



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 220/14

Verkündet am:
25. Juni 2015
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

VOB/B (1990) § 13 Nr. 5, 7;
ZPO § 717 Abs. 2

- a) Verlangt der Auftraggeber Ersatz der von ihm aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten, so hat er darzulegen, dass die durchgeführten Maßnahmen der Mängelbeseitigung dienen. Es besteht keine Vermutung, dass stets sämtliche von einem Drittunternehmer im Zuge einer Mängelbeseitigungsmaßnahme durchgeführten Arbeiten ausschließlich der Mängelbeseitigung dienen. Ein im Verhältnis zum Auftragnehmer schützenswertes Vertrauen des Auftraggebers, der Drittunternehmer werde nur Arbeiten zur Mängelbeseitigung durchführen, besteht nicht.
- b) Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil im Rechtsmittelzug teilweise abgeändert, so besteht ein Schadensersatzanspruch des Schuldners aus § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur, soweit das Urteil zum Nachteil des Gläubigers abgeändert worden ist (Anschluss an BGH, Versäumnisurteil vom 8. März 2007 - VII ZR 101/05, BauR 2007, 912 = NZBau 2007, 446, juris Rn. 10).

BGH, Urteil vom 25. Juni 2015 - VII ZR 220/14 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Sacher und Wimmer

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 2 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 2. September 2014 im Kostenpunkt und hinsichtlich der Entscheidung über die Widerklage (Nr. 3 des Tenors) aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufungen der Beklagten und die Widerklage der Beklagten zu 2 wird das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 9. Dezember 2011 teilweise abgeändert und insgesamt neu gefasst:

1. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 23.533,11 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Juni 2003 zu zahlen.
2. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 37.518,29 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Juni 2003 zu zahlen.

3. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 77.290,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Juni 2003 zu zahlen.
4. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte zu 2 einen Betrag in Höhe von 41.712,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. März 2012 Zug um Zug gegen Herausgabe der Prozessbürgschaft der Privatbank S. vom 3. Februar 2012, Nr. über 250.000 € zu zahlen. Es wird festgestellt, dass der Kläger verpflichtet ist, der Beklagten zu 2 jeden darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen, der ihr durch vorläufige Vollstreckungsmaßnahmen des Klägers hinsichtlich einer über 179.167,30 € hinausgehenden Vollstreckungsforderung aus dem Urteil des Landgerichts Koblenz vom 9. Dezember 2011 - 8 O 223/03, entstanden ist und noch entstehen wird.
5. Die weitergehende Klage sowie die weitergehende Widerklage werden abgewiesen.

Im Übrigen werden die Berufungen des Klägers und der Beklagten zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten erster Instanz und die außergerichtlichen Kosten des Klägers erster Instanz tragen der Kläger zu 41 %, die Beklagte zu 1 zu 6 %, die Beklagte zu 2 zu 10 % und die Beklagten

zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu 43 %. Von den auf das erstinstanzliche Verfahren entfallenden außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 trägt der Kläger 45 % und von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 erster Instanz trägt der Kläger 37 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens 11 U 614/05 tragen der Kläger zu 37 % und die Beklagte zu 2 zu 63 %. Die durch die Nebenintervention der Beklagten zu 1 in diesem Berufungsverfahren verursachten Kosten trägt die Beklagte zu 2 zu 63 %.

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens 11 U 1524/11 und die außergerichtlichen Kosten des Klägers zweiter Instanz tragen der Kläger zu 28 %, die Beklagte zu 1 zu 4 %, die Beklagte zu 2 zu 40 % und die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu 28 %. Von den auf das zweitinstanzliche Verfahren entfallenden außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 trägt der Kläger 38 % und von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 zweiter Instanz trägt der Kläger 23 %.

Die Gerichtskosten des Revisionsverfahrens und die im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen der Kläger zu 11 %, die Beklagte zu 1 zu 4 %, die Beklagte zu 2 zu 60 % und die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu 25 %. Die im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 trägt der Kläger zu 12 %.

Im Übrigen tragen die Parteien ihre in sämtlichen Instanzen entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt von den Beklagten aus übergegangenem Recht die Zahlung von Schadensersatz wegen mangelhafter Errichtung eines Parkdecks im Zusammenhang mit dem Neubau eines Geschäfts- und Wohngebäudes in O.

2 Der Kläger ist befreiter Vorerbe nach seiner verstorbenen Ehefrau, der vormaligen Klägerin (im Folgenden nur: Klägerin). Diese hatte die Beklagte zu 2 im September 1991 mit der Ausführung der Rohbauarbeiten für den Neubau des Gebäudes zu einem Pauschalpreis von 750.000 DM beauftragt. Das Gebäude, in dessen Erdgeschoss ein Einkaufsmarkt einziehen sollte, wurde in Hanglage errichtet. Über dem Einkaufsmarkt befindet sich ein Parkdeck, das mit Gefällebeton errichtet werden sollte. Unter Nr. 1.0 des Vertrags wurde Folgendes vereinbart:

"1.0 Vertragsgrundlagen und Bedingungen:

- Die VOB, Teile B und C (neueste Ausgabe)
- Die Gewährleistungszeit beginnt ab dem Zeitpunkt der mängelfreien Übergabe des Objekts durch den Auftraggeber an den Bauherrn und dauert die darauf folgenden 2 vollen Kalenderjahre.
- ...
- die dem Auftragnehmer vorliegenden und anerkannten Vertragsbedingungen, Punkt 1-20"

3 Die Vertragsbedingungen enthielten unter Punkt 12 folgende Bestimmungen:

"12.

Auf saubere und handwerksgerechte Arbeit ist größte Sorgfalt zu legen. Der Auftragnehmer haftet für die Güte der von ihm geleisteten Arbeiten und sämtl. Materialien, auch wenn sie nicht von ihm geliefert wurden, in vollem Umfang nach den Bestimmungen des § 638 BGB (5 Jahre beträgt hier die Gewährleistung). ..."

4 Im Oktober 1992 erteilte die Klägerin der Beklagten zu 1 den Auftrag, die Dachdecker- und Abdichtungsarbeiten durchzuführen. Nach deren Abschluss beauftragte die Klägerin Ende 1992 wiederum die Beklagte zu 2 damit, das von der Beklagten zu 1 abgedichtete Parkdeck mit Verbundsteinpflaster zu belegen. Bereits ab 1992 drang Feuchtigkeit in die unter dem Parkdeck befindlichen Räume des Einkaufsmarktes ein.

