

IBRRS 2021, 1037

Entscheidung im Volltext

Bauvertrag

Rückbau und Neuerrichtung erforderlich: Mangelbeseitigung unverhältnismäßig?

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

OLG Stuttgart

Urteil

vom 09.07.2019

10 U 14/19

BGB §§ 278, 633, 635 Abs. 3; VOB/B § 13 Abs. 1, 5, 7

- 1. Verlegt der Auftragnehmer unter der tragenden Bodenplatte statt der vereinbarten XPS-Dämmung eine EPS-Dämmung, ist seine Leistung mangelhaft.**
- 2. Durch die Bezahlung einer Abschlagsrechnung nach Prüfung und Freigabe durch den bauleitenden Architekten wird eine Materialabweichung nicht nachträglich genehmigt.**
- 3. Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik wird durch eine nachträglich erteilte Zustimmung im Einzelfall nicht geheilt.**
- 4. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung ist nur gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Verhältnis zu den dafür erforderlichen Aufwendungen unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt.**
- 5. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mangelbeseitigung führt nicht dazu, dass der Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk akzeptieren muss.**
- 6. Kann mangelhaftes Dämmmaterial unter der Kellerbodenplatte nur durch einen vollständigen Rückbau und die Neuerrichtung des Gebäudes ausgetauscht werden, ist die Mängelbeseitigung jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig, wenn der Auftragnehmer seine Verpflichtung zum Einbau des vertraglich vereinbarten grob fahrlässig verletzt hat.**
- 7. Im Rahmen der Objektüberwachung hat der Architekt durch eine Kontrolle der Bauarbeiten zu gewährleisten, dass diese entsprechend der Baugenehmigung, den planerischen Vorgaben und dem Inhalt der Leistungsbeschreibungen sowie nach den Weisungen des Auftraggebers ausgeführt werden.**
- 8. Der Architekt hat - zumindest stichprobenartig - die gelieferten bzw. verwendeten Materialien und die Arbeiten der einzelnen Bauunternehmer zu überprüfen. Der Umfang dieser Kontrolle richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles.**
- 9. Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt muss keine "handwerklichen Selbstverständlichkeiten" überwachen. Ihn trifft jedoch eine gesteigerte Überwachungspflicht für besonders wichtige Bauabschnitte mit typischen Gefahren, bei besonderen Anhaltspunkten für drohende Mängel und bei erkennbarer Unzuverlässigkeit der die Arbeiten ausführenden Handwerker.**
- 10. Abdichtungs-, Dämmungs- und Isolierungsarbeiten, die Ausführung eines Kellers als "weiße Wanne" und alle Bereiche der Bauphysik sind besonders überwachungspflichtig.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 09.07.2019 - 10 U 14/19

vorhergehend:

LG Stuttgart, 05.10.2018 - 22 O 175/15

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 15.04.2020 - VII ZR 164/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

(...)

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 10. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ####, den Richter am Oberlandesgericht Dr. #### und den Richter am Landgericht Dr. ##### aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2019

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Kläger sowie der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.2018, Az. 22 O 175/15, abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagten 1) – 4) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger 91.276,80 Euro als Vorschuss nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 28.02.2015 zu zahlen.

2. Die Beklagten 1) – 4) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 17.342,61 Euro als Vorschuss - die Umsatzsteuer auf den in Ziff. 1 titulierten Betrag - nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 28.02.2015 zu zahlen.

3. Die Beklagten 1) – 4) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 39.635,20 Euro für die Ausbaugewerke nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 11.380,59 Euro seit dem 28.02.2015 und aus 28.254,61 Euro seit dem 23.09.2015 zu zahlen.

4. Die Beklagten 1) – 4) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger vorgerichtliche Sachverständigenkosten i.H.v. 3.426,90 Euro nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 23.09.2015 zu zahlen. Die Beklagten 1) – 4) werden ferner als Gesamtschuldner verurteilt, die Kläger von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 2.706,66 Euro freizustellen und aus diesem Betrag Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.09.2015 zu zahlen.

5.a) Die Beklagten Ziff. 1) – 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 26.180,00 Euro (Miete) zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 11.440,00 Euro seit 23.09.2015 und aus 14.520,00 Euro seit 13.09.2018. Die Beklagte 1) wird darüber hinaus verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 1.760,00 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.09.2015 zu zahlen.

b) Die Beklagten Ziff. 1) – 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 1.322,15 Euro (Strafzins) zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.12.2015.

c) Die Beklagten Ziff. 1) – 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 17.725,88 Euro (Bereitstellungszinsen) zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 8.375,88 Euro seit 23.09.2015, aus 6.875,00 Euro seit 17.10.2017 und aus 2.475,00 Euro seit 05.06.2018. Die Beklagte 1) wird darüber hinaus verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 1.543,60 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.09.2015 zu zahlen.

d) Die Beklagten Ziff. 1) – 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 301,61 Euro (Schuldzinsen) zu zahlen nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.10.2017.

6. Die Beklagten 1) – 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 41.917,75 Euro (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018) zu zahlen nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 15.452,00 Euro seit 23.09.2015 und aus 26.465,75 seit dem 13.09.2018. Die Beklagte 1) wird darüber hinaus verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 2.818,00 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.09.2015 zu zahlen.

7. Die Beklagten 1) – 4) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i.H.v. 14.790,19 Euro für die Zeit vom 05.12.2015 bis zum 13.10.2018 zu zahlen.

8. Es wird festgestellt, dass die Beklagten 1) – 4) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubiger als Schadensersatz alle weiteren notwendigen Aufwendungen und Kosten zu erstatten, die über die in den Ziffern 1 – 3 genannten Beträge hinausgehen und den Klägern dadurch entstehen, dass das auf dem Grundstück N. straße xx in K. errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport zum Zwecke der Mangelbeseitigung abgerissen werden und im Hinblick auf den Umfang der erbrachten Werkleistung wieder in den Zustand vor dem Abriss versetzt werden muss.

9. Es wird festgestellt, dass die Beklagten 1) – 4) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubiger den aus der Mangelhaftigkeit der Dämmung unter der tragenden Bodenplatte auf dem Grundstück N. straße. xx in K. adäquat kausal verursachten Mietschaden in Höhe von monatlich 440 Euro für die Wohnung in der R. xx in L. und den durch diesen Mangel adäquat kausal verursachten Nutzungsausfall für das Einfamilienhaus mit Garage und Carport auf dem Grundstück N. straße. 13 in K. in Höhe von monatlich 704,50 Euro jeweils ab Juni 2018 zu erstatten.

10. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen werden die Berufungen zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Kläger 1/4 und die Beklagten als Gesamtschuldner 3/4. Von den Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz tragen die Kläger 1/10, die Beklagten als Gesamtschuldner 9/10. Die Kosten der Streithilfe trägt die Klägerin in erster Instanz zu 1/4, in der zweiten Instanz zu 1/10; im Übrigen trägt der Streithelfer die Kosten selbst.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckungsschuldner können die Vollstreckung abwenden gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Beschluss

Der Streitwert wird wie folgt festgesetzt:

- für die erste Instanz auf 352.428,13 Euro,
- für das Berufungsverfahren auf 312.323,47 Euro.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über Mangelbeseitigung und Schadensersatz aus Werkverträgen.

Die Kläger schlossen mit der Beklagten 2) am 09./12.12.2011 einen Architektenvertrag, der die Leistungsphasen 1 bis 8 nach HOAI umfasste (Anl. K1).

Am 16.05.2012 schlossen die Kläger sodann mit der Beklagte 1) einen Bauvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses mit Garage und Carport in der N. straße xx in K. (Anl. K2), in dem die Geltung der VOB/B vereinbart wurde. Gemäß der vertraglichen Vereinbarung war der Keller als "WU-Keller", also wasserundurchlässig als "weiße Wanne" auszuführen (vgl. Vergabeprotokoll, Anl. K3). Laut Pos. 6.3 des Leistungsverzeichnisses (Anl. K5) ist unter der Bodenplatte des teilunterkellerten Hauses und seitlich an den Fundamenten eine Dämmung aus geschlossenzelligem, extrudiertem Polystyrol (XPS) zu liefern und mit Stufenfalz lückenlos einzubauen. Nach dem Bauvertrag sollte der Rohbau bis spätestens Kalenderwoche 30/2012 (28.07.2012) fertiggestellt sein. Nach einem gemeinsamen Abnahmetermin am 08.11.2012 wurde klägerseits am 29.11.2012 die Abnahme erklärt.

In der Folgezeit rügten die Kläger verschiedentlich weitere Mängel, jeweils unter Aufforderung zur Beseitigung mit Fristsetzung (Anl. K8-K13), so insbesondere nach Wassereintrich im Keller infolge von Starkregen mit Schreiben vom 07.05.2013 (Anl. K9), dass die "weiße Wanne" wasserdurchlässig sei, mit Schreiben vom 12.06.2013 (Anl. K10), dass unter der statisch tragenden Bodenplatte und im Streifenfundament sich keine XPS-Dämmung befinde, und mit Schreiben vom 11.12.2013 (Anl. K13), dass es sich bei der doppellagig verlegten EPS-Dämmung unter der statisch tragenden Bodenplatte um das falsche Material handle.

Tatsächlich hatte die Beklagte 1) unter der Bodenplatte eine Dämmung aus expandiertem Polystyrol (EPS) eingebaut, nämlich das Produkt swisspor Peridämm 3000, für das laut dem Datenblatt des Herstellers keine bauaufsichtliche Zulassung für die Verwendung unter tragenden Bodenplatten sowie bei drückendem Wasser vorliegt (Anl. 1 zum Ergänzungsgutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) S. vom 27.07.2015 im selbständigen Beweisverfahren = Anl. B1/3). Die für das Produkt vorliegende allgemeine bauaufsichtliche Zulassung mit der Nr. Z-23.33-1371 (Anl. 2 zum Ergänzungsgutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) S. vom 27.07.2015 im selbständigen Beweisverfahren = Anl. B1/9, Bl. 743) schließt in Ziff. II.1.2 eine Verwendung des Produktes unter statisch tragenden Bauteilen und im Bereich von drückendem Wasser ausdrücklich aus.

Mit Antrag vom 05.07.2013 strengten die Kläger ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Stuttgart an (22 OH 12/13), in dem sie 101 Mängel rügten, u.a. auch die Verwendung eines falschen Dämmmaterials unter der Bodenplatte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands sowie der Antragstellung erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

1. Das Landgericht hat der auf Kostenvorschuss für Mangelbeseitigung in Selbstvornahme, Schadensersatz für Mangelfolgeschäden, Verzugs-, Zins- und Nutzungsausfallschäden, sowie auf Feststellung entsprechender Schadensersatzverpflichtungen für die Zukunft gerichteten Klage weitgehend stattgegeben. Im Einzelnen hat das Landgericht die Beklagten - jeweils nebst Zinsen - zur Zahlung eines Bruttobetragtes in Höhe von 108.619,41 Euro als zweckgebundenen abzurechnenden Vorschuss (Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2) sowie zur Zahlung von 39.635,20 Euro vergeblicher Aufwendungen für Nebengewerke verurteilt, die aufgrund des erforderlichen Rückbaus erneut

ausgeführt werden müssten (Urteilsausspruch Ziff. 3). Ferner hat das Landgericht die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 73.164,81 Euro nebst Zinsen wegen Sachverständigen- und Rechtsverfolgungskosten, Verzugsschäden ab Februar 2013 bis einschließlich Mai 2018 sowie Nutzungsausfall verurteilt (Urteilsausspruch Ziff. 3 bis 6). Außerdem hat es Zinsen für die von Klägerseite im selbständigen Beweisverfahren verauslagten erstattungsfähigen Kosten zugesprochen (Urteilsausspruch Ziff. 7). Schließlich hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagten allgemein zur Zahlung von darüber hinausgehendem Schadensersatz und Ersatz von künftigem Mietschaden in Höhe von 440 Euro pro Monat sowie Nutzungsentschädigung in Höhe von 609,00 Euro pro Monat verpflichtet sind aufgrund des im Zuge der Mangelbeseitigung abzubrechenden und neu zu errichtenden streitgegenständlichen Einfamilienhauses mit Garage und Carport (Urteilsausspruch Ziff. 8 bis 10). Die Sachverständigen- und Rechtsverfolgungskosten hat das Landgericht dabei unter Abweisung der Klage im Übrigen nur in Höhe von 4.706,66 Euro statt erstinstanzlich beantragter 10.142,97 Euro zugesprochen, den Verzugsschaden in Höhe von 29.482,15 Euro statt 50.648,53 Euro, die Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 38.976,00 Euro statt 64.000,00 Euro, die künftige Nutzungsausfallentschädigung ab Mai 2018 in Höhe von 609,00 Euro statt 1.000,00 Euro monatlich.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:

Der Rohbau des streitgegenständlichen Hauses sei mangelhaft, da entgegen der vertraglichen Vereinbarung im Leistungsverzeichnis unter der Bodenplatte nicht eine XPS-Perimeterdämmung, sondern eine EPS-Perimeterdämmung angebracht worden sei. Ob eine EPS-Dämmung in gleicher Weise funktionstauglich sei, sei nicht bewiesen, im Übrigen aber auch unerheblich, da die Kläger eine von der Vereinbarung abweichende Ausführung auch dann nicht dulden müssten, wenn eine solche gleichartig oder besser sein sollte. Vorliegend sei die verwendete EPS-Dämmung weder nach den Herstellerrichtlinien noch bauaufsichtlich für die fragliche Verwendung zugelassen. Die verbaute EPS-Dämmung sei daher auch deshalb mangelhaft, weil die Ausführung gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstoße. Ob - wie von Beklagtenseite behauptet - eine bauaufsichtliche Zulassung des Materials im Einzelfall erfolgen könne, sei unerheblich, eine solche habe jedenfalls zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung nicht vorgelegen.

Zur Mangelbeseitigung sei entsprechend den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen ein vollständiger Rückbau und eine Neuerrichtung des Gebäudes erforderlich. Eine von Beklagtenseite vorgeschlagene Sanierung sei nicht in gleicher Weise wirksam und ebenso teuer wie eine Neuerrichtung. Auf die weiteren von Klägerseite geltend gemachten Mängel brauche daher nicht eingegangen zu werden, weil diese im Zuge der Neuerrichtung ohnehin mit beseitigt würden. Für Abriss und Neuerrichtung in Selbstvornahme stünde den Klägern ein entsprechender Kostenvorschussanspruch zu.

Beim Abbruch des Hauses würden auch bereits errichtete Nebengewerke teilweise vernichtet. Den Klägern stehe daher diesbezüglich ein Schadensersatzanspruch zu, soweit die auszubauenden Materialien für die Neuerrichtung nicht wiederverwendet werden könnten.

Die Kosten für den von den Klägern eingeschalteten Privatsachverständigen B. seien bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens am 05.07.2013 als Schaden in dem Umfang ersatzfähig, wie sich die behaupteten Mängel bestätigt hätten. Das Landgericht hat die erstattungsfähigen Sachverständigenkosten gem. § 287 ZPO insgesamt auf 2.000,00 Euro geschätzt.

Den Klägern stehe zudem ein Anspruch auf Ersatz von Verzugsschäden zu. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung sei der Rohbau nicht bis zum 28.07.2012 mangelfrei fertiggestellt gewesen, was die Beklagte 1) zumindest in fahrlässiger Weise auch verschuldet habe. Ab Februar 2013 bis zur mangelfreien Fertigstellung des Hauses stehe den Klägern ein Anspruch auf Ersatz der Mietaufwendungen für die derzeitige Mietwohnung der Klägerin in Höhe von 440,00 Euro pro Monat

zu. Daneben hätten die Kläger auch einen Anspruch auf Entschädigung des Nutzungsausfalls des zu errichtenden Hauses in Höhe von 609,00 Euro bis zur mangelfreien Fertigstellung des Hauses, da dieses höherwertig als die bisherige Mietwohnung sei.

Von den klägerseits als Verzugsschaden geltend gemachten Zinsschäden seien nur die Strafzinsen (wegen nicht erfolgter Fertigstellung innerhalb von drei Jahren) für das geförderte KfW-Darlehen i.H.v. 1.322,15 Euro ersatzfähig. Dass die darüber hinaus geforderten Bereitstellungs- und Schuldzinsen kausal auf der eingetretenen Verzögerung beruhten, sei nicht nachvollziehbar und substantiiert dargetan.

Den Klägern stehe schließlich auch ein Anspruch auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.706,66 Euro sowie ein Anspruch auf Verzugszinsen hinsichtlich der beklagenseits im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens erstattungspflichtigen, von den Klägern als Vorschuss im selbständigen Beweisverfahren eingezahlten Beträge zu.

Die Beklagten 2) bis 4) hafteten ebenso wie die Beklagte 1) und mit dieser als Gesamtschuldner, da die Beklagte 2) ihre Bauüberwachungspflichten aus dem Architektenvertrag verletzt habe, was sich in einem Mangel im Bauwerk niedergeschlagen habe. Hinsichtlich der Kosten für die Beseitigung des Mangels schuldeten die Beklagten 2) bis 4) im Rahmen des Schadensersatzanspruchs die Zahlung eines abzurechnenden Vorschusses zur Vorfinanzierung.

Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2. Hiergegen richtet sich die Berufung der Kläger insoweit, als sie die Verurteilung der Beklagten zu weiteren Schadensersatzzahlungen nebst Zinsen wie bereits in erster Instanz begehren, soweit vom Landgericht die Klage abgewiesen worden ist.

