

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

16 U 56/04
20 O 1875/01 Landgericht Hannover

Verkündet am
28. August 2007

...,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

H. G., ...,

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...,

gegen

1. Dipl.-Ing. A. K., ...,

2. W. A. Holzbau GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer ...,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1:
Rechtsanwälte ...,

Prozessbevollmächtigte zu 2:
Rechtsanwälte ...,

hat der 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter ... sowie die Richter ... und ... für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hannover - 20. Zivilkammer - vom 9. Februar 2004 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise geändert und wie folgt gefasst:

1. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an den Kläger 70.180,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 23. Mai 2001 zu zahlen.
2. Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger zu 14 %, die Beklagten als Gesamtschuldner zu 86 %. Die Kosten der Rechtsmittelverfahren tragen die Beklagten als Gesamtschuldner. Die außergerichtlichen Kosten der Teilvergleiche in erster und zweiter Instanz werden gegeneinander aufgehoben.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die jeweils vollstreckende Partei Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert erste Instanz: 82.234 €, zweite Instanz: 73.355 €,
im Verhältnis zum Beklagten zu 1 ab 29. Juni 2006: bis zu 25.000 €.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Kostenerstattung in Anspruch wegen eines Mangels an seinem im Herbst/Frühjahr 1998/1999 errichteten Haus. Die Beklagte zu 2 war mit Holzbau-, Gips- und Isolierungsarbeiten beauftragt, der Beklagte zu 1 mit Architekten- und Ingenieurleistungen.

Wegen im April 1999 festgestellten Befalls mit Schimmelpilz im Dachstuhl verlangte der Kläger erfolglos die Nachbesserung und Neuherstellung, während die Beklagten lediglich eine fachgerechte Entfernung des Schimmelpilzes für erforderlich hielten und nur diese auch anboten. Nach erneuter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung durch Freilegen des Dachstuhls und Einholung eines Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren ließ der Kläger schließlich im September 2000 den Dachstuhl entfernen und neu errichten. Die hierdurch entstandenen Kosten nebst Schadensersatz für Mietausfall und Gutachterkosten sind Gegenstand des Rechtsstreits.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts verwiesen, durch das die Klage - abgesehen von einem Teilvergleich über Gutachterkosten und der Entscheidung über einen Teil des Mietschadens (LGu Seite 18 unten) - abgewiesen worden ist. Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er weiterhin die Zahlung von 73.355,56 € begehrt. Der Senat hat die Berufung des Klägers mit Urteil vom 26. Oktober 2004 zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Revision hatte Erfolg. Insoweit wird auf die Entscheidung des BGH Bezug genommen (Bd. IV Bl. 126 ff.). Hinsichtlich des Beklagten zu 1 ist der Rechtsstreit vor dem BGH übereinstimmend für erledigt erklärt worden, nachdem in einem gesonderten Verfahren u.a. gegen den Beklagten zu 1 ein Vergleich mit einer Abgeltungsklausel abgeschlossen worden war (Bd. IV Bl. 55).

Nach Zurückverweisung haben die Parteien (Kläger und Beklagte zu 2) im Termin am 19. Juli 2007 zur Erledigung der Einwendungen der Beklagten zur Höhe der Mangelbeseitigungsaufwendungen nach Pos. II 1 a bis j der Klageschrift einen

Zwischenvergleich geschlossen, demzufolge der Kläger seine Forderungen um einen Betrag von 3.175 € kürzt.

Demzufolge beantragt der Kläger nunmehr noch,
die Beklagte zu 2 zu verurteilen, an ihn 70.180,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 10. Juni 2000 zu zahlen und auszusprechen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsstreit zu tragen haben.

Der Beklagte zu 1 beantragt,
dem Kläger die Kosten aufzuerlegen,

die Beklagte zu 2 beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat weiter Beweis erhoben durch Einholung von Gutachten des Sachverständigen Dr. K. Auf die Gutachten und seine ergänzende Anhörung im Termin wird verwiesen.

II.