5 Die Klägerin hatte zunächst im Jahre 1995 hinsichtlich der Ursachen des Wassereintritts bei dem Landgericht die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens beantragt. Der gerichtlich bestellte Sachverständige war zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Entwässerungsrohr unsachgemäß verlegt worden war. Trotz der Stilllegung dieses Entwässerungsrohrs durch die Beklagte zu 1 drang weiter Wasser in die Räumlichkeiten ein, weshalb die Klägerin im Jahre 1997 die Durchführung eines weiteren selbständigen Beweisverfahrens beantragt hat. In diesem Verfahren hat der gerichtlich bestellte Sachverständige festgestellt, dass eine vollständige Mängelbeseitigung nur erreicht werden könne, indem das gesamte Parkdeck abgeräumt und saniert werde.

6 Die Klägerin ließ daraufhin in den Jahren 1999/2000 das Parkdeck durch ein Drittunternehmen auf Stundenlohnbasis sanieren, welches ihr einen Betrag in Höhe von 183.604,71 € (= 359.099,66 DM) in Rechnung stellte. Diese Kosten macht der Kläger gegenüber den Beklagten als Gesamtschuldnern geltend.

7 Das Landgericht hatte zunächst die Klage gegen die Beklagte zu 2 durch Teilurteil abgewiesen. Nach Aufhebung des Teilurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht durch das Berufungsgericht hat das Landgericht die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 162.581,20 € verurteilt. Auf die hiergegen eingelegten Berufungen der Beklagten hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 23.533,11 €, die Beklagte zu 2 zur Zahlung von 37.518,29 € und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung weiterer 77.290,14 € jeweils nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt. Zudem hat das Berufungsgericht der im Rahmen des Berufungsverfahrens von der Beklagten zu 2 erhobenen Widerklage auf Rückzahlung eines Betrags von 220.879,99 € nebst Zinsen stattgegeben. Diesen Betrag hatte die Beklagte zu 2 am 15. Februar 2012 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil an den Kläger gezahlt. Die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

8 Gegen das Berufungsurteil haben sich zunächst alle Parteien mit der vom Berufungsgericht unbeschränkt zugelassenen Revision gewendet. Die Revision der Beklagten zu 1 hat der Senat mit Beschluss vom 8. April 2015 verworfen, da sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist begründet worden war. Der Kläger begehrt mit seiner Revision die gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten in Höhe eines Betrags von 107.167,69 €, die Zuerkennung von Verzugszinsen sowie die Abweisung der Widerklage. Die Beklagte zu 2 begehrt mit ihrer Revision die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision ist statthaft gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Zwar fehlt es angesichts der auf die Umstände des Einzelfalles abstellenden Entscheidung des Berufungsgerichts an einem Zulassungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO; ein solcher wird vom Berufungsgericht auch nicht benannt. Der Senat ist an die Zulassung des Revision durch das Berufungsgericht aber gebunden, § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

10 Die Revision des Klägers hat teilweise Erfolg. Die Revision der Beklagten zu 2 ist unbegründet.

11 Auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien ist unter Berücksichtigung der für die Verjährung geltenden Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch sowie das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

A. Zur Revision der Beklagten zu 2

I.

12 Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt:

13 Dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2 aus § 13 Nr. 7 VOB/B (1990) zu.

14 Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Mitarbeiter der Beklagten zu 2 die un-

teren Einlauföffnungen der auf dem Parkdeck eingebauten Gullys entgegen den anerkannten Regeln der Technik zubetoniert hätten, weshalb diese ihre Funktion, Wasser abzuführen, nicht hätten erfüllen können. Zudem habe die Beklagte zu 2 das Parkdeck nicht mit dem erforderlichen Gefällebeton errichtet.

15 Für die Beseitigung dieser Mängel hafte die Beklagte zu 2 gesamtschuldnerisch mit der Beklagten zu 1, die die Abdichtung des Parkdecks mangelhaft erstellt habe. Ursächlich für die Feuchtigkeitseintritte seien sowohl die fehlerhaft vorgenommene Abdichtung durch die Beklagte zu 1 als auch der fehlende Gefällebeton und die zubetonierten Gullys. Die Beklagte zu 2 könne demgegenüber nicht einwenden, dass die beiden von ihr verursachten Mängel folgenlos geblieben wären, wenn die Beklagte zu 1 die Abdichtungsarbeiten ordnungsgemäß durchgeführt hätte. Dies verkenne, dass alle diese Maßnahmen in ihrem Zusammenwirken die Dichtigkeit des Parkdecks gewährleisten sollten und die von der Beklagten zu 2 verursachten Mängel zu einer nicht vorgesehenen, erhöhten Nässebelastung der Abdichtung geführt hätten. Diese Mängel könnten wirtschaftlich sinnvoll nur einheitlich beseitigt werden.

16 Der Einwand der Beklagten zu 2, das Parkdeck sei heute dicht, obwohl auch der Drittunternehmer keinen Gefällebeton aufgebracht habe, sei unbehelflich. Dicht sei das Parkdeck allein deshalb, weil alle vorher gesetzten Fehlerursachen behoben worden seien und letztlich anstelle des Gefälles eine wasserdichte Wanne mit einer zweiten Bitumenschweißbahn als weitere Abdichtungslage ausgebildet worden sei. Die Verlegung dieser dritten Lage stelle eine, gegenüber einer nachträglichen Ausbildung eines Gefälles kostengünstigere Nachbesserungsmöglichkeit dar.

17 Ein weiterer Mangel der Arbeiten der Beklagten zu 2 bestehe darin, dass diese den Arbeitsraum an der Außenwand der Obst- und Gemüseabteilung des

Einkaufsmarktes entgegen den anerkannten Regeln mit nicht drainfähigem Material verfüllt habe.

18 Unerheblich sei, dass die mangelhafte Verfüllung des Arbeitsraums zum Zeitpunkt der Sanierung noch nicht zu Wassereintritten geführt habe, da der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, mit der Beseitigung eines Mangels so lange zuzuwarten, bis sich dieser in Form von Feuchtigkeitsschäden am Gebäude realisiere.

19 Einer Fristsetzung zur Beseitigung dieses Mangels habe es nicht bedurft, da die Beklagte zu 2 die Nachbesserung aller von ihr durchgeführten Arbeiten ernsthaft und endgültig abgelehnt habe. Mit Schreiben vom 2. Mai 1995 habe die Klägerin der Beklagten zu 2 mitteilen lassen, dass erneut Wasser in den Einkaufsmarkt eingedrungen sei und diese zur Beseitigung der Mängel an den Pflasterarbeiten aufgefordert. Mit Schreiben vom 4. Mai 2005 habe die Beklagte zu 2 jegliche Verantwortung für die Undichtigkeit der Parkplatzdecke zurückgewiesen. Damit habe sie für die Klägerseite zweifelsfrei zu erkennen gegeben, dass sie die Verantwortung für die Feuchtigkeitseintritte generell in Abrede stelle und zu einer Mängelbeseitigung nicht bereit sei.

