

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 12u135_06
letzte Aktualisierung: 26.7.2010

OLG Brandenburg, 10.6.2010 - 12 U 135/06

BGB §§ 138 Abs. 2, 323, 346 Abs. 2, 631 Abs. 1, 634 Nr. 3

Keine Pflicht zur Leistungsannahme des Bauherrn nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Nacherfüllungsfrist – Angebot zur Mängelbeseitigung nach Fristablauf unbeachtlich

Brandenburgisches Oberlandesgericht

12 U 135/06

Im Namen des Volkes

Urteil

Verkündet am 10.06.2010

14 O 443/02 Landgericht Frankfurt (Oder)

..., als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

hat der 12. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Pastewski, den Richter am Oberlandesgericht van den Bosch und die Richterin am Landgericht Hesse-Lang für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 24. Mai 2006 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Frankfurt (Oder), Az.: 14 O 443/02, teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 57.812,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.01.2006 zu zahlen.

Auf die Widerklage wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten die über die im Kostenvoranschlag der Ba. GmbH vom 23.01.2004 hinausgehenden Kosten zu ersetzen, die ihm aufgrund der mangelhaften Erbringung der Bauleistungen der Klägerin am Bauvorhaben S. ... in F. aufgrund des Vertrages vom 05./10.03.2002 einschließlich der hierzu ergangenen Nachträge entstanden sind und noch entstehen werden.

Im Übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin 18% und der Beklagte 82% zu tragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 7% und der Beklagte zu 93% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Jede Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin beansprucht vom Beklagten Zahlung restlichen Werklohns sowie hilfsweise Wertersatz aus einem Vertrag vom 05./10.03.2002 betreffend Sanierungsarbeiten am vermieteten Einfamilienhaus des Beklagten auf dem Grundstück S. ... in F. Die Parteien streiten über den Umfang des ursprünglichen Werkvertrags, eine Auftragserteilung hinsichtlich einer Vielzahl von Nachträgen, die Nichtigkeit des Werkvertrags wegen überhöhter Preise gem. § 138 Abs. 2 BGB sowie über die Fälligkeit der Werklohnforderung. Weiter besteht Streit über Mängel an der Werkleistung und einen wirksamen Rücktritt des Beklagten vom Vertrag sowie über die wirksame Einführung von Wertersatzansprüchen in den Rechtsstreit und die Berechnung dieser Ansprüche. Hilfsweise rechnet der Beklagte gegen die Ansprüche der Klägerin mit Rückforderungsansprüchen wegen überzahltem Werklohn und mit Schadensersatzansprüchen auf. Im Wege der Widerklage macht der Beklagte die Kosten der Beseitigung von ihm behaupteten Mängeln geltend und begehrt die Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin bezüglich weiterer Kosten, die ihm aufgrund der mangelhaften Erbringung der Werkleistung entstanden sind bzw. noch entstehen werden.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Dieser ist dahingehend zu ergänzen, dass die Klägerin ihre Klage mit Schriftsatz vom 05.01.2006 hilfsweise auf Wertersatzansprüche gem. § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB gestützt hat. Auch hat die Klägerin behauptet, die Kosten einer von ihr selbst erbrachten Mängelbeseitigung seien auf insgesamt 5.137,90 € zu veranschlagen, wobei ein Betrag von 3.609,10 € auf die Isolierung von nicht im Vertrag vorgesehenen Flächen entfalle und daher als Sowieso-Kosten nicht zu berücksichtigen sei. Die Außenabdichtung des Gebäudes sei nämlich auf ausdrücklichen Wunsch des Beklagten nicht auf die nach den Regeln der Technik einzuhaltenden Höhe von 30 cm über Geländeoberkante heraufgezogen worden, wobei dem Beklagten zuvor Bedenken hinsichtlich der von diesem nicht gewünschten Abdichtung entsprechend den Regeln der Technik mitgeteilt worden seien.

Mit am 24.05.2006 verkündeten Urteil hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von 67.265,41 € nebst 5% Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.10.2002 verurteilt und die weitergehende Klage wie auch die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, ein Werklohnanspruch in der erkannten Höhe folge aus § 631 Abs. 1 BGB. Zu vergüten seien zum einen die unstreitigen Positionen 1 bis 44, 49, 50, 53 und 66 der Schlussrechnung zum anderen die Positionen 51, 52, 64, 65, 67 bis 70, 72, 74 bis 77 sowie die Kosten der Containerbereitstellung. Die Beauftragung hinsichtlich der streitigen Positionen stehe im Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme fest. Eine Nichtigkeit des Vertrages gem. § 138 Abs. 2 BGB sei nicht gegeben. Ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sei schon nach dem Vortrag des Beklagten nicht gegeben, der nicht einmal eine Überschreitung der üblichen Preise von 50% behauptet habe, wohingegen ein Missverhältnis in der Regel erst anzunehmen sei, wenn eine Überschreitung von 100% oder mehr vorliege. Der Vergütungsanspruch der Klägerin sei auch fällig. Gewährleistungsansprüche des Beklagten stünden dem Vergütungsanspruch nicht entgegen. Einen Rücktritt vom Vertrag nach § 634 Nr. 3, 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB habe der Beklagte bereits nicht erklärt, vielmehr habe er sich allein auf einen Rücktritt nach § 324 BGB bezogen. Auch die Voraussetzungen eines Rücktritts nach § 634 Nr. 3 BGB seien nicht gegeben. Es fehle bereits nachvollziehbarer Vortrag des Beklagten zu einer nicht vertragsgemäßen Leistung der Klägerin. Der Verweis auf den Vortrag im selbstständigen Beweisverfahren genüge hierzu nicht, da dort keine bestimmten Behauptungen aufgestellt, sondern lediglich Fragen formuliert worden seien. Zudem fehle es an einem verwertbaren Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens, nachdem der gerichtlich

