

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** i23u97\_08  
**letzte Aktualisierung:** 16.3.2010

**OLG Düsseldorf, 26.5.2009 - I-23 U 97/08**

BGB § 635

**Grundsätzlich kein Entfallen des Anspruchs auf Mängelbeseitigung trotz ganz erheblicher Kosten bei objektivem Interesse an ordnungsgemäßer Vertragserfüllung**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 9.5.2008 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 13. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung tragen die Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

**Tenor:**

Die Beklagten können eine Vollstreckung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**I.**

Die Beklagte zu 1) – die Beklagte zu 2) ist ihre Komplementärgesellschaft - führte gemäß einem Vertrag vom 28.8./3.10.1989 Rohbauarbeiten an einem Bauvorhaben der Kläger auf dem F in D aus. Dem Vertrag zugrunde lag ein von dem Streithelfer der Beklagten erstelltes und von der Beklagten zu 1) ausgefülltes Leistungsverzeichnis. Darin enthalten waren Angaben zu einer von der Beklagten zu 1) herzustellenden Abdichtung gegen drückendes Wasser. In der Zeit Weihnachten/Neujahr 1993/1994 traten Feuchtigkeitserscheinungen im Keller und im Erdgeschoss des Hauses auf. Die Kläger beantragten die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens und machen gestützt auf das in diesem Verfahren eingeholte Gutachten Kostenvorschuss- und Schadensersatzansprüche geltend.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 96.739,69 € und auf Feststellung weiterer Ersatzpflicht gerichteten Klage nach Beweiserhebungen durch Sachverständigengutachten und Zeugenvernehmung unter Abweisung der weitergehenden Ansprüche teilweise stattgegeben und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 38.716,65 € nebst Zinsen verurteilt sowie festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, den Klägern den über 2.654,46 € hinausgehenden Schaden, der auf der mangelhaften Abdichtung der Außenkellerwand beruht, zu ersetzen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:

Den Klägern stehe ein Anspruch auf Zahlung von Kostenvorschuss in Höhe von 38.716,65 € gegen die Beklagte zu 1) zu, für die die Beklagte zu 2) gesamtschuldnerisch mithaftete. Die Abdichtung des Kellers sei, wie der Sachverständige Dipl. Ing. W im selbständigen Beweisverfahren überzeugend ausgeführt habe, mangelhaft. Das Entwässerungsrohr habe die Beklagte zu 1) nicht abgedichtet. Die Abdichtung sei nicht um das Fundament herumgeführt worden und es fehle die Hohlkehle. Die Art und Weise der durchgeführten Abdichtung beinhalte ein hohes Gefährdungspotential bei einer Wasserbeanspruchung der Außenwand, sie entspreche nicht den technischen Anforderungen einer wirksamen Abdichtung gegen drückendes Wasser. Hinzukomme, dass die Abdichtung nicht die vertraglich vereinbarten Dicke von 6 mm aufweise. Sowohl der Sachverständige Dipl. Ing. W als auch der Sachverständige Dipl. Ing. A hätten die unter 6 mm liegende Dicke der Beschichtung bestätigt. Das Mangelbeseitigungsverlangen sei nicht unverhältnismäßig, weil das Interesse der Kläger an einer ordnungsgemäßen Abdichtung des Hauses erhebliches Gewicht habe. Soweit die Kläger nach der Behauptung der Beklagten Dämmplatten unsachgemäß auf die Abdichtung aufgebracht hätten, bedürfe es keiner weiteren Prüfung, weil die Dämmplatten keine Veranlassung zu einer Erneuerung der Abdichtung geben würden, selbst wenn sie ohne Gleitfolie aufgebracht worden seien. Schäden der Abdichtung seien durch die Dämmplatten nicht verursacht worden. Als Kostenvorschuss seien die Kläger berechtigt, die Kosten gemäß dem Angebot der B GmbH vom 12.1.2006 zuzüglich 20 % wegen