20 Hinsichtlich der mangelhaften Verfüllung des Arbeitsraums hafte die Beklagte zu 2 alleine, da die Arbeitsraumverfüllung nicht zu den Schäden am Parkdeck geführt habe.

21 Die Schadensersatzansprüche des Klägers seien auch nicht verjährt. Die Verjährungsfrist belaufe sich auf fünf Jahre. Zwar betrage die Gewährleistungszeit nach Nr. 1.0 des zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 geschlossenen Vertrags zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der mängelfreien Übergabe. Hierzu in Widerspruch stehe jedoch Punkt 12 der Vertragsbedingungen, wonach eine fünfjährige Verjährungsfrist vereinbart sei. Bei einer unklaren vertraglichen

Regelung gelte die gesetzliche Verjährungsfrist, die sich gemäß § 638 BGB auf fünf Jahre ab Abnahme des Werks belaufe.

22 Hinsichtlich der mangelhaften Verfüllung der Außenwand belaufe sich die Gewährleistungsfrist auf 30 Jahre, da die Beklagte zu 2 diesen Mangel arglistig verschwiegen habe. Die gerichtlichen Sachverständigen hätten übereinstimmend festgestellt, dass das von der Beklagten zu 2 zur Arbeitsraumverfüllung verwendete Material gänzlich ungeeignet sei und dass derjenige, der das Material eingebaut habe, dies auch gewusst habe.

23 Die von dem Kläger geltend gemachten Kosten seien weitestgehend erforderlich gewesen. Ein anspruchsminderndes Mitverschulden sei nicht ersichtlich:

24 Soweit der Drittunternehmer von der Klägerin auf Stundenlohnbasis mit der Mängelbeseitigung beauftragt worden sei, liege hierin kein den Anspruch minderndes Mitverschulden. Dem Auftraggeber stehe das Recht zu, einen vom Auftragnehmer nicht beseitigten Mangel rasch und zuverlässig zu beheben. Er könne alle Aufwendungen ersetzt verlangen, die zur Mängelbeseitigung erforderlich seien. Abzustellen sei darauf, was der Auftraggeber als vernünftig, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für erforderlich habe halten dürfen, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln müsse. Der Auftraggeber sei insbesondere berechtigt, die Arbeiten auf Stundenlohnbasis zu vergeben, wenn er generell oder jedenfalls in zumutbarer Zeit keinen zuverlässigen Unternehmer finden könne, der zur Übernahme der Arbeiten auf Einheitspreisbasis oder zu einem angemessenen Pauschalpreis bereit sei. So liege der Fall hier. Was im Einzelnen zu den Feuchtigkeitseintritten geführt habe, sei zunächst unklar gewesen. Bei einer Vergabe zu Einheitspreisen bzw. im Wege einer Pauschalpreisvereinbarung

hätte daher ein erhebliches Nachtragsrisiko bestanden. Die Klägerin sei nicht gehalten gewesen, sich einen Unternehmer zu suchen, der sich auf eine derart unsichere Kalkulationsbasis einlasse. Dies gelte erst Recht vor dem Hintergrund, dass weitere Feuchtigkeitseintritte in den Einkaufsmarkt und damit Folgeschäden gedroht hätten.

25 Es sei entgegen der Behauptung der Beklagten zu 2 auch nicht ersichtlich, dass die von dem Drittunternehmer durchgeführten Sanierungsmaßnahmen ihrerseits mangelhaft waren.

26 Der dem Kläger zu erstattende Schaden belaufe sich nach Abzug eines von der Beklagten zu 2 bereits gezahlten Vorschusses in Höhe von 35.000 DM auf 138.341,54 €. Hiervon entfielen ein Betrag in Höhe von 23.533,11 € auf einen Bereich, nämlich die fehlerhaft hergestellten Wandanschlüsse, für den allein die Beklagte zu 1 verantwortlich sei, und ein Betrag in Höhe von 37.518,29 € auf die Sanierung der Außenwand, für die nur die Beklagte zu 2 einzustehen habe.

II.

27 Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

28 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dem Kläger stünden gegen die Beklagte zu 2 wegen der mangelhaften Erstellung des Parkdecks und der fehlerhaften Arbeitsraumverfüllung Schadensersatzansprüche gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B (1990) zu.

29 a) Das sachverständig beratene Berufungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, dass die Mitarbeiter der Beklagten zu 2 die unteren seitlichen Einlauföffnungen der Gullys zubetoniert hatten.

30 Die hierzu von der Revision erhobene Verfahrensrüge hat der Senat ge-
prüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

31 b) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die Beklagte
zu 2 die Betondecke mit einem zu geringen Gefälle ausgeführt hat.

32 aa) Die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht dahinge-
hend, dass gemäß Nr. 8 des Angebots der Beklagten zu 2 vom 27. August
1991 ein Gefällebeton geschuldet war, ist nicht zu beanstanden und wird von
der Revision nicht angegriffen. Die Revision wendet sich vielmehr dagegen,
dass das Berufungsgericht davon ausgeht, die Beklagte zu 2 sei verpflichtet
gewesen, ein Gefälle von 2 % herzustellen, obschon sich dies aus dem Ver-
tragstext nicht ergebe.

33 Ein revisionsrechtlich zu beanstandender Rechtsfehler bei der Auslegung
des Vertrags durch das Berufungsgericht ist nicht erkennbar. Ein Verstoß ge-
gen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonsti-
ge Erfahrungssätze oder Denkgesetze lässt die Auslegung nicht erkennen (vgl.
BGH, Urteile vom 22. Juli 2010 - VII ZR 129/09, BauR 2010, 1929 Rn. 17 =
NZBau 2010, 628; vom 10. September 2009 - VII ZR 255/08, BauR 2009, 1908
Rn. 18 = NZBau 2009, 781). Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten
zu 2 geschuldete Leistung zutreffend unter Berücksichtigung der gesamten
Umstände des Vertrags bestimmt. Leistungsbeschreibungen in Bauverträgen
sind häufig nicht abschließend. Viele Details der Ausführung sind in ihnen nicht
genannt oder genauer beschrieben. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführ-
ungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden,
dass es nicht geschuldet ist. Vielmehr sind bei der Ermittlung der vertraglich
geschuldeten Leistung auch die sonstigen vertragsbegleitenden Umstände, die
konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zu-

schnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Gebäudes heranzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 2013 - VII ZR 275/12, BauR 2014, 547 Rn. 11 = NZBau 2014, 160). Insbesondere sind grundsätzlich auch diejenigen Leistungen geschuldet, die erforderlich sind, damit das Werk die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 15 ff. m.w.N.). Das Berufungsgericht hat gesehen, dass sich aus dem Vertragstext das Maß des zu erbringenden Gefälles nicht ergibt. Es hat bei seiner Auslegung zutreffend die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und dessen Zweckbestimmung in den Blick genommen und ist aufgrund der Aussage des von der Beklagten zu 2 benannten Zeugen K. und unter Berücksichtigung der von dem gerichtlich bestellten Sachverständigen O. gefertigten Richtzeichnung über normgerechte Abdichtungsausführungen im Wandanschlussbereich zu der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Überzeugung gelangt, dass in Anbetracht der Belegung des Parkdecks mit Verbundpflaster eine funktionstaugliche Ableitung von Regenwasser nur bei einem Gefälle von mindestens 2 % gewährleistet ist. Die Revision gibt insoweit die Aussage des Zeugen K. unzutreffend wieder. Dieser hat nicht bekundet, die Beklagte zu 2 hätte ein Gefälle von 2 % ausgeführt, hätte sie gewusst, dass das Parkdeck mit Verbundsteinen belegt werde. Der Zeuge K. hat vielmehr ausgesagt, bei einer Belegung mit Verbundsteinen sei ein Gefälle von mindestens 2 % zwingend erforderlich.

34 bb) Das Berufungsgericht hat aufgrund der Angaben des gerichtlich bestellten Sachverständigen O. bindend und von der Revision nicht angegriffen festgestellt, dass die Betondecke nicht mit dem erforderlichen Gefälle hergestellt worden ist. Rechtlich fehlerfrei hat es in diesem Zusammenhang weiter ausgeführt, dass die Beklagte zu 2 sich nicht darauf berufen könne, ihr sei nicht bekannt gewesen, welchen Oberbelag das Parkdeck erhalten sollte. In diesem Fall war die Beklagte zu 2 als Fachunternehmen gehalten, sich vor der Errich-

tung der Betondecke über die Art des später auszuführenden Oberbodens bei der Klägerin zu informieren und diese über die Erforderlichkeit eines entsprechenden Gefälles je nach geplantem Oberboden zu unterrichten.

35 cc) Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht in der Herstellung der Betondecke ohne das erforderliche Gefälle einen Mangel im Sinne des § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B (1990), der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt hat, da das durch die Fugen der Pflasterung fließende Wasser auf der Abdichtungsebene stehen bleiben konnte und die Nässebelastung der Abdichtung und damit das Risiko von Wassereintritten - auch bei einer mangelfrei hergestellten Abdichtung - erhöht hat. Soweit die Revision einwendet, im Rahmen der Sanierung sei ebenfalls kein Gefällebeton hergestellt worden und dennoch sei das Dach dicht, weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, dass anstelle des Gefälles eine andere taugliche Art der Nachbesserung, nämlich eine zweite Bitumenschweißbahn zur Ausbildung einer wasserdichten Wanne gewählt worden sei. Auch dies verdeutlicht, dass Maßnahmen zur Abführung des versickernden Wassers zwingend erforderlich waren.

36 c) Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, dass die Beklagte zu 2 die Arbeitsraumverfüllung an der Außenwand der Obst- und Gemüseabteilung mangelhaft ausgeführt hat. Dies ist revisionsrechtlich ebenfalls unbedenklich.

37 aa) Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte zu 2 sei verpflichtet gewesen, den Arbeitsraum mit drainfähigem Material zu verfüllen. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe dabei den Vertrag unzutreffend ausgelegt.

38 Ein Verstoß gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze durch das Beru-

fungungsgericht ist nicht erkennbar (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2014 - VII ZR 60/14, BauR 2015, 828 Rn. 17 m.w.N. = NZBau 2015, 220).

39 Bei der Auslegung des Vertrags ist das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen. Die Parteien haben die Geltung der VOB Teile B und C vereinbart (Nr. 1.0 des Vertrags). Insoweit ist, worauf die Revision zutreffend hinweist, auch Abschnitt 4 der Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen Vertragsbestandteil und bei der Auslegung der geschuldeten Leistung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. April 2014 - VII ZR 144/12, BauR 2014, 1150 Rn. 9 = NZBau 2014, 427; Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368 Rn. 24). Unabhängig davon schuldet der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit, soweit diese für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch versprochen ist, sowie vorbehaltlich abweichender Vereinbarung die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik (vgl. BGH, Urteile vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368 Rn. 25; vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 15).

40 Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet. Es hat bei seiner Auslegung berücksichtigt, dass der Vertragstext nur eine "Arbeitsraumverfüllung" ohne nähere Spezifizierung beinhaltet. Sachverständig beraten - und nicht wie die Revision meint allein aufgrund der Tatsache, dass eine Drainage vorhanden war - hat es festgestellt, dass zum Schutz der Außenwand und um die Funktionstauglichkeit der Drainage zu gewährleisten die Arbeitsraumverfüllung mit drainfähigem Material erfolgen musste. Nichts anderes ergibt sich aus Nr. 3.11 der DIN 18300. Danach ist der Auftragnehmer zwar grundsätzlich bei der Wahl des Füllmaterials frei. Er hat dieses jedoch so zu wählen, dass Beeinträchtigungen des angrenzenden Bauwerks ausgeschlossen sind. Dies ist jedoch nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nur gewährleistet, wenn der Arbeitsraum mit drainfähigem Material verfüllt wird.

41 bb) Das Berufungsgericht ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme
zu der Überzeugung gelangt, die Beklagte zu 2 habe entlang der Außenwand
keine entsprechende Filterschicht hergestellt.

42 Die hierzu von der Revision erhobene Verfahrensrüge hat der Senat ge-
prüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

43 cc) Ohne Erfolg rügt die Revision, die mangelhafte Arbeitsraumverfüllung
habe nicht zu Feuchtigkeitsschäden geführt. Der dem Kläger gemäß § 13 Nr. 7
VOB/B (1990) wegen der mangelhaften Verfüllung des Arbeitsraums zustehen-
de Schadensersatz umfasst unter den weiteren Voraussetzungen des § 13
Nr. 5 VOB/B (1990) auch den reinen Mangelschaden (vgl. BGH, Urteil vom
12. Mai 1980 - VII ZR 228/79, BGHZ 77, 134, 136 f., juris Rn. 14), weshalb
- ungeachtet dessen, dass die fehlerhafte Arbeitsraumverfüllung (noch) nicht zu
einem weitergehenden Schaden geführt hat - die Beklagte zu 2 zum Ersatz der
Mängelbeseitigungskosten verpflichtet ist.

