

OLG München

Urteil

vom 06.12.2016

28 U 2388/16 Bau

BayBO Art. 17; BGB §§ 249, 640; WEG § 21; ZPO § 256

1. Eine vom Bauträger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des notariellen Erwerbsvertrags verwendete Klausel, nach der die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter oder durch einen von ihm zu bestimmenden Baufachmann erklärt wird, ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

2. Wird neben dem Verwalter auch ein Sachverständiger bevollmächtigt, macht das die Abnahmeklausel nicht wirksam, sondern erst Recht unwirksam, weil dadurch die Abnahme dem Erwerber noch weiter entzogen wird.

3. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist keine originäre Angelegenheit der Wohnungseigentümergeinschaft, sondern des einzelnen Erwerbers. Der Wohnungseigentümergeinschaft fehlt daher die Beschlusskompetenz, einen Mehrheitsbeschluss zur Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu fassen.

4. Auch ohne ausdrückliche öffentlich-rechtlich normierte Verpflichtung zum Anbringen von Schneefanggittern auf dem Dach eines Bauvorhabens, kann sich eine solche Verpflichtung wegen generellem Schneereichtum des Ortes (Schneelastzone 3) als privatrechtliche Verkehrssicherungspflicht begründen.

5. Ist über die Höhe eines Schadens auf Grundlage einer fiktiven Abrechnung auf Gutachtensbasis bereits rechtskräftig entschieden, kann der Geschädigte nach erfolgter Mängelbeseitigung nicht mehr zur konkreten Schadensabrechnung übergehen. Ein insoweit gestellter Feststellungsantrag ist daher unzulässig.

OLG München, Urteil vom 06.12.2016 - 28 U 2388/16 Bau

In dem Rechtsstreit

....

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München - 28. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zimmerer, die Richterin am Oberlandesgericht Gerlach und den Richter am Oberlandesgericht Hagspiel am 23.11.2016 ohne mündliche Verhandlung mit Zustimmung der Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO folgendes

Endurteil

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München II vom 29.4.2016, Az. 5 O 2689/12 Bau, in Ziffer III. des Tenors dahingehend abgeändert, dass die Klage insoweit abgewiesen wird.

2. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

3. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Landgerichts München II vom 29.4.2016, Az. 5 O 2689/12 Bau, wird zurückgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 13 % und die Beklagte 87 % mit Ausnahme der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens.

Von den Kosten des selbständigen Beweisverfahrens beim Landgericht München II, Az. 3 OH 5379/09 tragen die Klägerin 53 % und die Beklagte 47 %.

Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin 89 % und die Beklagte 11 %.

Von den Kosten der Streithelfer der Beklagten trägt die Klägerin in erster Instanz 13 % und in zweiter Instanz 11 %.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München II ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Beide Seiten können die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 52.738,98 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Klägerin (eine Wohnungseigentümergeinschaft), begehrt im vorliegenden Verfahren von der Beklagten (der Verkäuferin der Wohnungen in der ###straße 16 bis 18 in ###) Schadensersatz wegen zahlreicher Mängel.

Sie beehrte in erster Instanz zuletzt Zahlung von EUR 43.195,50 nebst Zinsen sowie EUR 1.264,38 Gutachterkosten. Daneben beehrte sie Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, die darüber hinausgehenden Schäden zur Beseitigung bestimmter Mängel zu ersetzen.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird vollumfänglich auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht sprach der Klägerin einen Betrag von EUR 42.895,50 nebst Zinsen zu und stellte eine begrenzte Schadensersatzpflicht bzgl. zahlreicher Mängel fest. Einen Teil der Feststellungsklage erachtete das Landgericht für unzulässig. Die beehrten Gutachterkosten von EUR 1.264,38 sprach das Landgericht nicht zu.

Die Feststellungsklage sei teilweise unzulässig, weil die Klägerin durch Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes ihren Anspruch auf einen darüber hinausgehenden Schadensersatz verloren habe. Ein Feststellungsinteresse bestehe hingegen bzgl. aller Mangelbehauptungen im Hinblick auf die anfallende Umsatzsteuer (vgl. Tenor des Urteils des Landgerichts Ziffer II). Im Übrigen bestehe ein Feststellungsinteresse nur bzgl. der im Tenor (dort Ziffer III) genannten Mängel j), k), l) und n) und auch insoweit nur teilweise.

Der Zahlungsantrag sei in Höhe von EUR 42.895,50 begründet. Insbesondere sei die Klägerin aktivlegitimiert und prozessführungsbefugt. Unabhängig von der Frage der Abnahme bestehe ein Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 42.895,50. (Gegenüber dem letzten klägerischen Zahlungsantrag sprach das Landgericht lediglich einen Betrag von EUR 300,00 nicht zu.) Die Werkleistung der Beklagten sei mangelhaft. Es sei bzgl. der einzelnen Mängel jeweils eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt worden, welche jeweils abgelaufen sei. Die Ansprüche seien nicht verjährt; der Verwalter sei zur Erklärung der Abnahme nicht wirksam bevollmächtigt gewesen.

Ein Anspruch auf Gutachterkosten bestehe nicht, weil das Gutachten nicht aufgrund von Mangelsymptomen in Auftrag gegeben worden sei.

Im Einzelnen wird bzgl. Inhalt und Begründung der landgerichtlichen Entscheidung auf den Tenor und die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Beide Parteien haben gegen das Urteil Berufung eingelegt.

Die Berufung der Klägerseite richtet sich gegen das Urteil,

- soweit das Landgericht den Feststellungsantrag als unzulässig behandelt hat und
- soweit das Landgericht die Gutachterkosten von EUR 1.264,38 nicht zugesprochen hat.

Die Teilabweisung des Zahlungsantrags im Übrigen (EUR 300,00) wird nicht angegriffen. Die Klägerseite ist der Auffassung, dass bzgl. aller Mängel das Feststellungsinteresse bestehe. Die Gutachterkosten seien erstattungsfähig.

Die Beklagtenseite hat ebenfalls Berufung eingelegt. Sie begehrt vollständige Klageabweisung. Die Beklagtenseite ist der Auffassung, dass die Feststellungsklage insgesamt unzulässig gewesen sei.

Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass keine Abnahme stattgefunden habe. Bzgl. bestimmter Mängel habe das Landgericht nicht ausreichend gewürdigt, dass der Beklagten nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nochmals die Möglichkeit zur Mangelbeseitigung hätte gewährt werden müssen.

Bestimmte Mängel habe das Landgericht zu Unrecht angenommen.