Kostensteigerungen zu verlangen. Danach ergebe sich ein Anspruch von 38.716,65 € Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei in Höhe von 2.654,48 € unbegründet, weil nicht feststehe, dass die Schäden auf die mangelhafte Werkleistung zurückzuführen seien. Denn es sei trotz der Gutachten der Sachverständigen Dipl. Ing. W und Dipl. Ing. A unklar geblieben, worauf die eingetretenen Nässeschäden letztlich zurückzuführen seien. Hingegen sei die Feststellungsklage begründet, weil nicht auszuschließen sei, dass Feuchtigkeitsschäden auf die unzureichende Abdichtung zurückzuführen seien und die Gefahr weiterer Schäden bestehe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Die Beklagten greifen diese Entscheidung mit der Berufung an und tragen unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen aus der ersten Instanz vor:

Die Ausführungen des Landgerichts seien rechtlich fehlerhaft und zu den tatsächlichen Geschehnissen unrichtig. Die vom Landgericht gerügte fehlende Abdichtung des Entwässerungsrohrs sei unstreitig nicht geschuldet gewesen. Die Annahme des Landgerichts, die Abdichtung sei nicht um das Fundament herumgeführt worden, beruhe auf einer nicht vollständigen und falschen Auswertung der Ausführungen des Sachverständigen Dipl. Ing. W. Das Landgericht habe zu Unrecht das Fehlen einer Hohlkehle angenommen. Tatsächlich sei diese aus einem Produkt der Firma D hergestellt worden. Dass die Hohlkehle nicht aus Zement bestehe, sei kein Mangel. Die Ausführungen des Sachverständigen Dipl. Ing. W zur unzureichenden Fußpunktabdichtung seien unvollständig und vom Landgericht unrichtig bewertet. Die Argumentation zur vereinbarten Dicke der Abdichtung treffe nicht zu, da maßgebend der gesamte Vertragstext einschließlich der Angaben zu den Materialmengen sei. Danach sei eine Dicke der Beschichtung von 6 mm nach Trocknung nicht geschuldet gewesen. Mit der gemäß Vertrag je Quadratmeter aufzutragenden Produktmenge habe nur eine Nassschicht von 6 mm hergestellt werden können. Da das Leistungsverzeichnis von dem Architekten der Kläger unter Hinweis auf das zu wählende Produkt stammte, habe keine Veranlassung zu Hinweisen bestanden. Es sei im Übrigen nicht berücksichtigt, dass ein Schichtdicke von 6 mm stellenweise erreicht worden sei. Die Angaben und Feststellungen der Sachverständigen hierzu seien nicht ausreichend dokumentiert, so dass diese nicht nachvollziehbar seien. Die unsachgemäße Verfüllung des Arbeitsraums durch die Kläger und die mangelhaften Eigenleistungen des Klägers bei Anbringung der Dämmplatten, hätten sich negativ auf die Schichtdicke ausgewirkt. Die Angaben des Sachverständigen Dipl. Ing. A zu unzureichender Abdichtung an der Stirnseite seien nicht verifizierbar, dessen Angaben zur Schichtdicke seien falsch. Unterstellt, die Abdichtung sei mangelhaft, so scheidet dennoch eine Haftung der Beklagten aus. Mangelbeseitigungsarbeiten seien nämlich deshalb erforderlich, weil die Kläger ihre Eigenleistungen mangelhaft ausgeführt hätten. Deren Arbeiten hätten zu Schwachstellen der Beschichtung geführt. Die Hinterläufigkeit der Beschichtung sei den Klägern selbst anzulasten. Zu berücksichtigen sei hierbei auch, dass die Kläger eine notwendige Gleitfolie nicht aufgebracht hätten. Erforderliche Schutzplatten seien von den Klägern nicht aufgebracht worden. Richtigerweise hätten die Kläger gemäß den Ausführungen der Fa. D zunächst die horizontalen Schutzplatten, dann die vertikalen Platten anbringen müssen. Stattdessen seien Dämmplatten fehlerhaft angeordnet worden und es sei kein auf die Beschichtung abgestimmter Kleber benutzt worden. Jedenfalls seien unter Berücksichtigung dieser Umstände die Ausführungen des Landgerichts zur Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung wegen unzureichender Abdichtung fehlerhaft. Der Aspekt des Vorteilsausgleichs sei nicht hinreichend berücksichtigt worden. Letztlich seien die Ausführungen des Landgerichts zur Höhe des Anspruches unzutreffend.