Die Kosten des Privatsachverständigen B. seien in voller Höhe von 7.015,05 Euro ersatzfähig, da die Tätigkeit der Vorbereitung von Erweiterungen des Antrags im selbständigen Beweisverfahren und zur erforderlichen Begleitung im selbständigen Beweisverfahren gedient hätten. Jedenfalls sei der vom Landgericht für seine Schätzung der erstattungsfähigen Kosten zugrunde gelegte Anteil der Höhe nach nicht nachvollziehbar.

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen Anspruch der Kläger auf Schadensersatz für geleistete Bereitstellungszinsen sowie geleistete Schuldzinsen verneint. Ein Abruf des KfW-Darlehens habe nur nach Vorlage von Rechnungen für förderfähige Maßnahmen erfolgen können, die jedoch nach dem Baustopp nicht mehr vorgelegen hätten. Für die XXX-Darlehen sei Abrufvoraussetzung ebenfalls die Vorlage von weiteren Rechnungen gewesen. Ein vollständiger Abruf ohne diese Voraussetzungen sei ebenso wie eine vorzeitige Kündigung der XXX-Darlehen nicht möglich gewesen. Eine Kündigung der Darlehen sei den Klägern im Hinblick auf die damit verbundenen Unwägbarkeiten nicht zuzumuten gewesen. Ein Verstoß der Kläger gegen ihre Schadensminderungspflicht liege nicht vor.

Die Berechnung der zugesprochenen Nutzungsausfallentschädigung im angefochtenen Urteil sei fehlerhaft. Die ermittelten Nutzwerte der aktuellen Mietwohnung und des zu errichtenden Hauses hätten nicht saldiert werden dürfen. Der angenommene Nutzwert des zu errichtenden Hauses sei vom gerichtlichen Sachverständigen aufgrund unzutreffender Vorgaben des Landgerichtes falsch ermittelt worden.

Eine Anmietung eines Wohnmobilstellplatzes im Winter sei erforderlich gewesen, weil das Wohnmobil über die Wintermonate jeweils abgemeldet werde. Die Kosten für Steuern und Versicherung hätten sich im Winter 2013/2014 auf monatlich ca. 60 Euro belaufen, die für den Stellplatz auf ca. 53,00 Euro, so dass die Anmietung des Stellplatzes wirtschaftlich günstiger gewesen sei. Der Carport des neuen

Hauses habe nicht zur Verfügung gestanden, da im Rahmen eines angesetzten Ortstermins im selbständigen Beweisverfahren darunter Schürfungen durchgeführt worden seien. Im Winter 2014/2015 sei nicht klar gewesen, ob ein weiterer Ortstermin für den Carport angesetzt werden würde. Der Vermieter des Wohnmobilstellplatzes habe kurzfristig die Preise erhöht, so dass sie geringfügig teurer als Steuer und Versicherung gewesen seien. Es sei jedoch nicht möglich gewesen, kurzfristig einen anderen sicheren überdachten Stellplatz zu finden. Im Winter 2015/2016 habe ein anderer Stellplatzvermieter mit günstigeren Preisen gefunden werden können. Auf einen gebotenen richterlichen Hinweis wäre bereits in erster Instanz entsprechend substantiiert vorgetragen worden.

Die Kläger beantragen:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.18, Az. 22 O 175/15, wird abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst: [inhaltliche Abweichungen vom angefochtenen Urteil im Fettdruck]

1. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger 91.276,80 Euro als Vorschuss nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 28.02.2015 zu bezahlen.

2. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 17.342,61 Euro als Vorschuss - die Umsatzsteuer auf den mit Ziff. 1 geltend gemachten Betrag - nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 28.02.2015 zu zahlen.

3. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 39.635,20 Euro für die Ausbaugewerke nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 28.02.2015 zu zahlen.

4. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger vorgerichtliche Sachverständigen- und Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 9.020,21 Euro nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 23.09.2015 der Klage zu zahlen.

5. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 50.648,53 Euro (Miete, Zinsschaden, Strafzins) nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 26.238,44 Euro seit Rechtshängigkeit der Klage, aus weiteren 1.322,15 Euro seit 05.12.2015, aus weiteren 8.818,75 Euro seit 11.10.2017 und aus weiteren 14.269,19 Euro seit 23.05.2018 zu bezahlen.

6. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 57.856,00 Euro (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018) nebst Verzugszinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 27.120,00 Euro seit Rechtshängigkeit der Klage und aus weiteren 30.736,00 Euro seit 23.05.2018 zu bezahlen.

7. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag i.H.v. 14.790,19 Euro für die Zeit vom 05.12.2015 bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags der Kläger für dieses Verfahren erster Instanz beim Landgericht Stuttgart zu bezahlen.

8. Es wird festgestellt, dass die Beklagten Ziff. 1-4 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubiger als Schadensersatz alle notwendigen Aufwendungen und Kosten zu erstatten, die über die in den Ziffern 1-3 genannten Beträge hinausgehen und den Klägern dadurch entstehen, dass das auf dem Grundstück N. straße xx in K. errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport zum Zwecke der Mangelbeseitigung abgerissen werden und im Hinblick auf den Umfang der erbrachten Werkleistung wieder in den Zustand vor dem Abriss versetzt werden muss.

9. Es wird festgestellt, dass die Beklagten Ziff. 1-4 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubigern auch ab Mai 2018 so lange die von den Klägern zu bezahlende monatliche Miete i.H.v. 440,00 Euro zu zahlen, solange die Kläger die Wohnung der R. xx in L. zur Wohnnutzung mieten und bis das auf dem Grundstück N. straße xx in K. mangelhaft errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport ohne Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht abgebrochen, wieder neu errichtet und fertiggestellt ist.

10. Es wird festgestellt, dass die Beklagten Ziff. 1-4 als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubiger ab Mai 2018 so lange eine monatliche Nutzungsausfallentschädigung i.H.v. 904,00 Euro zu zahlen, solange die Kläger die Wohnung in der R. xx in L. zur Wohnnutzung mieten und bis auf das auf dem Grundstück N. straße xx in K. mangelhaft errichtete Einfamilienhaus mit Garage und Carport ohne Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht abgebrochen, wieder neu errichtet und fertiggestellt ist.

11. Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere 1.094,33 Euro nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Zustellung des Schriftsatzes vom 11.10.2017 zu bezahlen.

Hilfsweise bzgl. Ziff. 7:

Die Beklagten Ziff. 1-4 werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger Euro 1.742,59 (Verzugszinsen auf geleistete Gerichtsvorschüsse) zu bezahlen.

Die Beklagten beantragten jeweils,

die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Die Streithelfer schließt sich den Anträgen der Beklagten 2) - 4) an.

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde. Das Landgericht habe die Privatsachverständigenkosten zu Recht teilweise nicht zuerkannt; der neue Sachvortrag in der Berufungsbegründung der Kläger sei nicht zu berücksichtigen. Ein Anspruch der Kläger auf Zinsen im Zusammenhang mit den Darlehen bestehe nicht. Es handele sich um Sowieso-Kosten. Die Kläger hätten im Zuge der Schadensminderung zudem die Darlehen vollständig in Anspruch nehmen und sogleich mit Guthaben tilgen oder durch Nachverhandlungen Konditionenänderungen erreichen müssen, zumal die Bauzinsen dramatisch gesunken seien. Die Kläger hätten den Baustopp selbst veranlasst, obwohl ihnen mit Anlegung der Drainage ein vernünftiger Vorschlag von Beklagtenseite unterbreitet worden sei. Ihr Wohnmobil hätten die Kläger über den Winter im bereits errichteten Carport des neuen Hauses abstellen können. Das Gebiet sei bewohnt; ggf. hätten sie den Carport durch einen Stacheldrahtzaun sichern können, wenn sie Sicherheitsbedenken gehabt hätten.

3. Mit ihren Berufungen erstreben die Beklagten die Aufhebung des angefochtenen Urteils und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht, hilfsweise die vollständige Abweisung der Klage.

a) Die Beklagte 1) führt zur Begründung ihrer Berufungsanträge an: Eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung der verwendeten Dämmplatten habe vorgelegen. Die Sachaufklärung und Beweiserhebung durch das Landgericht sei unzureichend gewesen, da kein Sachverständiger für Statik, Tragwerksplanung und Materialkunde zur dauerhaften Druckfestigkeit der verwendeten EPS-

Dämmplatten gehört worden sei und auch der Sachverständige Professor Dr.-Ing. F. von der TU H. nicht als sachverständiger Zeuge dazu vernommen worden sei, dass die verwendeten EPS-Dämmplatten den erforderlichen Langzeittest für eine Genehmigung der Verwendung im Einzelfall bestanden hätten, welche die Beklagte 1) beantragt habe. Die Einzelfallgenehmigung wäre auch längst erteilt worden, wenn die Kläger dies gegenüber dem Regierungspräsidium T. nicht laufend sabotiert hätten.

Das Landgericht habe außerdem nicht berücksichtigt, dass die Kläger vertreten durch die Beklagten Ziff. 2-4 die verwendeten EPS-Dämmplatten abgenommen und damit genehmigt hätten; das Handeln der Beklagten Ziff. 2-4 im Zuge der Prüfung der ersten Abschlagsrechnung der Beklagten 1) müssten sich die Kläger nach § 278 BGB zurechnen lassen. Ferner sei die Fundament- und Gründungsabnahme durch den befassten Statiker der Kläger, Herrn M. , als mangelfrei erfolgt und damit auch die verwendete Dämmung, da diese zuvor eingebracht und sichtbar gewesen sei, wie das angefochtene Urteil selbst feststelle (dort Rn. 117 und 127 ff.).

Schließlich habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass der Abbruch und die Neuerstellung des Bauwerks gegen § 635 Abs. 3 BGB verstoße, da sogenanntes drückendes Wasser, dessen Vorliegen hier ohnehin nicht nachgewiesen sei, rein vorsorglich durch eine Ringdrainage ordnungsgemäß abgeführt werden könne, was kostengünstiger als der Abbruch und die Neuerrichtung des Gebäudes sei. Auf den verwendeten EPS-Dämmplatten laste nicht das Gebäude, da dessen Last über die Streifenfundamente aufgenommen und abgefangen werde. Auf den Dämmplatten ruhe lediglich teilweise der Keller. Hierzu sei eine Einzelfallgenehmigung zu erteilen gewesen.

Das Gebäude stehe nunmehr über 6 Jahre lang ohne Setzungen, wodurch nachgewiesen sei, dass das verwendete Material die erforderliche Druckfestigkeit aufweise, für den verwendeten Zweck geeignet sei und die Bausicherheit gewährleistet sei.

Die Schadenspositionen Nutzungsausfall und Mietkosten für die aktuelle Wohnung könnten nicht nebeneinander verlangt werden.

Die Beklagte 1) beantragt:

Das Urteil vom 05.10.18 und das Verfahren des Landgerichts Stuttgart, Az. 22 O 175/15, werden aufgehoben und der Rechtsstreit wird an das Landgericht Stuttgart zurückverwiesen.

Hilfsweise:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.2018, Az. 22 O 175/15, wird abgeändert und die Klage wird auch im Übrigen abgewiesen.

Die Kläger beantragen,

die Berufungen der Beklagten 1) - 4) sowie des Streithelfers der Beklagten zurückzuweisen.

b) Die Beklagten 2) - 4) führen an, das angefochtene Urteil leide an wesentlichen Rechts- und Verfahrensmängeln. Das Landgericht habe in mehrfacher Hinsicht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, indem es Vortrag und Beweisantritte der Beklagten unzulässigerweise übergangen habe; eine Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme sei unterblieben, weshalb die Beklagten 2) - 4) das nunmehr in der Berufungsbegründung gemachte Vorbringen nicht erstinstanzlich hätten geltend machen können. Es liege zudem ein Verstoß gegen den Grundsatz der

Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor, da der erkennende Einzelrichter den gerichtlichen Sachverständigen nicht selbst vernommen und nur nach dem Akteninhalt entschieden habe. Das Landgericht habe schließlich unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO den Klägern etwas anderes zugesprochen, als diese beantragt hätten.

Das Landgericht habe sich mit der von den Beklagten 2) - 4) erhobenen Einrede der Verjährung (vgl. Schriftsatz vom 30.10.2017, S. 4) nicht auseinandergesetzt. Die Kläger hätten ihre Klageanträge nach Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2016 erhöht und geändert, nämlich durch die im Schriftsatz vom 11.10.2017 angekündigten und im Termin am 23.03.2018 gestellten sowie im Schriftsatz vom 18.05.2018 angekündigten und im Termin am 13.09.2018 gestellten neuen Anträge.

Die Feststellungsanträge seien wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig. Ein Überwachungsfehler der Beklagten 2) - 4) liege nicht vor, da die Verlegung der Dämmung eine handwerkliche Selbstverständlichkeit gewesen sei und zudem eine Kontrollmöglichkeit nur für wenige Stunden bestanden habe. Ein Architekt dürfe sich darauf verlassen, dass das, was vertraglich vereinbart sei, vom Bauunternehmer auch eingebaut werde.

Der vom Landgericht angenommene Mangel der Leistung der Beklagten 1) bestehe nicht. Die verwendeten EPS-Dämmplatten hätten zum Zeitpunkt der Abnahme der Bauleistung und bis zum 16.03.2016, als das Regierungspräsidium die Zulassung zurückgenommen habe, über eine bauaufsichtliche Zulassung im Einzelfall verfügt. Die Rücknahme der Zulassung durch das Regierungspräsidium am 16.03.2016 für die Vergangenheit sei rechtswidrig gewesen. Jedenfalls lägen die Voraussetzungen für eine Zulassung im Einzelfall vor, was inzwischen durch Langzeittests nachgewiesen worden sei. Das Regierungspräsidium T. müsse wegen Ermessensreduzierung auf null eine Zulassung erteilen. Die Kläger hätten gegenüber dem Regierungspräsidium T. die Zulassungserteilung entgegen Treu und Glauben (vorläufig) verhindert.

Im Rahmen eines Vorschussanspruches bestehe kein Anspruch auf die voraussichtlich anfallende Mehrwertsteuer.

Es sei nicht richtig, dass ein Unterfangen des Gebäudes mit einem Streifenfundament für sich betrachtet bereits Kosten auslöse, die nicht unterhalb der Kosten für einen Rückbau und unter Berücksichtigung der Kosten für die Ringdrainage höher als die für einen Abriss und Neubau liegen würden. Der gerichtliche Sachverständige habe gerade das Gegenteil angegeben. Außer der Drainage seien zudem keine weiteren Maßnahmen erforderlich. Den diesbezüglichen Beweisantritt Sachverständigengutachten habe das Landgericht übergangen.

Die Kläger müssten sich jedenfalls einen Abzug neu für alt gefallen lassen. Bezüglich der Nebengewerke habe kein Anspruch auf Schadensersatz, sondern allenfalls Vorschuss für die Ersatzvornahme zuerkannt werden dürfen, weil erst nach Durchführung der Selbstvornahme überhaupt feststehe, welche Nebengewerke betroffen seien. Die Zuerkennung eines endgültigen Schadensersatzanspruches beruhe auf einer nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unzulässigen Schadensberechnung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten.

Die Schätzung der ersatzfähigen Privatgutachterkosten sei ohne Anknüpfungstatsachen, in nicht nachvollziehbarer Weise und ohne vorherigen richterlichen Hinweis erfolgt. Die Miete für die aktuelle Wohnung als materiellen Schaden könnten die Kläger nicht neben einem Nutzungsausfall als immateriellem Schaden ersetzt verlangen. Die Berechnung des Nutzungsausfalles durch das Landgericht sei falsch; dem Landgericht fehle die erforderliche Sachkunde. Der in Bezug genommene Mietspiegel für die Stadt L. sei nicht näher bezeichnet und nicht allgemeinkundig. Die vom Landgericht vorgenommene Einschränkung des zu weit gefassten Klageantrags verstoße gegen § 308 ZPO. Zur beklagtenseits bestrittenen tatsächlichen Mietzahlung habe das Landgericht den angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen.

Für den vom Landgericht angenommenen Verzug der Beklagten 1) ab 29.07.2012 fehle es an den erforderlichen Tatsachenfeststellungen. Maßgeblich sei nur der vom Landgericht herangezogene Mangel der fehlenden XPS-Dämmung. Nur die Beklagte 1) sei zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden. Ein Verzug der Beklagten 2) - 4) sei nicht gegeben. Jedenfalls fehle es für einen Schadensersatzanspruch an einem Verschulden der Beklagten 2) - 4); es sei die alleinige Disposition der Kläger gewesen, das Haus nicht fertigstellen zu lassen.

Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten bestehe nicht und sei in der zugesprochenen Höhe nicht nachvollziehbar. Ein Anspruch auf Verzinsung des Kostenerstattungsanspruchs bzgl. des selbständigen Beweisverfahrens sei nicht gegeben; die zugesprochene Höhe sei im Urteil nicht begründet und nicht nachvollziehbar.

Die Beklagten 2) - 4) beantragen:

Das Urteil vom 05.10.18 und das Verfahren des Landgerichts Stuttgart, Az. 22 O 175/15, werden aufgehoben und der Rechtsstreit wird an das Landgericht Stuttgart zurückverwiesen.

Hilfsweise:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.10.2018, Az. 22 O 175/15, wird abgeändert und die Klage wird auch im Übrigen abgewiesen.