Nach Zurückverweisung durch den BGH ist noch über die Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 sowie im Verhältnis zum Beklagten zu 1 über die Kostentragung zu entscheiden.

1. Haftung dem Grunde nach:

Nach den Ausführungen des BGH war der von der Beklagten zu 2 errichtete Dachstuhl mangelhaft, weil er unstreitig von Schimmelpilz befallen war. Das vertraglich geschuldete Werk war ein Dachstuhl ohne Pilzbefall. Dabei kommt es auf die Frage einer Gesundheitsgefährdung nicht an. Nur am Rande sei bemerkt, dass der Senat auch in dem (aufgehobenen) Urteil vom 26. Oktober 2004 insoweit von einem Mangel ausgegangen war. Kernpunkt des Streits der Parteien war und ist die Frage, auf welche Weise der Mangel zu beseitigen war.

Steht damit die Mangelhaftigkeit des Werks der Beklagten fest, ergibt sich der Anspruch des Klägers auf **Ersatz der erforderlichen Beseitigungskosten** aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 mit § 4 Nr. 7 VOB/B, die zwischen den Parteien vereinbart war. Der Kläger hatte die Beklagte zu 2 erfolglos zur Beseitigung aufgefordert und entsprechende Fristen gesetzt, so dass er die Mangelbeseitigung auf deren Kosten durch einen Drittunternehmer vornehmen lassen durfte.

Die Beklagte befand sich auch in Verzug mit der geschuldeten Nachbesserung, denn diese musste - wie der BGH hervorgehoben hat - im Ergebnis dazu führen, dass der **Befall mit Schimmelpilz vollständig und endgültig beseitigt** wird. Ein Angebot zur Mangelbeseitigung, das den geschuldeten Erfolg nicht herbeiführt, musste der Kläger grundsätzlich nicht akzeptieren.

a) Zu der Frage der geschuldeten Mangelbeseitigung hat der Senat ein weiteres Gutachten des Sachverständigen Dr. K. eingeholt. Er kommt nachvollziehbar und überzeugend zu dem Ergebnis, dass die Beseitigung des im Frühjahr 1999 aufgetretenen Schimmelbefalls am Dachstuhl nur durch den vollständigen Abriss und die Neuerrichtung zu bewerkstelligen war. Es hätte nicht ausgereicht, den Schimmelpilzbefall durch die von den Beklagten angebotenen Maßnahmen (mechanisches Behandeln der sichtbaren Hölzer, chemisches Behandeln der unzugänglichen Stellen) **vollständig und endgültig zu beseitigen**.

Dabei ist der Sachverständige von zutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen, soweit sie im Nachhinein noch zuverlässig feststellbar sind. Er befindet sich mit seiner Einschätzung im Übrigen in Übereinstimmung mit den vom Kläger beigebrachten Privatgutachten W.-J. (Bl. 377, 418, 444) und K. (Bl. 45, 174, 456) wie auch dem OH-Gutachter B. (Bl. 48), die ebenfalls übereinstimmend zur Beseitigung des Pilzbefalls eine komplette Neuerstellung des Dachstuhls für erforderlich gehalten haben. Auf die **von den Parteien und den Gutachtern in den Vorinstanzen erörterte Frage der Gefahren für die Gesundheit durch Reste von Pilzbefall kommt es nach der Entscheidung des BGH nicht mehr an**. Letztlich folgt das auch bereits aus dem gerichtlichen Gutachten Dr. K1, der ausführlich begründet hat, warum das Restrisiko nur 10 % betrage. Umgekehrt folgt daraus

aber dann im Lichte der Entscheidung des BGH, dass eben die von den Beklagten für ausreichend gehaltene Sanierung die geschuldete vollständige Beseitigung des Pilzbefalls nicht herbeiführen konnte. Auch nach Dr. K1 hätte mit einem Abtrag von 10 mm des Holzes der Pilzbefall nicht endgültig und vollständig - wie vom BGH gefordert - beseitigt werden können. Das gilt vor allem für die unzugänglichen Stellen, die auf diese Weise ohnehin nicht hätten behandelt werden können.