44 Dieser Mangel war wesentlich und beeinträchtigte die Gebrauchstaug-
lichkeit erheblich, da er jederzeit zu Feuchtigkeitsschäden an der Außenwand
des Einkaufsmarktes hätte führen können.

45 dd) Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht die gemäß § 13
Nr. 5 VOB/B (1990) grundsätzlich erforderliche Fristsetzung als entbehrlich an-
gesehen hat, da die Beklagte zu 2 eine Mängelbeseitigung ernsthaft und end-
gültig verweigert habe.

46 Ob ein Auftragnehmer nach Mängelrügen des Auftraggebers deren Be-
seitigung und damit die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig verwei-
gert hat, unterliegt der tatrichterlichen Würdigung. Diese ist revisionsrechtlich
nur dahin überprüfbar, ob der Tatrichter von den zutreffenden rechtlichen Maß-

stäben ausgegangen ist und alle Umstände, insbesondere das gesamte Verhalten des Auftragnehmers von der Mängelrüge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ausreichend berücksichtigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13, BauR 2014, 2086 Rn. 24).

47 Das ist hier der Fall. Das Berufungsgericht ist von den Anforderungen ausgegangen, die an eine ernsthafte und endgültige Mängelbeseitigungsverweigerung zu stellen sind.

48 Eine solche ist dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer mit der erforderlichen Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit erklärt, dass mit seiner Leistung auch während einer angemessenen Nachfrist nicht zu rechnen sei, wenn er seine Mängelbeseitigungspflicht schlechthin bestreitet oder den Standpunkt einnimmt, Mängel seien nicht vorhanden, oder ohne Einschränkung andere Unternehmer für die Mängel verantwortlich macht (vgl. BGH, Urteile vom 24. Oktober 1985 - VII ZR 31/85, BauR 1986, 98, 101, juris Rn. 30, insoweit in BGHZ 96, 146 nicht abgedruckt; vom 24. Februar 1983 - VII ZR 210/82, BauR 1983, 258, 259, juris Rn. 19).

49 Von einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung durfte das Berufungsgericht aufgrund des Schreibens der Beklagten zu 2 vom 4. Mai 1995 ausgehen. Nachdem die Klägerin der Beklagten zu 2 mit Schreiben vom 2. Mai 1995 mitgeteilt hatte, dass erneut Wasser in die Räume des Einkaufsmarktes eingedrungen war, und sie unter Fristsetzung aufgefordert hatte, die Mängel an der Pflasterung zu beheben, wies die Beklagte zu 2 jegliche Verantwortlichkeit für die Feuchtigkeitsschäden von sich und verweigerte die Durchführung von Nachbesserungsarbeiten an der Pflasterung. Wenn das Berufungsgericht aus diesen Äußerungen den Schluss zieht, die Beklagte zu 2 habe damit deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sämtliche Mängelbeseitigungsarbeiten, die zu

Feuchtigkeitsschäden führen konnten, mithin auch eine Nachbesserung im Bereich des verfüllten Arbeitsraums, nicht durchführen werde, ist dies auch im Hinblick auf die weiteren Gesamtumstände aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Auch das weitere Verhalten der Beklagten zu 2 ließ nur den Schluss zu, sie werde keinerlei Mängelbeseitigungsarbeiten durchführen. So hat die Beklagte trotz der Ergebnisse der selbständigen Beweisverfahren nahezu acht Jahre lang keine Mängelbeseitigungsmaßnahmen durchgeführt und sämtliche Mängel bis zuletzt bestritten.

50 2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haften die Beklagten für die Kosten der Sanierung des Parkdecks mit Ausnahme der Neuherstellung der Wandanschlüsse gesamtschuldnerisch. Hiergegen vermag die Revision nichts Durchgreifendes zu erinnern.

51 Mehrere Unternehmer, die verschiedene Leistungen schulden, haften als Gesamtschuldner, wenn sie wegen Mängeln gewährleistungspflichtig sind, die ihre Ursachen zumindest teilweise in den jeweiligen Gewerken haben und wirtschaftlich sinnvoll nur auf eine einzige Weise beseitigt werden können. Sofern nur eine einheitliche Sanierungsmöglichkeit in Betracht kommt, müssen die Unternehmer im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht im Außenverhältnis gegenüber dem Auftraggeber gemeinsam und jeweils in vollem Umfang für die von ihnen mitverursachten Mängel einstehen. Sie schulden einen einheitlichen Erfolg und sind mithin gleichstufig verbunden. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn bei einer inhaltlich sich überlagernden Gewährleistungspflicht der zunächst in Anspruch genommene Unternehmer die Kosten der Sanierung allein zu tragen hätte, ohne zu einem internen Ausgleich berechtigt zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2003 - VII ZR 126/02, BGHZ 155, 265, 268, juris Rn. 11 ff.).

52 Zutreffend hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Mangelbeseitigung nur einheitlich durch Aufnahme des Verbundsteinpflasters inklusive Bet-
tong, der Entfernung und Erneuerung der Gullys sowie der Abdichtung und an-
schließenden Wiederherstellung des Pflasters möglich war. Sowohl die Nach-
besserung der Abdichtung als auch die Nachbesserung hinsichtlich des fehlen-
den Gefälles erforderte jeweils diese Maßnahmen. Soweit die Revision einwen-
det, an dem Gefällebeton seien Nachbesserungsmaßnahmen nicht durchge-
führt worden, berücksichtigt sie nicht, dass durch Ausbildung der wasserdichten
Wanne mittels einer zweiten Bitumenschweißbahn eine anderweitige, taugliche
Nachbesserungsart gewählt worden ist, für die die vorgenannten Sanierungs-
maßnahmen ebenfalls erforderlich waren.

53 3. Den Ansprüchen des Klägers steht auch nicht die Einrede der Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB entgegen.

54 a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Sanierung des Parkdecks sei noch nicht verjährt.

55 aa) Es braucht nicht entschieden zu werden, ob die vertraglich vereinbar-
ten Verjährungsregelungen, insbesondere Nr. 1.0 des Vertrags, unwirksam
sind, da dies nicht zu einer Anwendung der zweijährigen Verjährungsfrist des
§ 13 Nr. 4 VOB/B (1990), sondern zur Anwendung der gesetzlichen Bestim-
mung des § 638 Abs. 1 BGB führen würde.