Der Streithelfer

schließt sich den Anträgen der Beklagten 2) – 4) an.

Die Kläger beantragen,

die Berufungen der Beklagten 1) - 4) sowie des Streithelfers zurückzuweisen.

c) Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil gegen die Berufungen der Beklagten, soweit der Klage vom Landgericht stattgegeben wurde. Das Landgericht sei insbesondere zu Recht von einem Mangel ausgegangen. Eine bauaufsichtliche Zulassung für die verwendeten Dämmplatten habe nie bestanden. Mit dem Abbruch und Neubau könnten alle 42 im selbständigen Beweiserfahren festgestellten Mängel beseitigt werden. Die von Beklagtenseite angebotene Nachbesserung sei untauglich, weil die Drainage aufgrund der Bodenverhältnisse keinen ausreichenden Schutz vor eindringendem Wasser biete und die nicht den Anforderungen von § 16b LBO entsprechende Dämmung unter der Bodenplatte verbleiben würde. Im Verkaufsfall sei dieser Umstand zu offenbaren, was zu einem merkantilen Minderwert führe.

Die Abnahme der Bewehrung durch den Prüfenieur für Bautechnik sei eine technische Beurteilung, jedoch keine rechtsgeschäftliche Abnahme der Kläger.

Der Schadensersatzanspruch wegen Zerstörung der Nebengewerke im Zuge des erforderlichen Rückbaus werde hilfsweise auch als abzurechnender Vorschuss geltend gemacht (Bl. 709).

4. Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Stuttgart (22 OH 12/13) waren beigezogen.

II.

Alle Berufungen sind zulässig. In der Sache hat die Berufung der Kläger überwiegend Erfolg, die Berufungen der Beklagten sind dagegen nur in ganz geringem Umfang hinsichtlich der Nebenforderungen begründet.

Die Urteilsbegründung ist nach den verschiedenen Beklagten sowie den Ziffern des Urteilsausspruchs gegliedert, der sich der Übersichtlichkeit halber weitgehend am Urteilsausspruch erster Instanz orientiert.

1. Ansprüche der Kläger gegen die Beklagte 1)

Die Kläger machen gegen die Beklagte 1) Ansprüche auf Vorschuss für Mangelbeseitigung in Selbstvornahme sowie auf Schadensersatz und Feststellung, insbesondere wegen verzögerter Fertigstellung des Gebäudes geltend.

a) Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2 (Vorschuss für die Kosten der Mangelbeseitigung in Selbstvornahme)

Das Landgericht hat die Beklagte 1) zu einem Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung in Selbstvornahme in Höhe von 108.619,41 Euro (= 91.276,80 Euro zzgl. 17.342,61 Euro Umsatzsteuer) verurteilt, wobei eine nach dem klägerischen Vortrag offene Restwerklohnforderung von 18.880,60 Euro, gegen die die Kläger die Aufrechnung erklärt haben, bereits abgezogen ist (LGU, Rn. 41 ff.).

Die Entscheidung des Landgerichts ist insoweit zutreffend. Den Klägern als Gesamtgläubiger steht gegen die Beklagte 1) ein Anspruch gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B 2009 (im Folgenden VOB/B) auf Kostenvorschuss für die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten in der zugesprochenen Höhe zu.

aa) Mangel

Zurecht hat das Landgericht das Vorliegen eines Mangels bei Abnahme bejaht.

(1) EPS- statt XPS-Dämmung unter der tragenden Bodenplatte

Nach § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B ist die Leistung frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Das ist hier hinsichtlich der Dämmung unter der Bodenplatte des Kellers nicht der Fall.

(i) Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit

Die dort zur Ausführung gekommene Dämmung aus expandiertem Polystyrol (EPS) entspricht nicht der vertraglichen Vereinbarung gemäß Pos. 6.3 des Leistungsverzeichnisses. Danach war eine Dämmung aus extrudiertem Polystyrol (XPS) geschuldet.

Zu den beiden Materialien hat das Landgericht im unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt (LGU, Rn. 9):

"XPS und EPS unterscheiden sich insbesondere dadurch, dass EPS eine deutlich sichtbare Struktur aus gesperrten Perlen aufweist, während XPS eine deutlich höhere Druckfestigkeit sowie einen

deutlich höheren Wasserdampfdiffusionswiderstand als EPS, bei welchen durch dauerhaften Druck die Struktur leicht zerstört werden kann und welches Feuchtigkeit aufnehmen kann. Aufgrund der höheren Druckbelastbarkeit und geringen Feuchtigkeitsempfindlichkeit wird XPS häufig für Situationen verwendet, bei denen der Dämmstoff hoher Feuchtebeanspruchung und mechanischen Belastungen ausgesetzt ist."

Die Kläger haben entgegen dem Berufungsvorbringen der Beklagten 1) die Verwendung des EPS-Dämmstoffes auch nicht durch Abnahme nachträglich genehmigt. Zwar ist es richtig, dass die Kläger auf die 1. Abschlagsrechnung der Beklagten 1) vom 19.06.2012 (Anl. K43 = Anl. B1/12, Bl. 753) eine Zahlung nach Prüfung und Freigabe durch die Beklagte 2) geleistet haben, auch enthält der von der Beklagten 2) als *"fachtechnisch und rechnerisch richtig"* festgestellte Betrag den Posten *"Dämm. Bodenpl. 2.500,-"*. Eine konkludente nachträgliche Genehmigung der Materialabweichung durch die Kläger kann hierin jedoch nicht gesehen werden. Der Prüfvermerk eines Architekten auf der Rechnung eines Unternehmers ist eine Wissenserklärung des Architekten seinem Auftraggeber gegenüber, dass die Rechnung fachlich und rechnerisch richtig ist. Der Prüfvermerk ist in der Regel keine rechtsgeschäftliche Erklärung des Architekten namens seines Auftraggebers Dritten gegenüber (BGH, Urteil vom 06.12.2001 - VII ZR 241/00, NJW-RR 2002, 661). Vorliegend ist kein Erklärungswille dahingehend erkennbar, dass statt des ursprünglich vereinbarten nunmehr ein anderes Dämmmaterial - noch dazu ein bauaufsichtlich für die vorliegende Verwendung nicht zugelassenes (dazu sogleich) - vertragsgemäß sein soll, nachdem aus der Abschlagsrechnung noch nicht einmal hervorgeht, welches Dämmmaterial verwendet wurde.

Auch in der beklagtenseits behaupteten Tatsache, dass für die *"Bewehrungsabnahme"* vor dem Betonieren der Bodenplatte der Fachingenieur (Statiker) anwesend gewesen sei und keine Einwendungen gegen den noch sichtbaren Dämmstoff erhoben habe, kann eine rechtsgeschäftliche Genehmigung der Kläger nicht gesehen werden. Es fehlt insoweit bereits an einer entsprechenden Bevollmächtigung des Statikers wie der Beklagten 2) bzw. des Streithelfers als deren Unterauftragnehmer, was auch Nr. 12.4 der Zusätzlichen Angebots- und Vertragsbedingungen klarstellt. Zudem erscheint es fraglich, ob die *"Bewehrungsabnahme"* den Dämmstoff überhaupt betraf.

Dass die Kläger bei der Abnahme den Mangel gekannt haben – und damit gem. § 640 Abs. 2 BGB a.F. einen Teil ihrer Mängelrechte verloren hätten –, ist nicht ersichtlich. Dass sie die verwendeten falschen Platten – ohne freilich zu wissen, dass es sich um das falsche Material handelte – während des Bauverlaufs gesehen und fotografiert hatten, bedeutet noch keine positive Kenntnis des Mangels.

(ii) Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik

Im Verbau der EPS-Dämmplatte swisspor Peridämm 3000 unter der Kellerbodenplatte liegt außerdem ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik, wie der gerichtliche Sachverständige S. festgestellt hat. Dies ergibt sich bereits daraus, dass diese Verwendung gegen die Herstellerrichtlinien und ohne entsprechende bauaufsichtliche Zulassung erfolgt. Auch eine nachträglich erteilte Zustimmung im Einzelfall gem. § 20 LBO - die bisher nicht vorliegt und mit der auch nicht mehr zu rechnen ist (vgl. Anl. BB5) - würde daran nichts ändern, da die Verwendung des Materials damit noch nicht automatisch den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Anerkannte Regeln der Technik sind nämlich diejenigen Regeln für die Ausführung baulicher Leistungen, die sich nach Meinung der Mehrheit der maßgeblichen Fachleute in der Praxis bewährt haben oder deren Eignung von ihnen als nachgewiesen angesehen wird (**Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB-Kommentar, 6. Aufl. 2018, VOB/B § 4, Rn. 55**). Davon kann bei einer bauaufsichtlichen Zustimmung zur Verwendung im Einzelfall noch nicht ohne Weiteres und quasi automatisch ausgegangen werden.

Durch die - von Beklagtenseite unter Beweis gestellten - Langzeittest der Druckfestigkeit des Materials könnte allenfalls die Eignung zur Verwendung unter statisch tragenden Bauteilen belegt werden, nicht

jedoch eine Eignung zur Verwendung bei drückendem Wasser (s.o.), so dass - jedenfalls ohne den Einbau einer Ringdrainage mit Hebeanlage, die vertraglich nicht vorgesehen ist - in jedem Fall ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik vorliegt. Einer Beweiserhebung bedarf es insoweit nicht.

Im Ergebnis liegt damit in der Verwendung der EPS-Dämmplatten unter der Bodenplatte ein Mangel gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B, da sowohl ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik als auch Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit gegeben sind.

(2) weitere Mängel

Im selbständigen Beweisverfahren hat der Sachverständige S. zahlreiche weitere, teils gravierende Mängel am Werk der Beklagten 1) festgestellt (vgl. Gutachten vom 13.01.2015 und tabellarische Übersicht in der Klageschrift, S. 10 ff., Bl. 10 ff.), welche die Kläger auch zum Gegenstand ihrer Klage gemacht haben (vgl. z.B. Bl. 245 f.). Darauf kommt es jedoch nicht weiter an, weil zur Beseitigung des in der falschen Dämmung unter der Bodenplatte liegenden Mangels ohnehin ein vollständiger Rückbau und eine Neuerrichtung des Gebäudes erforderlich sind und in diesem Zuge auch die sonstigen Mängel beseitigt werden (können), wie das Landgericht gestützt auf die Einschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) S. (näher dazu unten cc)) zu Recht festgestellt hat.

Die weiteren gerügten Mängel bedürfen daher hier keiner näheren Betrachtung. Auch die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob die zweilagige statt der vertraglich vereinbarten einlagigen Verlegung der (falschen) Dämmung unter der Bodenplatte (vgl. Mangel Nr. 85) für sich genommen einen Mangel darstellt, der einen vollständigen Abbruch des Gebäudes erforderlich macht - Letzteres hat der Sachverständige S. verneint (Bl. 200) -, kann dahingestellt bleiben.

bb) fruchtlose Fristsetzung zur Mangelbeseitigung

Die Kläger haben mit Schreiben vom 07.05.2013 (Anl. K9) gerügt, dass die sogenannte "weiße Wanne" wasserdurchlässig ist. Mit Schreiben vom 12.06.2013 (Anl. K 10) haben sie u.a. gerügt, dass sich unter der statisch tragenden Bodenplatte keine XPS-Dämmung befindet. Mit Schreiben vom 11.12.2013 (Anl. K 13) haben sie schließlich u.a. gerügt, dass die EPS-Dämmung, welche unter der statisch tragenden Bodenplatte verwendet wurde, in doppelter Lage verlegt wurde und es sich dabei um das falsche Material handelt. Die Mängelrügen erfolgten jeweils unter Aufforderung zur Mangelbeseitigung und Setzung einer Frist hierfür. Diese Fristen sind fruchtlos abgelaufen. Damit ist das Recht der Kläger, das mangelhafte Werk durch Neuherstellung auf Kosten der Beklagten 1) herzustellen, entstanden.

Dieselben Mängel wurden später auch im selbständigen Beweisverfahren zur Begutachtung gestellt. Der Vortrag der Beklagten (Bl. 717 ff.), dass im selbständigen Beweisverfahren nur Ausführungsfehler der EPS-Dämmung, nicht aber die Verwendung falschen Materials gerügt worden sei, trifft nicht zu.

Die Frage, ob für den hier vorliegenden Einsatzzweck die EPS-Dämmplatten über eine bauaufsichtliche Zulassung nach § 18 LBO verfügen, ist im vorliegenden Zusammenhang demnach unerheblich.

cc) Unverhältnismäßigkeit der Neuerrichtung (§ 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3 BGB)

Ein Anspruch auf Mängelbeseitigung, der Voraussetzung für den Kostenvorschuss für die Selbstvornahme ist, besteht gem. § 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3 BGB dann nicht, wenn die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert. Das kann dann der Fall sein, wenn Mängel nur durch Neuherstellung des Werkes zu beseitigen sind und das Interesse des Auftraggebers an der Neuherstellung im Verhältnis zu den durch die Neuherstellung entstehenden

Kosten unverhältnismäßig ist (Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, VOB/B § 13, Rn. 385).

Letztlich kommt es im Rahmen der nach § 13 Abs. 6 VOB/B bzw. § 635 Abs. 3 BGB vorzunehmenden Abwägung darauf an, ob bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand in keinem vernünftigen Verhältnis zum Interesse des Auftraggebers an der Mängelbeseitigung steht. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Verhältnis zu den dafür erforderlichen Aufwendungen unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (BGH, Urteil vom 10.04.2008 - VII ZR 214/06, NZBau 2008,575). Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn der Auftraggeber objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung hat, z.B. weil die Funktionsfähigkeit des Werkes erheblich beeinträchtigt ist (BGH, Urteil vom 10.11.2005 - VII 137/04, NZBau 2006, 177, 178; Urteil vom 10.11.2005 - VII ZR 64/04, NZBau 2006, 110, Rn. 14). Bei der Interessenabwägung sind die vertragliche Risikoverteilung und das Ausmaß des Verschuldens des Auftragnehmers zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 04.07.1996 - VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269 vgl. insgesamt Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, VOB/B § 13, Rn. 382).

(1) Unstreitig (siehe unstreitiger Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, Rn. 9) unterscheiden sich XPS und EPS in ihren Eigenschaften deutlich. Vorliegend hat der Sachverständige S. (schriftliches Gutachten vom 13.01.2015, S. 204, und Anhörung im sBV vom 04.12.2015, S. 3, sBV Bl. 274) festgestellt, dass die Beseitigung des Mangels des falschen Dämmmaterials unter der Kellerbodenplatte nur durch vollständigen Rückbau und Neuerrichtung des Gebäudes möglich ist, weil das Material ausgetauscht werden müsse. Das Landgericht ist dem gefolgt (LGU, Rn. 64). Die von den Berufungen der Beklagten dagegen vorgebrachten Angriffe sind nicht stichhaltig: Eine andere Art der Mängelbeseitigung existiert nicht und die Mängelbeseitigung ist auch nicht unverhältnismäßig.

Das Landgericht durfte sich insoweit auf den Sachverständigen S. stützen, auch wenn der zuletzt erkennende Richter den Sachverständigen nicht persönlich vernommen hat. Die Gutachten und die Protokolle sind aussagekräftig. Das Landgericht musste den Sachverständigenbeweis nicht mit anderen eingeholten Beweisen abwägen und war deshalb auf einen persönlichen Eindruck des Sachverständigen nicht angewiesen. Ein Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme liegt daher nicht vor. Das Ergebnis der Beweisaufnahme bezüglich des Sachverständigen S. wurde entgegen der Behauptung der Beklagten 2) – 4) vom Landgericht mit den Parteien ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 21.04.2016, S. 8 (Bl. 203), erörtert und im Anschluss streitig verhandelt.

(2) Die Beklagten behaupten, dass es anstelle des Abbruchs und der Neuerrichtung des Gebäudes eine andere Möglichkeit zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes gebe.

So hat die Beklagte 1) vorgetragen, dass die Dämmplatten unter der Bodenplatte keine statische Funktion hätten, weil das Gebäude seine Lasten über Streifenfundamente abtragen würde. Dies trifft allerdings auf den hier streitgegenständlichen Bereich der Bodenplatte unter dem Keller nicht zu. Damit werden die Dämmplatten statisch belastet. Die eingebaute Dämmplatte ist vom Hersteller unstreitig für die Verwendung unter tragenden Bodenplatten nicht zugelassen (unstreitiger Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, Rn. 11). Die allgemeine bauaufsichtliche Zulassung schließt die Verwendung unter statisch tragenden Bauteilen ebenfalls ausdrücklich nicht mit ein (LGU, Rn. 12). Während für die Frage der Mangelhaftigkeit der Zeitpunkt der Abnahme maßgeblich ist, ist für die Frage der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz entscheidend. In diesem Zeitpunkt fehlte eine bauaufsichtliche Zustimmung im Einzelfall: Abgesehen davon, dass der vorgelegte Bescheid des Regierungspräsidiums T. vom 23.11.2015 nicht das verwendete Produkt von swisspor, sondern eine Rygol-Perimeterdämmplatte betrifft, ist dieser Bescheid rückwirkend durch Bescheid vom 16.03.2016 zurückgenommen worden.