Die Klägerseite beantragte in der Berufungsinstanz,

das Urteil des Landgerichts München II vom 29.04.2016, Az.: 5 O 2689/12 Bau wird abgeändert und

1. es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klagepartei die für die Beseitigung

folgender Mängel am Wohnungseigentum WEG ###str. 16 u. 18, ### anfallenden Kosten über die Summe von 43.195,50 Euro hinausgehend und über die Mehrwertsteuer hinausgehend zu erstatten:

a) Die bei beiden Anwesen, ###str. 16 und 18 installierten Kanalgrundrohre (KG-Rohr) sind aus PVC gefertigt und stehen über die Geländeoberfläche hinaus und sind somit der Witterung ausgesetzt.

b) In der Wohnung DG links Haus 1 ist neben der Wohnungseingangstüre ein senkrechter Riss gegeben.

c) aa) Haus 1:

Der Mauerdurchbruch in der Wand zwischen Kellerflur und Elektroanschlussraum, belegt mit Elektrokabeln, ist nicht sachgerecht ausgeführt.

Der Durchbruch Elektroraum/Aufzugstriebwerksraum, belegt mit Elektrokabeln, ist nicht fachgerecht abgeschottet.

Der Durchbruch Elektroraum/Aufzugsschacht belegt mit Elektrokabeln ist nicht sachgerecht abgeschottet.

Die Kabeldurchführung Triebwerksraum/Kellerflur belegt mit Elektrokabeln ist nicht sachgerecht abgeschottet.

Die Durchführung von Elektro- und Wasserleitung vom Gemeinschaftseigentum in den Hobbyraum ist nicht sachgerecht abgeschottet.

Die Durchführung der Wasserleitung Kellerflur/Hobbyraum ist nicht sachgerecht abgeschottet.

Die Durchführung der Wasserleitung Westwand/Kellerflur ist nicht sachgerecht abgeschottet.

Der weitere Verlauf der Wasserrohre in einen Hobbyraum hinein ist nicht sachgerecht abgeschottet.

bb) Haus 2:

Die Durchführung beim Kellerflur/Aufzugsmaschinenraum der Wasserleitungen und Elektrokabel ist mangelhaft, die Leitungen sind zu nah beieinanderliegend, die Abschottung ist nicht ordnungsgemäß.

Die Durchführung der Wasserleitung der Elektrokabel beim Kellerflur/Heizraum ist nicht ordnungsgemäß abgeschottet.

Die Durchführung der Wasser- und Elektroleitung beim westlichen Kellerflur/Hobbyraum ist nicht ordnungsgemäß abgeschottet.

Die Kabeldurchführung Kellerflur/Elektroanschlussraum ist nicht ordnungsgemäß abgeschottet.

Die Durchführung der Wasserleitung Elektroraum/Erdgeschoß ist nicht ordnungsgemäß abgeschottet.

Die Wasserleitungen Elektro-/Wasseranschlussraum sind nicht ordnungsgemäß mit Mörtel oder Mineralwolle abgedichtet.

Die am östlichen Kellerflur verlegten Abwasserleitungen sind ebenfalls nicht ordnungsgemäß mit Mörtel oder Mineralwolle abgedichtet.

Am östlichen Kellerflur sind die Wasser- und Elektroleitungen zum Hobbyraum mangelhaft ausgeführt.

Beim östlichen Kellerflur ist die Durchführung Südwand zum Hobbyraum der Wasserleitung mangelhaft ausgeführt.

Beim östlichen Kellerflur sind im Bereich der Decke die Wasser- und Elektroleitungen nicht ordnungsgemäß ausgeführt.

d) Im Keller oberhalb des Liftes sind bräunliche Verfärbungen aufgrund Feuchtigkeitseinwirkung gegeben.

e) Im Haus 1 im Kellergeschoß vor Wohnung Nr. 104 fehlt im Eckbereich die Abdeckung des Kabelschachtes.

f) Im Treppenhaus des Dachgeschoßes des Hauses 2 im Eckbereich ist links neben dem Lift ein Riss über die gesamte Höhe mit einer Rissbreite von 1,5 mm festzustellen.

i) Bei den Lüftungsöffnungen der Tiefgarage dringt von oben Feuchtigkeit ein mit der Folge, dass die Oberseite der Brüstung bereits grünliche Verfärbung aufweist.

j) Mittig der Rampe zur Tiefgarage sind im Sockelbereich Rostspuren von Bewehrungseisen festzustellen.

k) Die Betondecke bei der Tiefgarage ist flächig zu gering ausgeführt, so dass die Bewehrung nicht ausreichend gegen Chlorideintrag geschützt ist.

l) Es fehlt rissüberbrückende Oberflächenbeschichtung auf der Fahrbahn der Tiefgaragenrampe mit den dazugehörigen Anschlüssen an aufgehenden Bauteilen und die Gitterroste.

m) Bei der Tiefgarage sind die Stützen- und Wandfüße, Arbeitsfugen, Rinnen nicht mit einem fachgerechten Oberflächenschutzsystem versehen.

n) Im Bereich der Zuwegungen bei beiden Häusern hat sich das Wasser abgesenkt, es sind stellenweise fehlende Betonrückstützen bei den Pflastern gegeben, stellenweise sind die Betonrückstützen abgebrochen.

p) Austausch der Schneefanggitter und Einbau einer verstärkten Konstruktion sowie Einbau auf der Dachfläche verteilter Schneestophaken.

r) Aufnahme von 4 hohlliegenden Fliesen im Keller des Objektes Haus 18 und Verklebung derselben mit fachgerechten und vollflächigen Materialien.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klagepartei den über 18.750,00

Euro hinausgehenden weiteren Schaden für die Beseitigung folgender Mängel am Wohnungseigentumsobjekt WEG ###str. 16 u. 18, ###, unabhängig davon, ob die Chloride bzw. Tau Salze und die Karbonatisierungsfront doch bis zur obersten Bewehrungslage in den Beton eingedrungen ist, zu erstatten hat:

j) Mittig der Rampe zur Tiefgarage sind im Sockelbereich Rostspuren von Bewehrungsseisen festzustellen.

k) Die Betondecke bei der Tiefgaragenrampe ist flächig zu gering ausgeführt, so dass die Bewehrung nicht ausreichend gegen Chlorideintrag geschützt ist.

l) Es fehlt die rissüberbrückende Oberflächenbeschichtung auf der Fahrbahn der Tiefgaragenrampe mit den dazugehörigen Anschlüssen an aufgehende Bauteile und die Gitterroste.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 1.264,38 Euro vorgerichtliche Kosten zu erstatten.

Weiter wurde von der Klägerseite höchstvorsorglich beantragt, das Urteil des Landgerichts München II vom 29.04.2016, Az.: 5 O 2689/12 Bau, im Umfange der Anfechtung gemäß Berufungsbegründung der Klägerin vom 28.07.2016 aufzuheben und das Verfahren an das Landgericht München II zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragte,

die Berufung der Klagepartei zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragte weiter,

das Endurteil des Landgerichts München II vom 29.04.2016 - Az.: 5 O 2689/12 Bau - wird aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen.