bestellte Sachverständige als befangen abgelehnt worden sei. Eine Konkretisierung seines Vortrages habe der Beklagte trotz Hinweises des Gerichtes nicht vorgenommen. Ferner lasse selbst ein wirksamer Rücktritt nicht den Vergütungsanspruch der Klägerin entfallen, in diesem Falle sei gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wertersatz in Höhe des Werklohns abzüglich des Minderwertes zu leisten. Im vorliegenden Fall sei ein schätzbarer Minderwert jedoch mangels berücksichtigungsfähigen Sachvortrages zu den Mängeln nicht gegeben. Die Widerklage sei hinsichtlich des Feststellungsantrages bereits unzulässig. Da die Schadensentwicklung abgeschlossen sei, bestehe der Vorrang der Leistungsklage. Dass noch weitere Kosten entstehen könnten, sei jedenfalls nicht nachvollziehbar dargetan. Der darüber hinaus geforderte Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruch gem. § 634 Nr. 4 BGB scheitere an schlüssigem Vortrag zu bestimmten Mängeln. Zudem sei die Kausalität etwaiger Mängel für die geltend gemachten Positionen nicht hinreichend dargetan. Wegen der weitergehenden Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Der Beklagte hat gegen das ihm am 06.06.2006 zugestellte Urteil mit am 06.07.2006 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel innerhalb verlängerter Frist mit am 07.09.2006 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Beklagte bezieht sich auf sein erstinstanzliches Vorbringen nebst Beweisanträgen. Er wiederholt seinen Vortrag, bereits mit dem ursprünglichen Auftrag sei die Klägerin vollumfänglich mit den notwendigen Sanierungsarbeiten beauftragt worden. Das Landgericht habe seinen diesbezüglichen Vortrag und seinen Beweisantritt hierzu übergangen. Das Landgericht habe sich auch nicht mit seinem Einwand auseinandergesetzt, für die Ausführung des Gesamtauftrages sei allenfalls ein Werklohn in Höhe von 30.000,00 € bis 40.000,00 € angemessen, so dass die Berechnung eines Werklohns von über 100.000,00 € jedenfalls den Tatbestand des § 138 BGB erfülle. Die Klägerin habe insgesamt 108.428,79 € abgerechnet, während die Neuherstellung der gesamten Leistung nach der Einschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. St. für ca. 47.000,00 € zu bewerkstelligen gewesen wäre. Das Landgericht habe auch verkannt, dass das Vertragsverhältnis der Parteien frühestens mit der Rücktrittserklärung seinerseits vom 03.11.2005 in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt worden sei, so dass ihm zuvor jedenfalls ein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf die Mängel der Werkleistung zugestanden habe. Vor diesem Zeitpunkt sei dementsprechend auch ein Zinsanspruch nicht begründet. Das Landgericht habe weiterhin nicht erkannt, dass er die Mängelbehauptungen aus dem selbstständigen Beweisverfahren weiter aufrechterhalten habe und insoweit auch Beweis durch Vernehmung des abgelehnten Sachverständigen Dipl.-Ing. St. sowie des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. A. angetreten habe. Seine Bezugnahme auf die Mängelbehauptungen im selbstständigen Beweisverfahren sei gerade im Hinblick auf die Symptomrechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinreichend. Erforderlich wäre daher eine erneute Beweisaufnahme über das Vorliegen der Mängel gewesen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei auch eine Erteilung von Nachtragsaufträgen nicht erfolgt. Er habe für die Erteilung von Nachträgen keine Veranlassung gehabt, da er davon ausgehen könne, dass die Leistung vollständig beauftragt worden sei. Auch die Zeugin K. habe solche Aufträge weder erteilt noch eine entsprechende Vollmacht besessen. Die Aussagen der Angestellten der Klägerin seien schon deshalb zweifelhaft, weil diese von der Klägerin wirtschaftlich abhängig seien. Weiter habe das Landgericht verkannt, dass der Ermittlung eines Wertersatzanspruchs der Klägerin nach § 346 Abs. 2 BGB nicht die wesentlich überhöhten Preise der Klägerin zugrunde liegen dürften. Jedenfalls stünden dem behaupteten Zahlungsanspruch Mängelgewährleistungsansprüche seinerseits entgegen. Er sei wirksam vom Vertrag zurückgetreten und könne folglich Schadensersatz nach § 325 BGB geltend machen. Soweit er einen Rücktritt nach § 324 BGB erklärt habe, handele es sich um einen Schreibfehler. Gemeint gewesen sei ein Rücktritt nach § 323 BGB. Diesbezüglich hätte das Gericht auf etwaige Zweifel hinweisen und ihm Gelegenheit geben müssen, eine Berichtigung vorzunehmen. Im Übrigen

wäre auch ein Rücktritt nach § 324 BGB berechtigt gewesen. Hierzu behauptet der Beklagte, die Klägerin habe damit gedroht, ihn in der Presse oder anderen Medien zu diskreditieren und seine Kreditwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Daneben hätte das Landgericht aber im Wege der Auslegung der Rücktrittserklärung zu einem Rücktritt nach § 323 BGB kommen müssen. Der Beklagte ist weiterhin der Auffassung, ein Wertersatzanspruch der Klägerin nach § 346 Abs. 2 BGB bestehe schon deshalb nicht, weil es allein im Risikobereich der Klägerin liege, dass im Falle einer Rückgewähr nach einem Rücktritt vom Vertrag die Leistung durch Rückbau zerstört oder unbrauchbar werde. Zu ersetzen sei ohnehin lediglich der objektive Wert der Leistung, die zurückzugeben sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Leistung der Klägerin, die Abdichtung betreffend nicht nur mangelhaft gewesen sei, sondern vollständig nachzubessern wäre. Ein Wertersatzanspruch für eine komplett wertlose Leistung bestehe jedoch nicht. Jedenfalls sei die vertraglich vereinbarte Gegenleistung um den Gewinnanteil zu kürzen, zudem sei auch die Unmöglichkeit der Rückgewähr zu berücksichtigen. Eine werthaltige Leistung der Klägerin bestehe lediglich in Höhe von 13.134,10 € wobei hinsichtlich der Einzelheiten der Berechnung auf die Seiten 17 f des Schriftsatzes des Beklagten vom 02.04.2007 (Bl. 825 f GA) verwiesen wird. Des Weiteren erklärt der Beklagte hilfsweise die Aufrechnung gegen eine Forderung der Klägerin mit einem ihm seiner Ansicht nach zustehenden Rückgewähranspruch betreffend die geleisteten Zahlungen in Höhe von 38.912,30 € mit einem Wertersatzanspruch wegen der ihm entgangenen Nutzungen aus dem gezahlten Betrag in Höhe von 7.004,22 € mit Mängelbeseitigungskosten entsprechend dem Gutachten des Dipl.-Ing. A. vom 20.03.2007 in Höhe von 19.800,00 € mit Ansprüchen wegen einem ihm entstandenen Mietausfall in den Jahren 2003 bis 2005 in Höhe von 14.647,00 € wobei für die Berechnung der von der zwischenzeitlich in Insolvenz gefallenen Mieterin entgangenen Mieten auf die Seite 20 des Schriftsatzes des Beklagten vom 02.04.2007 (Bl. 828 GA) Bezug genommen wird, mit Schadensersatzansprüchen wegen des von der Mieterin zum Ausgleich der Kosten für die Einholung eines baubiologischen Gutachtens einbehaltenen Mietzinses von 315,52 € sowie wegen infolge von fehlerhaften Leistungen der Klägerin erforderlich gewordener Elektroarbeiten in Höhe von insgesamt 2.287,61 € und schließlich wegen eines Schadensersatzanspruchs in Höhe von 5.000,00 € im Hinblick auf einen infolge der mangelhaften Leistungen der Klägerin verbleibenden Minderwerts der Leistung in Höhe von 5.000,00 €

Im Hinblick auf die Abweisung der Widerklage habe das Landgericht verkannt, dass der Feststellungsantrag zulässig sei. Dieser sei bereits mit Schriftsatz vom 02.10.2003 anhängig gemacht worden. Zu diesem Zeitpunkt seien die Kosten der Nachbesserung noch nicht bezifferbar gewesen. Auch sei vorgetragen worden, dass die Folgekosten noch nicht bezifferbar seien. Im Übrigen hätte das Landgericht vor Abweisung der Klage als unzulässig einen Hinweis erteilen müssen. Der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 56.762,51 € werde auf § 325 BGB gestützt. Auch insoweit habe das Landgericht die entsprechenden Beweisanträge übergangen. Zudem fehle ohnehin eine substantiierte Auseinandersetzung der Klägerin mit den einzelnen Angebotspositionen. Weiterhin hätte das Landgericht wiederum einen Hinweis erteilen müssen, bevor es sich auf das Fehlen eines konkreten Bezuges zwischen den behaupteten Mangelercheinungen und den Position des Kostenvoranschlags hätte stützen dürfen.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 24.05.2006 die Klage abzuweisen und auf die Widerklage,

1. die Klägerin zu verurteilen, an ihn 56.762,51 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.11.2005 zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, ihm die weiteren Kosten zu ersetzen, die ihm aufgrund der mangelhaften Erbringung der Bauleistungen am Bauvorhaben S. ... in F. entstanden sind und noch entstehen werden.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin bezieht sich ebenfalls auf ihren erstinstanzlichen Vortrag nebst Beweisanträgen. Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil, soweit es ihr günstig ist und verweist im Hinblick auf die vom Beklagten behauptete Pauschalisierung der Werkleistung darauf, dass bei Auftragerteilung noch nicht festgestanden habe, ob und in welchem Umfang die Abdichtung des Hauses schadhafte gewesen sei. Weiter ist sie der Auffassung, der Beklagte könne sich auf fehlende richterliche Hinweise nicht stützen. Ihm sei eine Vielzahl von Hinweisen erteilt worden, ohne dass er auf diese nachvollziehbar reagiert habe. Es sei nicht Aufgabe des Gerichtes ihm die Wahl eines bestimmten Gestaltungsrechtes nahe zu legen. Spätestens durch die von ihr vorgenommene Kündigung nach § 643 BGB habe sich das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt. Der vom Beklagten erklärte Rücktritt gehe daher ins Leere. Der die Grundlage der Widerklage bildende Kostenvoranschlag sei bereits ungeeignet, weil er eine Vielzahl von Leistungspositionen enthalte, die nicht zu dem von der Klägerin geschuldeten Leistungsbild gehörten.