Die Beklagten beantragen,

das Urteil des Landgerichts teilweise zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagten treten dem Berufungsvorbringen entgegen. Sie nehmen Bezug auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und führen weiter aus:

Das Landgericht habe zutreffend ausgeführt, dass die Bitumendickbeschichtung nicht die vereinbarte Dicke aufweise. Das beruhe auf den zutreffenden Ausführungen beider Sachverständigen, die das Objekt in Augenschein genommen haben. Die Hohlkehle sei nicht in fachgerechter Form - Mörtel mit Abdichtungsüberdeckung - hergestellt worden. Der Sachverständige W und der Zeuge S, der als Mitarbeiter des Herstellers der Abdichtungsmasse ein erhebliches Interesse an der Entscheidung im Sinne des Herstellers D habe, seien bei dem Ortstermin einig gewesen, dass die Abdichtung im unteren Bereich mangelhaft gewesen sei. Die Hinterläufigkeit der Abdichtung an der senkrechten Wand und die leichte Ablösbarkeit des Materials auf dem waagerechten Vorsprung der Bodenplatte, seien ein deutliches Zeichen für die unsachgemäß aufgetragene Abdichtung. Soweit die Beklagten sich darauf berufen, dass die Dicke von 6 mm der Beschichtung vor Trocknung entsprechen müsse und nach den Richtlinien der Fa. D sich nichts anderes ergebe, sei das unrichtig. Hätten die Beklagten darauf hingewiesen, dass in den Unterlagen des Herstellers nur die Schichtdicke vor Trocknung angegeben sei, hätten weder sie noch ihr Architekt sich damit zufrieden gegeben. Es sei festzuhalten, dass die Fußpunktabdichtung unzureichend gewesen sei und die Wasserschäden in den Kellerräumen erst ermöglicht habe. Der Arbeitsraum sei von den Beklagten verfüllt worden, nicht von ihnen. Durch das Aufbringen der Dämmplatten seien keine Mängel einer vorher ordnungsgemäßen Abdichtung hervorgerufen worden. Die aufgetragenen Wärmedämmplatten und die fehlende Gleitschicht würden keine Veranlassung geben, diese auszutauschen und nachzurüsten. Deshalb müsse auch eine Vorteilsanrechnung unterbleiben.

## **II.**

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagten nach umfangreicher Beweiserhebung zu Recht zur Zahlung von 38.716,65 € Kostenvorschuss verurteilt und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Das Urteil des Landgerichts beruht auf keiner Rechtsverletzung, §§ 513, 546 ZPO. Die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis zum 31.12.2001 geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden, Art. 229, § 5 EGBGB.

### **A.**

Der Anspruch der Kläger gegen die Beklagte zu 1) auf Zahlung des Kostenvorschusses zur Beseitigung von Mängeln der Abdichtung des Kellers ihres Einfamilienhauses F W in D folgt aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B.

#### **1.**

Die Kläger hatten die Beklagte zu 1) mit Bauvertrag vom 28.8./3.10.1989 mit den Rohbauarbeiten ihres Bauvorhabens F W in D beauftragt. Der unter Einbeziehung der VOB/B geschlossene Bauvertrag sah unter Ziffer 3.9. des Leistungsverzeichnisses vor, dass die Beklagte

zu 1) die Abdichtung der Kellerwände gegen drückendes Wasser unter Benutzung von Produkten der Fa. D ausführen sollte.