Außerdem beantragte die Beklagte

Rückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszugs.

Die Klägerseite beantragte zudem:

die Berufung der Beklagten vom 06.06.2016 gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 29.04.2016, Az.: 5 O 2689/12 Bau, wird abgewiesen.

Die Streithelferin D### & E### GbR und der Streithelfer A### E### schlossen sich dem Antrag der Beklagten auf Aufhebung des Ersturteils und Abweisung der Klage an (Blatt 344 d. A.)

Zur Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt (Klägerseite: Blatt 361 d. A., Beklagtenseite Blatt 362 d. A.).

II.

Die Berufungen sind zulässig, aber weitgehend unbegründet.

Die Berufung der Beklagtenseite hat nur bzgl. eines Teils des Feststellungsurteils des Landgerichts Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

Die Berufung der Klägerseite ist unbegründet.

Zu den Berufungsrügen ist im Einzelnen Folgendes auszuführen:

1. Zulässigkeit des Feststellungsantrags - "kleiner Schadensersatz"

Das Landgericht hat die Zulässigkeit der Feststellungsklage im Hinblick auf die Umsatzsteuer umfassend bejaht. Im Übrigen hat es die Zulässigkeit überwiegend verneint, weil die Klägerin "einen Schadensersatz auf Gutachtenbasis geltend" mache und durch die "Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes [...] das Kostenrisiko übernommen" habe. Lediglich bzgl. der Mangelpositionen j), k), l) und n) hat das Landgericht das Feststellungsinteresse ganz oder zum Teil bejaht, weil der Sachverständige in diesen Bereichen "seinem Gutachten bestimmte Punkte als unvorhersehbar" zugrunde gelegt habe und "von bestimmten Bedingungen" ausgehe.

Dies betrifft die Mängel:

-j) = Rostspuren von Bewehrungseisen bei der Rampe zur Tiefgarage (Urteil Landgericht: Entscheidungsgründe B.II.10),

-k) = Betondecke bei der Tiefgaragenrampe flächig zu gering ausgeführt (Entscheidungsgründe B.II.10),

-l) = Fehlen rissüberbrückender Oberflächenbeschichtung (Entscheidungsgründe 8.II.10),

n) = Absenkung des Pflasters (Entscheidungsgründe B.II.12).

Beide Seiten rügen, dass das Urteil des Landgerichts bzgl. der Zulässigkeit der Feststellungsklage unzutreffend sei.

Während die Klägerseite das Urteil für unzutreffend hält, soweit der Feststellungsantrag als unzulässig abgewiesen wurde, ist die Beklagtenseite der Auffassung, dass mit der vom Landgericht gegebenen Begründung die Feststellungsklage insgesamt unzulässig sei.

Im vorliegenden Fall ist die Feststellungsklage insgesamt unzulässig, soweit es sich nicht um die Geltendmachung der Umsatzsteuer handelt. Das Urteil des Landgerichts ist daher insoweit aufzuheben und die Klage als unzulässig abzuweisen.

In der Klage hat die Klägerin ausdrücklich ausgeführt, es werde "kleiner Schadensersatz geltend gemacht aus den Mangelbeseitigungskosten lt. Gutachten des Sachverständigen V####" (Blatt 8

d. A.).

Die Klägerin hat sich demnach entschieden, bzgl. des bezifferten Zahlungsanspruchs einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage eines Gutachtens geltend zu machen (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB) und nicht etwa Ersatz von tatsächlichen Aufwendungen oder tatsächlich konkret angefallenen Mangelbeseitigungskosten. Der Feststellungsantrag der Klägerin in erster Instanz war ausdrücklich nur gerichtet auf "Schäden zur Beseitigung folgender Mängel [...].

Zwar kann ein Schadensersatzanspruch grds. neben den Mangelbeseitigungskosten auch einen Mangelfolgeschaden erfassen. Der Feststellungsantrag war aber ausdrücklich nur auf die Mangelbeseitigungskosten gerichtet ("Schäden zur Beseitigung folgender Mängel"; insofern anders als das Beispiel bei Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 2014, 6. Teil, Rdn. 28; dort geht es um die Feststellung von "allen weiteren Schäden", also nicht nur von Mangelbeseitigungskosten). Die Mangelbeseitigungskosten sind aber (abgesehen von der Umsatzsteuer) im vorliegenden Fall durch den bezifferten Zahlungsantrag vollständig abgedeckt. Begründet wurde der Feststellungsantrag in der Klageschrift nur damit, dass "erfahrungsgemäß aus der Nachbesserung von Mängeln im Falle der Durchführung erheblich höhere Kosten entstehen, nicht nur die Mehrwertsteuer" (Blatt 9 d. A.).

Solche zusätzlichen Kosten kann die Klägerin aber bei einem rechtskräftigen Urteil bzgl. der fiktiven Mangelbeseitigungskosten nicht mehr geltend machen.

Bei einem rechtskräftigen Urteil über den bezifferten Zahlungsantrag über die (fiktiven) Mangelbeseitigungskosten kann die Klägerin nämlich anschließend nicht mehr zu einer konkreten Schadensabrechnung aufgrund tatsächlich erfolgter Mangelbeseitigung übergehen. Zwar ist der Geschädigte, der gegenüber dem Schädiger zunächst fiktiv auf Gutachtensbasis abrechnet, an diese Art der Abrechnung nicht ohne Weiteres gebunden, sondern kann nach erfolgter Reparatur (bzw. hier Mangelbeseitigung) grundsätzlich zur konkreten Schadensabrechnung übergehen und nunmehr Ersatz der tatsächlich angefallenen Kosten verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.2011 - VI ZR 17/11; BGH, Urteil vom 17.10.2006 - VI ZR 249/05). Das gilt aber nicht, wenn über den Schaden (auf Grundlage der fiktiven Abrechnung) bereits rechtskräftig entschieden ist. Spätestens mit Rechtskraft der Entscheidung ist ein Übergang zur konkreten Abrechnung ausgeschlossen. Würde der Geschädigte nach rechtskräftigem Urteil über die fiktiven Kosten später die überschüssenden Kosten einer tatsächlichen Mangelbeseitigung abrechnen, läge eine unzulässige Kombination von (rechtskräftig entschiedener) fiktiver Abrechnung und Abrechnung (ggf. überschüssender) tatsächlicher Kosten vor (zur Unzulässigkeit der Kombination z.B. BGH, Urteil vom 30.5.2006 - VI ZR 174/05).