56 Im Falle der Unwirksamkeit einer vertraglichen Bestimmung gilt grund-
sätzlich die gesetzliche Regelung, sofern nichts anderes vereinbart worden ist.
Eine solche Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Der Vertrag ent-
hält lediglich die Bestimmung, dass die VOB/B (1990) nachrangig gelten solle.
Eine Vereinbarung zur Anwendung der VOB/B (1990) für den Fall der Unwirk-

samkeit einer vorrangigen Regelung beinhaltet der Vertrag hingegen nicht. Im Gegenteil haben die Parteien mit den Bestimmungen gemäß Nr. 1.0 des Vertrags und Punkt 12 der Vertragsbedingungen zum Ausdruck gebracht, dass sie die Anwendung der Bestimmung des § 13 Nr. 4 VOB/B nicht wünschen (vgl. BGH, Urteile vom 26. März 2015 - VII ZR 92/14, NZBau 2015, 359 Rn. 44; vom 27. November 2003 - VII ZR 53/03, BauR 2004, 488, 492, juris Rn. 43 = NZBau 4, 146).

57 bb) Es kann ferner dahinstehen, ob sich die Verjährung der Mängelbeseitigungs- und Schadensersatzansprüche des Klägers nach Nr. 1.0 des Vertrags, nach Punkt 12 der Vertragsbedingungen oder nach der gesetzlichen Regelung des § 638 Abs. 1 BGB bestimmt. In allen Fällen ist der Anspruch des Klägers - ungeachtet eines möglichen Neubeginns der Verjährung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (1990) oder einer zwischenzeitlichen Hemmung der Verjährung durch das selbständige Beweisverfahren vor dem Landgericht (8 OH 23/95) - nicht verjährt.

58 (1) Gemäß Nr. 1.0 des Vertrags beginnt der Lauf der Verjährung erst mit der mängelfreien Übergabe durch den Auftraggeber an den Bauherrn. Eine Wirksamkeit dieser Regelung vorausgesetzt, konnte die Verjährung frühestens mit Beseitigung der vorhandenen Mängel des Parkdecks im Jahre 2000 beginnen. Da zu diesem Zeitpunkt bereits ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet worden war, war der Lauf der Verjährung gemäß § 639 Abs. 1, § 477 Abs. 2 BGB unterbrochen bzw. ab dem 1. Januar 2002 gemäß Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB gehemmt. Bereits im Jahre 2003, mithin in unverjährter Zeit, hat die Klägerin Klage erhoben, wodurch der Lauf der Verjährung gemäß § 204 Nr. 1 BGB weiterhin gehemmt ist.

59 (2) Sofern die Parteien eine fünfjährige Verjährungsfrist gemäß Punkt 12 der Vertragsbedingungen vereinbart haben oder gemäß § 638 Abs. 1 BGB eine solche gilt, wäre die Verjährung ebenfalls noch nicht vollendet. Aufgrund der Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens am 12. September 1997 war der Lauf der Verjährungsfrist ab diesem Zeitpunkt unterbrochen. Verjährung könnte daher nur eingetreten sein, wenn die Abnahme vor dem 12. September 1992 erfolgt ist. Dafür ist nichts ersichtlich. Die Beklagte zu 2 trifft die Darlegungslast für sämtliche Umstände, die die Einrede der Verjährung begründen. Sie muss die Voraussetzungen für den Beginn der Verjährung, mithin auch für die Abnahme, darlegen (BGH, Urteil vom 15. November 1973 - VII ZR 110/71, NJW 1974, 95, 96, juris Rn. 27).

60 b) Nicht zu beanstanden ist ferner, dass das Berufungsgericht eine Verjährung des Anspruchs auf Ersatz der Kosten für die Mängelbeseitigung im Bereich der Außenwand der Obst- und Gemüseabteilung des Einkaufsmarktes verneint hat.

61 Die Revision wendet sich vergeblich dagegen, dass das Berufungsgericht ein arglistiges Verschweigen betreffend die mangelhafte Arbeitsraumverfüllung annimmt.

62 aa) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte zu 2 den Arbeitsraum nicht mit drainfähigem Material, sondern mit einem Gemisch aus Erde und Steinen/Betonbrocken versetzt mit ein wenig Lava verfüllt hat. Hiergegen vermag die Revision nichts zu erinnern. Insoweit kann auf die Ausführungen unter A. II. 1.c verwiesen werden.

63 bb) Arglistig verschweigt, wer sich bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist und er nach Treu und Glauben verpflichtet ist, diesen Umstand mitzuteilen, ihn aber den-

noch nicht offenbart. Entscheidend hierfür ist nicht, dass der Unternehmer bewusst die Folgen einer vertragswidrigen Ausführung in Kauf nimmt. Arglist erfordert auch keine Schädigungsabsicht und keinen Vorteil (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 205/06, BauR 2008, 351, 352 = NZBau 2008, 113, juris Rn. 20 m.w.N.).

64 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Geschäftsführer der Beklagten zu 2 bei Ausführung der Baumaßnahme Kenntnis von der Ungeeignetheit des verfüllten Materials und dem damit verbundenen erheblichen Risiko von Feuchtigkeitseintritten in das Gebäude hatte. Diesen Mangel sowie das damit einhergehende Risiko habe er der Klägerin bewusst verschwiegen in dem Wissen, dass die Klägerin diese Art der Ausführung nicht akzeptiert und auf einer ordnungsgemäßen Verfüllung bestanden hätte.

65 Diese Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht lässt revisionsrechtliche Fehler nicht erkennen. Die hierzu von der Revision erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

66 cc) Zu Recht rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht habe bei der Bestimmung der Verjährungsfrist die Vorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB nicht beachtet. Da die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung kürzer als nach der bis zu diesem Tag geltenden Fassung ist, wird von dem 1. Januar 2002 an die kürzere Frist berechnet. Dies führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis. Gemäß § 634a Abs. 3 Satz 1 BGB verjähren die Mängelansprüche des Bestellers in der regelmäßigen Verjährungsfrist, mithin nach § 195 BGB in drei Jahren. Es kann dahinstehen, wann die Klägerin Kenntnis von den den Anspruch begründenden Tatsachen im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hatte, da der Lauf der Verjäh-

rung bereits im Jahre 2003 durch Klageerhebung gemäß § 204 Nr. 1 BGB rechtzeitig gehemmt worden ist.

67 4. Das Berufungsgericht hat den dem Kläger zu ersetzenden Schaden zutreffend ermittelt.