2.

Die Beklagte zu 1) hat die Abdichtungsarbeiten mangelhaft ausgeführt. Nach dem Fehlerbegriff der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden VOB/B (Stand 1986) liegt ein Mangel vor, wenn die Leistung des Unternehmers zur Zeit der Abnahme nicht die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Ausgehend von diesem Mangelbegriff unter Berücksichtigung des geschuldeten Werkerfolges ist die Werkleistung der Beklagten zu 1) mangelhaft. Die Beklagte zu 1) schuldete als Werkerfolg eine Abdichtung des Kellers in der Art und Weise, dass selbst drückendes Wasser nicht in das Gebäude eindringen kann. Diesen Anforderungen wird die Werkleistung der Beklagten zu 1) nicht gerecht. In den Keller des Hauses ist seit dessen Fertigstellung mehrfach Feuchtigkeit eingedrungen. Die Feststellungen der Sachverständigen W und A lassen allein den Schluss zu, dass dies auf mangelhafte Arbeiten der Beklagten zu 1) zurückzuführen ist.

a)

Ein Mangel liegt schon deshalb vor, weil die Dickbeschichtung die vereinbarte Dicke von 6 mm nicht einhält. Gemäß Position 3.9. des Leistungsverzeichnisses wurde vereinbart, dass die Schichtdicke 6 mm betragen muss. Diese Schichtdicke ist ohne Einschränkung in dem Leistungsverzeichnis vorgegeben. Diese Vorgabe der Kläger musste die Beklagte gemäß §§ 133, 157 BGB dahin verstehen, dass mit dieser Schichtdicke der Zustand der trockenen Beschichtung gemeint war. Für die Kläger, die über möglichen Schwund in der Trocknungsphase keine Kenntnis haben, bestand kein Anlass, die Dicke während der Arbeitsausführung vorzugeben. Das macht für den Auftraggeber keinen Sinn, da es ihm entscheidend auf den dauerhaften Schutz für das Mauerwerks ankommt und er durch eine möglichst dicke Beschichtung nach Fertigstellung und Abtrocknung sicher gehen will, dass keine Nässe eintritt. Diese gilt insbesondere, weil die Kläger wegen der Lage des Bauvorhabens in Rheinnähe und der dadurch bedingten Gefährdung durch drückendes Wasser ein besonders Interesse an einem sicheren Schutz hatten. Da das Leistungsverzeichnis im Übrigen auf die Richtlinien der Firma D Bezug nimmt – die Firma D ging grundsätzlich von 4 mm Dicke im Trockenzustand aus -, aber ausdrücklich zusätzlich eine Dicke von 6 mm verlangt, lag es auf der Hand, dass die Kläger eine besonders dicke Beschichtung wollten. Das Ansinnen der von ihrem Architekten beratenden Kläger war auch verständlich, da es zum damaligen Zeitpunkt durchaus unterschiedliche Vorstellungen in der Fachwelt von einer ausreichenden Abdichtung gegen drückendes Wasser durch Dickbeschichtungen gab. Soweit die Beklagte zu 1) erkannte, dass die von den Klägern geforderte Dicke mit den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Masseangaben der Fa. D "6 l/qm" nicht herzustellen ist, hätten sie die Kläger darauf hinweisen müssen. Sie konnten nicht davon ausgehen, dass diesen eine derartige Problematik bekannt war. Es bedarf keiner Überprüfung der Behauptung der Beklagten, der Architekt der Kläger sei davon ausgegangen, es genüge eine Ausführung nach den Richtlinien der Fa. D, mehr habe er nicht gewollt. Dagegen spricht schon der Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung. Die Behauptung der Beklagten ist ins Blaue hinein aufgestellt. Im Übrigen kommt es für die vertragliche Abrede auf den Willen der Kläger an, und diese haben mit den Beklagten die Schichtdicke von 6 mm vereinbart.