Eine Ausnahme gilt lediglich hinsichtlich der Umsatzsteuer. Bzgl. der Umsatzsteuer ist eine Nachforderung möglich, ohne dass insoweit die Rechtskraft des Urteils über die fiktive Abrechnung entgegensteht (vgl. z.B. BeckOK, BGB, Stand: 1.2.2015, § 636, Rdn. 55). Dies beruht allerdings auf der Wertung der gesetzlichen Sonderregelung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB (unabhängig von der streitigen Frage, ob § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB im Werkvertragsrecht unmittelbar anwendbar ist; vgl. zur Übertragbarkeit der Wertung z.B. BGH, Urteil vom 22.7.2010 - VII ZR 176/09) und gilt nicht für sonstige Schadenspositionen.

Dass grds. ein Feststellungsinteresse zu bejahen ist, wenn damit eine mögliche Verjährung verhindert werden soll, führt nicht zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage, wenn weitere Ansprüche auf Ersatz von Mangelbeseitigungskosten nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der vom Landgericht herangezogene Umstand, dass der Sachverständige "bestimmte Punkte als unvorhersehbar bestimmt hat", betrifft im vorliegenden Fall nicht die Frage der Zulässigkeit des Feststellungsantrags neben einem Zahlungsantrag.

Wenn die Klägerseite der Auffassung gewesen sein sollte, dass die Feststellungen des Sachverständigen insoweit nicht ausreichend waren, um einen bezifferten Schadensersatzanspruch geltend zu machen, hätte es ihr frei gestanden, nur einen Feststellungsantrag geltend zu machen im Hinblick auf die derzeitige Unbezifferbarkeit der Forderung oder stattdessen die Mängel beseitigen zu lassen und dann konkret abzurechnen anstatt fiktiv. Wenn sie sich jedoch - wie hier entscheidet, fiktiv auf Gutachtensbasis abzurechnen, trägt sie das Risiko, dass die tatsächlichen Kosten später höher sind (während die Gegenseite das Risiko trägt, dass die tatsächlichen Kosten geringer sind).

Denkbar ist auch, dass ein Geschädigter die Unsicherheit dadurch umgeht, dass er statt eines Schadensersatzanspruchs nach § 637 Abs. 1 BGB Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt, wobei nach § 637 Abs. 3 BGB der Besteller von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen einen Vorschuss verlangen kann. Das hat die Klägerseite aber nicht getan. Sie hat ausdrücklich "Schadensersatz [...] aus den Mangelbeseitigungskosten lt. Gutachten des Sachverständigen V####" (Blatt 8 d. A.) geltend gemacht. (Soweit die Klägerseite im Schriftsatz vom 30.8.2016, Blatt 346 d. A., anmerkt, dass aus der Klage "eindeutig ersichtlich [sei], dass hier Kostenvorschuss auf einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird, der selbstverständlich später der Abrechnung bedarf", ist das unzutreffend. Aus der Klageschrift ergibt sich gerade nicht, dass hier ein "Vorschuss" eingeklagt werden sollte.) Bei Vorschuss und Schadensersatz handelt es sich um unterschiedliche Streitgegenstände. Macht ein Auftraggeber Schadensersatz geltend, hat das Gericht daher keine Möglichkeit, diesem Begehren unter dem Aspekt eines Vorschusses stattzugeben (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., 2013, Rdn. 2129). Es handelt sich dabei um unterschiedliche Ansprüche (vgl. z.B. auch OLG Köln, Urteil vom 2.11.2001 - 19 U 77/01). Vorschuss auf Schadensersatz gibt es nicht (vgl. z.B. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 2014, 6. Teil, Rdn. 183: "Ebenso wenig gibt es nach der bisherigen Rechtsprechung Vorschuss auf Schadensersatz").

Die Feststellungsklage hat daher auch insoweit keinen Erfolg, als das Landgericht in Ziffer III des Tenors eine Feststellung ausgesprochen hat. Auf die Berufung der Beklagtenseite ist diese Verurteilung daher aufzuheben und die Klage insoweit abzuweisen.

Soweit in der klägerischen Berufungsbegründung (Blatt 323 d. A.) angemerkt wird, dass die Klägerin bei einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts "die Mängel beseitigen hätte lassen und dann den Gesamtschaden als Schadensersatzanspruch hätte geltend machen können", begründet dies die Berufung schon deshalb nicht, weil auch in zweiter Instanz nicht vorgetragen wurde, dass die Klägerin - in Ansehung des landgerichtlichen Urteils - entsprechend vorgegangen ist.

2. Zulässigkeit des Feststellungsantrags - "Chlorideintrag"

Das Landgericht hat in Ziffer III. des Tenors die Feststellung einer Pflicht teilweise beschränkt auf "den Fall, dass die Chloride bzw. Tau Salze und die Karbonatisierungsfront doch bis zur obersten Bewehrungslage in den Beton eingedrungen sind". Ob dies zutreffend war, kann dahinstehen, da die Feststellungsklage insoweit bereits aus anderen Gründen abzuweisen ist (s.o.).

3. Abnahme

Das Landgericht kam zu dem Ergebnis, dass eine Abnahme noch nicht wirksam erklärt worden sei (Urteil des Landgerichts, Seite 26). Die Abnahmeerklärung durch den Verwalter vom 15.11.2006 sei für die einzelnen Mitglieder der Klägerin nicht bindend. Eine entsprechende Bevollmächtigung aus den Bauträgerkaufverträgen sei unwirksam. Auch aus dem Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 10.11.2006 ergebe sich keine wirksame Vollmacht.

Die Beklagte rügt, dass das Landgericht übersehen habe, dass der Verwalter im Bauträgerkaufvertrag nicht unwiderruflich bevollmächtigt worden sei und dass die Abnahme auch durch einen Baufachmann erfolgen konnte. Außerdem ergebe sich eine wirksame Vollmacht aus dem Beschluss vom 10.11.2006.

a) Vollmacht im Bauträgerkaufvertrag

In der Anlage K 2 (Bauträgerkaufvertrag) findet sich folgende Passage (Seite 11, Ziffer VII):

"Der Verkäufer wird den Verwalter der Wohnanlage von der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums und der Außenanlagen verständigen und ihn zur Übernahme auffordern. Die Abnahme kann auch durch einen Baufachmann erfolgen, den der Verwalter auf Kosten der Gemeinschaft bestimmt. [...] Der Käufer bevollmächtigt den in der Teilungserklärung bestellten Verwalter, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen; dieselbe Vollmacht wird dem durch diesen zu bestimmenden Baufachmann erteilt".

Die Klausel ist im vorliegenden Fall unwirksam.

Einem Beschluss des BGH vom 12.9.2013 (VII ZR 308/12) lag folgende Klausel zugrunde: "Für das Gemeinschaftseigentum findet im Regelfall eine gesonderte Abnahme statt. Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt."

