

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden. 63

---