Die Akten 14 OH 2/03 und 11 O 477/02 des Landgerichts Frankfurt (Oder) lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und Anhörung des Sachverständigen Dip.-Ing. E. Be. zur Erläuterung seines Gutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sachverständigengutachten vom 09.10.2009 (Bl. 1086 ff d. A.) und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2010 (Bl. 1202 ff d. A.) verwiesen.

II.

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO. Die Rechtsmittelbegründung genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO. Der Beklagte stützt sein Rechtsmittel unter anderem darauf, ein Werklohnanspruch stünde der Klägerin schon deshalb nicht zu, weil er wirksam von dem Vertrag zurückgetreten sei und der in diesem Falle in Betracht kommende Wertersatzanspruch wegen der Wertlosigkeit der Leistung der Klägerin ausgeschlossen sei. Hinsichtlich der Widerklage habe er durch Bezugnahme auf den Vortrag im selbstständigen Beweisverfahren die Mängel hinreichend dargelegt und durch den eingereichten Kostenvoranschlag belegt, so dass ihm ein entsprechender Anspruch zuzubilligen sei, der weitergehende Feststellungsantrag sei zulässig und begründet, da er zur nicht möglichen vollständigen Bezifferung der Schadensersatzansprüche unter anderem im Hinblick auf einen Mietminderungsschaden hinreichend vorgetragen habe. Der Beklagte rügt damit Rechtsverletzungen des Landgerichts hinsichtlich der verschiedenen streitgegenständlichen Ansprüche, auf denen das Urteil jeweils beruhen kann, §§ 513, 546 ZPO.

2. In der Sache hat das Rechtsmittel des Beklagten nur teilweise Erfolg.

a) Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Zahlungsanspruch in Höhe von 57.812,99 € zu.

aa) Allerdings besteht ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung weiteren Werklohns aus § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Werkvertrag vom 05./10.03.2002

nicht. Der Beklagte ist wirksam vom Werkvertrag gem. §§ 323, 634 Nr. 3, 636 BGB zurückgetreten.

Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung darauf hingewiesen, dass er sich weiterhin auf den im Schriftsatz vom 03.11.2005 erklärten Rücktritt vom Vertrag stützt und zugleich klargestellt, dass es sich bei dem Verweis auf § 324 BGB in diesem Schriftsatz um einen Schreibfehler handelt und tatsächlich ein Rücktritt nach § 323 BGB - in Verbindung mit §§ 634 Nr. 3, 636 BGB - erklärt werden sollte. Allerdings folgt ein Rücktritt aus §§ 323, 634 Nr. 3, 636 BGB schon unmittelbar aus dem Schriftsatz vom 03.11.2005, so dass das Vorbringen des Beklagten hierzu in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen ist, § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Zwar hat der Beklagte fälschlich die Vorschrift des § 324 BGB zitiert, es fehlt jedoch an jeglichem Vortrag zu einer Pflichtverletzung im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB, auf die ein Rücktritt nach § 324 BGB gestützt werden könnte. Stattdessen begründet der Beklagte den Rücktritt mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist zur Nacherfüllung, stellt also offenkundig auf die Voraussetzungen des § 323 BGB ab.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat der Beklagte auch hinreichend deutlich gemacht, auf welche Mängel sich die Kündigung stützen soll. Mit Schriftsatz vom 03.11.2005 hat sich der Beklagte zur Rechtfertigung seines Rücktritts auf den fruchtlosen Ablauf der der Klägerin eingeräumten Frist zur Nacherfüllung bezogen. Nacherfüllungsfristen unter Angabe einzelner Mängel hat der Beklagte der Klägerin mit den Schreiben vom 14. und 23.10.2002 gesetzt. Das Vorliegen der in diesen Schreiben angeführten Mängel steht im Ergebnis der im Berufungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats auch in einem Umfang fest, der den Beklagten berechtigte vom Vertrag zurückzutreten. So hat der Beklagte in den Schreiben vom 14. und 23.10.2002 unter anderem eine nicht hinreichende Verdichtung des Erdreiches unterhalb der Terrasse, des Gehweges, der Einfahrt im Hausanschlussbereich sowie im Kelleraußenbereich wie auch eine mangelhafte Pflasterung dieser Bereiche gerügt, ferner eine nicht ordnungsgemäße Herstellung der Treppenaußenanlage und der Abdichtung der Anschlussschiene unterhalb der Pflasterung. Diese Mängelrügen hat der Beklagte auch ordnungsgemäß in den Rechtsstreit einbezogen. Entgegen der Auffassung der Klägerin hat sich der Beklagte insoweit nicht darauf beschränkt pauschal auf das zum Aktenzeichen 14 OH 2/03 vor dem Landgericht geführte selbstständige Beweisverfahren Bezug zu nehmen und auf seine dortigen Beweisfragen zu verweisen, sondern er hat eine mangelhafte Leistung der Klägerin im vorliegenden Verfahren in den genannten Bereichen bereits in der Klageerwiderung ausdrücklich behauptet und durch die Bezugnahme auf die Ausführungen des im selbstständigen Beweisverfahren als Sachverständigen tätig gewordenen Dipl.-Ing. St. lediglich weiter konkretisiert, wobei zudem zu berücksichtigen ist, dass an die Beschreibung von Baumängeln gesteigerte Anforderungen nicht zu stellen sind, vielmehr Angaben zum äußeren Erscheinungsbild des Mangels hinreichend sind (Symptomtheorie, vgl. BGH BauR 2005, S. 1626; BauR 2003, 1247). Schließlich verwehrt die erfolgreiche Ablehnung des Sachverständigen Dipl.-Ing. St. wegen der Besorgnis der Befangenheit es dem Beklagten nicht dessen Ausführungen als Parteivortrag in den Rechtsstreit einzubeziehen.

Unstreitig ist ein Mangel der Leistungen der Klägerin bereits im Hinblick auf die nicht ordnungsgemäße Errichtung der Treppenaußenanlage, deren Stufen unterschiedliche Tritthöhen aufweisen. Eine andere Beurteilung rechtfertigt nicht der Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 01.06.2007. Das Vorbringen der Klägerin, sie habe den Zustand wiederhergestellt, der schon zuvor bestanden habe, der Beklagte habe eine andere Anweisungen nicht erteilt, enthebt die Klägerin nicht ihrer Verantwortung zur mangelfreien Errichtung der Treppe. Vielmehr hätte jedenfalls seitens der Klägerin ein Bedenkenhinweis erteilt werden müssen, dass die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht den Regeln der Technik entsprechen

würde. Auch kann aus dem Schweigen des Beklagten nicht geschlossen werden, dass er eine Wiederherstellung des mangelhaften Zustandes wünschte.