Hierzu hat der BGH festgestellt, dass eine "vom Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die - wie hier - die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen mit dem Bauträger wirtschaftlich oder rechtlich verbundenen Erstverwalter ermöglicht, nach nahezu einhelliger Auffassung der Inhaltskontrolle [...] nicht stand" hält.

Im Urteil vom 30.6.2016 (VII ZR 188/13) hat der BGH diese Auffassung noch einmal bekräftigt:

"Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam".

Im vorliegenden Fall ist die Klausel vergleichbar der im Beschluss des BGH vom 12.9.2013 (VII ZR 308/12). Auch hier wird der (Erst-)Verwalter mit der Abnahme bevollmächtigt.

Der Umstand, dass daneben auch ein Sachverständiger bevollmächtigt wird, macht die Klausel nicht wirksam, sondern erst recht unwirksam. (Auch der BGH hat im Beschluss vom 12.9.2013 - VII ZR 308/12, trotz der Alternativbevollmächtigung eines Sachverständigen die genannte Feststellung nicht eingeschränkt.) Wenn schon die Bevollmächtigung einer bestimmten Person (hier des Verwalters) unwirksam ist, weil dadurch die Abnahme zumindest teilweise dem Einfluss des Eigentümers entzogen oder dieser jedenfalls abgeschwächt wird, dann kann die Bevollmächtigung einer weiteren Person daneben diese Benachteiligung nicht aufheben oder abschwächen, sondern allenfalls noch verstärken. Ob die Bevollmächtigung ausschließlich eines Sachverständigen wirksam wäre (verneinend z. B. OLG Stuttgart, Urteil vom 31.3.2015 - 10 U 46/14), kann dahinstehen, da eine solche Regelung nicht vorliegt.

Ob die Vollmacht im vorliegenden Fall widerruflich ist oder nicht, kann dahinstehen, da auch die Widerruflichkeit der Vollmacht die unangemessene Benachteiligung nicht aufhebt. Auch der BGH hat im Beschluss vom 12.9.2013 (VII ZR 308/12), trotz der fehlenden Unwiderruflichkeit der Vollmacht die genannte Feststellung zur Unwirksamkeit nicht eingeschränkt. Vielmehr hat er ausdrücklich festgestellt: "Die gesetzliche Möglichkeit des Widerrufs der formularmäßig erteilten Vollmacht 1...] kompensiert die unangemessene Benachteiligung nicht."

Auf die Frage, ob in der Vollmacht auf deren Widerruflichkeit hingewiesen werden müsse (vom BGH a.a.O. offen gelassen), kommt es daher nicht an.

bb) Beschluss vom 10.11.2006

Aus der Anlage B 2 geht hervor, dass der Beschluss der Eigentümerversammlung, auf den sich die Beklagtenseite bzgl. der Abnahme beruft, nicht von allen Eigentümern getroffen wurde. Zwar erfolgte der Beschluss zu TOP 5 einstimmig. Es waren aber ausweislich der Anlage B 2 TOP 1 nicht 100 % der Eigentümer anwesend, sondern nur 888,98/1.000 Miteigentumsanteile vertreten.

Für einen Mehrheitsbeschluss fehlt es aber an der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft. Das OLG Stuttgart hat dazu festgestellt (Urteil vom 31.3.2015 - 10 U 46/14):

"Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist keine originäre Angelegenheit der Wohnungseigentümer-Gemeinschaft, sondern der einzelnen Vertragspartner des Bauträgers. Es fehlte daher der Wohnungseigentümer-Versammlung ohne eine entsprechende Vereinbarung der Wohnungseigentümer die Kompetenz für eine Beschlussfassung zur Auswahl eines Sachverständigen (§ 23 Abs. 1 WEG)". Das gilt dann erst recht für die Abnahme selbst.

Zwar hatte das BayObLG (Beschluss vom 30.4.1999 - 2Z BR 153/98) noch eine andere Auffassung vertreten ("Genauso wie die Verfolgung dieser Ansprüche durch Mehrheitsbeschluss zur Angelegenheit der gemeinschaftlichen Verwaltung gemacht werden kann [...] können die Wohnungseigentümer auch eine einheitliche Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums vereinbaren und diese damit zu einer Angelegenheit gemeinschaftlicher Verwaltung machen; die gleiche Wirkung wie einer Vereinbarung kommt einem bestandskräftigen Mehrheitsbeschluss zu"). Dem ist der BGH aber nicht gefolgt. Im Urteil vom 12.5.2016 (VII ZR 171/15) führt der BGH aus: "Im Falle des Erwerbs einer Eigentumswohnung erhält der einzelne Erwerber aus dem Erwerbsvertrag einen individuellen Anspruch auf mangelfreie Werkleistung auch in Bezug auf das gesamte Gemeinschaftseigentum [...]. Dementsprechend liegt es grundsätzlich bei ihm, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will [...]. Der Regelungsort für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist der

jeweilige Erwerbsvertrag [...]. Anders als die Geltendmachung und Durchsetzung der [...] Mängelansprüche, die der Verwaltungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG unterfallen [...], betrifft die Abnahme eine Verpflichtung des Erwerbers aus dem Erwerbsvertrag, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer Aufgabe der gemeinschaftlichen Verwaltung aufweist [...]. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat zwar Bedeutung auch für die Geltendmachung der vorstehend genannten Mängelansprüche. Darin erschöpft sich die Bedeutung der Abnahme aber nicht. Die Abnahme hat darüber hinaus weitere Wirkungen insbesondere bezüglich der Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung, bezüglich des Gefahrübergangs und bezüglich des Vorbehalts eines Vertragsstrafen Anspruchs [...]. Diese Wirkungen betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und Bauträger und nicht das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. [...] Fehlt es der Wohnungseigentümerversammlung an der erforderlichen Beschlusskompetenz, ist ein dennoch gefasster Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig [...]."

Demnach fehlt einer Eigentümergeinschaft die Beschlusskompetenz zur Erklärung einer Abnahme, so dass ein solcher Beschluss - jedenfalls dann, wenn nicht alle Eigentümer daran mitwirken - keine Abnahme aller Eigentümer begründet und auch keine entsprechende wirksame Vollmacht bewirken kann.

Entscheidend ist dabei nicht, ob in dem Beschluss formal die "Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu einer gemeinschaftlichen Verwaltungsangelegenheit gemacht werden sollte" oder nicht (Schriftsatz der Beklagtenseite vom 17.11.2016, Blatt 367 d. A.), sondern dass ein solcher Beschluss - jedenfalls wenn nicht alle Eigentümer daran mitwirken - nicht dazu führen darf, dass eine Abnahmewirkung auch für die Eigentümer herbeigeführt wird, die nicht daran mitgewirkt haben. Der Veräußerer bleibt jedoch dem Anspruch auf mangelfreie Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums schon dann ausgesetzt, wenn nur ein Erwerber einen solchen Anspruch hat, also gegenüber ihm keine Abnahmewirkung eingetreten ist (vgl. z.B. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., 2011, Rdn.507).