Die vereinbarte Dicke der Beschichtung wurde nicht eingehalten. Die Abdichtung ist von der Beklagten zu 1) auch an den horizontalen Wänden nicht in ausreichender Dicke aufgetragen worden. Der Sachverständige Dipl. Ing. W hat aufgrund der Probeentnahmen und Messungen

eine mittlere Dicke von 2 mm festgestellt, wie er in seinem Gutachten vom 8.10.1998 näher erläutert hat. Bei einem weiteren Ortstermin am 19.9.2000 stellte der Sachverständige einzelne Dicken zwischen 3 mm und 6 mm fest. Der Sachverständige A stellte in dem von ihm untersuchten Wandbereich eine Schichtdicke von bis zu 4 mm fest.

b)

Selbst wenn man den Umstand der vereinbarten Schichtdicke vernachlässigt, liegt bei Schichtdicken von weniger als 4 mm in mehreren Bereichen der Wand ein Mangel vor, weil dies nicht den allgemein geltenden Regeln der Technik entsprach. Dass nach diesen Regeln eine Schichtdicke von mindestens 4 mm erforderlich war, stellen auch die Beklagten letztlich nicht in Abrede.

c)

Dass die Werkleistung der Beklagten zu 1) nicht den vereinbarten Erfolg herbeiführte, sondern mangelhaft war, ergibt sich auch aus weiteren Überlegungen. Die Eintrittsstellen der eingedrungen Feuchtigkeit und Nässe liegen unmittelbar über dem Fußbodenbereich. Hierzu hat der Sachverständige Dipl. Ing. W in seinem Gutachten vom 1.11.1994 Feststellungen aufgrund der sichtbaren Nässeschäden getroffen, was sich durch Feuchtigkeitsmessungen bestätigte. Der Sachverständige Dipl. Ing. A stellte in seinem Gutachten vom 9.12.2004 ebenfalls fest, dass die Wasserlaufspuren im Bereich der Fuge zwischen dem Kelleraußenmauerwerk und der Betonbodenplatte begannen. Die Abdichtung, die die Beklagte zu 1) herstellte, ist, wie es der Sachverständige W aufgrund der mehrfachen Feuchtigkeitseintritte im Keller formulierte, augenscheinlich nicht druckwasserdicht. Bei dem Bauvorhaben der Kläger handelt es sich um Neubau. Der Rohbau einschließlich der Abdichtung wurde von der Beklagten zu 1) bzw. ihrer Subunternehmerin ausgeführt. Das Gewerk der Beklagten zu 1) erfüllt nicht die vertraglich geschuldete Funktion eines trockenen Kellers und ist deshalb mangelhaft. Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme steht vielmehr fest, dass in dem schadensträchtigen Fußpunktbereich die Dickbeschichtung mangelhaft aufgetragen war. Der Sachverständige A hat in dem von ihm untersuchten Bereich festgestellt, dass auf dem Überstand der Bodenplatte die Dicke der Abdichtung zwischen 1,5 mm und 3 mm und an der Stirnseite der Abdichtung nur 0,1 mm betrug. Dies ist keine ausreichende Abdichtung, da diese nach den Allgemeinen Regeln der Technik mindestens 4 mm betragen muss. In seinem Gutachten vom 15.12.2004 führte der Sachverständige Dipl. Ing. A zu der Abdichtung aus:

"Die Ausführung entspricht jedoch nicht den geltenden DIN-Vorschriften. Danach ist es erforderlich, an die Stirnseite der Gebäudebodenplatte eine Abdichtung mindestens 10 cm unter Oberkante der Bodenplatte herzustellen. Diese muss auch in der entsprechenden Dicke von mindestens 4 mm bzw. 5 mm aufgebracht und mit dem Untergrund, dem Beton, fest verbunden sein. Die aufgebrachte Abdichtung hat jedoch nur eine Dicke von 0,1 mm und ist zudem nicht über eine Breite von mindestens 10 cm unter der Oberkante aufgetragen."