Auch die von der Klägerin hergestellte Außenabdichtung des Gebäudes des Beklagten war mangelhaft. Die mangels Abnahme ihrer Leistungen für die Mangelfreiheit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat den Nachweis einer Mangelfreiheit ihrer Leistungen nicht erbracht. Vielmehr hat der Beklagte durch Vorlage des Privatgutachtens des Dipl.-Ing. A. vom 20.03.2007 belegt, dass die Abdichtung des Gebäudes nicht ordnungsgemäß erfolgt ist, weil die Befestigung der Abschlusschiene mittels eloxierten Schrauben ohne Dichtkragen erfolgt ist und die vor den Drainschutzmatten angebrachten Schutzvliese mittels Stahlstiften unter Durchstoßen der bituminösen Abdichtung an den Außenwandelementen befestigt worden sind. Das von der Klägerin für den Nachweis der Mangelfreiheit ihrer Leistungen angebotene Sachverständigengutachten war als Beweismittel ungeeignet nachdem der Beklagte eine neue Abdichtung des Hauses hat anbringen lassen. Schließlich betrifft der von der Klägerin vorgetragene Bedenkenhinweis, den der Zeuge W. im Rahmen seiner Vernehmung durch das Landgericht bestätigt hat, allein die Problematik, dass eine Abdichtung lediglich bis zur Geländeoberkante unter Anbringung einer Sockelschiene nicht den Regeln der Technik entspricht, weil es dennoch zu einer Durchfeuchtung des Kellers kommen könne, nicht aber die weiteren vom Sachverständigen Dipl.-Ing. A. beschriebenen Mängel.

Mangelhaft ist weiterhin die Verdichtung des Erdreichs im Außenbereich des Kellers - im Bereich des Carports und der Zufahrt. Der Senat folgt insoweit den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen Dipl.-Ing. Be. in seinem Gutachten vom 09.10.2009, der eine hinreichende Verdichtung des Erdreichs zwar im Bereich der Terrasse und des Gehweges sowie im Bereich der Grundstückseinfahrt festgestellt hat, nicht aber im Außenbereich des Kellers - im Bereich des Carports und der Zufahrt. Der Sachverständige hat entsprechende Druckversuche durchgeführt, deren Ergebnisse von den Parteien auch nicht in Abrede gestellt werden. Soweit der Sachverständige nicht ausschließen konnte, dass die unzureichende Verdichtung auf eine nachträgliche Ausspülung zurückzuführen ist, geht dies zulasten der Klägerin, die den Nachweis, dass dies tatsächlich der Grund der festgestellten Beanstandung ist, nicht erbracht hat. Aus dem gleichen Grund entlastet es die Klägerin auch nicht, dass es ihrer Ansicht nach durch die zwischenzeitliche Nutzung der Zufahrt und des Carports zu einer Lockerung gekommen sein kann. Insbesondere eine unsachgemäße Nutzung der Flächen durch schwere Fahrzeuge und eine dadurch hervorgerufene Verschlechterung hätte von der Klägerin nachgewiesen werden müssen.

Schließlich hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass sie die Terrasse ordnungsgemäß errichtet hat. Allerdings sind die Feststellungen des Sachverständigen zum nunmehr bestehenden Zustand der Terrasse nicht verwertbar, da der Beklagte angegeben hat, dass er die Terrasse zwischenzeitlich neu errichten lassen. Gleichwohl steht damit eine Mangelfreiheit der Leistung der Klägerin nicht fest.

Bereits die vorstehend angeführten Mängel rechtfertigen einen Rücktritt des Beklagten vom Vertrag, ohne dass es in diesem Zusammenhang auf die weiterhin als mangelhaft gerügte Drainage ankommt. Insbesondere ist ein Rücktritt nicht nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Die Mängel der Werkleistung der Klägerin sind nicht lediglich unerheblich im Sinne dieser Vorschrift. Die anzusetzenden Mangelbeseitigungskosten liegen vielmehr oberhalb von 10.000,00 €[zur Berechnung der Mangelbeseitigungskosten vgl. unten bb) (4)].

Auch die weiteren Voraussetzungen eines Rücktritts nach §§ 323, 634 Nr. 3, 636 BGB liegen vor. Der Beklagte hat der Klägerin mit den Schreiben vom 14. und 23.10.2002 eine Frist zur Nacherfüllung bis zum 31.10.2002 gesetzt. Dahinstehen kann, ob diese der Klägerin zugestandene Frist zu kurz bemessen war, denn in jedem Fall ist mit den Schreiben eine objektiv

angemessene Frist in Lauf gesetzt worden (BGH NJW 1985, S. 2640). Die einmal begründeten Voraussetzungen des Rücktrittsrechts erlöschen auch nicht durch ein späteres Verhalten des Bauherrn - etwa durch eine erneut gesetzte Frist zur Nacherfüllung - und müssen daher auch nicht erneut herbeigeführt werden (BGH BauR 2006, S. 1134). Schließlich steht einem wirksamen Rücktritt nicht entgegen, dass die Klägerin im Laufe des Rechtsstreits eine Mängelbeseitigung angeboten hat. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Bauherr nicht verpflichtet nach fruchtlosem Ablauf einer zur Nacherfüllung gesetzten Frist noch Leistungen des Bauunternehmers anzunehmen (BGH BauR 2003, S. 693). Mangels einer entsprechenden Pflicht des Bauherrn konnte zugleich eine wirksame Kündigung des Vertrages seitens der Klägerin wegen unterlassener Mitwirkung im Hinblick auf die angebotene Nachbesserung nicht erfolgen.

bb) Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Wertersatzanspruch aus § 346 Abs. 2 BGB in Höhe von 57.812,99 € Entgegen der Ansicht des Beklagten handelt es sich mangels Auswechslung des Lebenssachverhalts beim Übergang vom Werklohnanspruch zum Wertersatzanspruch nicht um eine Klageänderung. Auch liegt kein neuer an § 531 Abs. 2 ZPO zu messender Vortrag vor. Die Klägerin hat sich vielmehr bereits im Schriftsatz vom 05.01.2006 hilfsweise auf einen Wertersatzanspruch gestützt.

(1) Der Wertersatzanspruch der Klägerin aus § 346 Abs. 2 BGB ist nicht wegen einer Nichtigkeit des Werkvertrages ausgeschlossen. Der Werkvertrag vom 05./10.03.2002 ist nicht nach § 138 BGB nichtig. Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB ist vom Beklagten bereits nicht nachvollziehbar dargetan worden. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, ein auffälliges Missverhältnis sei im Regelfall gegeben, wenn die vom Schuldner zu erbringende Vergütung um 100% oder mehr über dem Marktpreis liegt (BGH NJW-RR 1990, S. 1199; Ellenberger in Palandt, BGB, Kommentar, 69. Aufl., § 138, Rn. 67). Ein derartiges Missverhältnis hat der Beklagte nicht vorgetragen. Das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz ist vielmehr bereits widersprüchlich und berücksichtigt nicht die erfolgten Vertragserweiterungen. So behauptet der Beklagte einerseits ohne nähere Belege und weitergehende Spezifizierung, die Gesamtleistungen der Klägerin seien für einen Werklohn von 30.000,00 € bis 40.000,00 € zu erhalten. Andererseits stützt sich der Beklagte auf die Ausführungen des Dipl.-Ing. St. im selbstständigen Beweisverfahren, der in seinem ersten Ergänzungsgutachten vom 18.07.2003 die Kosten der Mängelbeseitigung betreffend die Leistungen der Klägerin mit 43.700,00 € beziffert hat. Der Beklagte verkennt jedoch, dass - anders als von ihm vorgetragen - die nach dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. St. erforderlichen Leistungen in keiner Weise mit der Neuherstellung der gesamten Leistung der Klägerin gleichgesetzt werden können und daher auch nicht allein zur Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung herangezogen werden können. So hat die Klägerin den Keller des Hauses des Beklagten vollständig freigelegt, die alte Abdichtung entfernt und eine vollständige Neuabdichtung - nach den Ausführungen des Dipl.-Ing. St. - bis 50 cm unterhalb der Geländeoberkante vorgenommen sowie die Drainage verlegt. Daneben hat sie die alten Steine der ursprünglichen Pflasterung entfernt, ebenso wie etwa die aufgefundenen Fundamentplatten sowie weitere Arbeiten vorgenommen. Die Mängelbeseitigungsarbeiten, die der Sachverständige St. für erforderlich hält, beinhalten hingegen lediglich die Verlängerung der Außenabdichtung bis - wenigstens - 20 cm über Geländeoberkante sowie die Neuherstellung der Außenanlagen. Weder hält der Sachverständige eine vollständige Ausschachtung der Kellerwände für erforderlich noch deren vollständige Überarbeitung. Auch sieht das Gutachten Mängelbeseitigungsarbeiten an der Drainage nicht vor. Mangels Vergleichbarkeit der Leistungen der Klägerin mit den aufgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten können die Ausführungen des Dipl.-Ing. St. daher zur Begründung eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht herangezogen werden. Vielmehr ergibt sich auf dieser Grundlage, dass unter Berücksichtigung der nicht zu erneuernden