Diese Ergebnisse hat nunmehr auch der Sachverständige Dr. K. nochmals eindeutig bestätigt (GA I Seite 6 ff.), allerdings mit der Einschränkung, dass es den apodiktisch formulierten Zustand eines Dachstuhls völlig frei von Schimmelpilz naturwissenschaftlich nicht gibt. In Übereinstimmung damit legt der Senat folglich zugrunde, dass ein **Dachstuhl geschuldet war, der „keinen über den natürlichen Zustand hinausgehenden Schimmelpilzbefall aufweist“**. Wegen der Einzelheiten wird auf das Gutachten verwiesen, das auch den Einwendungen der Beklagten gegenüber standhält. Der Senat schließt sich der überzeugend begründeten Auffassung des Sachverständigen an. Der massive Befall mit Schimmelpilzen ergibt sich des Weiteren auch aus den ergänzend vorgelegten Lichtbildern des Klägers (Anlagenkonvolut 4), die deutlich den umfassenden Befall belegen. Dies hat auch der Sachverständige Dr. K. bei seiner ergänzenden Anhörung nochmals überzeugend und nachvollziehbar erläutert. Damit erweist sich die Feststellung des Sachverständigen als zutreffend, dass der Befall sich auch auf Spalten zwischen den Hölzern und in Rissen erstreckt hat und auch tiefer liegende Schichten erfasst waren.

Es hätte danach **nicht ausgereicht, die befallenen Stellen abzuhobeln und mechanisch zu behandeln**, weil hierdurch der Pilzbefall gerade nicht vollständig zu beseitigen war. Auch eine chemische Behandlung an unzugänglichen Stellen hätte keinen Erfolg gebracht. Schließlich hat der Sachverständige Dr. K. überzeugend ausgeführt (GA I Seite 10), dass mit dem Abhobeln eben auch die Beseitigung des Schimmelpilzes an den Anschlüssen und Auflagern nicht möglich gewesen wäre, von der von ihm zusätzlich problematisierten Tragfähigkeit abgehobelter Balken ganz abgesehen. Auch eine dritte oder andere Möglichkeit der Sanierung

gegenüber dem vollständigen Abriss und der Erneuerung hat der Sachverständige ausgeschlossen.

Die Bemerkung des Sachverständigen Dr. K. in der mündlichen Verhandlung (Protokoll Seite 5 - Bd. V Bl. 373), er könne nicht abschließend beurteilen, ob eine Teilsanierung des Dachstuhls möglich gewesen sei, rechtfertigt weder eine Kürzung des Anspruchs noch den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung.

Der Sachverständige hat damit nur ausdrücken wollen, er könne, weil er den Dachstuhl nicht gesehen habe und auf Bilder angewiesen war, nicht ausschließen, dass es technisch gesehen eventuell möglich gewesen wäre, nur die befallenen Holzteile auszutauschen. Die Beklagten haben dem Sachverständigen aber nicht die Frage vorgelegt, ob das aus wirtschaftlicher Sicht unter Berücksichtigung des Bildmaterials eine vertretbare Lösung darstellte.

Die Beklagten haben zudem vor der Ersatzvornahme durch den Kläger keine derartige Teilsanierung angeboten, sondern darauf bestanden, Abhobeln und chemische Behandlung seien ausreichend. Schließlich ist der Begriff der „erforderlichen“ Kosten im Sinne von § 249 BGB, dann, wenn das Werk mangelhaft ist und der Schuldner sich im Verzug befindet, dahin zu verstehen, dass der **Ersatzberechtigte die Kosten der Maßnahmen erhält, die er aus damaliger Sicht für erforderlich halten durfte** (BGH NJW 1970, 1454; BGHZ 154, 301; weit. Nachweise bei Palandt, 66. Aufl., Rdn. 12 zu § 249 BGB). Wenn die Drittfirma und vom Kläger zuvor eingeschaltete Sachverständige jedoch aus vertretbaren Erwägungen eine Komplettisanierung für erforderlich hielten, müssen deren Kosten erstattet werden.