Ob alle Eigentümer zur Versammlung und/oder anschließend zu einem Abnahmetermin eingeladen werden, ist nicht entscheidend, da auch dies weder eine Abnahme, noch eine Bevollmächtigung enthält. Soweit die Beklagtenseite ausführte: "Soweit Eigentümer zu diesem Abnahmetermin nicht erschienen waren, ist von einer konkludenten Abnahme durch diese auszugehen" (Blatt 27 d. A.), ist das unzutreffend. Das Nichterscheinen zu einem Abnahmetermin hat keinerlei Erklärungswert und stellt keine stillschweigende Abnahmeerklärung dar. (Davon abgesehen, würde auch eine konkludente Abnahme einen Abnahmewillen der stillschweigend Abnehmenden voraussetzen; davon kann aber nicht ausgegangen werden, wenn - wie hier - durch eine vertragliche Regelung zur Abnahme durch Dritte der Eindruck erweckt wird, einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die einzelnen Erwerber bedürfe es nicht oder nicht mehr; vgl. z.B. OLG München, Beschluss vom 15.12.2008 - 9 U 4149/08; BGH Urteil vom 12.5.2016 -VII ZR 171/15).

4. Frist zur Mängelbeseitigung bzgl. bestimmter Mängel

Das Landgericht hat bzgl. der festgestellten Mängel ausgeführt, dass die Klägerin "betreffend der einzelnen Mängel jeweils eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt" habe (Urteil des Landgerichts, Seite 14). In den Entscheidungsgründen wird in den Ziffern B.II.1., 2, 3, 6 und 10 (auf die sich der diesbezügliche Berufungsangriff bezieht) bzgl. der Fristsetzung jeweils auf die Anlage K 4 (Schreiben vom 20.2.2009) abgestellt.

In der Berufungsbegründung der Beklagten wird die Auffassung vertreten, dass dem

Unternehmer nach Abschluss eines selbständigen Beweisverfahrens, durch welches das Vorliegen eines Mangels erst geklärt wurde, nochmals die Möglichkeit zur Mangelbeseitigung zu geben sei. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es Gespräche gegeben habe, ob die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens tatsächlich erforderlich sei oder ob eine gütliche Einigung möglich sei.

Der Senat teilt nicht die Auffassung der Beklagtenseite, dass nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens oder nach Gesprächen über eine gütliche Einigung eine erneute Fristsetzung oder ein erneute Mangelbeseitigungsaufforderung erfolgen muss. Solches verlangt weder das Gesetz, noch ist es dem Geschädigten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben grds. verwehrt, sich nach solchen Umständen auf eine frühere Mangelbeseitigungsaufforderung bzw. Fristsetzung zu berufen. Die von Beklagtenseite vorgetragene Umstände rechtfertigen es auch im vorliegenden Fall nicht, die Wirkungen einer erfolgten Fristsetzung wieder entfallen zu lassen oder ein Berufen auf die Fristsetzung als treuwidrig erscheinen zu lassen. Die von Beklagtenseite im Schriftsatz vom 17.11.2016 (Blatt 368 d. A.) angegebene Stelle bei Ingenstau/Korbion (VOB, 19. Aufl., 2015, § 8 Abs. 3 VOB/B, Rdn. 29) betrifft zum einen eine andere Frage, nämlich ob ein Kündigungsrecht fortbesteht und nicht, ob ein Schadensersatzanspruch besteht (der dogmatische Unterschied ist, dass bei einer Kündigung aus wichtigem Grund - anders als beim Schadensersatzanspruch - stets der Grundsatz gilt, dass das Kündigungsrecht alsbald nach Kenntnis vom Kündigungsgrund ausgeübt werden muss (vgl. dazu OLG Frankfurt, Urteil vom 15.6.2012 - 2 U 205/11). Außerdem gilt auch dann, dass ein etwaiges Kündigungsrecht allenfalls dann verloren geht, wenn "tatsächlich ein entsprechender Verzichtswille des Auftraggebers erkennbar" ist (Ingenstau/Korbion a.a.O.) bzw. die Auftraggeberin "erkennbar nicht mehr an ihrer Kündigungsandrohung festgehalten" hat (BGH, Urteil vom 28.10.2004 - VII ZR 18/03). Die im vorliegenden Fall vorgetragene Umstände, insbesondere, dass es bei einem "Gespräch um eine gütliche Einigung" geht (Schriftsatz vom 17.11.2016, Blatt 368 d. A.) oder dass ein Gespräch stattfindet, "in dem geklärt werden sollte, ob die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens tatsächlich erforderlich ist" (Schriftsatz vom 1.8.2016, Blatt 332 d. A.), lässt einen solchen Verzichtswillen im vorliegenden Fall nicht ausreichend erkennen.

5. Feststellung bestimmter Mängel

Soweit die Beklagtenseite in der Berufungsbegründung ausführt, dass das Landgericht bestimmte Mängel zu Unrecht angenommen habe, greifen die Berufungsrügen nicht durch:

a) Bräunliche Verfärbung/Abdeckung des Kabelschachtes

aa) Entgegen der Auffassung in der Berufungsbegründung der Beklagten hat das Landgericht bzgl. der bräunlichen Verfärbung (Entscheidungsgründe Urteil Landgericht B.II.4) einen Mangel festgestellt.

Die Entscheidung des Landgerichts ist insoweit nicht zu beanstanden. Im Gutachten V### (Anlage K 8, Seite 50) heißt es dazu: "Es ist davon auszugehen, dass hier noch Feuchtigkeit aus der Bauzeit vorlag, die aber bereits abgetrocknet ist". "Die Ursache für diesen Wassereintrich wird sich im Nachhinein nicht mehr klären lassen" (Anlage K 8, Seite 52). "Zur Mangelbeseitigung ist es ausreichend, die Verfärbungen malertechnisch zu überarbeiten" (Seite 52). Der Sachverständige hat demnach einen Mangel bejaht ("Zur Mangelbeseitigung ist es ausreichend [...]") und das Landgericht ist dem ohne Rechtsfehler im Ergebnis gefolgt.

Dass die Ursache der Feuchtigkeit nicht klärbar war und nicht mehr klärbar ist, geht zu Lasten

der Beklagtenseite. Nachdem keine wirksame Abnahme vorlag (siehe oben), war die Beklagte für die Mangelfreiheit beweisbelastet. Das Landgericht musste nicht aufklären, "ob feststellbar ist, wann und durch wen die Abdeckung entfernt wurde" (Berufungsbegründung der Beklagten, Seite 8). Ob es anders wäre, wenn die Beklagte konkret behauptet hätte, dass die Klägerin bzw. eine ihr zurechenbare Person die Abdeckung beseitigt hat, kann dahinstehen, da eine solche Behauptung im hiesigen Verfahren nicht erhoben wurde.