Leistungen der Klägerin erheblich höhere Kosten anzusetzen sind, die die Annahme eines deutlichen Missverhältnisses zu dem von der Klägerin zunächst berechtigt in Rechnung gestellten Betrag von 90.932,59 € netto [vgl. dazu (3)] nicht zulassen.

(2) Die Voraussetzungen der Geltendmachung eines Wertersatzanspruchs nach § 346 Abs. 2 BGB liegen vor. Dem Beklagten ist eine Herausgabe bzw. Rückgewähr der Bauleistungen der Klägerin nicht möglich, § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Im Fall der Erbringung von Bauleistungen auf einem fremden Grundstück ist eine Rückgabe der Bauleistung in aller Regel nicht möglich und daher Wertersatz zu leisten (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 7. Teil, Rn. 12). So liegt der Fall auch hier. Eine Rückgewähr der Leistungen ist dem Beklagten schon deshalb nicht möglich, weil sie untrennbar mit dem Haus des Beklagten oder dem Erdreich verbunden sind bzw. Entsorgungsleistungen betreffen. Zu ersetzen ist im Rahmen des § 346 Abs. 2 BGB der objektive Wert der Leistung, der sich entgegen der Ansicht des Beklagten gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut des § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB nach der im Vertrag bestimmten Gegenleistung bemisst; hinzunehmen ist insoweit, dass damit in der Sache der Rücktritt zu denselben Ergebnissen wie eine Minderung führt (BGH MDR 2009, S. 249, für den Fall eines Rücktritts wegen Zahlungsverzugs; Kniffka/Koebler, a. a. O.; Merl in Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Aufl., § 15, Rn. 489 f; Busche in MüKo, BGB 5. Aufl., § 634, Rn. 29; Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, 13. Bearb., § 634, Rn. 106). Zugleich ist damit auch der im Werklohn enthaltene Gewinnanteil nicht vorab herauszurechnen, dies würde zudem dazu führen, dass der Auftraggeber, der letztlich die Werkleistung trotz des Rücktritts im Wesentlichen behält, nachträglich eine Verbesserung der Vertragskonditionen erreichen würde (im Ergebnis ebenso BGH a. a. O.). Auch eine teleologische Reduktion des § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB zugunsten des Bauherrn, der im Ergebnis an einem ungünstigen Vertrag festgehalten wird, ist nicht veranlasst; die gesetzlichen Regelungen über die Rückabwicklung eines Vertrages beinhalten keine Sanktionen für den Vertragsteil, dessen Verhalten zum Rücktritt geführt hat (BGH, a. a. O.). Für die Bemessung des Wertersatzanspruchs bei einem Werkvertrag ist dabei auf den ursprünglichen Werklohn abzüglich des Minderwertes abzustellen, wobei der Wertabzug nach den für die Minderung geltenden Grundsätzen zu bemessen ist, grundsätzlich mithin nach den Kosten der Mängelbeseitigung (Kniffka/Koebler, a. a. O.). Entgegen der Auffassung des Beklagten ist insbesondere nicht davon auszugehen, dass die Leistungen der Klägerin für ihn völlig wertlos gewesen sind. Vielmehr ist der infolge der mangelhaften Ausführung der Leistungen gegebene Minderwert auf 12.868,80 € zu veranschlagen [vgl. hierzu unten unter (4)].

(3) Für die Ermittlung der Höhe des Wertersatzanspruchs gem. § 346 Abs. 2 ZPO ist auszugehen von einem der Klägerin ursprünglich zustehenden Werklohnanspruch aus dem von den Parteien geschlossenen Werkvertrag vom 05./10.03.2002 sowie aus den Rechnungen betreffend den Containerdienst vom 03. und 21.10.2002 in Höhe von insgesamt 105.481,78 € brutto.

(a) Entgegen der Auffassung des Beklagten schuldete die Klägerin aufgrund des Vertrages vom 05./10.03.2002 nicht die Erbringung sämtlicher Sanierungsleistungen, die für eine ordnungsgemäße Instandsetzung des Gebäudes erforderlich waren, zu dem im Angebot vom 05.03.2002 ausgewiesenen Preis von 44.449,00 € netto. Ein entsprechender Pauschalvertrag ist zwischen den Parteien nicht geschlossen worden. Bereits aus der Vertragsurkunde ergibt sich, dass die Klägerin sich nicht zur Erbringung eines pauschalisierten Werkerfolges - „Trockenlegung“ des Kellers - verpflichtet hat. Geschuldet waren vielmehr die ausdrücklich angebotenen und nach Einheitspreisen abzurechnenden Einzelleistungen. Diesbezüglich ist ausdrücklich auf dem Angebot vermerkt, dass eventuelle zum damaligen Zeitpunkt noch nicht ersichtliche Mehrarbeiten nach Aufwand abgerechnet werden sollten. Die Parteien haben durch ihr Verhalten in der Folgezeit auch verdeutlicht, dass sie den Vertrag auch selbst nicht als umfassenden Pauschalvertrag aufgefasst haben. So hat der Beklagte eine Reihe von Nachträgen beauftragt, insbesondere hat er das schriftliche Nachtragsangebot der Klägerin vom 16.04.2002

gegengezeichnet, das die wesentlichen Abdichtungsmaßnahmen, die in der Schlussrechnung unter den Positionen 49, 50 und 53 aufgeführt worden sind, zum Gegenstand hat. Zugleich wäre durch eine Nachbeauftragung dieser Leistungen ein zuvor geschlossener Pauschalvertrag entsprechend abgeändert worden. Auch die übrigen in der Berufungsinstanz zwischen den Parteien noch streitigen Positionen stehen entweder mit den Leistungen aus dem Nachtragsangebot vom 16.04.2002 in engem Zusammenhang (Pos. 51, 52 - Entfernung der alten Isolierungsschicht, Neuverputzen, Pos. 67, 68 Demontage und Neumontage von Lichtschächten) oder betreffen zusätzliche Leistungen, die mit der eigentlichen Sanierung und den ursprünglich aufgeführten Leistungen nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht ohne weiteres zu erwarten waren, wie die Entfernung der während der Arbeiten aufgefundenen Fundamentplatten, das Abböschchen des Hanges, die Arbeiten im Zusammenhang mit der Entwässerung der Terrasse oder Leistungen, die ausdrücklich aus dem Angebot der Klägerin vom 05.03.2002 ausgenommen waren, wie die Kosten der Containerbereitstellung. Ebenso wie bei dem Nachtragsangebot vom 16.04.2002 ist daher durch die Beauftragung der Leistungen in jedem Fall eine Abänderung des ursprünglichen Vertrages erfolgt.