Die Beklagten behaupten, das Material weise nach den Feststellungen des Privatgutachters Professor Dr.-Ing. F. von der TU H. die erforderliche Druckfestigkeit auf. Das Landgericht ist dem Angebot eines Zeugen- und Sachverständigenbeweises insoweit nicht nachgegangen. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, weil jedenfalls die Abweichung des verwendeten von dem geschuldeten Material beim Wasserdampf-Diffusionswiderstand verbleibt (zum *"Lastfall Wasser"* sogleich näher).

Die Beklagten behaupten ferner, dass ein etwaiges statisches Problem durch nachträgliche Unterfangung und Errichtung von Streifenfundamenten unter der Kellerbodenplatte gelöst werden könne. Während der gerichtliche Sachverständige S. zunächst Zweifel hatte, ob eine Unterfangung des Gebäudes technisch überhaupt möglich ist, hat er dies später als *"denkbare Alternative"* bezeichnet (mündliche Anhörung im sBV, Seite 3, sBV Bl. 274 f.). Obwohl dabei die EPS-Dämmung unter der Bodenplatte verbleiben würde, könnte möglicherweise durch den Einbau von Streifenfundamenten die statisch tragende Funktion der Bodenplatte aufgehoben werden, so dass die verbaute Dämmung hinsichtlich der Druckfestigkeit grundsätzlich gebrauchstauglich wäre (Bl. 65). Allerdings verbleibt weiterhin das Problem des *"Lastfalls Wasser"*.

(3) Die Beklagten behaupten, die Problematik von drückendem bzw. stauendem Wasser könne durch eine Ringdrainage mit Hebeanlage gelöst werden, die über einen Notüberlauf der klägerischen Zisterne letztlich ins öffentliche Abwassernetz entwässere.

Der Sachverständige S. hat dies technisch für möglich gehalten (1. Ergänzungsgutachten vom 27.07.2017, Seite 26, SBV Bl. 212). Nicht ganz klar nach den Ausführungen des Sachverständigen S. ist, ob mit einer Drainage auch das Problem drückenden Wassers gelöst werden kann (vgl. 1. Ergänzungsgutachten vom 27.07.2015, Seite 25, Bl. 211, einerseits und S. 26, Bl. 212 andererseits). Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, da eine solche Drainage ohnehin keinen vertragsgemäßen Zustand herstellen würde.

Statt der vertraglich geschuldeten XPS- verbleibt nämlich eine EPS-Dämmung unter der Kellerbodenplatte (1. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S. vom 27.07.2015 im sBV, Seite 26, sBV Bl. 212). Maßgeblich für den Umfang der Mängelbeseitigung ist das vertraglich geschuldete Werk. Diesen Zustand hat der Unternehmer herzustellen. Eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, muss der Besteller grundsätzlich nicht akzeptieren (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 - **VII ZR 229/17** -, BauR 2019, 255). Maßgeblich für den Umfang der Mängelbeseitigung ist das vertraglich geschuldete Werk. Diesen Zustand hat der Unternehmer herzustellen. Eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, muss der Besteller grundsätzlich nicht akzeptieren (BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – **VII ZR 229/17**, BauR 2019, 255). Die Kläger brauchen sich also nicht auf eine Sanierung verweisen zu lassen, die nicht der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung genügt (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2006 - **VII ZR 274/04**, **NJW-RR 2006, 1311**).

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Mängelbeseitigung kann nicht dazu führen, dass der Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung ein vertraglich nicht geschuldetes Werk akzeptieren muss. Damit würde der Inhalt der Nacherfüllungspflicht des Auftragnehmers geändert. Hierfür gibt jedoch weder § 13 Abs. 6 VOB/B noch § 635 Abs. 3 BGB einen Anhaltspunkt. Dort ist nur von einem Verweigerungsrecht des Unternehmers die Rede, nicht von einem Anpassungsrecht im Hinblick auf eine Nacherfüllung. Nach § 13 Abs. 6 VOB/B hat der Einwand der Unverhältnismäßigkeit keine Anpassung des Vertrags auf einen anderen Leistungsgegenstand zur Folge, sondern ein Minderungsrecht des Auftraggebers.

Das Kooperationsgebot der Parteien im Rahmen eines Werkvertrags geht nicht so weit, dass anstelle des vertraglich geschuldeten Werks ein anderes Werk akzeptiert werden müsste, das gegenüber dem vertraglich geschuldeten Werk Nachteile aufweist. Selbst wenn man annehmen würde, dass auf den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Auftraggeber - gegebenenfalls aufgrund des

Kooperationsgebots - ein anderes Werk als das vertraglich geschuldete und das mangelhaft hergestellte hinzunehmen hätte, würde vorliegend der Einwand der Unverhältnismäßigkeit nicht eingreifen. Die Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung verlangt nämlich eine Abwägung aller Umstände.

(4) Erforderlich für eine fachgerechte Funktionsweise der beklagenseits vorgeschlagenen Sanierung sind laut dem Sachverständigen S. eine Einleitenebene der zuständigen Abwasserbetriebe, eine ausfallsichere Hebeanlage sowie die Bezahlung laufender Abwassergebühren und der Betriebs- und Wartungskosten für die Pumpe (1. Ergänzungsgutachten vom 27.07.2015, Seite 26, Bl. 212). Eine solche Drainage war nach dem Vertrag zwischen den Klägern und der Beklagten 1) nicht vorgesehen. Bei Einbau der vertraglich vereinbarten XPS-Dämmung und einer WU-Ausführung des Kellers wäre sie in dieser Form auch nicht erforderlich.

Offen ist schon, ob hier die Einleitung des abgepumpten Wassers ins öffentliche Abwasser-Kanalnetz genehmigt werden würde. Die öffentlich-rechtliche Planung zielt auf eine Versickerung des Wassers und keine Entsorgung des Niederschlags- und Grundwassers durch das Abwassersystem ab. Der Beklagte 3) hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat allerdings erklärt, dass die Beklagten 2) – 4) auf eine Anfrage bei der Gemeinde die Auskunft erhalten hätten, dass eine Ringdrainage genehmigt werden würde.

Selbst wenn danach eine solche Genehmigung tatsächlich erteilt werden würde, verbliebe für die Kläger der Aufwand der Wartung für die Drainage und die Hebeanlage, das Risiko des Ausfalls der Hebeanlage, die Betriebs- und Wartungskosten für die Pumpe sowie die Bezahlung der laufenden Abwassergebühren. Die damit verbundenen Nachteile müssen die Kläger nicht hinnehmen. Darüber hinaus ist im Rahmen der Interessenabwägung auch das Ausmaß des Verschuldens des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Die Beklagte 1) hat die Verpflichtung, das vertraglich vereinbarte Material einzubauen, grob fahrlässig verletzt. Neben der eindeutigen Bezeichnung im Leistungsverzeichnis ist dabei zu berücksichtigen, dass das Material EPS mit grobporiger Struktur ohne Weiteres vom Material XPS, das geschlossenporig und glatt ist, zu unterscheiden ist. Die verbauten Dämmplatten bzw. deren Verpackung trug deutlich den Schriftzug EPS (vgl. Fotos Bl. 119).

Unter Berücksichtigung des Verschuldens und der Nachteile einer in der Planung nicht vorgesehenen Ringdrainage mit Hebepumpe ist der Aufwand für die Mangelbeseitigung durch Abriss und Neuerrichtung des Gebäudes – trotz der damit verbundenen erheblichen Kosten – nicht unverhältnismäßig.

dd) Höhe des Vorschussanspruchs

Das angefochtene Urteil beziffert den Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung in Selbstvornahme ausgehend von den vom Sachverständigen S. geschätzten Kosten für den Rückbau und die Wiederherstellung in Höhe von 170.679,32 Euro (nach Korrektur des ursprünglichen Rechenfehlers bzgl. der Baukostensteigerung, vgl. Anlage Z zum schriftlichen Sachverständigengutachten vom 13.01.2015 im selbständigen Beweisverfahren 22 OH 12/13 und Vernehmung des Sachverständigen im Termin vom 21.04.2016, S. 7, Bl. 203 oben) in Übereinstimmung mit der klägerischen Berechnung (Bl. 24 und 253) auf 108.619,41 Euro, also 91.276,80 Euro netto zzgl. der voraussichtlich anfallenden Umsatzsteuer i.H.v. 17.342,61 Euro (Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2, Entscheidungsgründe, Rn. 67 ff.). Bereits berücksichtigt als Abzugsposten ist dabei ein Restwerklohnanspruch der Beklagten 1) von 18.880,60 Euro.

Die klägerische Berechnung geht überschlägig von den sachverständigerseits ermittelten Kosten für die Neuerrichtung des Gebäudes im jetzigen Ausbauzustand von ca. 90.000 Euro aus, von denen rund 40.000 Euro an bereits geleisteten Zahlungen für andere Gewerke (s.u. b)) abgezogen werden. Die verbleibenden 50.000 Euro addieren die Kläger zu den von ihnen an die Beklagte 1) bezahlten

58.619,14 Euro, so dass sich 108.619,40 Euro ergeben (Bl. 24). Der so von den Klägern ermittelte Kostenvorschussbetrag liegt jedenfalls unterhalb der vom Sachverständigen geschätzten Mangelbeseitigungskosten und kann daher verlangt werden.

Entgegen der Ansicht der Beklagten umfasst der Kostenvorschussanspruch für Mängelbeseitigung in Selbstvornahme auch die voraussichtlich anfallende Umsatzsteuer (BGH Urteil vom 22.07.2010 – **VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 = NJW 2010, 3085**, Rn. 16; Senat, Urteil vom 14.09.2011 – **10 W 9/11, NZBau 2012, 42**, 43; OLG Celle, Urteil vom 20.03.2018 - 14 O 96/17, **BauR 2018, 1445**; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.04.2016 - **I-22 U 164/15**; BeckOGK/Rast, Stand 01.03.2019, BGB § 637 Rn. 204; Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 637, Rn. 9). Eine Überkompensation kann hier nicht eintreten, weil der Vorschussanspruch abgerechnet werden muss.

Eine Vorteilsausgleichung in Form eines Abzugs neu für alt zu Lasten der Kläger, der hier von Beklagtenseite unter Verweis auf eine angebliche Nutzungsdauer des Neubaus von 80 Jahre bei linearer Wertabschreibung eingefordert wird, ist nicht vorzunehmen. Denn ein Vorteilsausgleich ist ausgeschlossen, wenn die Vorteile ausschließlich darauf beruhen, dass der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verzögert hat und dem Auftraggeber bis dahin nur ein mangelhaftes Werk zur Verfügung stand (BGH, Urteil vom 17.05.1984 - **VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457**, 2459; Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 13, Rn. 301).

Der Kostenvorschuss ist wie vom Landgericht ausgesprochen ab dem 28.02.2015 gem. § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen, nachdem die Beklagte 1) aufgrund des Schreibens der Kläger vom 13.02.2015 (Anl. K14) seitdem in Verzug war.

b) Urteilsausspruch Ziff. 3 (Schadensersatz für die im Zuge der Selbstvornahme zwangsläufig mit abzubrechenden Nebengewerke)

Das Landgericht hat den Klägern als Schadensersatz für die zwangsläufige Zerstörung bereits ausgeführter anderer Gewerke im Zuge des Rückbaus des Gebäudes 39.635,20 Euro zugesprochen (LGU, Rn. 70 ff.). Die Höhe des Betrages ist im Urteil nicht begründet. Tatsächlich entspricht der zugesprochene Betrag den von den Klägern behaupteten Abschlagszahlungen an Drittunternehmen für andere Gewerke (vgl. Klageschrift, Seite 17 f., Bl. 17 f.), nämlich Fenster, Elektrik und "ALSE". An die Dachdeckerfirma W. wurden bislang unstrittig von den Klägern noch keine Zahlungen geleistet; die offenbar vorliegende Schlussrechnung ist in dem von den Klägern bezifferten und vom Landgericht zugesprochenen Betrag auch nicht enthalten. Die Kläger haben den an Drittunternehmen gezahlten Betrag beim begehrten Kostenvorschuss in Abzug gebracht (s.o. a) dd)).

Bei diesen Kosten handelt es sich nicht um einen Schaden der Kläger, insbesondere nicht um frustrierte Aufwendungen. Diese Kosten wären bei mangelfreier Arbeit der Beklagten 1) in gleicher Weise angefallen. Der Schaden der Kläger besteht vielmehr darin, dass die Folgegewerke im Zuge der Mangelbeseitigung abgerissen und teilweise oder vollständig neu aufgebaut werden müssen. Insoweit liegen dann Nebenarbeiten der Mangelbeseitigung vor.

Wie dargelegt haben die Beklagten gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B die Kosten der Mangelbeseitigung in Selbstvornahme durch die Kläger zu tragen und hierfür Vorschuss zu leisten (s.o. a)). Der Mangelbeseitigungsanspruch und damit auch der Kostenvorschuss für die Selbstvornahme umfasst auch diejenigen Kosten, die notwendig sind, um nach der Mangelbeseitigung den früheren Zustand wiederherzustellen (Mansfeld, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB/B, 14. Aufl. 2018, VOB/B § 13, Rn. 139). Der Sache nach begehren die Kläger mit ihrer Berechnung letztlich genau diese Mangelbeseitigungskosten. Eine Schadensberechnung anhand der fiktiven Kosten ohne tatsächliche Durchführung der Mangelbeseitigung ist nach der jetzigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch nicht mehr zulässig (BGH, Urteil vom 22.02.2018 - **VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463**).

In der Berufungsinstanz haben die Kläger erklärt, dass sie den geltend gemachten Anspruch in Höhe von 39.635,20 Euro statt als Schadensersatz hilfsweise auch als Kostenvorschussanspruch geltend machen (Bl. 709). Ein Übergang vom Schadensersatz zum Kostenvorschuss für die Selbstvornahme ist im Prozess auch in der Berufungsinstanz zulässig, da er gem. § 264 Nr. 2 bzw. Nr. 3 ZPO keine Klageänderung darstellt (BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463).

Nicht als Schadensersatz, aber als abzurechnender Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung in Selbstvornahme steht den Klägern gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B daher ein Anspruch auf Zahlung von 39.635,20 Euro zu, nachdem sich dieser zusammen mit den mit den Urteilsaussprüchen Ziff. 1 und 2 zuerkannten Beträgen von zusammen 108.619,41 Euro auf insgesamt 148.254,61 Euro beläuft und damit auch unter Berücksichtigung der klägerseits verrechneten Restwerklohnforderung der Beklagten 1) i.H.v. 18.880,60 Euro mit einer Summe von 167.135,21 Euro noch unterhalb der vom Sachverständigen S. für die Mangelbeseitigungskosten geschätzten 170.679,32 Euro bleibt.

Der Betrag ist in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Da ein Zahlungsverzug durch Schreiben vom 13.02.2015 (Anl. K14) nur in Höhe der geforderten 120.000,00 Euro eingetreten ist, können Verzugszinsen gem. § 288 Abs. 1, § 286 Abs.1 BGB seit dem 28.02.2015 nur aus einem nach Abzug der im Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2 bereits verzinslich titulierten Beträge verbleibenden Rest von 11.380,59 Euro verlangt werden. Aus dem darüber hinausgehenden Betrag von 28.254,61 Euro können nur Zinsen ab Rechtshängigkeit seit dem 23.09.2015 verlangt werden. Insoweit haben die Berufungen der Beklagten Erfolg.

c) Urteilsausspruch Ziff. 4 (Schadensersatzanspruch bzgl. Privatgutachter- und Rechtsverfolgungskosten)

Das Landgericht hat den Klägern Privatsachverständigenkosten (i.H.v. 2.000 Euro) und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten (i.H.v. 2.706,66 Euro) von zusammen 4.706,66 Euro nebst Zinsen zugesprochen (vgl. LGU, Rn. 73 ff. u. 107). Mit ihrer Berufung begehren die Kläger insgesamt 9.020,21 Euro (= 6.313,55 Euro + 2.706,66 Euro) nebst Zinsen (vgl. Bl. 609 ff.).

aa) Anspruchsgrundlage

Den Klägern steht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 und S. 2 a) bzw. b) VOB/B gegen die Beklagte 1) zu. Die Voraussetzungen auch von § 13 Abs. 7 S. 1 VOB/B sind erfüllt, nachdem die Beklagte grob fahrlässig und damit schuldhaft die falschen Dämmplatten eingebaut hat und dies zu einem wesentlichen Mangel geführt hat, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.

bb) Ersatz von Privatsachverständigenkosten

Im Rahmen dieses Schadensersatzanspruches sind die Kosten der Mangel- bzw. Schadensfeststellung zu ersetzen. Darunter fallen auch die Kosten von privaten Sachverständigengutachten, soweit diese zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind (BGH, Urteil vom 11.02.2014 - VI ZR 225/13, NJW 2014, 1947; Urteil vom 28.02.2017 - VI ZR 76/16, NJW 2017, 1875). Jedenfalls bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens durch Antrag der Kläger vom 05.07.2013 war die Einschaltung des Privatgutachters B. durch die Kläger in diesem Sinne ohne Weiteres erforderlich. Diese Kosten belaufen sich auf 3.462,90 Euro (vgl. Rechnungen vom 11.06.2013 und 22.10.2013, Anl. K17).

Erstmals mit der Berufungsbegründung haben die Kläger (unter neuen Beweisanträgen) näheren Vortrag dazu gehalten, was Gegenstand der nach dem 05.07.2013 vom Sachverständigen B. abgerechneten Tätigkeiten war (Bl. 609 ff.). Aus dem Vortrag in der Klageschrift (Bl. 26) und den damit

vorgelegten Rechnungen (Anl. K17) ließ sich dies inhaltlich ebenso wenig entnehmen wie aus dem Vortrag in der Replik (Bl. 89). Die Kläger meinen, das Landgericht habe sie gem. § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es nur die vor Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens angefallenen Sachverständigenkosten als erstattungsfähig ansehe, dann hätten sie ihren Vortrag bereits in erster Instanz so substantiiert wie nunmehr in der Berufung.