68 Zu erstatten sind dem Auftraggeber nach § 13 Nr. 7 VOB/B (1990) diejenigen Kosten, die für die Mängelbeseitigung erforderlich gewesen sind. Für die Bewertung der Erforderlichkeit ist auf den Aufwand und die damit verbundenen Kosten abzustellen, welche der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Ob die von einem Drittunternehmer verlangten Preise als erforderliche Aufwendungen erstattungsfähig sind, hängt vom Einzelfall ab. Der Auftraggeber darf nicht beliebig Kosten produzieren. Die Kosten sind überhöht, wenn eine preiswertere Sanierung, die den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, erkennbar möglich und zumutbar war. Bei der Würdigung, welche Maßnahme zu welchen Preisen möglich und zumutbar war, ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber nicht gehalten ist, im Interesse des säumigen und nachbesserungsunwilligen Auftragnehmers besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittunternehmer zu finden. Er darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Preis des von ihm beauftragten Drittunternehmers angemessen ist. Einen überhöhten Preis kann er auch dann akzeptieren, wenn ihm keine andere Wahl bleibt, etwa weil die Sache dringend ist. Hat der Auftraggeber sich sachverständig beraten lassen, so kann er Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sich später herausstellt, dass die von ihm durchgeführte Sanierung zu aufwändig war und eine preiswertere Möglichkeit bestand (vgl.

BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 119/10, BauR 2013, 1129 Rn. 9 m.w.N. = NZBau 2013, 430).

69 Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht zutreffend angewendet.

70 a) Zu Unrecht rügt die Revision, dem Kläger seien lediglich diejenigen Kosten zu erstatten, die entstanden wären, wenn die Klägerin die Mängelbeseitigungsarbeiten auf Einheitspreisbasis oder zu einem Pauschalpreis in Auftrag gegeben hätte. Auch die durch die Beauftragung der Sanierungsarbeiten auf Stundenlohnbasis entstandenen höheren Kosten waren nach den dargestellten Grundsätzen für die Mängelbeseitigung erforderlich.

71 Zwar darf der Auftraggeber nicht beliebig Kosten verursachen. Für die Klägerin war jedoch eine preisgünstigere Sanierungsmöglichkeit zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe nicht erkennbar. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der gesamte Umfang der Sanierungsmaßnahmen zum Zeitpunkt der Beauftragung noch nicht absehbar. Vor diesem Hintergrund war für die Klägerin nicht ersichtlich, auf welcher Abrechnungsbasis die Mängelbeseitigung am günstigsten durchgeführt werden konnte. Zutreffend führt das Berufungsgericht zudem aus, dass weitere Feuchtigkeitseintritte drohten, weshalb hinsichtlich der Beauftragung der Mängelbeseitigung Eile geboten war. Gegen diese Feststellungen bringt die Revision nichts Durchgreifendes vor.

72 b) Im Übrigen ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die durchgeführten Nachbesserungsarbeiten ihrerseits mangelhaft gewesen seien, unerheblich. Außerdem hat das Berufungsgericht diesen Einwand der Beklagten zu 2 geprüft und ausgeführt, dass eine mangelhafte Nachbesserung durch den Drittunternehmer nicht erkennbar sei.

B. Zur Revision des Klägers

I.

73 Das Berufungsgericht führt, soweit dies für die Revision des Klägers von
Relevanz ist, wie folgt aus:

74 Der ersatzfähige Schaden des Klägers belaufe sich auf lediglich
305.572,54 DM, so dass abzüglich des bereits gezahlten Vorschusses in Höhe
von 35.000 DM ein Betrag in Höhe von 270.572,54 DM (=138.341,54 €) ver-
bleibe. Hinsichtlich der weiteren Aufwendungen handele es sich entweder um
Sowieso-Kosten oder der Kläger habe nicht darzulegen vermocht, dass diese
im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung gestanden hätten. Verlange der
Auftraggeber die Mängelbeseitigungsarbeiten auf Stundenlohnbasis, so müsse
er zunächst die Mängelbeseitigungsaufwendungen nachvollziehbar darlegen,
um dem Auftragnehmer eine Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Kosten tat-
sächlich entstanden sind und erforderlich waren. Hieran fehle es insoweit.

75 Zudem könne der Kläger Zinsen erst ab Rechtshängigkeit verlangen, da
er trotz gerichtlichen Hinweises nicht dargetan habe, wann die Klageforderung
angemahnt worden sei.

76 Die Widerklage sei begründet. Der Anspruch der Beklagten zu 2 ergebe
sich aus § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

II.

77 Dies hält der rechtlichen Überprüfung nur zum Teil stand.

78 1. Ohne Erfolg rügt die Revision, sämtliche der von dem Drittunterneh-
mer D. in Rechnung gestellten und von der Klägerin bezahlten Arbeiten seien

für die Mängelbeseitigung erforderlich gewesen, weshalb von den Beklagten als Gesamtschuldnern ein weiterer Betrag in Höhe von 6.344,44 € zu erstatten sei.

79 Die Feststellungen des Berufungsgerichts, dass hinsichtlich der betroffenen Positionen ein Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung nicht oder nicht in vollem Umfang ersichtlich sei oder es sich um Sowieso-Kosten handele und daher eine Erstattungsfähigkeit zu verneinen sei, greift die Revision im Tatsächlichen nicht an. Sie ist vielmehr der Auffassung, das Berufungsgericht weiche hiermit von den vom Bundesgerichtshof zur Erstattungsfähigkeit von Mängelbeseitigungsaufwendungen aufgestellten Grundsätzen (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 119/10, aaO) ab. Aus diesen folge, dass der Auftragnehmer verpflichtet sei, dem Auftraggeber sämtliche auch nicht für die Mängelbeseitigung objektiv erforderlichen Kosten zu erstatten, sofern der Auftraggeber nur darauf vertraut hat, der Drittunternehmer werde nur die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Arbeiten durchführen und in Rechnung stellen.

80 Das trifft nicht zu.

81 a) Soweit das Berufungsgericht festgestellt hat, dass es sich um Sowieso-Kosten handelte, kann es dahinstehen, ob diese zur Mängelbeseitigung erforderlich waren. Diese Kosten sind jedenfalls im Wege des Vorteilsausgleichs in Abzug zu bringen.

82 b) Im Übrigen waren die vom Berufungsgericht aberkannten Kosten nicht zur Mängelbeseitigung erforderlich.