Eine andere Beurteilung der Rechtslage ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn der Geschäftsführer der Klägerin gegenüber dem Beklagten geäußert haben sollte, dass aufgrund des Vertrages die Feuchtigkeit des Kellers vollständig beseitigt werden würde, denn auch in diesem Falle wäre eine spätere einverständliche Abänderung des Vertragsumfanges und der Vergütungspflicht anzunehmen. Nach allem war auch die Vernehmung der als Zeugin benannten Frau K. Ke. zu den vom Beklagten behaupteten Äußerungen des Geschäftsführers vor Vertragsschluss nicht veranlasst.

Der Beklagte kann sich von einer etwaigen Änderung des ursprünglichen Vertrages auch nicht im Wege der Anfechtung lösen. Einwendungen gegen die Berechtigung der Klägerin Nachträge abzurechnen mit der Begründung, die Parteien hätten einen Pauschalpreis geschlossen, hat der Beklagte erstmals im Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 02.10.2003 erhoben. Eine unverzügliche Anfechtungserklärung ist damit nicht gegeben.

(b) Bei der Ermittlung des ursprünglich zu zahlenden Werklohns sind aus der Schlussrechnung der Klägerin vom 14.10.2002 neben den unstreitigen Positionen 1 bis 44, 50, 53 und 66, die Positionen 51, 52, 64, 65, 67 bis 70, 72, 74 bis 77 sowie die gesondert in Rechnung gestellten Leistungen der Containerbereitstellung zu berücksichtigen. Damit ergibt sich eine Gesamtsumme von 85.263,47 € netto oder 98.905,62 € brutto aus den zu berücksichtigenden Positionen aus der Schlussrechnung. Zu addieren sind die Beträge aus den Containerrechnungen von brutto 1.740,00 € und brutto 4.836,16 €, so dass sich ein Betrag von 105.481,78 € brutto errechnet. Abziehen sind die unstreitigen Zahlungen des Beklagten von 34.800,00 €. Es verbleibt mithin eine Forderung von 70.681,79 €.

Im Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte die Klägerin auch mit der Erbringung der streitigen Rechnungspositionen beauftragt hat. Nicht durchgreifend ist insoweit der Einwand des Beklagten, er habe zur Erteilung von Nachträgen aufgrund der Pauschalisierung der Werkleistung keinen Anlass gehabt. Wie ausgeführt ist bereits eine Pauschalierung des Werklohns nicht erfolgt, auch hat der Beklagte unstreitig den Nachtrag der Klägerin vom 16.04.2002 beauftragt, obwohl die Arbeiten die Abdichtung des Bauwerks betrafen. Unerheblich sind auch die Angaben der Zeugin K., sie habe keine Aufträge im Namen des Beklagten erteilt. Bei den nunmehr zwischen den Parteien noch streitigen Positionen stützt sich die Klägerin nämlich nicht auf eine Beauftragung durch die Zeugin K. Auch das Bestehen einer Vollmacht der Zeugin K. zur Beauftragung von Nachträgen kann daher dahinstehen.

Hinsichtlich der Positionen 51 und 52 (Entfernung der vorhandenen Isolierung und Neuverputzen der Wandflächen) hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass sich eine Auftragserteilung durch den Beklagten persönlich bereits aus dem vom Beklagten gegengezeichneten Nachtrag vom 16.04.2002 ergibt, der als handschriftlichen Zusatz auch das Vorspachteln und den Abriss vorsieht. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass der Beklagte den Ausführungen der Klägerin zur Höhe der angesetzten Einheitspreise und der bearbeiteten Fläche nicht entgegengetreten ist, so dass sein diesbezügliches Bestreiten, das er in der Berufungsinstanz nicht mehr aufgegriffen hat, nicht mehr hinreichend ist.

Bezüglich der Positionen 64 und 65 (geschnittene Fundamentplatten entsorgen) hat der Zeuge R. Al. eine Auftragserteilung durch den Beklagten persönlich bekundet. Der Senat sieht ebenso wie das Landgericht keinen Anlass, der Aussage des Zeugen nicht zu folgen. Dass die Entsorgung der Fundamentplatten, die im Zuge der Sanierungsarbeiten freigelegt worden waren und zunächst auf Veranlassung des Beklagten von einer Drittfirma zerlegt worden sind, nicht von den im ursprünglichen Vertrag zwischen den Parteien enthaltenen Sanierungsarbeiten umfasst war, folgt schon aus der Beschreibung der beauftragten Positionen in der Vertragsurkunde. Zugleich bestehen auch keine Anhaltspunkte für ein Tätigwerden der Klägerin ohne entsprechenden Auftrag. Schließlich hat das Landgericht zu Recht darauf verwiesen, dass selbst die vom Beklagten benannte Zeugin K. - ebenso wie der vom Beklagten benannte Zeuge A. - insoweit eine Auftragserteilung an die Klägerin vermutet haben. Hinsichtlich der Höhe der Positionen fehlt es wiederum an substantiierten Einwendungen des Beklagten, der der ausführlichen Begründung der Klägerin zur Höhe des angesetzten Einheitspreises weder erstinstanzlich noch in der Berufungsinstanz entgegengetreten ist.

Bei den Positionen 67 und 68 (Demontage und Neueinbau von Lichtschächten) hat der Zeuge H. W. eine Auftragserteilung durch den Beklagten persönlich bestätigt. Auch insoweit hat der Senat keine Veranlassung den Angaben des Zeugen nicht zu folgen, der detailliert und ohne Anzeichen einer einseitigen Parteinahme ausgesagt hat. Der Senat hat dabei auch berücksichtigt, dass ein Austausch der Lichtschächte nach Angaben des Zeugen W. wie auch des Zeugen R. Al. üblicherweise bei Arbeiten an der Abdichtung erfolgt und vorliegend nach den Bekundungen des Zeugen Al. die alten Lichtschächte zudem beschädigt waren. Anhaltspunkte für ein Tätigwerden der Klägerin ohne entsprechenden Auftrag bestehen wiederum nicht. Die Ortsüblichkeit und Angemessenheit der abgerechneten Preise steht schließlich zur Überzeugung des Senats aufgrund der detaillierten Feststellungen der Sachverständigen Dipl.-Ing. H. in ihrem Gutachten vom 06.08.2004 fest, denen der Beklagte nicht entgegengetreten ist.

Auch hinsichtlich der Positionen 69, 70, 74 bis 77 der Schlussrechnung (ACO-Hofgullys und ACO-Fußabtreter liefern und einbauen, ACO-Rinne liefern und anschließen sowie Elektroanschluss für vorhandene Pumpe im Regenschacht einbauen) hat der Zeuge W. eine Auftragserteilung durch den Beklagten bestätigt. Der Senat folgt auch insoweit den Angaben des Zeugen. Die Höhe der in Rechnung gestellten Einheitspreise hat der Beklagte, der diesen Aspekt in der Berufungsinstanz auch nicht wieder aufgegriffen hat, wiederum nicht hinreichend bestritten.

Bezüglich der Position 72 (Abböschchen des hinteren Hanges) haben die Zeugen R. Ha. sowie R. und M. Al. eine Auftragserteilung durch den Beklagten bekundet. Der Senat folgt auch insoweit den Angaben der Zeugen, zumal eine Veranlassung der Klägerin nicht ersichtlich ist, die nicht in Zusammenhang mit den zuvor beauftragten Arbeiten stehenden Leistungen ohne Auftrag zu erbringen. Die Ortsüblichkeit und Angemessenheit der abgerechneten Preise steht wiederum auf der Grundlage der Feststellungen der Sachverständigen Dipl.-Ing. H. zur Überzeugung des Senats fest.

Schließlich hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass entsprechend dem Wortlaut des Vertrages vom 05./10.03.2002 auch die Containerbereitstellung zu vergüten ist. Die Höhe der von der Klägerin gestellten Rechnungen ist dabei zwischen den Parteien nicht im Streit.