Der Sachverständige Dipl. Ing. W hatte bereits am 1.11.1994 für den von ihm untersuchten Bereich ebenfalls festgestellt, dass die Abdichtung nicht um das Fundament herumgeführt worden ist. Die Feststellungen der Sachverständigen in den jeweils untersuchten Bereichen stimmen danach darin überein, dass die Abdichtung nicht fachgerecht unter die Oberkante der Bodenplatte geführt worden ist. In seinen ergänzenden Stellungnahmen vom 8.10.1998 und 21.2.2000 hat der Sachverständige Dipl. Ing. W diesen Befund einer unzureichenden Abdichtung in dem Bereich des Fundaments bestätigt.

d)

Angesichts dieser umfangreichen Mängel, die eine Neuherstellung der Abdichtung erforderlich machen, kann dahin stehen, ob die Arbeiten seitens der Beklagten noch in weiterer Hinsicht, insbesondere bezüglich der Ausgestaltung der Hohlkehle mangelhaft waren.

3.

Die Voraussetzungen für die Einholung neuer Gutachten oder die Anhörung der in erster Instanz bereits ausführlich gehörten Gutachter liegen weder zum Grund noch zur Höhe des Klageanspruchs vor, § 411, 412 ZPO. Die Gutachten sind in sich nachvollziehbar, die Sachverständigen sind dem Senat als erfahren und zuverlässig bekannt. Die Tatsachenfragen sind eingehend in der ersten Instanz erörtert. Es besteht kein Anlass für eine Wiederholung der umfangreich durchgeführten Beweisaufnahme oder für die Einholung eines Obergutachtens. Die von den Beklagten vorgetragenen Bedenken und Einwände waren bereits Gegenstand der erstinstanzlichen Erörterungen.

4.

Die Behauptung der Beklagten, ihre ordnungsgemäß aufgebrauchte Abdichtung sei durch die Eigenleistungen der Kläger erst beschädigt worden, hat sich nicht bestätigt. Dafür ergeben sich aufgrund der Gutachten und Ergänzungsgutachten der Sachverständigen Dipl. Ing. W und Dipl. Ing. A keine Anhaltspunkte. Der Sachverständige A hat vielmehr in seiner Anhörung vom 11.4.2008 erläutert, dass die Ausführungen der Eigenleistungen der Kläger die Mängel der Abdichtung nicht nachträglich herbeigeführt haben.

Es mag sein, dass die Dämmplatten von den Klägern unfachmännisch aufgebracht wurden, das hat zu Beschädigungen der Abdichtung jedoch nicht geführt. Der Sachverständige Dipl. Ing. A hat in seiner Anhörung vom 15.11.2007 erläutert, dass die aus sehr weichem Material bestehenden Dämmplatten nicht zu einer Beschädigung der Abdichtung geführt haben. Auch dass die Platten nicht vollflächig verklebt waren, hat zu keinen Schäden geführt. Dies gilt letztlich auch für das Fehlen einer Gleitfolie. Mit beiden von den Beklagten behaupteten Schadensursachen hat sich der Sachverständige befasst und die Beschädigung einer zuvor ordnungsgemäßen Abdichtung nicht feststellen können. Dass die Kläger durch das Verfüllen des Arbeitsraums die Abdichtung beschädigt hätten, ergibt sich ebenfalls nicht. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagten erst in der Berufungsinstanz behaupten, die Verfüllarbeiten seien von den Klägern ausgeführt worden, ohne dies unter Beweis zu stellen. Letztlich kann dies dahin stehen. Bei den Ortsbesichtigungen haben sowohl der Sachverständige Dipl. Ing. W als auch der Sachverständige Dipl. Ing. A keine Perforation der Abdichtung festgestellt. Derartiges hat auch der Zeuge S nicht bestätigt. Bloße oberflächliche Einkerbungen ohne Perforation können nicht zu einem Durchdringen der Abdichtung, wie es hier geschehen ist, geführt haben. Das hat der Sachverständige Dipl. Ing. Arbeiter in seiner Anhörung vom 11.4.2008 eingehend erläutert.