Der Einwand in der Berufungsbegründung, dass nicht geklärt sei, wann und durch wen die Abdeckung entfernt wurde, lässt auch nicht etwa das Vertreten müssen entfallen (was die Beklagtenseite in der Berufungsbegründung auch nicht geltend macht). Für ein fehlendes Vertreten müssen wäre die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet. Sie hat aber weder konkret behauptet noch unter Beweis gestellt, welche - der Beklagten nicht zurechenbare Person - zu welchem Zeitpunkt die Abdeckung entfernt haben soll und weshalb dies ein Vertreten müssen entfallen lassen sollte. Dass ein gerichtlich beauftragter Sachverständiger dies nicht feststellen kann, liegt auf der Hand.

Dass das Landgericht der Klägerin insoweit EUR 80,00 zugesprochen hat, ist nicht zu beanstanden.

bb) Bzgl. der Abdeckung des Kabelschachtes (Entscheidungsgründe im Urteil des Landgerichts, B.II.5) hat die Beklagtenseite nur gerügt, dass das Landgericht zu Unrecht eine Abnahme angenommen habe und in deren Folge einen Mangel bejaht habe. Die Feststellung des Landgerichts, dass keine wirksame Abnahme vorlag, ist aber nicht zu beanstanden (siehe oben).

cc) Dass die Beklagte sich bereit erklärt hat, diese beiden Erscheinungen "aus Kulanz" zu beseitigen, lässt den Anspruch nicht entfallen.

b) Lüftungsöffnungen der Tiefgarage

Bzgl. der Lüftungsöffnungen der Tiefgarage hat das Landgericht festgestellt, dass der Mangel weiter bestehe; hierfür habe der Sachverständige einen Betrag von EUR 640,00 geschätzt. Die Beklagte habe den Nachweis der ordnungsgemäßen Mangelbeseitigung nicht führen können.

Der Sachverständige V#### hatte im Gutachten vom 27.5.2011 (dort Seite 71) festgestellt, er halte "es zur Mangelbeseitigung für notwendig, diese Bauteilfläche vor Niederschlagswasser so gut wie möglich zu schützen. Dies ist z.B. durch das Anbringen einer Abtropfkante aus Blech in der oberen Brüstung möglich, welche anfallendes Niederschlagswasser in die Kiespackung der Lichtschachtsohle leitet".

Im Gutachten vom 24.8.2015 (Blatt 208 d. A.) heißt es: Die "Betonier Fuge liegt ca. 38 cm unterhalb der nun neuen Brüstungsoberkante, dies bedeutet, die Brüstung wurde um ca. 38 cm aufgestockt." Es ergebe sich "also noch eine fehlende Brüstungshöhe von (72 cm - 38 cm =) 34 cm" (Blatt 210 d. A.).

In der Berufungsbegründung (Blatt 334 d. A.; dazu auch Schriftsatz vom 17.11.2016, Blatt 368 d. A.) heißt es dazu, dass mit Schriftsatz vom 06.10.2015 Stellung genommen worden und dargelegt worden sei, "dass die Drainage in der Folge um ca. 35-40 cm tiefer gelegt wurde und damit auch nach Auffassung des TÜV die Aufstockung geringer ausfallen könnte, ein Aufbetonieren mit 38 cm daher genügt" (Blatt 227 d. A.).

Der Sachverständige wurde dazu befragt (Protokoll vom 16.2.2016, Blatt 249 d. A.) und äußerte:

"Ich weiß nicht, ob es so ist, dass die Drainage in diesem Ausmaß oder überhaupt tiefer gelegt wurde. Wenn die Drainage tiefer gelegt wurde, dann könnte es sein, dass auch die Aufstockung geringer ausfallen könnte und dann kann es auch sein, dass eine Aufbetonierung mit 38 cm ausreichend wäre".

Allerdings hatte der Sachverständige u.a. auch festgestellt, dass schon "die Brüstungserhöhungen mittels Ausbetonieren [...] augenscheinlich nicht fachgerecht erfolgte [sic]" (Blatt 211 d. A.) und weitere Probleme bestünden (Blatt 204 d. A.: Glas gesplittert, Blatt 210 d. A.: kein Nachweis einer durchwasserdichten Konstruktion; Blatt 211 d. A.: Rissbildung an der Betonier Fuge). Selbst wenn der Sachverständige unter bestimmten Voraussetzungen ein Aufbetonieren in geringerem Umfang, als ursprünglich angenommen, für ausreichend hielt und man zugunsten der Beklagten unterstellt, dass die Drainage tiefer gelegt wurde (vgl. hierzu Beweisangebot im Termin am 19.2.2016, Blatt 250 d. A.; Beweis dafür, "dass die Drainage tiefer gelegt wurde"), führt dies nicht dazu, dass der Nachweis einer ordnungsgemäßen Mangelbeseitigung geführt war, da dadurch die weiteren Probleme nicht ausreichend beseitigt wurden. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Sachverständige V### den Umstand, dass die versuchte Mangelbeseitigung nicht fachgerecht war, nicht "allein" darauf gestützt, dass die Brüstung nur um 38 cm ausbetoniert wurde (Berufungsbegründung Beklagte Seite 9), sondern auch auf andere Gründe. Dass sich durch ein Tieferlegen der Drainage angesichts der bestehenden weiteren Probleme eine relevante Verringerung des Mangelbeseitigungsbetrages von EUR 640,00 ergeben würde, ist nicht ersichtlich. Allein für ein Verpressen des Risses an der Betonier Fuge hat der Sachverständige EUR 200,00 bis EUR 300,00 veranschlagt (Blatt 249 d. A.), ohne dass dadurch der ursprüngliche Mangel komplett beseitigt würde. Im Rahmen des § 287 ZPO ist der vom Sachverständigen ursprünglich angenommene Betrag von EUR 640,00 nach wie vor begründet.

Die Berufungsbegründung hat daher insoweit keinen Erfolg.

c) Oberflächenschutz im Bereich der Stützen- und Wandfüße, Arbeitsfugen und Rinnen

Das Landgericht hat insoweit einen Betrag von EUR 5.500,00 zugesprochen. Zur Mangelbeseitigung sei es erforderlich, auf die spritzwassergefährdeten Bereiche ein fachgerechtes Oberflächenschutzsystem anzubringen.

In seinem Gutachten vom 27.5.2011 (Anlage K 8, Seite 83 ff.) hatte der Sachverständige V### hierzu Ausführungen gemacht und insbesondere festgestellt, dass "ein fachgerechtes Oberflächenschutzsystem (z.B. OS 8 an den waagrechten, bzw. OS 5 an den senkrechten Flächen) aufzubringen" sei.