Der neue Vortrag in der Berufung der Kläger ist nicht zu berücksichtigen, da die Voraussetzungen gem. § 531 Abs. 2 ZPO hierfür nicht vorliegen. Der Vortrag wurde von den Beklagten bestritten (Bl. 683 und 714). Er ist nicht gem. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO wegen eines verfahrensfehlerhaft unterbliebenen Hinweises des Landgerichts zuzulassen. Denn die Kläger selbst hatten in der Klageschrift zunächst behauptet, die Zahlungen an den Privatgutachter seien vor Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens erfolgt (Bl. 26). Auf die Richtigstellung in der Klageerwiderung, dass dies nicht durchgängig der Fall sei (Bl. 67), haben die Kläger sodann in der Replik eingeräumt, dass der Sachverständige B. - in *"geringem Umfang - auch begleitend zum selbständigen Beweisverfahren tätig war"*, die entsprechenden Rechnungspositionen benannt und mitgeteilt, dass, soweit kein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch der Kläger bestehe, die Aufwendungen im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens geltend gemacht werden würden (Bl. 89). Später haben die Kläger erneut zu den Privatgutachterkosten Stellung genommen, ohne jedoch die Tätigkeit des Sachverständigen B. unter Zuordnung zu den vorgelegten Rechnungen näher zu beschreiben (Bl. 269 f.). Vor diesem Hintergrund musste das Landgericht nicht darauf hinweisen, dass es die Kosten des Sachverständigen B. grundsätzlich nur bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens als materiell erstattungsfähig ansehen würde.

Das Landgericht hat hinsichtlich der vor dem 05.07.2013 angefallenen Privatgutachterkosten lediglich einen Anteil von 2.000,00 Euro zugesprochen, den es unter Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt hat. Erstattungsfähig seien die Kosten nur, soweit sich die vom Privatgutachter B. festgestellten Mängel später im selbständigen Beweisverfahren bzw. im Prozess bestätigt hätten (LGU, Rn. 76). Letzteres ist im Ausgangspunkt zutreffend. Das Landgericht hat allerdings, was alle Parteien im Berufungsverfahren rügen, die Grundlagen seiner Schätzung nicht angegeben; diese ist daher nicht nachvollziehbar.

Die Kläger wollen für die vorzunehmende Schätzung auf den Anteil der bestätigten Mängel abstellen, soweit eine Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren stattgefunden hat, und gehen von 90 % aus (nur 5 von 47 untersuchten Mängelrügen hätten sich nicht bestätigt; Bl. 613). Die Beklagten wenden dagegen ein, es komme nicht auf die Anzahl der bestätigten Mängel, sondern die jeweiligen Mangelbeseitigungskosten an (Bl. 683).

Richtigerweise müsste im Grundsatz eine Aufteilung danach erfolgen, welcher Mangel welchen gutachterlichen Aufwand erfordert hat. Dies ist jedoch in vielen Fällen nicht festzustellen. Im Rahmen von § 287 Abs. 2 ZPO erscheint es angemessen, die vollständigen Sachverständigenkosten zuzusprechen, wenn ein Großteil der Mängel festgestellt wurde und der Aufwand des Sachverständigen für die nicht bestätigten Mängel nicht ausscheidbar ist. So liegt der Fall hier. Im Ergebnis steht den Klägern damit die Erstattung der vollständigen vorgerichtlichen Privatgutachterkosten B. in Höhe von 3.462,90 Euro zu. Der Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB seit Rechtshängigkeit am 23.09.2015 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

cc) Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten

Der Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 a) bzw. b) VOB/B umfasst die notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung. Hierzu gehört vorliegend angesichts der rechtlichen Komplexität die vorgerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwaltes.

Das Landgericht hat insoweit die klägerseits geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.706,66 Euro (Bl. 31) zugesprochen. Der zugrunde gelegte Gegenstandswert von 100.000 Euro ist nicht zu beanstanden. Die veranschlagte 1,5-Geschäftsgebühr ist angesichts des Umfangs und der Komplexität des Falles nicht ermessensfehlerhaft.

Die Beklagten haben allerdings eine tatsächliche Zahlung der Kläger an ihren früheren anwaltlichen Vertreter bestritten (Bl. 67), ohne dass von Klägerseite Beweis für die Zahlung angeboten worden wäre. Die Kläger haben daher lediglich einen Anspruch auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.706,66 Euro. Dieser ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB seit Rechtshängigkeit am 23.09.2015 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

d) Urteilsausspruch Ziff. 5 (Verzögerungsschaden: Miete, Zinsschaden, Strafzins bis einschließlich Mai 2018) - klägerischer Berufungsantrag Ziff. 11 (Wohnmobilabstellkosten)

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz wegen des infolge der Mangelhaftigkeit verzögerten Bezugs des Neubaus in Höhe von 29.482,15 Euro nebst Zinsen verurteilt. Darin enthalten ist Schadensersatz für die Weiterzahlung der Miete für die bisherige Wohnung (i.H.v. 28.160 Euro) und für angefallene Strafzinsen im Rahmen des KfW-Darlehens (i.H.v. 1.322,15 Euro). Die weitergehenden klägerseits behaupteten Ersatzansprüche wegen Zinsschäden und Stellplatzmiete für das Wohnmobil der Kläger in den Wintermonaten hat das Landgericht abgewiesen. Die Kläger verlangen mit ihrer Berufung - jeweils nebst Zinsen - einen Betrag von insgesamt 50.648,53 Euro für Mietzahlungs- und weitere Zinsschäden sowie einen Betrag in Höhe von 1.094,33 Euro für die Miete eines Wohnmobilabstellplatzes in den Wintermonaten (Berufungsantrag Ziff. 11).

aa) Anspruchsgrundlage

Die Kläger machen vorliegend einen Verzögerungsschaden durch die bis heute nicht erfolgte bezugsfertige Fertigstellung des gesamten Gebäudes geltend. Sie knüpfen zum einen an die Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins und zum anderen an die mangelhafte Erstellung bzw. die nicht erfolgte Mangelbeseitigung an. Die Kläger haben erstinstanzlich vorgetragen, dass ohne die Pflichtverletzungen der Beklagten 1) und 2) das Haus planmäßig Ende Januar 2013 hätte bezogen werden können (Bl. 31 und 477). Die Beklagten haben das nicht bestritten. Das Landgericht hat dies seinem Urteil zugrunde gelegt. Die Beklagten greifen dies mit ihren Berufungen nicht an.

(1) Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins

Die Kläger und die Beklagte 1) haben im Bauvertrag eine Fertigstellung bis spätestens KW 30/2012, also spätestens 28.07.2012, vereinbart (Anl. K2). Mangels näherer Definition ist unter "*Fertigstellung*" die abnahmereife Herstellung der vertraglich geschuldeten Leistung zu verstehen (allg. Meinung; vgl. OLG Dresden **BauR 2001, 949**; **Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, VOB-Kommentar, 6. Aufl. 2018, VOB/B § 5, Rn. 96** m.w.N.). Die Fertigstellungsfrist ist auch dann eingehalten, wenn der Auftraggeber trotz wesentlicher Mängel und / oder Restarbeiten innerhalb der Frist die Abnahme erklärt hat (**Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, a.a.O.**).

Vorliegend hatte die Beklagte 1) ihre Arbeiten nicht bis zum vereinbarten Termin fertiggestellt. Aufgrund der kalendermäßigen Bestimmtheit der Fertigstellungsfrist befand sich die Beklagte 1) gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB ab dem 29.07.2012 in Verzug. Allerdings endete der Verzug mit der Abnahme des Werks durch die Kläger am 29.11.2012 und damit vier Monate nach Verzugseintritt.

Für Schäden wegen dieser Verzögerung steht den Klägern grundsätzlich ein Anspruch gem. § 5 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B zu. Dieser kann jedoch - mangels näheren Vortrags - allenfalls

Verzögerungsschäden von vier Monaten umfassen, unter Zugrundelegung einer planmäßigen Gesamtfertigstellung im Januar 2013 also die Zeit von Februar bis Mai 2013. Die Verzögerung der Fertigstellung der Leistung der Beklagten 1) kann zwar nicht ohne Weiteres mit der Verzögerung der Fertigstellung des Gesamtbauwerks, die für Januar 2013 geplant war, gleichgesetzt werden. Eine Vermutung der Fortdauer einer bestimmten Verzögerung während der Errichtung eines Bauwerks bis zur Gesamtfertigstellung gibt es nicht. Allerdings haben die Beklagten den Vortrag der Kläger zur Verzögerung nicht bestritten. Die Kläger mussten dazu daher nicht weiter vortragen und Beweis antreten.

(2) Verzögerung der Fertigstellung infolge der Mangelhaftigkeit

Ein Schadensersatzanspruch wegen Verzögerungsschäden kommt daneben noch für die infolge der Mangelhaftigkeit der Werkleistung der Beklagten 1) eingetretene Verzögerung der bezugsfertigen Gesamtfertigstellung in Betracht.

Nach welcher Anspruchsgrundlage sich der Schadensersatzanspruch wegen mangelbedingter Verzögerungsschäden richtet, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. zum BGB-Vertrag BeckOGK/Kober, Stand 01.03.2019, BGB § 636, Rn. 371 f.). Wenn man auf die Pflicht des Auftragnehmers zur mangelfreien Erstellung der Werkleistung abstellt, bedarf es nicht des Vorliegens der Verzugsvoraussetzungen gem. § 286 BGB, es genügt im Rahmen von § 13 Abs. 7 VOB/B allein das Vorliegen eines Mangels, der zur verzögerten Fertigstellung geführt hat. Knüpft man an die trotz Nachfristsetzung nicht erfolgte Mangelbeseitigung an, dann könnte sich daneben ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 286 BGB ergeben (vgl. zum VOB/B-Vertrag z.B. Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Moufang/Koos, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 464). Auch letzterer stellt allerdings einen Mangelfolgeschaden dar, der von § 13 Abs. 7 VOB/B mitumfasst ist.

Nach zutreffender Ansicht kommt es daher auf das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen nicht an: Beruht die Verzögerung auf Mängeln, dann ist beim VOB/B-Vertrag § 6 Abs. 6 VOB/B nicht anwendbar. Vielmehr ist der Schaden vor Abnahme gemäß § 4 Abs. 7 S. 2 und nach Abnahme gem. § 13 Abs. 7 VOB/B zu ersetzen. Das gilt sowohl für den Fall, dass der Schaden für den Zeitraum der Mängelbeseitigung geltend gemacht wird, als auch für den Fall, dass der Schaden dadurch entsteht, dass ein Mangel nicht beseitigt wird (**Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 7. Teil, Rn. 56**). Die zusätzlichen Verzugsvoraussetzungen müssen dann nicht vorliegen, wenn ein Werk zwar rechtzeitig, aber mit einem behebbaren Mangel behaftet erstellt wird und durch eine verzögerte Mängelbeseitigung Mangelfolgeschäden entstehen (vgl. BeckOGK/Kober, Stand 01.03.2019, BGB § 636 Rn. 372).

Die Voraussetzungen von § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 und S. 2 a) bzw. b) VOB/B liegen vor, mangelbedingte Verzögerungsschäden sind demnach als Mangelfolgeschäden grundsätzlich ersatzfähig. Voraussetzung ist dafür allerdings, dass sie kausal auf den Mangel zurückzuführen sind. Die Baueinstellung, die vorliegend zur Verzögerung geführt hat, geht auf den Mangel der falschen Dämmung unter der Kellerbodenplatte zurück. Die Beklagten haben diesen Mangel erstmals mit Schreiben vom 12.06.2013 (Anl. K10) gegenüber der Beklagten 1) gerügt unter Setzung einer Beseitigungsfrist bis 12.07.2013. Frühestens am 12.06.2013 ist es daher zu einer Baueinstellung (auch) aufgrund des streitgegenständlichen Mangels gekommen. Nach den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen S. ist dieser Mangel auch der einzige, der einen vollständigen Rückbau samt Neuerrichtung des Gebäudes notwendig macht (s.o. 1. a) aa) (2)). Gemäß § 287 ZPO ist damit die gesamte Verzögerung vom 12.06.2013 bis heute der Beklagten 1) zuzurechnen. Alle dadurch entstandenen Schäden sind von ihr zu ersetzen.

bb) Miete für die derzeitige Wohnung

Die Kläger begehren den Ersatz der von ihnen im Zeitraum Februar 2013 bis Mai 2018 gezahlten

Miete für ihre derzeitige Wohnung, die sie aufgrund der Verzögerung der Bezugsfertigkeit des neuen Hauses länger als geplant weiter nutzen mussten und bis heute müssen. Ein ersatzfähiger kausaler Schaden liegt wie soeben dargelegt für die Zeit Februar bis Mai 2013 (gem. § 5 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B) und für die Zeit seit 12.06.2013 (gem. § 13 Abs. 7 VOB/B) vor. Damit ist ein Zeitraum von 63,5 Monaten (Juni 2013 nur zur Hälfte) und nicht wie vom Landgericht zugesprochen 64 Monaten ersatzfähig.

Was die Höhe der monatlichen Mietaufwendungen angeht, so hat das Landgericht in nicht zu beanstandender und damit für den Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in bindender Weise festgestellt, dass die Kläger gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 440 Euro pro Monat verpflichtet waren und diese Zahlungen - jeweils hälftig - auch tatsächlich geleistet haben. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen des Landgerichts bestehen nicht. Durch die vorgelegten Unterlagen (Zahlungsbelege, Kontoauszüge des Vaters der Klägerin als Vermieter und Bescheinigungen des Finanzamtes, dass dieser die entsprechenden Mieteinnahmen in seiner Steuererklärung angegeben und sie dort berücksichtigt wurden) ist bewiesen, dass die vertraglich vereinbarte Miete tatsächlich gezahlt wurde. Der Einwand der Beklagten 1), der Beweis sei nicht geführt, weil ja Rückzahlungen denkbar seien, hat zu keiner Beweiserhebung geführt. Insoweit müssten, nachdem Erfüllung eingetreten war, die Beklagten eine Rückzahlung der Mieten beweisen. Ein wirksamer Beweisantritt der Beklagten 1 lag insoweit nicht vor. Die Beklagte 1) hatte lediglich weiteren Aufklärungsbedarf dahingehend angemeldet, *"ob die Kläger nicht Pflege- oder Versorgungsleistungen zugunsten des Vaters bzw. Schwiegervaters erbringen, welche im Mietzins enthalten sind"* (Bl. 419). Insoweit liegt keine Tatsachenbehauptung vor, sondern es wurde ein Ausforschungsbeweis formuliert.

Insgesamt steht den Klägern damit als Gesamtgläubiger ein Schadensersatz wegen Mietaufwendungen in Höhe von 27.940,00 Euro (= 63,5 Monate à 440 Euro) zu. Dieser Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab jeweiliger Rechtshängigkeit zu verzinsen aus einem Betrag von 13.200 Euro seit dem 23.09.2015 und aus einem Betrag von 14.520 Euro seit dem 13.09.2018 (Bl. 494).

cc) Stellplatzmiete für das Wohnmobil

Die Kläger machen mit ihrem Berufungsantrag Ziff. 11 den Ersatz von Aufwendungen für die Anmietung eines Stellplatzes für ihr Wohnmobil in den Wintermonaten 2013/2014, 2014/2015 und 2016/2017 in Höhe von insgesamt 1.094,33 Euro geltend (Bl. 430 und 627 f.). Insoweit hatte das Landgericht die Klage abgewiesen (LGU, Rn. 94 ff.).

Das angefochtene Urteil ist in diesem Punkt nicht zu beanstanden. Ein Schadensersatzanspruch steht den Klägern nicht zu. Das Landgericht hat insoweit zutreffend ausgeführt, dass nicht nachvollziehbar sei, warum das Wohnmobil nicht in einem belebten - und durchaus gehobenen - Neubaugebiet in dem bereits errichteten Carport des streitgegenständlichen Hauses abgestellt werden konnte. Die Gefahr von Vandalismus und Einbruch besteht immer, egal ob die Kläger im danebenliegenden Haus wohnen oder nicht. Sie besteht im Übrigen auch bei den angemieteten Stellplätzen. Soweit es sich dabei um geschlossene Hallen bzw. Scheunen gehandelt haben sollte, wären entsprechende Mietaufwendungen ohnehin nicht ersatzfähig, da den Klägern eine vergleichbare Abstellmöglichkeit auch bei planmäßigem Bezug des Neubaus mit dem dortigen Carport nicht zur Verfügung gestanden hätte. Im Übrigen zeigt die Tatsache, dass die Kläger den Carport zeitweise tatsächlich zum Abstellen des Wohnmobils benutzt haben (vgl. Bl. 398 und 466 mit Anl. StrV1 nach Bl. 466), dass auch sie die Gefahr des Vandalismus bzw. Einbruchs für tragbar hielten.