Soweit die Beklagten darauf hinweisen, der Kläger habe möglicherweise den Überstand der Bodenplatte betreten und dadurch die Beschichtung heruntergedrückt, rechtfertigt diese kein anderes Ergebnis. Das bloße Betreten der Abdichtung ist kein Eingriff in die Werkleistung der Beklagten zu 1). Aus der vorgelegten "Richtlinie für die Planung und Ausführung von Abdichtungen mit kunststoffmodifizierten Bitumendickbeschichtungen (KMB)" ergibt sich, dass waagerechte Abdichtungen sehr wohl mit der gebotenen Vorsicht betreten werden können (Ziffer 7 der Richtlinie GA 454). Schäden der Beschichtung auf dem Überstand sind weder von den Sachverständigen noch dem Zeugen S festgestellt worden. Soweit die Belastung überhaupt

stattgefunden hat, hat sie allenfalls die Schichtdicke in diesem Bereich beeinflusst. Hierzu verweisen die Beklagten zudem selbst mehrfach darauf, dass aufgrund der Qualität des verwandten Materials der Firma D die Schichtdicke hinsichtlich der Abdichtungswirkung völlig unerheblich sei. Es bedarf hier keiner Erörterung, ob diese Werbeaussagen der Firma D zutreffen, jedenfalls ergibt sich aufgrund des diesbezüglichen Vortrages der Beklagten keine Grundlage für die Annahme der Verursachung von Undichtigkeiten durch die Kläger.

Im Hinblick auf die Nichteinhaltung der vereinbarten Schichtdicke ergibt sich die fehlende Verantwortung der Kläger durch die Ausführung der Eigenleistungen ohne weiteres, da diese auf den Mangel der Nichteinhaltung der 6 mm Dicke keinen Einfluss hatten.

5.

Das Landgericht hat die Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten zutreffend auf der Grundlage der vorliegenden Kostenvoranschläge und nach Anhörung des Sachverständigen Dipl. Ing. A festgestellt. Gegen die Richtigkeit der Feststellungen werden keine konkreten Einwände der Parteien erhoben. Der Senat hält auch den vom Landgericht vorgenommenen prozentualen Aufschlag unter Berücksichtigung der Preissteigerungsrate im Rahmen des hier anzuwendenden § 287 ZPO für zutreffend.

6.

Der Anspruch der Kläger entfällt nicht weil die Mangelbeseitigungskosten unverhältnismäßig hoch wären. Es liegen Mängel vor, die die Dichtigkeit des Kellers beeinträchtigen. Unverhältnismäßigkeit einer Mangelbeseitigung im Sinne der § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB, § 13 Nr. 6 VOB/kann nur dann angenommen werden, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung nicht wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung verweigern (BGH, Urt. v. 20.11.2005, VII ZR 137/04, BauR 2006, 382 mit zahlreichen Nachweisen). Eine Unverhältnismäßigkeit ist schon zu verneinen, wenn das Risiko eines Schadenseintritts besteht. Das ist hier angesichts der Dichtigkeitsmängel und der Feuchtigkeitserscheinungen in den Räumen der Fall, da solche Vorkommnisse je nach Hochwasserstand des Rheins immer wieder zu befürchten sind. Selbst wenn der Mangel allein darin bestehen würde, dass die Beklagte zu 1) von der vertraglich zugesicherten Eigenschaft der Beschichtungsdicke von 6 mm abgewichen ist, rechtfertigt dies entgegen der Ansicht der Beklagten, dass der Mangel beseitigt wird.

7.