Der Wiedereintritt in der mündliche Verhandlung verspricht keine weiteren Erkenntnisse, weil der Umfang des Befalls an den nicht fotografierten Stellen eben nicht rekonstruiert werden kann.

Die ständig wiederholte Formulierung der Beklagten, man habe eine ordnungsgemäße Schimmelpilzbeseitigung angeboten, geht an dem Umstand vorbei, dass damit nur Abhobeln und eine chemische Behandlung gemeint war.

b) Auch die Einwendungen der Beklagten, sie habe den Pilzbefall nicht zu vertreten, greifen nicht durch.

Die verwendeten Holzweichfaserplatten haben den Dachstuhl in der maßgebenden Zeit nach der Errichtung bis zum Eindecken nicht ausreichend schützen können. Das ergibt sich ebenfalls aus dem Gutachten Dr. K. (GA I Seite 12 f.). Auf der Grundlage der Feuchtemessungen im Gutachten K. ergab sich eine viel zu hohe Holzfeuchte, die den Schluss rechtfertigt, dass eben der Einbau dieser Platten gerade nicht geeignet war, den Mangel zu verhindern. Der Sachverständige hat dazu ergänzend bemerkt, nach seiner Erfahrung deuteten die noch später gefundenen erhöhten Holzfeuchtemessungen darauf hin, dass die Holzfeuchte schon beim Einbau höher als die erforderlichen Höchstwerte von 20 % gelegen hätten.

Auch der Einwand der Beklagten zu 2, die Feuchtigkeit des Dachstuhls und die Schimmelpilzbildung sei durch andere Gewerke (Innenputz und Estricharbeiten) verursacht worden, ist mit dem Sachverständigen Dr. K. zu verneinen (GA I Seite 14).

Ebenfalls unbegründet ist der Einwand der Beklagten, der Mangel beruhe auf der Entscheidung des Klägers, die Imprägnierung mit Borsalz vorzunehmen. Auch diese Frage hat der Sachverständige überzeugend und eindeutig in dem Sinne beantwortet (GA I Seite 17), dass nämlich der Pilzbefall darauf nicht zurückzuführen ist.

Im Ergebnis ist deshalb festzustellen, dass die Beklagte für den aufgetretenen Mangel verantwortlich ist und eine Sanierung nur durch den vom Kläger vorgenommenen Abriss und die Neuherstellung des Dachstuhls möglich war. Die dafür entstandenen und erforderlichen Kosten hat sie daher zu ersetzen.

2. Zur Höhe:

a) Mangelbeseitigungskosten

Die Beklagte zu 2 hat dem Kläger die erforderlichen Kosten der Mangelbeseitigung zu ersetzen. Diese (Pos. II. 1 a bis j der Klageschrift = 113.604,33 DM, vgl. LGU Seite 4 unten) sind nunmehr nach dem abgeschlossenen Zwischenvergleich unstreitig in Höhe von **54.909,97 €** (58.084,97 € abzüglich Ermäßigung der Forderung durch den Teilvergleich um 3.175 €).

Die Beklagte kann sich schließlich auch nicht darauf berufen, die Nachbesserung habe einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Das wäre nur dann der Fall, wenn der mit der Beseitigung des Mangels erzielbare Erfolg bei Abwägung aller Umstände in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des Aufwands stünde. Davon kann aber hier keine Rede sein, denn der Kläger hatte ein objektiv berechtigtes Interesse an dem Erhalt einer mangelfreien Leistung (schimmelpilzfreier Dachstuhl), die hier (mit der gebotenen sicheren Erfolgsaussicht einer Sanierung) nur durch vollständigen Abriss und Neuherstellung herbeigeführt werden konnte.

b) Mietausfall

Die Beklagte ist auch zum Ersatz des Mietausfallschadens verpflichtet nach § 8 Nr. 3 Abs.2 VOB/B.