Dass im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens im Winter 2013/2014 bei einem Ortstermin Schürfungen unter dem Carport durchgeführt wurden, rechtfertigt es jedenfalls nicht, das Wohnmobil für fünf Monate anderweitig abzustellen (Bl. 686). Hier hätte das Fahrzeug für die kurze Zeit, während

der der Carport tatsächlich nicht zur Verfügung stand, notfalls wieder zugelassen werden können und müssen. Vortrag dazu, ob und wie lange der Carport aufgrund der durchgeführten Schürfungen tatsächlich konkret nicht für das Abstellen des Wohnmobils zur Verfügung stand, haben die Kläger nicht gehalten.

dd) Zinsen für Darlehen der Kläger

Zur Finanzierung ihres Bauvorhabens haben die Kläger drei Darlehen bei der XXX-Bank aufgenommen, wobei es sich bei einem davon um ein durchgereichtes KfW-Förderdarlehen mit besonders günstigem Zinssatz handelte.

Laut sämtlicher vorgelegter Darlehensverträge (Anl. K18 bis K20) haften die Kläger als Gesamtschuldner. Etwaige Schadensersatzansprüche wegen verzögerungsbedingter Zinsmehraufwendungen stehen ihnen daher grundsätzlich als Gesamtgläubiger zu.

(1) "Strafzinsen" für KfW-Darlehen

Zurecht hat das Landgericht den Klägern den Ersatz der für das KfW-Darlehen mit der Nr.60 angefallenen Zinszuschlag ("Strafzinsen") i.H.v. 1.322,15 Euro zugesprochen. Der Zinszuschlag ist nach Ziff. 14 der Allgemeinen Bestimmungen für Investitionskredite der KfW (Anl. K47) i.V.m. dem Darlehensvertrag (Anl. K19) deshalb angefallen, weil die zweckgebundenen Fördermittel in Form der Kreditsumme nicht innerhalb von drei Jahren zur Fertigstellung eines "Effizienzhauses 70" eingesetzt wurden. Eine Verlängerung der Abruffrist über 36 Monate hinaus war nicht möglich, wie sich aus Ziff. 5 des Kreditvertrages (Anl. K19) ergibt. Der Zinszuschlag wurde angefordert (Anl. K29 und K30) und von den Klägern bezahlt (Anl. K30). Der Berücksichtigung des von den Klägern erstmals mit der Replik im Berufungsverfahren vorgelegten Schreibens der XXX-Bank, mit dem das Ende der Abruffrist angekündigt wurde (Anl. K73, Bl. 732), bedarf es für die Beweisführung nicht.

Den Klägern steht daher gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B ein Anspruch auf Ersatz der "Strafzinsen" in Höhe von 1.322,15 Euro zu. Dieser Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB seit dem 05.12.2015 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen, weil sich die Beklagte 1) seither infolge der Zahlungsaufforderung im klägerischen Schriftsatz vom 26.11.2015, S. 8 (Bl. 92), in Verzug befindet.

(2) Bereitstellungszinsen

Das Landgericht hat einen Anspruch der Kläger auf Erstattung von bezahlten Bereitstellungszinsen verneint, weil eine Kausalität der Bauverzögerung nicht substantiiert dargelegt sei (LGU, Rn. 101). Die Kläger verfolgen mit ihrer Berufung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen angeblich verzögerungsbedingt bezahlter Bereitstellungszinsen in Höhe von 1.803,11 Euro für das KfW-Darlehen und in Höhe von 19.487,28 Euro für die XXX-Darlehen weiter (Bl. 615 f.).

Grundsätzlich sind Bereitstellungszinsen vom Bauherrn als Darlehensnehmer zu tragende Sowieso-Kosten. Ein Schadensersatzanspruch wegen (mangelbedingter) Bauverzögerung kann allerdings in Betracht kommen, wenn die Bereitstellungszinsen nur (noch) aufgrund der vom Auftragnehmer zu vertretenden Bauverzögerung anfallen. Das behaupten die Kläger hier, weil seit der mangelbedingten Baueinstellung im Sommer 2013 keine weiteren Rechnungen für das Bauvorhaben mehr produziert worden seien, mit denen Kreditbeträge hätten abgerufen werden können.

Dabei bedarf es für einen schlüssigen Vortrag der Kläger keiner Ausführungen dazu, wann welches der drei Darlehen in welchem Umfang in Anspruch genommen werden sollte und konnte. Ein Gesamtfinanzierungsplan muss nicht aufgestellt werden. Auch zum vorrangig in Anspruch zu nehmenden Eigenkapital musste nicht mehr vorgetragen werden. Insoweit ist zu differenzieren

zwischen dem Abbruch eines Bauvorhabens oder wie im vorliegenden Fall der mangelbedingten Verschiebung eines Bauvorhabens. Bei der Verschiebung eines Bauvorhabens fallen später gleiche oder ähnliche Kosten zu gleichen oder ähnlichen Zeitpunkten in der Abwicklung des Bauvorhabens an. Nachdem die Kläger hier Vorschuss für die Mangelbeseitigung verlangen und die Feststellungsanträge eine Verwirklichung des Bauvorhabens voraussetzen, ist zu erwarten, dass das ursprünglich geplante Gebäude zu einem späteren Zeitpunkt noch errichtet werden wird. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass aufgrund künftiger Umstände die Kläger ihre Bauabsicht aufgeben. Immerhin war jedenfalls in dem Zeitraum, für den jetzt mit dem Zahlungsantrag und dem Feststellungsantrag (s.u.) Schadensersatz begehrt wird, eine Bauabsicht durch die Einlassungen der Kläger und deren Anträge nach außen manifestiert. Der Schaden wäre dann erst für die Zukunft ab dem Zeitpunkt, in dem die Aufgabe der Bauabsicht erkennbar wird, auf der Grundlage des Abbruchs des Bauvorhabens abzurechnen, während der davor entstandene Verzögerungsschaden unberührt bliebe.

Bei der Verschiebung eines Bauvorhabens wie hier genügt es daher, die allein auf die Verschiebung entfallenden Kosten darzulegen. Die Verschiebung steht nach den oben gemachten Ausführungen nach Januar 2013 fest. Lediglich für die erste Junihälfte 2013 fehlt eine Anspruchsgrundlage für die Erstattung von verzögerungsbedingten oder mangelbedingten Bereitstellungszinsen.

Bei der Höhe ist zu beachten, dass die Kläger Bereitstellungszinsen i.H.v. 1.803,11 Euro für das KfW-Darlehen und für die anderen XXX-Darlehen 19.487,28 Euro geltend machen. Es werden die Zinsberechnungen Anl. K22, K59 und K68 vorgelegt. Danach belaufen sich die Bereitstellungszinsen für das KfW-Darlehen insgesamt auf 1.803,11 Euro. Dieser Betrag wird dann in die Zwischensumme auf Seite 2 von Anl. K68 übertragen und geht in die Endsumme für alle drei Darlehen von 19.487,28 Euro ein. Der Betrag von 1.803,11 Euro wird damit doppelt verlangt. Die Klage ist insoweit unschlüssig.

Die übrigen Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch. Von einer Auszahlung der Darlehen nur bei Vorlage entsprechender Rechnungen ist aufgrund der vorgelegten Unterlagen und der Üblichkeit bei Darlehen zur Baufinanzierung auszugehen. Wie die Kläger durch Nachverhandlungen mit der XXX-Bank Konditionenverbesserungen hätten erreichen können, ist nicht ersichtlich. Ein Widerruf der Darlehensverträge war ihnen nach der negativen Auskunft eines Fachanwaltes für Bank- und Kapitalmarktrecht (vgl. Anlage A 66) nicht zumutbar.

Grundsätzlich ist eine Vorteilsanrechnung in Höhe der ersparten Kreditzinsen infolge eines nicht erfolgten Kreditabrufs möglich. Dies greift jedoch dann nicht ein, wenn wie hier das Bauvorhaben später tatsächlich durchgeführt werden soll und dann die Kredite abgerufen werden, weil damit die Kreditzinsen anfallen werden. Etwaige Steuervorteile sind von den Beklagten nicht hinreichend vorgetragen.

Danach haben die Kläger einen Anspruch auf Ersatz von Bereitstellungszinsen mit Ausnahme eines Teils des Juni 2013. Konkret ergeben sich anhand der Anlage K68 folgende Beträge:

- für das XXX-Darlehen Nr. -001: $4.505 \text{ Euro} - 5 \text{ Euro} - (150 \text{ Euro} / 2) + 4.350 \text{ Euro} + 750 \text{ Euro} = 9.525 \text{ Euro}$

- für das XXX-Darlehen Nr. -002: $3.829,17 \text{ Euro} - 6,67 \text{ Euro} - (125 \text{ Euro} / 2) + 3.625 \text{ Euro} + 625 \text{ Euro} = 8.010 \text{ Euro}$

- für das KfW-Darlehen: $1.803,11 \text{ Euro} - 33,33 \text{ Euro} - (211,78 / 3 / 2) = 1.734,48 \text{ Euro}$

In Summe belaufen sich die zu ersetzenden Bereitstellungszinsen damit auf 19.269,48 Euro. Gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB schuldet die Beklagte 1) zudem Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.919,48 Euro (vgl. Anl. K22) seit 23.09.2015, aus weiteren 6.875 Euro

(vgl. Anl. K59) seit 17.10.2017 (Zustellung der Klageerweiterung Bl. 428) sowie aus weiteren 2.475 Euro seit 05.06.2018 (Zugang Klageerweiterung Bl. 473).

(3) Schuldzinsen

Die Kläger machen als Verzögerungsschaden Schuldzinsen für das XXX-Darlehen mit der Endnummer -002 geltend, das die Kläger in Höhe von 30.000 Euro in Anspruch genommen haben. Das Landgericht hat die Klage insoweit abgewiesen (LGU, Rn. 104 ff.). Mit ihrer Berufung verfolgen die Kläger einen Ersatzanspruch in Höhe von 1.679,10 Euro weiter.

Grundsätzlich sind Schuldzinsen vom Bauherrn zu tragende Sowieso-Kosten. Sie können als Verzögerungsschaden jedoch dann ersatzfähig sein, wenn aufgrund der Bauverzögerung erst später mit der Tilgung begonnen werden konnte und dadurch höhere Zinsen als bei normalem Tilgungsverlauf angefallen wären; die Differenz stellt dann einen ersatzfähigen Schaden dar (vgl. Mansfeld, in: Heiermann/Riedl/Rusam, a.a.O., VOB/B § 13, Rn. 202). Hier war die Tilgung des Darlehens erst nach vollständiger Inanspruchnahme möglich. Aufgrund der Verzögerung des Bauvorhabens konnten die Kläger das Darlehen nicht vollständig in Anspruch nehmen und damit nicht durch Tilgungen ihre Zinslast senken. Dadurch ist ihnen ein Schaden entstanden.

Für die Schadenshöhe gilt § 287 ZPO. Maßgebliche Parameter sind insoweit der Beginn von Tilgungsleistungen ohne das Schadensereignis und die Höhe der Tilgungsleistungen. Da offen ist, wann die Kläger dieses Darlehen vollständig in Anspruch genommen hätten, ist davon auszugehen, dass spätestens bis Gesamtabnahme des Bauwerks die Handwerker ihre Leistungen fertig gestellt und zeitnah danach ihre Rechnungen gestellt hätten. Für das Stellen der Rechnung, deren Prüfung und deren Bezahlung durch Abruf von Darlehensbeträgen kann im Wege der Schätzung ein Zeitraum von 3 Monaten angesetzt werden. Bei einer Fertigstellung im Januar 2013 konnte damit mit der Tilgung des Darlehens im Mai 2013 begonnen werden. Bei der Höhe der Tilgungsleistungen ist von den monatlich vereinbarten Annuitäten / Tilgungsleistungen auszugehen. Die Kläger berufen sich zwar darauf, dass sie auch die vereinbarten Sondertilgungen erbracht hätten. Offen ist jedoch, in welchem Umfang die Kläger zur Verwirklichung ihres Bauvorhabens Eigenkapital verwenden mussten und in welchem Umfang sie Eigenkapital bzw. freies Einkommen – auch nach Eintritt von Unwägbarkeiten (noch) – zur Verfügung hatten / haben. Eine Überzeugung davon, dass zur Tilgung wie von den Klägern vorgetragen auch Eigenkapital eingesetzt worden wäre, kann der Senat insoweit nicht zu gewinnen.

Die Kläger haben einen Schaden i.H.v. 1.679,10 Euro geltend gemacht (vgl. Anl. K67). Im Hinblick auf den Zeitraum der Tilgungsleistungen und die Tilgung ohne Sondertilgungen ist eine Neuberechnung vorzunehmen. Unter Verwendung desselben Online-Tilgungsrechners, wie ihn die Kläger für die Anl. K67 verwendet haben, und unter Zugrundelegung eines Tilgungsbeginns im Mai 2013 ohne Sondertilgungen ergibt sich damit bis einschließlich April 2018 ein Zinsbetrag von 4.363,39 Euro, der tatsächliche angefallene Zinsbetrag ohne Tilgung bis dahin beläuft sich auf 4.665 Euro (= 60 Monate à 77,75 Euro). Damit ergibt sich ein Schaden bzgl. der Schuldzinsen von 301,61 Euro.

Dieser Schadensbetrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.10.2017 (Zustellung der Klageerweiterung Bl. 428) zu verzinsen.

e) Urteilsausspruch Ziff. 6 (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018)

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil den Klägern aufgrund der verzögerten und bis heute nicht hergestellten Bezugsfertigkeit des streitgegenständlichen Hauses einen Nutzungsausfallersatz für die entgangenen Gebrauchsvorteile des Hauses für die Zeit von Februar 2013 bis Mai 2018 in Höhe von 38.976 Euro (= 64 Monate à 609 Euro) nebst Zinsen zugesprochen. Die Kläger verfolgen mit ihrer Berufung ihren weitergehenden erstinstanzlichen auf Zahlung von insgesamt 57.856 Euro (= 64

Monate à 904 Euro) gerichteten Antrag weiter, machen also noch eine Differenz von 18.880 Euro geltend.

Grundsätzlich kann einem Auftraggeber wegen der mangelbedingt verzögerten Errichtung eines selbst zu nutzenden Einfamilienhauses der Ersatz eines Nutzungsausfallschadens nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B zustehen (vgl. BGH GSZ, Beschluss vom 09.07.1986 - **GSZ 1/86**; BGH, Urteil vom 20.02.2014 - **VII ZR 172/13**), wie das Landgericht unter Heranziehung der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zutreffend ausgeführt hat (LGU, Rn. 77 ff.); auf diese Ausführungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. Im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs wegen Bauverzögerung gem. § 5 Abs. 7 i.V.m. § 6 Abs. 6 VOB/B ist das ebenso der Fall; der dort enthaltene Ausschluss von entgangenem Gewinn greift nicht, weil die entgangene Eigennutzungsmöglichkeit keinen entgangenen Gewinn, sondern Kompensation für die entgangenen Gebrauchsvorteile darstellt (vgl. BGH GSZ, Beschluss vom 09.07.1986 - **GSZ 1/86**; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn. 1852 f.).

Nach der zitierten Rechtsprechung kommt es darauf an, ob der Geschädigte durch die Vorenthaltung der Gebrauchsmöglichkeit in seiner zentralen Lebensführung fühlbar beeinträchtigt ist. Das ist nicht der Fall, wenn er eine in etwa gleichwertige Wohnung zur Verfügung hat, nicht dagegen bei deutlich minderwertigerem Wohnraum, z.B. einer deutlich kleineren Wohnung; lediglich wenn eine besonders luxuriöse Wohnung entzogen oder vorenthalten wird, die nach der Verkehrsauffassung nicht mehr allein dazu dient, die jeweiligen, individuellen Wohnbedürfnisse zu befriedigen, sondern Ausdruck einer Liebhaberei oder eines besonderen Luxus ist, kann nach der Rechtsprechung eine andere Betrachtungsweise gerechtfertigt sein (BGH, Urteil vom 20.02.2014 - **VII ZR 172/13**).

Die grundlegenden Voraussetzungen für einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls hat das Landgericht fehlerfrei bejaht. Bei dem neu zu errichtenden Haus handelt es sich nicht um eine Luxusimmobilie im Sinne der Rechtsprechung. Auch stellt das Einfamilienhaus im Vergleich zur derzeitigen Mietwohnung deutlich höherwertigen Wohnraum dar, was sich aus einem Vergleich der Wohnflächen sowie der sonstigen Ausstattung ergibt (vgl. Bl. 28 ff.). Die Berücksichtigungsfähigkeit des dort als Wohnraum einkalkulierten Hobbyraums im Rahmen der Wohnflächenberechnung ist zwischen den Parteien allerdings streitig. Laut Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen K. vom 22.12.2016 beträgt die Wohnfläche in dem Haus ca. 140 m², die Wohnfläche der Mietwohnung beträgt 90 m² (Bl. 28). Daran ändert auch nichts, dass sich die Mietwohnung in der R. xx, laut der Beklagten 1) in der Top-Lage von L. , befindet (vgl. Bl. 696; Anl. B1/6 - B1/8); das größere und deutlich besser ausgestattete Einfamilienhaus befindet sich nach dem Gutachten des Sachverständigen K. ebenfalls in guter Lage, S. 6 (Bl. 302).

Die vom Landgericht vorgenommene Berechnung des Nutzungswertes des Hauses ist im Ansatz nicht zu beanstanden: Im Rahmen einer Schätzung gem. § 287 ZPO kann von einem üblichen Mietzins für das vorenthaltene Haus ausgegangen werden, von dem ein Vermietergewinn und die bei der privaten Nutzung nicht anfallenden Kosten abzuziehen sind (Thüringer OLG, Urteil vom 29.05.2013 - **7 U 660/12**; Palandt-Grüneberg, 78. Auflage 2019, § 249, Rn. 52). Letztere schätzt das Landgericht auf 30 % der üblichen Miete, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist (vgl. Thüringer OLG, a.a.O.).