(4) Der infolge der mangelhaften Ausführung der Leistungen gegebene Minderwert der Leistungen der Klägerin ist mit 12.868,80 € anzusetzen, so dass ausgehend von der ursprünglichen Werklohnforderung von 70.681,79 € ein Wertersatzanspruch von 57.812,99 € verbleibt.

Neben einer mangelhaften Errichtung der Außentreppe, der mangelhaft hergestellten Außenabdichtung des Gebäudes, der mangelhaften Verdichtung des Erdreichs im Außenbereich des Kellers im Bereich des Carports und der Zufahrt und der nicht ordnungsgemäßen Errichtung der Terrasse ist auch die Drainage von der Klägerin mangelhaft errichtet worden. Der Senat folgt auch insoweit den Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. Be. Der Sachverständige hat einen Mangel der Drainage an der Südseite des Hauses festgestellt, da die Drainage dort nicht wie erforderlich mindestens 20 cm unter der Oberkante der Bodenplatte, sondern 5 Zentimeter oberhalb der Oberkante der Bodenplatte montiert worden ist. An den übrigen Hausseiten ist die Bodenplatte nach den Feststellungen des Sachverständigen hingegen in einer den Regeln der Technik entsprechenden Höhenlage befestigt. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner Anhörung sein Vorgehen erläutert und klargestellt an welchen Punkten er die Höhenlage der Drainage nachgemessen und inwieweit er die Lage der Drainage rechnerisch überprüft hat. Nicht nachvollziehbar ist dem Senat in diesem Zusammenhang die Auffassung des Beklagten, die Feststellungen des Sachverständigen, die Drainage liege lediglich an einer Hausseite zu hoch, sei mit den Denkgesetzen nicht vereinbar. Möglich scheint insbesondere, dass die Drainage durch ein entsprechendes Gefälle an den übrigen Hausseiten in der erforderlichen Höhe im Verhältnis zur Bodenplatte des Hauses errichtet worden ist. Ebenfalls nicht zu folgen ist dem Einwand der Klägerin, der Sachverständige habe nicht berücksichtigt, dass auf der Südseite die Bodenplatte überstehe. Dieser Umstand führt nicht zu einer Entlastung der Klägerin. Soweit in dieser Situation eine den Regeln der Technik entsprechende Errichtung der Drainage ohne Abbruch der Bodenplatte nicht möglich gewesen wäre, hätte es jedenfalls eines entsprechenden Bedenkenhinweises der Klägerin bedurft, der nicht erfolgt ist. Auch den Einwand der Klägerin, die Drainage funktioniere trotz der zu hoch liegenden Drainagerohre auf der Südseite des Hauses, da das dort gesammelte Wasser zu den tiefer gelegenen Stellen der Drainage hin abfließe, hat der Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat widerlegt. Der Sachverständige hat insoweit die Gefahr aufgezeigt, dass sich in der jetzigen Situation das sich auf der Bodenplatte ansammelnde Wasser an der Hauswand aufstauen könne, wenn die Aufnahmekapazität des Drainagerohres erschöpft ist.

Keinen Mangel stellt es hingegen dar, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen eine Tauchpumpe nicht vorhanden gewesen ist. Dass die zunächst vorhandene Pumpe von der Mieterin aus dem Drainagesystem ausgebaut und anderweitig verwendet worden ist, ist nicht der Klägerin anzulasten.

Für die Beseitigung der vorgenannten Mängel ist insgesamt ein Betrag von 12.868,80 € anzusetzen. Der Senat folgt auch insoweit weitgehend den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. Be.. Der Sachverständige hat die Kosten für eine ordnungsgemäße Verdichtung des Erdreichs im beanstandeten Bereich, für eine den Regeln der Technik entsprechende Errichtung der Terrasse und für eine mangelfreie Herstellung der Drainage mit 7.000,00 € beziffert und diesen Betrag nach den einzelnen Arbeitsschritten und - entgegen der Ansicht des Beklagten - unter Angabe der von ihm zugrunde gelegten Massen aufgeteilt. Im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat hat der Sachverständige auf den entsprechenden Einwand des Beklagten auch klargestellt, es sei berücksichtigt, dass die Arbeiten im Bereich der Zufahrt und des Carports

nicht mit schwerem Gerät durchgeführt werden könnten, sondern Handschachtungen vorgenommen werden müssten. Er habe deshalb einen Maschineneinsatz nicht in Rechnung gestellt.

Die Kosten für die Herstellung einer ordnungsgemäßen Außenabdichtung hat der Sachverständige mit 5.672,98 € angegeben, wobei er Soviesokosten von 47,56 € in Abzug gebracht hat, so dass ein zu berücksichtigender Betrag von 5.625,42 € verbleibt. Da die vom Sachverständigen Dipl.-Ing. Be. insoweit überprüfte Kostenaufstellung des Sachverständigen Dipl.-Ing. A. lediglich den Bereich der Außenabdichtung bis zur Geländeoberkante betraf, war auch ein weitergehender Abzug wegen des sich anschließenden Bereichs nicht veranlasst. Auch die vom Beklagten zur Kostenaufstellung des Sachverständigen Dipl.-Ing. Be. eingereichte Gegenrechnung gibt keinen Anlass von der Kostenermittlung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen abzuweichen. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner Anhörung ausgeführt, er habe bei seiner Berechnung auf Erfahrungswerte zurückgegriffen, die ein mittleres Preisniveau widerspiegeln. Dieser Einschätzung folgt der Senat. Dass vorliegend ein besonders hohes Preisniveau anzunehmen war, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Beklagten nicht nachvollziehbar vorgetragen. Der Beklagte kann sich schließlich nicht darauf berufen, vorliegend sei eine fiktive Schadensabrechnung auf Basis des eingeholten Privatgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. A. möglich. Die Berechnung des Wertersatzanspruchs der Klägerin, bei dem die Werklohnforderung um die Kosten der Mangelbeseitigung zu kürzen sind, ist nicht gleichzusetzen mit einem dem Beklagten zustehenden Schadensersatzanspruch.

Die Kosten der Neuerrichtung der Außentreppe hat der Sachverständige Dipl.-Ing. Be. mit 143,38 € angegeben. Auch diesbezüglich folgt der Senat der Kostenaufstellung des Sachverständigen. Hinzuzusetzen sind die Kosten des Abrisses und der Entsorgung der mangelhaften Außentreppe, die vom Sachverständigen nicht berücksichtigt worden sind. Der Senat schätzt diese Kosten auf der Grundlage der Ermittlung der Kosten der Neuerrichtung der Treppe auf 100,00 € § 287 ZPO.

cc) Die Forderung der Klägerin ist nicht durch die vom Beklagten erklärten Hilfsaufrechnungen erloschen.