Danach bleiben weitergehende Ansprüche auf Schadensersatz unberührt. Aus den oben dargestellten Erwägungen befand sich die Beklagte in Verzug. Sie hat die dadurch verzögerte Fertigstellung des Baus auch zu vertreten, was aus den obigen Ausführungen folgt, denn sie befand sich mit der geschuldeten Mangelbeseitigung in Verzug. Dadurch konnte die Fertigstellung des Bauvorhabens erst später eintreten und ist demzufolge der dem Kläger entstandene Mietausfall zu ersetzen.

Die Höhe der monatlichen Miete ist mit 1.600 DM = 818,07 € nicht mehr im Streit (LGU Seite 16). Das Landgericht hat dem Kläger bereits einen Betrag von 2.726,89 € für den Zeitraum 1. Mai 1999 bis 10. August 1999 zuerkannt (allerdings verrechnet mit einer restlichen Vergütungsforderung des Beklagten zu 1, LGU Seite 18, 19). Zu entscheiden ist somit noch über den weitergehenden Zeitraum vom 11. August 1999 bis zur Fertigstellung am 28. Februar 2001. Das ergibt mithin

für 18 Monate und 20 Tage einen Betrag von 15.270,58 €.

c) Insgesamt hat der Kläger folglich einen Anspruch auf Zahlung von **70.180,56 €** gegen die Beklagte zu 2.

Davon ist ein etwa bestehender restlicher Werklohnanspruch der Beklagten zu 2 nicht abzuziehen. Der Kläger hat dazu unwidersprochen vorgetragen, er habe die beiden Abschlagsrechnungen der Beklagten gezahlt. Die Beklagte hat demgegenüber nicht dargetan, dass ihr darüber hinaus noch eine weitere Forderung zustehe. Eine entsprechende Schlussrechnung hat sie nicht vorgelegt, mithin ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit den unstreitigen Beträgen ihre bis zur Kündigung erbrachten Leistungen bezahlt erhalten hat.

3. Gestörter Gesamtschuldnerausgleich

Die Beklagte zu 2 vertritt die Auffassung, sie hafte im Verhältnis zum Kläger nicht auf vollen Schadensersatz aufgrund des in dem Verfahren LG Hannover 1 O 112/02 abgeschlossenen Vergleiches. Der Anspruch des Klägers vermindere sich vielmehr um den Verantwortungsteil des haftungsbegünstigten Gesamtschuldners (Bd. IV Bl. 211).

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Im Ausgangspunkt haften beide Beklagte für den entstandenen Schaden (Mangelbeseitigungskosten und Mietausfall) als Gesamtschuldner in voller Höhe. Der Beklagte zu 1 war für diesen Schaden wegen Verletzung seiner Bauaufsichtspflichten verantwortlich. Er hatte dafür zu sorgen, dass der Dachstuhl während der Bauerrichtung nicht in erheblicher Weise mit Schimmelpilz befallen werden konnte. Diese Pflichten hatte er verletzt, weil es unstreitig zu einem erheblichen Befall gekommen war. Dementsprechend hatte der Beklagte zu 1 auch seine Verantwortlichkeit mit Schreiben vom 27. August 1999 grundsätzlich anerkannt, nämlich sich bereit erklärt, den Dachstuhl durch die Beklagte zu 2 in Ordnung bringen zu lassen. Der daraufhin entstandene Streit der Parteien ging in der Folgezeit allein um die Frage, auf welche Weise die Mängel zu beseitigen waren und ist nunmehr dahin zu entscheiden, dass eben die Beseitigung der Mängel nur durch Abriss und Neuerstellung zu beheben war.

Dem aufgrund eines Anwaltsfehlers abgeschlossenen Vergleich in dem oben genannten Verfahren kommt allerdings keine Gesamtwirkung zu in dem Sinne, dass sich die Beklagte zu 2 gegenüber dem Kläger auf den Haftungsverzicht berufen könnte. Eine Gesamtwirkung kann aus dem zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarten Erlass oder Vergleich nur dann hergeleitet werden, wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten (§ 423 BGB). Ein derartiger Wille kann durch Auslegung im Einzelfall angenommen werden (dazu BGH NJW 2000, 1942; sowie Kniffka BauR 2005, 274, 283 f.). Im Zweifel ist allerdings anzunehmen, dass der Erlass nur Einzelwirkung hat.