Der Anspruch der Kläger ist nicht gemäß § 254 BGB wegen eines Mitverschuldens zu kürzen. Ein Verschulden des Architekten als Planungsverschulden hinsichtlich der Dickbeschichtung liegt nicht vor. Der Sachverständige A hat zu den Angaben des Leistungsverzeichnisses erklärt, dass diese den Regeln der Technik entsprachen. Es ergibt sich nicht, dass der Architekt hätte erkennen können, dass die vereinbarte Schichtdicke mit den Mengenangaben der Fa. D nicht erreichbar waren. Insoweit ist gerade der Beklagten zu 1) als Fachunternehmen anzulasten, dass sie die Kläger nicht auf diese Diskrepanz hingewiesen haben. Ob dem Architekten eine mangelhafte Bauüberwachung vorzuwerfen ist, weil er die fehlerhafte Ausführung der Dickbeschichtung durch die Beklagte zu 1) nicht hinreichend überwachte, bedarf keiner Entscheidung. Eine mangelhafte Bauüberwachung durch den Architekten müssen sich die Kläger nicht als Mitverschulden entgegenhalten lassen.

8.

Eine Vorteilsanrechnung findet nicht statt. Der Sachverständige Dipl. Ing. A hat in seinem Gutachten vom 16.12.2006 ausgeführt, dass der Kostenvoranschlag der B GmbH, hierauf beruht die Berechnung des Vorschusses in dem angegriffenen Urteil, keine Sowiesokosten enthält. Eine Vorteilsanrechnung unter dem Aspekt, dass die jetzt anzubringenden Perimeterdämmplatten eine Dicke von 8 cm haben, während die vorhandenen Platten nur 6 cm dick sind, scheidet aus. Hierzu hat der Sachverständige Dipl. Ing. A in seiner Anhörung am 15.11.2007 erläutert, dass dadurch nur unerhebliche Mehrkosten anfallen können.

Eine Vorteilsanrechnung im Hinblick darauf, dass durch die Mangelbeseitigung die Eigenleistung der Kläger durch die Leistung eines Fachunternehmers ersetzt wird, ist nicht gerechtfertigt. Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 3.4.2009 hierzu eine andere Ansicht erwogen hat, hält er daran nicht fest. Die Kläger haben zu Recht darauf hingewiesen, dass allein der Zustand der im Rahmen der Mangelbeseitigung notwendigen Erneuerung der Dämmplatten keinen Anlass geboten hat, diese zu erneuern. Die Erneuerung der Platten wird ihnen aufgedrängt, weil ohne diese Maßnahmen die von den Beklagten geschuldete Mangelbeseitigung nicht durchgeführt werden kann. Die Mängel der zu erneuernden Abdichtung selbst, sind allein von der Beklagten zu 1) ohne Mitwirkung der Kläger verursacht, so dass unter dem Aspekt von Treu und Glauben eine Berücksichtigung von Vorteilen an einem anderen Teil des Gewerks ausscheiden. Der Senat weicht entgegen den Ausführungen der Beklagten insoweit nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab, so dass entgegen der Auffassung der Beklagten die Zulassung der Revision nicht erforderlich ist.

Es scheidet auch eine Anrechnung von Vorteilen nach dem Grundsatz "neu für alt" aus. Ein Abzug kommt insoweit nicht in Betracht, wenn, wie das hier der Fall ist, die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mangelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste (BGH, Urt. v. 13.9.2001, VII ZR 392/00, BauR 2002, 86).

B.

Der von den Klägern geltend gemachte und vom Landgericht zuerkannte Feststellungsanspruch ist wegen der Möglichkeit weiterer Schäden zulässig und begründet.

C.

Die Beklagte zu 2) haftet gesamtschuldnerisch mit der Beklagten zu 1) gemäß § 128 HGB.

**III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung einer Revision liegen nicht vor.

Streitwert der Berufungsinstanz: 43.716,65 € (Zahlung 38.716,65 € Feststellung 5.000 €)