Hinsichtlich der üblichen Miete für das Haus legt das Landgericht den vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelten Betrag von 1.650 Euro pro Monat zugrunde (vgl. schriftliches Gutachten vom 22.12.2016, S. 8, Bl. 302). Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe verfangen nicht. So wurde entgegen der Behauptung der Beklagten das Beweisergebnis vom Landgericht nach der ergänzenden mündlichen Vernehmung des Sachverständigen im Termin vom 19.05.2017 mit den Parteien erörtert (Protokoll, S. 5 unten; Bl. 385). Soweit die Kläger behaupten, die ortsübliche Nettokaltmiete des zu errichtenden Hauses sei vom Sachverständigen deshalb zu niedrig bestimmt worden, weil die Vorgabe eines mittleren Wohnstandards durch das Gericht falsch gewesen sei (Bl. 623 f.), so trifft das nicht zu. Wie sich aus der Stellungnahme des Sachverständigen vom 21.02.2017 (Bl. 322)

und den Angaben bei seiner mündlichen Vernehmung am 19.05.2017 (Bl. 382 ff.) ergibt, hat der Sachverständige keine mietwirksamen Abschläge / Rückstufungen des Gebäudes oder einzelner Bestandteile vorgenommen im Hinblick auf die gerichtliche Vorgabe, dass von einem mittleren Wohnstandard auszugehen sei. Der Sachverständige hat vielmehr für die Mietwertermittlung eine sehr gute Ausstattung zugrunde gelegt, die freilich in Relation zu vergleichbaren neu errichteten Einfamilienhäusern als üblicher Standard anzusehen ist. Die Ermittlung der üblichen Miete für die eigentliche Wohnung durch den Sachverständigen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ein Zuschlag für den Erstbezug von 10 % ist nicht vorzunehmen; der Sachverständige hat diesen bei dem nach Mietspiegel ermittelten Mietwert berücksichtigt (vgl. schriftliches Gutachten vom 22.12.2016, S.7, Bl. 302).

Der in der ortsüblichen Miete mit 30 Euro berücksichtigte Carport ist abzuziehen, da eine tatsächliche Nutzungsmöglichkeit des Carports gegeben war. Die Kläger haben zeitweise (jedenfalls für drei Monate im Sommer 2016) ihr Wohnmobil dort abgestellt (Bl. 481 f.). Soweit die Kläger den Carport nicht selber nutzen wollten, hätte gegebenenfalls auch eine separate Vermietung an Dritte erfolgen können. Die kurzfristige Nichtnutzbarkeit wegen des Ortstermins im selbständigen Beweisverfahren ist nicht relevant (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 23.11.2011 - **4 U 91/10, BeckRS 2011, 27537**).

Ob der Nutzungsausfall für eine Garage überhaupt ersatzfähig ist, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt (vgl. BGH, Urteil vom 05.03.1993 - **V ZR 87/91, NJW 1993, 1793** einerseits und BGH, Urteil vom 10.10.1985 - **VII ZR 292/84, NJW 1986, 427** andererseits). Es sprechen allerdings vorliegend die besseren Gründe dafür, auch insofern einen Nutzungsausfall zu gewähren, da angesichts der begrenzten Parkmöglichkeiten in dem Gebiet (vgl. Bl. 327 ff. mit Fotos) ihre ständige Verfügbarkeit jedenfalls in Verbindung mit dem dort befindlichen Haus für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist. Die Garage ist daher zu berücksichtigen, gemäß den Angaben des Sachverständigen K. bei seiner Vernehmung im Termin vom 19.05.2017 (Bl. 385) sind 60 Euro pro Monat (anstatt bisher 45 Euro) zu veranschlagen.

Es ergibt sich damit folgende Rechnung (vgl. schriftliches Gutachten des Sachverständigen K. vom 22.12.2016, S. 7, Bl. 302): 1.650 Euro - 30 Euro (Carport) + 15 Euro (Garage) = 1.635 Euro. Hiervon 70 % ergibt 1.144,50 Euro. Davon sind nach übereinstimmender und zutreffender Ansicht der Parteien die separat eingeklagten Aufwendungen für die Mietwohnung in Höhe von 440 Euro pro Monat in Abzug zu bringen, um eine Überkompensation der Kläger zu vermeiden (vgl. Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn. 1852). Damit resultieren 704,50 Euro pro Monat.

Dass das Landgericht statt der tatsächlich gezahlten Miete auch insoweit eine höhere (selbst ermittelte) ortsübliche Vergleichsmiete für die bisherige Mietwohnung in Abzug gebracht hat, ist nicht richtig. Der Abzug der tatsächlich weitergezahlten anderweitigen Miete dient nämlich nicht der Berechnung des zu entschädigenden Gebrauchsvorteils, sondern im Wege der Vorteilsausgleichung nur der Vermeidung einer Überkompensation, so dass für fiktive Ansätze, die über die tatsächliche gezahlte Miete hinausgehen, kein Raum ist.

Soweit die Beklagten einwenden, dass die Kläger sich im Zuge der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd die Grundsteuer für das neue Grundstück anrechnen lassen müssten, fehlt es trotz der Offenlegung der entsprechenden Daten seitens der Kläger (vgl. dazu Bl. 365), an substantiiertem Vortrag der darlegungs- und beweiselasteten (Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Vorb v § 249, Rn. 75 m.w.N.) Kläger. Die Grundsteuer für unbebaute Grundstücke ist niedriger als für bebaute Grundstücke. Hier liegt ein noch unbebautes Grundstück vor. Die Kläger haben vorgetragen, in welcher Höhe sie Grundsteuer zahlen. Die Beklagten hätten daher vortragen müssen, wie hoch die Differenz zur Grundsteuer für ein bebautes Grundstück ist. Zumindest hätten sie vortragen müssen, wie hoch der Steuersatz für ein bebautes Grundstück in dieser Lage ist.

Ähnliches gilt für den von Beklagtenseite geforderten Abzug neu für alt (Bl. 316 und 366). Zwar ist es richtig, dass über die Zeit der Wert des Gebäudes nachlässt. Dies schlägt jedoch nicht automatisch und linear auf den Gebrauchswert der darin befindlichen Wohnungen durch. Einen zwingenden Schluss vom Baujahr eines Gebäudes auf seinen monetären Wohnwert gibt es nicht, erst recht nicht in den ersten zehn Jahren nach Errichtung, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat (Rn. 85).

Im Ergebnis haben damit die Kläger als Gesamtgläubiger gegen die Beklagte 1) einen Schadensersatzanspruch für eine Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 44.735,75 Euro (= 704,50 Euro * 63,5), nachdem für die erste Junihälfte 2013 kein Verzögerungsschadensersatzanspruch besteht (s.o. 1. d) aa)). Der Betrag ist gem. § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen und zwar aus einem Betrag von 18.270 Euro seit 23.09.2015 und aus einem Betrag von 26.465,75 seit dem 13.09.2018 (Bl. 494).

f) Urteilsausspruch Ziff. 7 (Verzugszinsen für Prozesskostenvorschüsse der Kläger im selbständigen Beweisverfahren)

Das Landgericht hat den Klägern Verzugszinsen auf die im Rahmen des Schadensersatzanspruches aus § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B grundsätzlich zustehende Erstattung der im selbständigen Beweisverfahren verauslagten Sachverständigenvorschüsse für den Zeitraum bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht zugesprochen. Dies ist zutreffend.

Unstreitig haben die Kläger im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens Kostenvorschüsse für die Tätigkeit des Sachverständigen in Höhe von 12.000 Euro geleistet. Ferner haben sie den Privatsachverständigen R. eingeschaltet, um im selbständigen Beweisverfahren ein Privatgutachten vorlegen zu können, in dessen Folge der gerichtliche Sachverständige seine zunächst falsche Aussage, es handle sich bei dem Dämmstoff um XPS, korrigiert hat. An den Sachverständigen R. haben die Kläger 2.790,19 Euro gezahlt (vgl. Bl. 89 f. und Bl. 710 f.). Mit Schriftsatz vom 04.12.2015, S. 6 (Bl. 90), haben die Kläger die Beklagten zur Erstattung dieser Beträge unter Fristsetzung bis zum 04.12.2015 aufgefordert.

Der Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 bzw. S. 2 VOB/B umfasst nach ganz herrschender Ansicht auch die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens zur Schadens- / Mangelfeststellung, jedenfalls dann, wenn dieses nicht zu einem Hauptverfahren führt und daher keine Kostengrundentscheidung ergeht (vgl. BeckOK VOB/B/Koenen, 34. Ed. 31.10.2019, VOB/B § 13 Abs. 7, Rn. 77). Auch neben einem prozessualen Kostenerstattungsanspruch besteht im Rahmen eines gegebenen Schadensersatzanspruches hinsichtlich der notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung allerdings grundsätzlich auch ein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch, dessen klagweiser Geltendmachung allerdings das Rechtsschutzbedürfnis fehlen kann, wenn mit dem Kostenfestsetzungsverfahren ein effektiverer Weg zur Durchsetzung besteht (vgl. insgesamt Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 249, Rn. 56; BeckOK VOB/B/Koenen, 34. Ed. 31.01.2019, VOB/B § 13 Abs. 7, Rn. 81).

Im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens kann eine Verzinsungspflicht gem. § 104 Abs. 1 ZPO erst ab dem Eingang des Kostenfestsetzungsantrags ausgesprochen werden. Für die Zeit bis dahin kommt eine Verzinsung nur über den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch unter Verzugsgesichtspunkten in Betracht (vgl. BGH, Urt. v. 18.02.2015 - XII ZR 199/13, NJW-RR 2015, 690 - dort inhaltlich nicht entschieden; allgemein OLG München, Urteil vom 30.11.2016 - 7 U 2038/16; Saenger/Uphoff, MDR 2014, 192).

Im vorliegenden Fall ist ab dem 05.12.2012 Verzug der Beklagten mit der Erstattung eingetreten, so dass der geforderte Betrag von insgesamt 14.790,19 Euro seitdem gem. § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist. Die Kläger hatten eine

Leistungsklage auf teilweise zukünftige Leistung bis zum Eingang ihres Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht erhoben. Dieses Datum steht nach der erstinstanzlichen Entscheidung nunmehr fest: Es ist der 13.10.2018.

g) Urteilsausspruch Ziff. 8 (Feststellung der Schadensersatzpflicht allgemein)

Das Landgericht hat festgestellt, dass die Kläger gegen die Beklagten Anspruch auf Ersatz weiterer Schäden haben, die sich aus dem zur Mangelbeseitigung notwendigen Rückbau und der Neuerrichtung des Hauses ergeben. Gemeint sind damit nur die für die Mangelbeseitigung selbst anfallenden Kosten, da im Urteilsausspruch entsprechend dem Antrag auf die den Urteilsausspruch Ziff. 1 bis 3 übersteigenden Kosten abgestellt wird. Solche Schäden sind etwa denkbar für die Kosten zur Verlängerung bzw. Neuerteilung einer Baugenehmigung (Mangelschäden). Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 und S. 2 a) bzw. b) VOB/B liegen vor, weshalb die Feststellung durch das Landgericht zu Recht erfolgte.

h) Urteilsausspruch Ziff. 9 (Feststellung bzgl. Miete für aktuelle Wohnung und Nutzungsausfallentschädigung)

Das Landgericht hat weiter festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, den Klägern ab Mai 2018 die von diesen für die bisherige Wohnung bezahlte Miete in Höhe von 440 Euro pro Monat zu ersetzen (Urteilsausspruch LG Ziff. 9) ebenso wie eine monatliche Nutzungsausfallentschädigung (Urteilsausspruch LG Ziff. 10).

Dem diesbezüglichen Feststellungsantrag der Kläger fehlt wegen des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage nicht das erforderliche Interesse an einer Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO). Eine Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen ist gem. § 258 ZPO nur zulässig, wenn die Entrichtung allein vom Zeitablauf und nicht von weiteren Voraussetzungen abhängt. Letzteres ist hier jedoch mit dem Erfordernis des Fortbestehens des Mietvertrages der Fall.

Wie ausgeführt haben die Kläger hinsichtlich der Miete für die bisherige Wohnung einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 440 Euro pro Monat und hinsichtlich der entgangenen Nutzung des zu errichtenden Hauses einen Anspruch auf 704,50 Euro pro Monat. Eine entsprechende Feststellung für die Zukunft war auf den Antrag der Kläger auszusprechen, wobei jedoch der Urteilsausspruch des Landgerichts insoweit zu weit geht, als dort der Monat Mai 2018 einbezogen ist, der bereits beim Zahlungsantrag berücksichtigt wurde. Bedenken bestehen auch bzgl. der Formulierung im Hinblick auf die Reichweite der Feststellung, weil möglicherweise auch nicht mehr adäquat kausale Folgen der Mangelhaftigkeit abgedeckt wären, soweit kein *"Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht"* vorliegt.

Den Feststellungsanträgen der Kläger war daher unter Abweisung der Klage im Übrigen in der in diesem Urteil ausgesprochenen Form (Urteilsausspruch Ziff. 9) stattzugeben. Die Umformulierung stellt dabei keinen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO dar, sondern lediglich eine Teil-Stattgabe unter Klageabweisung im Übrigen.

2. Ansprüche gegen die Beklagten 2) bis 4)

Das Landgericht hat die Beklagten 2) bis 4) im gleichen Umfang verurteilt wie die Beklagte 1).

Bei der Beklagten 2) handelt es sich um eine Architektengesellschaft in Form einer (teilrechtsfähigen Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die Beklagten 3) und 4) sind. Im selbständigen Beweisverfahren (22 OH 12/13) hatten die Parteien übereinstimmend einer Rubrumsberichtigung dahingehend zugestimmt, dass bei der dortigen Antragsgegnerin 2), der hiesigen Beklagten 2), der Zusatz *"GbR"* hinzugefügt wird, was dann vom Gericht so beschlossen

wurde (Beschluss vom 04.12.2015, sBV Bl. 273).

Als Gesellschafter der Beklagten 2) haften die Beklagten 3) und 4) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nebeneinander und neben der Gesellschaft "wie Gesamtschuldner" akzessorisch (BGH, Urteil vom 29.01.2001 – **II ZR 331/00**, **BGHZ 146, 341**; Urteil vom 08.02.2011 – **II ZR 263/09**, **NJW 2011, 2040**; vgl. im Einzelnen Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § **705** BGB, Rn. 11 ff.).

Die Haftung der Beklagten 2) hat das Landgericht zu Recht auf mangelhafte Bauüberwachung gestützt.

Im Einzelnen:

a) Urteilsausspruch Ziff. 1 und 2 (Vorfinanzierung für die Kosten der Mängelbeseitigung in Selbstvornahme)

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht den Klägern als Gesamtgläubiger einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten 2) bis 4) wegen eines Bauüberwachungsmangels zugesprochen. Auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (LGU, Rn. 111 ff.) wird Bezug genommen.

Demnach steht den Klägern gemäß der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 22.02.2018 - **VII ZR 46/17**, **NJW 2018, 1463**, Rn. 67 f.) nach §§ **634** Nr. 4, **280** Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags für die Mängelbeseitigung eines Überwachungsfehlers zu, der sich im Bauwerk in Form der falschen unter der Kellerbodenplatte eingebauten Dämmung verwirklicht hat.

Die Beklagte 2) war vorliegend durch den Architektenvertrag (Anl. K2) von den Klägern mit den Leistungsphasen 1 – 8 der HOAI beauftragt worden und demnach auch zur Bauüberwachung verpflichtet. Im Rahmen der Objektüberwachung hat der Architekt durch eine Kontrolle der Bauarbeiten zu gewährleisten, dass diese entsprechend der Baugenehmigung, den planerischen Vorgaben und dem Inhalt der Leistungsbeschreibungen sowie nach den Weisungen des Auftraggebers ausgeführt werden (BGH, Urteil vom 10.03.1977 – **VII ZR 278/75**, **BGHZ 68, 169**; Urteil vom 22.10.1981 – **VII ZR 310/79**, **BGHZ 82, 100**; Urteil vom 22.10.1998 – **VII ZR 91/97**, **NJW 1999, 427**). Der Architekt hat - zumindest stichprobenartig - die gelieferten bzw. verwendeten Materialien und die Arbeiten der einzelnen Bauunternehmer zu überprüfen (BGH, Urteil vom 10.11.1977 – **VII ZR 321/75**, **BGHZ 70, 12**). Der Umfang dieser Kontrolle richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Als Richtschnur kann gelten, dass der Architekt keine "*handwerklichen Selbstverständlichkeiten*" überwachen muss (BGH, Urteil vom 11.03.1971 – **VII ZR 132/69**, **NJW 1971, 1130**; **Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 12. Teil, Rn. 735**), ihn jedoch eine gesteigerte Überwachungspflicht für besonders wichtige Bauabschnitte mit typischen Gefahren, bei besonderen Anhaltspunkten für drohende Mängel und bei erkennbarer Unzuverlässigkeit der die Arbeiten ausführenden Handwerker trifft (BGH, Urteil vom 10.03.1977 – **VII ZR 278/75**, **BGHZ 68, 169**; Urteil vom 10.02.1994 – **VII ZR 20/93**, **BGHZ 125, 111**; **Kniffka/Koebler, a.a.O., Rn. 734 f.**). Letzteres gilt insbesondere für Abdichtungs-, Dämmungs- und Isolierungsarbeiten, Ausführung eines Kellers als "*Weißer Wanne*" und alle Bereiche der Bauphysik (vgl. **Kniffka/Koebler, a.a.O., Rn. 736** mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen).