83 Erforderlich sind nur diejenigen Aufwendungen, welche der Auftraggeber als vernünftiger und wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss (BGH, Urteil vom

7. März 2013 - VII ZR 119/10, BauR 2013, 1129 Rn. 9 = NZBau 2013, 430 m.w.N.). Der Auftraggeber hat die Erforderlichkeit der Mängelbeseitigung und deren Kosten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, wobei an die Darlegung grundsätzlich keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Zum Vortrag gehört eine nachvollziehbare Abrechnung der Mängelbeseitigungsaufwendungen. Der Auftragnehmer muss in die Lage versetzt werden, die abgerechneten Arbeiten daraufhin zu überprüfen, ob sie zur Ersatzvornahme erforderlich waren. Insbesondere bei der Abrechnung von Stundenlohnarbeiten ist bei Bestreiten des Auftragnehmers detaillierter Vortrag des Auftraggebers erforderlich (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 213).

84 Daran fehlt es in dem Umfang, in dem das Berufungsgericht hinsichtlich der geltend gemachten Schadenspositionen einen Zusammenhang mit den Mängeln nicht feststellen konnte. Zu erstatten sind nur Aufwendungen für vertretbare Maßnahmen der Schadensbeseitigung, nicht hingegen für sonstige, weitergehende Baumaßnahmen. Der Kläger vermochte nicht nachzuweisen, dass diese Arbeiten ebenfalls der Mängelbeseitigung dienten. Es besteht auch keine Vermutung, dass stets sämtliche von einem Drittunternehmer im Zuge einer Mängelbeseitigungsmaßnahme durchgeführten Arbeiten ausschließlich der Mängelbeseitigung dienen. Die Revision verkennt mit ihrer Rüge, dass zwischen der Erforderlichkeit der Mängelbeseitigungsmaßnahmen und der Erforderlichkeit der mit diesen Maßnahmen verbundenen Aufwendungen zu differenzieren ist. Während der Auftraggeber darauf vertrauen darf, der Drittunternehmer werde die Mängelbeseitigung zu angemessenen Preisen durchführen, ist ein etwaiges Vertrauen darauf, der Drittunternehmer werde nur der Mängelbeseitigung dienende Arbeiten durchführen, nicht geschützt. Andernfalls wäre der Auftraggeber, dem in diesen Fällen regelmäßig Erstattungsansprüche gegen den von ihm beauftragten Drittunternehmer zustehen, auf Kosten des Auftragnehmers zu Unrecht bereichert.

85 2. Zu Unrecht rügt die Revision ferner, dass das Berufungsgericht hinsichtlich der Kosten der Neuherstellung der Wandanschlüsse unzutreffend eine Gesamtschuld verneint habe.

86 Die Neuherstellung der von der Beklagten zu 2 mangelhaft erstellten Wandanschlüsse erforderte nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen lediglich die Aufnahme der Pflasterung in einem schmalen Randbereich. Damit konnte der Mangel der Wandanschlüsse weitestgehend isoliert von der Sanierung der Betondecke behoben werden. Eine einheitliche Sanierung war - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - nicht erforderlich.

87 3. Nicht zu beanstanden ist zudem, dass das Berufungsgericht Zinsen erst ab Rechtshängigkeit zugesprochen hat. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Beklagten mit der Erfüllung des Schadensersatzanspruchs in Verzug gemäß § 286 BGB befunden haben. Zwar weist die Revision zutreffend darauf hin, dass Verzug gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB auch durch Erhebung der Klage und gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB aufgrund einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Schuldners eintritt. Entsprechendes liegt aber nicht vor. Sowohl die Klageerhebung gegen die Beklagte zu 1 in dem Rechtsstreit 8 O 193/98 als auch die Erfüllungsverweigerung der Beklagten zu 2 betrafen den Mängelbeseitigungsanspruch, so dass sich die Beklagten jeweils mit der Mängelbeseitigung in Verzug befanden. Hinsichtlich des mit der Mängelbeseitigung durch den Drittunternehmer neu entstandenen Schadensersatzanspruchs des Klägers ist eine Inverzugsetzung hingegen nicht erfolgt.

88 4. Die Revision ist jedoch insoweit erfolgreich, als das Berufungsgericht den Kläger auf die Widerklage der Beklagten zu 2 vollumfänglich verurteilt hat.

89 Zwar hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt, dass der Beklagten zu 2 ein Anspruch gegen den Kläger auf Ersatz des durch die Zwangsvollstreckung entstandenen Schadens aus § 717 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 ZPO zusteht. Dieser Anspruch besteht indes nicht in Höhe des gesamten zur Abwendung der Vollstreckung gezahlten Betrages, sondern nur, soweit das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil abgeändert worden ist (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 8. März 2007 - VII ZR 101/05, BauR 2007, 912 = NZBau 2007, 446, juris Rn. 10; MünchKommZPO/Götz, 4. Aufl., § 717 Rn. 14; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 12. Aufl., § 717 Rn. 8).

III.

90 Soweit das Berufungsurteil somit nicht bestehen bleiben kann, ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, § 563 Abs. 3 ZPO.

91 a) Die Beklagte zu 2 hat aus § 717 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 ZPO einen Anspruch gegen den Kläger in Höhe von 41.712,69 €. Zum Zeitpunkt der Zahlung des Betrages in Höhe von 220.879,99 € zur Abwendung der Vollstreckung stand dem Kläger ein Anspruch in Höhe von 114.808,43 € nebst Rechtshängigkeitszinsen seit dem 19. Juni 2003 gegen die Beklagte zu 2 zu. Die Rechtshängigkeitszinsen beliefen sich bis zur Zahlung am 15. Februar 2012 auf 63.618,72 €. Ferner hatte die Beklagte zu 2 dem Kläger gemäß § 788 Abs. 1 ZPO Kosten der Zwangsvollstreckung in Höhe von insgesamt 730,15 € (Rechtsanwaltskosten nach RVG-VV 3309 in Höhe von 712,10 € und Gerichtsvollzieherkosten in Höhe von 28,05 €) zu erstatten, so dass sich die begründete Gesamtforderung des Klägers gegen die Beklagte zu 2 auf insgesamt 179.167,30 € belief.

92 b) Zudem steht der Beklagten zu 2 ein Zinsanspruch aus §§ 291, 288 BGB ab dem 27. März 2012 zu, da die Zustellung der Widerklage am 26. März 2012 erfolgt ist. Eine frühere Inverzugsetzung hinsichtlich der Rückzahlung hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

93 c) Entgegen der Ansicht der Revision des Klägers ist die Feststellungsklage der Beklagten zu 2 begründet. Weder der Zeitpunkt der Rückzahlung noch die Höhe der nach dem 15. Februar 2012 weiterlaufenden Zinsen ist bekannt.

C.

94 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 2, 4, § 101 Abs. 1 ZPO.

Eick

Halfmeier

Jurgeleit

Sacher

Wimmer

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 09.12.2011 - 8 O 223/03 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 02.09.2014 - 11 U 1524/11 -