Hier hat der Kläger in dem anderen Verfahren, das sich gegen den Rohbauunternehmer und ebenfalls gegen den Beklagten als Architekten richtete, einen Vergleich geschlossen und in Ziffer 2 eine Abgeltungsklausel vereinbart, durch die alle wechselseitigen Ansprüche erledigt wurden (Bd. IV Bl. 55). Damit war versehentlich - so der unwidersprochene Vortrag des Klägers in der Revisionsinstanz (Bd. IV Bl. 36) - auch der im vorliegenden Verfahren streitgegenständliche Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten zu 1 als Architekt umfasst, so dass die Parteien insoweit die Hauptsache für erledigt erklärt haben. Diesem Vergleich kann auf dieser Grundlage allerdings keine Gesamtwirkung zukommen mit der Folge, dass schon der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 2 zu kürzen oder aber der Innenausgleich der Gesamtschuldner auszuschließen wäre. Durch die nur versehentlich umfassend formulierte Abgeltungsklausel sollte ersichtlich das Schuldverhältnis nicht vollständig aufgehoben werden. Die Parteien haben bei Vergleichsabschluss ersichtlich nicht daran gedacht, hierdurch auch etwa eine Ausgleichspflicht der Gesamtschuldner des vorliegenden Verfahrens im Innenverhältnis derart zu regeln, dass der begünstigte Architekt (Beklagte zu 1) von der nach § 426 Abs. 1 BGB bestehenden Haftung gegenüber dem anderen Gesamtschuldner (Beklagter zu 2) befreit werden sollte. Nach der Rechtsprechung des BGH (a. a. O.) wäre dies nur in der Weise möglich, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den am Vergleich nicht beteiligten Gesamtschuldner im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter in dem Umfang aufgehoben wird, in welchem der durch den Erlass begünstigte Gesamtschuldner Ausgleich von dem anderen verlangen könnte. Dafür liegen hier indessen keine Anhaltspunkte vor; insbesondere hat auch der Beklagte zu 1 Derartiges nicht behauptet. Im Gegenteil folgt aus

der unstreitigen Tatsache der nur versehentlich umfassend formulierten Abgeltungsklausel des Vergleichs, dass die Vertragsschließenden das gar nicht bedacht hatten.

Es bleibt somit dabei, dass die Beklagte zu 2 im Verhältnis zum Kläger in voller Höhe (als Gesamtschuldner) haftet. Über die Frage der Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 BGB ist hier nicht zu entscheiden.

4. Nebenforderungen

Die Zinsforderung ist aus Verzug gerechtfertigt, §§ 288, 291 BGB. Allerdings sind Zinsen erst ab Rechtshängigkeit (23. Mai 2001) begründet, denn der Kläger hat für einen früheren Verzugseintritt nichts vorgetragen. Insbesondere sind die Beklagten mit der verlangten Zahlung (Kostenerstattung und Mietausfall) nicht schon durch Fristsetzungen zur Mängelbeseitigung in Verzug geraten (BGHZ 77, 60).

5. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 91 a ZPO.

Im Verhältnis zum Streitwert erster Instanz unterliegt der Kläger teilweise, so dass er 14 % der Kosten zu tragen hat. Die Kosten der Berufung einschließlich des Revisionsverfahrens haben die Beklagten zu tragen. Das Unterliegen des Klägers ist geringfügig und hat keine weiteren Kosten verursacht. Hinsichtlich des Beklagten zu 1 beruht die Kostenentscheidung ab übereinstimmender Erledigung der Hauptsache auf § 91 a ZPO, denn die Klage wäre ohne diese Erledigung im Wesentlichen begründet gewesen. Für die Anwendung des § 96 ZPO war kein Raum.

Streitwert erste Instanz: 82.234 €, zweite Instanz: 73.355 €, im Verhältnis zum Beklagten zu 1 ab 29. Juni 2006: bis zu 25.000 € (ab Erledigung der Hauptsache sind Streitwert in diesem Verhältnis nur die bisher entstandenen Kosten).