Die Beklagte 2) war daher vorliegend verpflichtet, die Verlegung der richtigen - tragfähigen - XPS-Dämmung unter der Kellerbodenplatte vor Ort zu überprüfen. Dies musste sie rechtzeitig vor oder bei Einbau der Bodenplatte tun, um eine gegebenenfalls notwendige Nachbesserung ohne zu großen Aufwand zu ermöglichen. Nachdem die Dämmung unter der Bodenplatte angesichts der

Wasserbelastung und der Belastung aus der Statik besondere Eigenschaften aufweisen musste, musste in diesem Zusammenhang auch die Qualität der Dämmung überprüft werden. Hierfür hätte die Beklagte 2) gegebenenfalls einen Termin mit der Beklagten 1) vereinbaren müssen, der ihr eine solche Überprüfung auf der Baustelle ermöglichte. Wie lange nach Ausführung der Dämmung das verwendete Dämmmaterial zeitlich noch sichtbar war, ist deshalb letztlich nicht entscheidend. Auch insoweit überzeugen jedoch die Ausführungen im angefochtenen Urteil, dass, wenn es den Beklagten als Laien möglich war, das verlegte Dämmmaterial nach dem Einbau - vor und nach dem Betonieren - fotografisch identifizierbar zu dokumentieren (Bl. 698 ff.), der Beklagten 2) eine Überprüfung vor Ort ebenfalls möglich gewesen wäre. Dass statt der vertraglich vereinbarten XPS- eine EPS-Dämmung verlegt war, war nach den überzeugenden Angaben des Sachverständigen S. anhand der grobporigen Struktur von EPS im Vergleich zur geschlossenenporigen Struktur von XPS ohne weiteres erkennbar. Auf den vorgelegten Lichtbildern (z.B. Bl. 702) ist das selbst für einen Laien, der den Unterschied kennt, ohne Weiteres festzustellen. Hinzu kommt, dass die auf der Baustelle vorhandenen Verpackungen der Dämmplatten den großen und leicht erkennbaren Aufdruck "EPS" trugen (Bl. 118 f.).

Dass der gerichtliche Sachverständige S. die reine Verlegung der Dämmplatten als "*handwerkliche Selbstverständlichkeit*" eingestuft und angegeben hat, dass das Anschauen der verbauten Materialien durch den Bauleiter heute nicht mehr üblich und keine allgemein anerkannte Regel der Technik sei (Protokoll v. 21.04.2016, S. 7, Bl. 202), ist für die rechtliche Beurteilung der Reichweite der Überwachungspflichten eines Architekten im konkreten Einzelfall nicht maßgeblich. Im Rahmen der Bauüberwachung hat ein Architekt, hier also die Beklagte 2), eine Kontrolle der Bauarbeiten zu gewährleisten, so dass diese entsprechend der Baugenehmigung, den planerischen Vorgaben und dem Inhalt der Leistungsbeschreibungen, den allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie nach den Weisungen des Auftraggebers ausgeführt werden. Die vertraglich versprochene Bauüberwachung bezieht sich auf das ganze Bauvorhaben und nicht nur auf besonders gefahrenträchtige Bauabschnitte, insoweit ist die Überwachungspflicht lediglich intensiver. Der Architekt hat zumindest stichprobenartig die gelieferten bzw. verwendeten Materialien und die Arbeiten der einzelnen Bauunternehmer zu überprüfen. Der Umfang dieser Kontrolle richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Handwerkliche Selbstverständlichkeiten muss der Architekt nicht intensiv überwachen. Für besonders wichtige Bauabschnitte mit typischen Gefahren gilt eine gesteigerte Überwachungspflicht. Hier hat der Sachverständige S. selbst darauf hingewiesen, dass es auch bei handwerklichen Selbstverständlichkeiten in kritischen Bereichen wie z.B. der Bewehrung nicht ohne Überwachung gehe (ebenda). Bei der Verwendung des richtigen Dämmmaterials unter der tragenden Bodenplatte ging es vorliegend letztlich um die Standsicherheit des Gebäudes!

Für die Mangelbeseitigung haften die Beklagten 2) bis 4) neben der Beklagten 1) gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH BauR 2006, 337, 339; **BauR 2001, 630**; **BauR 1995, 231, 232**; **NJW 1965, 1175**; **BGHZ 43, 227, 230 f.**) besteht ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem bauüberwachenden Architekten und dem ausführenden Unternehmer, wenn letzterer einen Ausführungsmangel verursacht hat, hinsichtlich dessen den Architekten ein Überwachungsfehler trifft (**Kniffka/Koebler, a.a.O., Rn. 1003 f. m.w.N.**). Daran hat sich auch durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.02.2018 (**VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463**) nichts geändert, denn dort verweist der Bundesgerichtshof in Rn. 67 auf die hergebrachte Rechtsprechung zur Gesamtschuldnerschaft, wenn er davon spricht, dass Architekt und Bauunternehmer gegenüber dem Besteller gemeinsam für die Mängel des Bauwerks und den hierdurch entstandenen Schaden einzustehen haben, ohne ausdrücklich Gesamtschuldnerschaft zu erwähnen (kritisch Reichert, BauR 2019, 1 ff.).

Da es sich letztlich um einen Vorschussanspruch zur Vorfinanzierung des durch die Mangelbeseitigung entstehenden Schadens handelt, kann ebenso wie beim Vorschussanspruch gegen den Unternehmer gemäß § 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B vom Architekten die voraussichtlich anfallende Mehrwertsteuer verlangt werden.

b) Urteilsausspruch Ziff. 3 (Schadensersatz für die im Zuge der Selbstvornahme zwangsläufig mit abzubrechenden Nebengewerke)

Ebenso wie hinsichtlich der Beklagten 1) steht den Klägern gegen die Beklagten 2) bis 4) ein Anspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB wiederum nur als Vorschuss zur Vorfinanzierung des Schadens zu.

c) Urteilsausspruch Ziff. 4 (Schadensersatzanspruch bzgl. Privatgutachter- und Rechtsverfolgungskosten)

Bei den Privatgutachter- und Rechtsverfolgungskosten handelt es sich - in dem für die Beklagte 1) dargelegten Umfang - um einen Mangelfolgeschaden, welchen die Beklagten 2) bis 4) zu ersetzen haben, nachdem die Kläger die Einschaltung des Privatgutachters B. und eines Rechtsanwaltes angesichts der Komplexität und rechtlichen Schwierigkeit auch gegenüber den Beklagten 2) bis 4) für erforderlich halten durften.

d) Urteilsausspruch Ziff. 5 (Verzögerungsschaden: Miete, Zinsschaden, Strafzins bis einschließlich Mai 2018)

Hinsichtlich der Schäden wegen Bauverzögerung besteht kein vollständiger Gleichlauf der Ansprüche gegen die Beklagte 1) einerseits und gegen die Beklagten 2) bis 4) andererseits.

Ein Anspruch gegen die Beklagten 2) bis 4) wegen der mangelunabhängigen viermonatigen Bauverzögerung ist nicht gegeben. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, inwiefern die Beklagte 2) für die Überschreitung des Fertigstellungstermins durch die Beklagte 1) (mit-) verantwortlich sein könnte. Eine mangelbedingte Verzögerung, die kausal auf den Überwachungsmangel der Beklagten 2) zurückzuführen ist, liegt dagegen ab dem 12.06.2013 nach der Feststellung des entscheidenden Baumangels vor.

Der Zurechnungszusammenhang des hier geltend gemachten Schadens aufgrund mangelhafter Bauüberwachung der Beklagten 2) wird nicht dadurch unterbrochen, dass die Beklagte 1) innerhalb der gesetzten Frist sich geweigert hat, die einzig mögliche Art der Mangelbeseitigung in Form des Rückbaus und der Neuerrichtung durchzuführen. Die Verweigerung der Nacherfüllung durch den Bauunternehmer ist nicht so ungewöhnlich, dass diese Weigerung den Zurechnungszusammenhang zwischen Verzögerung der Mangelbeseitigung und der Pflichtverletzung der Beklagten 2) unterbrechen würde. Nach der gebräuchlichen Formel der Adäquanztheorie, wonach das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein muss, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen (BGH NJW 2018, 541; NJW 2018, 944), kann der Zurechnungszusammenhang nicht verneint werden: Wenn das falsche Dämmmaterial direkt beim Einbau oder kurz danach von der Beklagten 2) erkannt worden wäre, dann hätte eine Mangelbeseitigung sehr viel kostengünstiger erfolgen können und die Beklagte 1) hätte sich dann auch eher dazu bereitgefunden. Dass ein Unternehmer versucht, eine Mangelbeseitigung in Form eines vollständigen Rückbaus samt Neuerrichtung des Gebäudes aufgrund der hohen Kosten, wenn irgend möglich, zu vermeiden und dem daher (ohne gerichtlichen Zwang) nicht nachkommt, ist demgegenüber nicht fernliegend.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm erscheint es gerechtfertigt, die Beklagte 2) für die volle ab Juni 2013 eingetretene Verzögerung haften zu lassen, nachdem die Bauüberwachung durch einen Architekten gerade deshalb beauftragt wird, um eine reibungslose und ordnungsgemäße Erstellung innerhalb der vorgesehenen zeitlichen Planung zu erreichen.

Im Ergebnis steht den Klägern gegen die Beklagten 2) bis 4) daher ein Anspruch auf Ersatz der

verzögerungsbedingten Mangelfolgeschäden für die Zeit ab Juni 2013 zu.

e) Urteilsausspruch Ziff. 6 (Nutzungsausfallentschädigung bis einschließlich Mai 2018)

Gleiches gilt für den Nutzungsausfallschaden. Die Beklagten 2) bis 4) haften hier für den Zeitraum ab Juni 2013.

f) Urteilsausspruch Ziff. 7 (Verzugszinsen für Kostenvorschüsse der Kläger im selbständigen Beweisverfahren)

Wie bei den sonstigen Rechtsverfolgungskosten (vgl. Urteilsausspruch Ziff. 4) besteht auch bzgl. der Verzugszinsen für die Erstattung der von den Klägern geleisteten Kostenvorschüsse aus dem selbständigen Beweisverfahren ein Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagten 2) bis 4) im gleichen Umfang wie gegen die Beklagte 1) (s.o. 1. f)).

g) Urteilsausspruch Ziff. 8 und 9 (Feststellung der Schadensersatzpflicht)

Im gleichen Umfang wie für die Beklagte 1) ist auch für die Beklagten 2) bis 4) die Verpflichtung zum Ersatz aller bei Durchführung der Mangelbeseitigung adäquat kausal entstehenden weiteren Schäden ab Juni 2018 auszusprechen.

h) Verjährung

Die Ansprüche gegen die Beklagten 2) bis 4) sind nicht verjährt.

Im Schriftsatz vom 30.10.2017, Seite 4 (Bl. 441), haben die Beklagten 2) bis 4) die Einrede der Verjährung erhoben. Damit hat sich das Landgericht im angefochtenen Urteil nicht auseinandergesetzt.

Die Beklagten 2) bis 4) tragen vor, die Kläger hätten ihre Klageanträge nach Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2016 erhöht und geändert, nämlich durch die im Schriftsatz vom 11.10.2017 angekündigten und im Termin am 23.03.2018 gestellten und im Schriftsatz vom 18.05.2018 angekündigten und im Termin am 13.09.2018 gestellten neuen Anträge (Bl. 587).

In § 6.2 des Architektenvertrags haben die Parteien vereinbart, dass vertragliche Ansprüche des Auftraggebers nach Ablauf von 5 Jahren verjähren, sofern gesetzlich keine anderen Verjährungsfristen vorgesehen sind. Fraglich ist, ob damit auch die gesetzliche Verjährungsfrist nach dem §§ **195, 199** BGB maßgeblich sein soll.

Grundsätzlich verjähren die Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nach den §§ **195, 199** BGB in 3 Jahren ab Kenntnis. Es ist offen, ob dies in gleicher Weise für die Ansprüche gegen einen Architekten gilt, der nach Abnahme für Mängel 5 Jahre nach § **634a** Abs. 1 Nr. 2 BGB zu haften hat. Der Senat hat in der Vergangenheit angenommen, dass vor Abnahme gemäß § **634a** BGB analog eine Hemmung der Verjährungsfrist für 5 Jahre eintritt, um dem Willen des Gesetzgebers, dass angesichts der Gefahr später Erkennbarkeit von Mängeln bei Bauwerken eine lange Verjährungsfrist notwendig ist, gerecht zu werden (Senat, Urteil vom 30.3.2010, Az. **10 U 87/09**). Dies kann letztlich dahingestellt bleiben, weil selbst die kurze Verjährung von 3 Jahren hier nicht eingetreten wäre.

Der streitgegenständliche Mangel ist den Klägern im Juni 2013 bekannt geworden und deshalb am 12.06.2013 gegenüber der Beklagten 1) gerügt worden. Damit begann gemäß § **199** Abs. 1 BGB die Verjährung der Ansprüche gegen die Beklagte 2) aus diesem Mangel nach dem 31.12.2013. Damit endete die Verjährungsfrist mit Ablauf des 31.12.2016.

Bereits am 08.07.2013 ging der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens gegen die Beklagte 2) beim Landgericht Stuttgart ein. Dort wurde als Mangel Nr. 40 gerügt, dass sich unter der statisch tragenden Bodenplatte keine XPS-Dämmung befindet. Damit wurde gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB die Verjährung der sich aus diesem Mangel ergebenden Ansprüche gehemmt. Das selbständige Beweisverfahren endete mit Anhörung des Sachverständigen und Festsetzung des Streitwerts am 04.12.2015. Gemäß § 204 Abs. 2 BGB endete damit die Hemmung 6 Monate später, also am 04.06.2016.

Nachdem die Verjährungsfrist vor Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens noch nicht zu laufen begonnen hatte, begann sie damit am 05.06.2016 zu laufen und dauert folglich bis 05.06.2019. Damit sind sämtliche mit der Klage geltend gemachten Ansprüche einschließlich der Klageerweiterungen in unverjährter Zeit erhoben worden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 S. 1, § 100 Abs. 1 u. 3, § 101 Abs. 1 ZPO. Die Kostenquote richtet sich nach dem gegenseitigen Obsiegen und Unterliegen, wobei zwischen den Beklagten 1) einerseits und 2) bis 4) andererseits nicht unterschieden wird, nachdem die Verurteilung insoweit lediglich um einen Betrag von 6.121,60 Euro differiert, der verhältnismäßig geringfügig ist (jeweils nur ca. 2 % des Streitwerts der Berufung der Beklagten sowie des Berufungsverfahrens insgesamt) und im Wege der Rundung letztlich außer Betracht bleibt.

Folgende Streitwerte wurden angesetzt:

- 1. Instanz: 352.428,13 Euro

Klageanträge erster Instanz:

Ziff. 1	91.276,80 Euro
Ziff. 2	17.342,61 Euro
Ziff. 3	- Euro
Ziff. 4	39.635,20 Euro
Ziff. 5	20.000,00 Euro
Ziff. 6	5.000,00 Euro
Ziff. 7	7.436,31 Euro (= 10.142,97 Euro - 2.706,66 Euro)
Ziff. 8	50.648,53 Euro
Ziff. 9	64.000,00 Euro
Ziff. 10	41.472,00 Euro (=1.440 Euro * 12 * 3 * 0,8)
Ziff. 11	- Euro
Ziff. 12	1.742,59 Euro
Klagerücknahme	13.874,09 Euro (= 17.342,16 Euro * 0,8; Bl. 467 R)

352.428,13 Euro

- 2. Instanz: 312.323,47 Euro (= Berufung der Kläger 53.950,26 Euro + Berufung der Beklagten 258.373,21 Euro)

Berufungsanträge der Kläger:

Ziff. 4	4.313,55 Euro (= 9.020,21 Euro - 4.706,66 Euro)
Ziff. 5	21.166,38 Euro (= 50.648,53 - 29.482,15 Euro)
Ziff. 6	18.880,00 Euro (= (904 Euro - 609 Euro) * 12 * 3 * 0,8)
Ziff. 10	8.496,00 Euro (= 57.856 Euro - 38.976 Euro)
Ziff. 11	1.094,33 Euro
<hr/>	
	53.950,26 Euro

Eine Verurteilung erfolgt in folgendem Umfang:

Ziff. 1	91.276,80 Euro
Ziff. 2	17.342,61 Euro
Ziff. 3	39.635,20 Euro
Ziff. 4	6.133,56 Euro
Ziff. 5	48.833,24 Euro
Ziff. 6	44.795,75 Euro
Ziff. 7	1.742,59 Euro
Ziff. 8	5.000,00 Euro
Ziff. 9	12.672,00 Euro (= 440 Euro * 12 * 3 * 0,8)
Ziff. 9	20.289,60 Euro (= 704,50 Euro * 12 * 3 * 0,8)
<hr/>	
	287.721,35 Euro

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ **708** Nr. 10, **711** S. 1 u. 2 i.V.m. § **709** S. 2 ZPO.

Verkündet am 09.07.2019