Der vom Beklagten geltend gemachte Rückgewähranspruch in Höhe von 38.912,30 € hinsichtlich des gezahlten Werklohnes besteht nicht. Bei der Berechnung des Wertersatzanspruchs der Klägerin ist der gezahlte Werklohn berücksichtigt. Eine Überzahlung der Klägerin liegt nicht vor. Dementsprechend ist auch ein Ersatzanspruch des Beklagten in Höhe von 7.004,22 € wegen ihm entgangener Nutzungen aus diesem Betrag nicht gegeben. Ein Schadensersatzanspruch betreffend die Kosten einer Mängelbeseitigung an der Außenabdichtung gemäß den Ausführungen des Dipl.-Ing. A. im Gutachten vom 20.03.2007 in Höhe von 19.800,00 € besteht ebenfalls nicht. Die Kosten der Beseitigung der Mängel an der Außenabdichtung waren bereits bei der Ermittlung des Wertersatzanspruchs zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen. Zu einem weitergehenden Schadensersatzanspruch - etwa zu tatsächlich höheren als vom Sachverständigen Dipl.-Ing. Be. angesetzten Kosten - hat der Beklagte nichts vorgetragen. Auch kann der Beklagte eine fiktive Schadensberechnung im Rahmen des § 634 Nr. 4 BGB schon deshalb nicht vornehmen, weil er sich für einen Rücktritt nach § 634 Nr. 3 BGB entschieden hat. Schadensersatzansprüche wegen eines Mietausfalls in Höhe von 14.647,00 € hat der Beklagte weiterhin nicht schlüssig dargetan. Es fehlt bereits an Darlegungen zu einer berechtigten Minderung des Mietzinses durch die Mieterin in einer bestimmten Höhe. Der Beklagte hat im Gegenteil sogar Zweifel an einer berechtigten Mietminderung geäußert. Hinsichtlich der weitergehenden Ersatzansprüche des Beklagten wegen des Mieteinbehaltes im Hinblick auf die Kosten des baubiologischen Gutachtens in Höhe von 315,52 € wegen nach Behauptung des Beklagten erforderlich gewordener Elektroarbeiten in

Höhe von 2.287,61 € sowie wegen eines nach Vortrag des Beklagten infolge der mangelhaften Leistungen der Klägerin verbleibenden Minderwertes am Haus in Höhe von 5.000,00 € besteht Streit zwischen den Parteien über die zugrunde zu legenden Tatsachen, ohne dass der insoweit erstmals in zweiter Instanz erfolgte Vortrag des Beklagte nach § 531 Abs. 2 ZPO noch zu berücksichtigen ist. Mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 533 ZPO sind diese Gegenansprüche daher nicht in zulässiger Weise geltend gemacht. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass sich aus dem vorgelegten Gutachten des Baubiologen Sa. vom 13.11.2003 ein verbleibender Minderwert nicht ergibt. Vielmehr fordert der Sachverständige Sa. den Austausch der vom Schimmelpilz befallenen Bauteile und damit eine vollständige Schadensbeseitigung.

b) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Klägerin hat ihren Zahlungsanspruch mit Schriftsatz vom 05.01.2006 hilfsweise auf einen Wertersatzanspruch aus § 346 Abs. 2 BGB gestützt, so dass sie Rechtshängigkeitszinsen ab Zustellung dieses Schriftsatzes - per Telefax an die damaligen Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 05.01.2006 - verlangen kann. Ein weitergehender Zinsanspruch besteht hingegen nicht, insbesondere hat die Klägerin den Beklagten hinsichtlich des Wertersatzanspruchs nicht zu einem früheren Zeitpunkt in Verzug gesetzt.

c) Der vom Beklagten mit der Widerklage geltend gemachte Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Der Beklagte hat ein Interesse an der Feststellung des grundsätzlichen Bestehens der ihm gem. § 325 BGB trotz des Rücktritts zustehenden Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB bzw. aus §§ 281, 282, 283 BGB i. V. m. § 280 BGB. Der vom Landgericht angenommene Vorrang der Leistungsklage besteht nicht. Eine abschließende Bezifferung etwaiger Schadensersatzansprüche ist dem Beklagten schon deshalb nicht möglich, weil eine vollständige Mängelbeseitigung nach wie vor nicht erfolgt ist.

Im Übrigen ist die Widerklage unbegründet. Ein Schadensersatzanspruch des Beklagten gegen die Klägerin aus § 280 BGB hinsichtlich der im Kostenvoranschlag der Ba. GmbH vom 23.01.2004 aufgeführten Leistungen in Höhe von 56.762,51 € besteht nicht. Der Beklagte, der erstinstanzlich noch vorgetragen hat, die in dem Kostenvoranschlag aufgeführten Leistungen betreffen die im Rechtsstreit geltend gemachten Mängel, behauptet nunmehr unter Verweis auf das erstmals in der Berufungsinstanz eingereichte Gutachten des Baubiologen Sa. vom 13.11.2003, die Leistungen seien für eine Schimmelpilzsanierung im Keller des Hauses erforderlich, wobei er den Schimmelpilzbefall auf Wassereinbrüche in den Keller infolge der mangelhaften Außenabdichtung/Drainage zurückführt. Dieser Vortrag ist jedoch bereits mangels Darlegung der Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Der Beklagte hat keinerlei Erklärungen dazu abgegeben, dass es ihm nicht bereits erstinstanzlich möglich gewesen ist, das Ziel der in dem Kostenvoranschlag aufgeführten Arbeiten darzulegen. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass der Beklagte entsprechende Kenntnisse nicht gehabt haben könnte. So hat ihm der Kostenvoranschlag bereits vor Ende des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegen. Zudem beruft sich der Beklagte darauf, dass es bereits seit dem Jahr 2003 Minderungen der Mieterin des Hauses gegeben hat, so dass er auch vor diesem Hintergrund Kenntnis entsprechender Beanstandungen der Mieterin gehabt haben muss.

Die zunächst hilfsweise zur Begründung der Widerklage angeführten Schadensersatzansprüche wegen Mietausfällen hat der Beklagte schließlich nicht mehr weiterverfolgt, sondern statt dessen mit dem Gegenanspruch die hilfsweise Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt, die indes - wie ausgeführt - nicht durchgreift.

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 S. 1, 2 ZPO. Der Senat sieht keine Veranlassung die durch die Überprüfung der Behauptung der Klägerin, unter dem Bauvorhaben befinde sich eine zweite Bodenplatte, entstandenen zusätzlichen Kosten der Klägerin nach § 96 ZPO aufzuerlegen. Bei der gem. § 96 ZPO zu

treffenden Ermessensentscheidung können der siegreichen Partei die Kosten auferlegt werden, die infolge unsachgemäßer Prozessführung entstanden sind (OLG Dresden OLG-NL 2002, s. 162; Bork in Stein/Jonas; ZPO, Kommentar, 22. Aufl., § 96, Rn. 1). Eine unsachgemäße Prozessführung in diesem Sinne ist nicht gegeben. Aus Sicht der Klägerin bestand auf der Grundlage der ihr vom Beklagten zur Verfügung gestellten und mit Schriftsatz vom 27.01.2009 eingereichten Planung Anlass für die Annahme, dass das Haus des Beklagten nicht direkt auf der bereits zuvor vorhandenen Bodenplatte errichtet worden ist, sondern dass auf dieser nach der überreichten Planung teilweise überstehenden, teilweise aber auch nicht unter das Bauvorhaben des Klägers reichenden Bodenplatte eine zweite, den Grundriss des Hauses vollständig abdeckende Bodenplatte gegossen worden war.

Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchstrichterlichen oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien ist eine andere Beurteilung nicht veranlasst. Hinsichtlich der Berechnung des Wertersatzanspruchs nach § 346 Abs. 2 BGB folgt der Senat den Vorgaben des Bundesgerichtshof in der angeführten Entscheidung vom 19.11.2008 (MDR 2009, S. 249), die sich zu den Grundsätzen der Bestimmung des Wertersatzanspruchs betreffend die Orientierung an der vertraglich vereinbarten Gegenleistung ausdrücklich verhält. Die weiteren von der Klägerin im Schriftsatz vom 05.03.2007 angeführten Punkte sind ebenfalls bereits in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt worden oder haben für die Entscheidung des Senats keine Rolle gespielt.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 209.391,44 € festgesetzt, §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO (Klage: 67.265,41 € Hilfsaufrechnungen, soweit eine der Rechtskraft fähige Entscheidung ergeht: 80.363,52 € Zahlungsantrag Widerklage: 56.762,51 € Feststellungsantrag Widerklage: 5.000,00 €).

Wert der Beschwer für die Klägerin: 14.452,42 €

Wert der Beschwer für den Beklagten: 194.939,02 €