Im Gutachten vom 24.8.2015 hat der Sachverständige ausgeführt (Blatt 218 d. A.), dass es sich bei dem verwendeten Produkt "nicht um eine OS5-Beschichtung handelt", weshalb er an seiner Auffassung festhalte, "dass an den senkrechten Stützen kein geeignetes Oberflächenschutzsystem aufgebracht wurde".

Zwar hatte die Beklagtenseite behauptet, dass die Hersteller- und Vertriebsfirma des Beschichtungsmaterials, die Firma R###, Unterlagen vorgelegt habe, wonach das an den senkrechten Flächen verwendete Oberflächenschutzsystem OS 5a entsprechen würde (Blatt 167 d. A.). Allerdings hatte der Sachverständige darauf hin selbst noch eine Information der Firma R### eingeholt, welche bestätigte, dass es sich bei dem Produkt Funcosil BI nicht um eine OS 5-Beschichtung handele (Blatt 218 d. A.).

Wenn die Beklagtenseite in der Berufungsbegründung ausführt, dass die Stellungnahme des

Sachverständigen "zu dem verwendeten Produkt nicht nachgeprüft werden" könne (Blatt 336 d. A.), ist dieser Einwand nicht mehr zu berücksichtigen. Er wurde in erster Instanz nicht vorgebracht. Wenn die Beklagtenseite der Auffassung war, dass der Sachverständige das falsche Produkt überprüft hat, hätte sie dies als Einwand gegen das Gutachten geltend machen können. Dann hätte der Sachverständige ausführen können, warum er gerade von diesem Produkt ausging. In diesem Punkt wurden aber im Schriftsatz vom 6.10.2015 (Blatt 225 d. A.) binnen der gesetzten Frist und auch sonst in erster Instanz keine substantiierten Einwendungen erhoben.

In der Berufungsbegründung wird angemerkt, dass der Sachverständige "die Frage, ob es sich um unbelastete Flächen handelt, nicht ausreichend beantwortet" habe (Blatt 336 d. A.). Der Sachverständige hatte aber bereits im Gutachten vom 27.5.2011 (dort Seiten 83 ff.) Ausführungen gemacht und Mangelbeseitigungskosten von EUR 5.500,00 geschätzt und dabei insbesondere zwischen senkrechten und waagrechten Flächen unterschieden.

Im Schriftsatz vom 28.11.2014 (Blatt 166 d. A.) hatte die Beklagtenseite die Frage gestellt: "Ist es richtig, dass zwischen waagrechten und senkrechten Flächen zu entscheiden [gemeint wohl: unterscheiden] ist? In welchem Umfang ist [...] die Beschichtung an Stützen und Wänden waagrecht auszuführen? Des Weiteren möge der Sachverständige die Frage der Beschichtung an senkrechten Flächen nochmals näher erläutern."

Der Sachverständige hat diese Fragen im Gutachten vom 24.8.2015 (Blatt 218 d. A.) beantwortet. Es sei "richtig, dass zwischen mechanisch belasteten und unbelasteten Flächen, also im vorliegenden Fall zwischen den senkrechten Flächen der Stützenseiten und den waagrechten (horizontalen) Flächen der Fahrbahn zu unterscheiden ist". Dass auch an den mechanisch unbelasteten Senkrechten kein ausreichender Oberflächenschutz (OS 5) angebracht wurde, hat der Sachverständige festgestellt. Die Fragen der Beklagtenseite waren ausreichend beantwortet.

d) Absenkung des Pflasters bei der Zuwegung

Das Landgericht hat insoweit einen Betrag von EUR 10.250,00 zugesprochen.

aa) In der Berufungsbegründung rügt die Beklagtenseite, dass im Schriftsatz vom 15.1.2013 gefragt worden sei, worauf die fehlenden Rückenstützen/Randeinfassungen zurückzuführen seien, auch dazu, ob Ursachen der Fugen die fehlenden Rückenstützen/Randeinfassungen seien.

Mit Schriftsatz vom 21.1.2013 (Blatt 67 d. A.) hatte die Beklagtenseite ausgeführt: "Des Weiteren hat der Sachverständige hinsichtlich der abgesenkten Rückenstützen nicht erklären können, worauf dies zurückzuführen ist." In der Berufungsbegründung heißt es (Blatt 337 d. A.): "Vielmehr ist es offensichtlich so, dass die Rückenstützen nachträglich entfernt wurden".

Dieser Einwand greift nicht durch. Worauf die fehlenden Rückenstützen zurückzuführen sind, spielt für die Frage der Mangelhaftigkeit grds. keine Rolle (so auch bereits das Landgericht im Zwischenurteil vom 4.2.2013, Blatt 75 d. A.: "Auf die Ursachen [...] einer fehlenden und abgebrochenen Rückenstütze wird es nicht ankommen [... weil ...] das Vorhandensein von Mängeln ausreichend sein" wird). Wenn es in der Berufungsbegründung der Beklagten (dort Seite 12) heißt, es sei "offensichtlich so, dass die Rückenstützen nachträglich entfernt wurden" entlastet dies die Beklagte nicht, da sie vor der Abnahme die Mangelfreiheit der Leistung nachweisen muss und es auf die Ursache nicht ankommt. Ob es anders wäre, wenn die Beklagte konkret behauptet hätte, dass die Klägerin bzw. eine ihr zurechenbare Person die Rückenstützen beseitigt hat, kann dahinstehen, da eine solche Behauptung im hiesigen Verfahren nicht erhoben wurde.

Bzgl. des Einwandes in der Berufungsbegründung, dass nicht geklärt sei, worauf die fehlenden Rückenstützen zurückzuführen seien bzw. dass diese nachträglich entfernt worden seien (dazu auch Schriftsatz vom 17.11.2016, Blatt 369 d. A.), gilt unter dem Aspekt des Vertreten Müssens das oben bereits Ausgeführte entsprechend. Für ein fehlendes Vertreten müssen wäre die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet. Sie hat aber weder konkret behauptet noch unter Beweis gestellt, welche - der Beklagten nicht zurechenbare Person - zu welchem Zeitpunkt die Rückenstützen beseitigt oder beschädigt haben soll und weshalb dies ein Vertreten müssen entfallen lassen sollte. Dass ein gerichtlich beauftragter Sachverständiger dies nicht feststellen kann, liegt auf der Hand.

bb) In der Berufungsbegründung der Beklagten wird weiter angemerkt, dass die Frage der Sowieso-Kosten nach wie vor ungeklärt sei. Darauf sei mit Schriftsatz vom 21.1.2013 auf Seite 2 zu Ziffern 4.2.17 und 4.2.19 verwiesen worden.

Im Schriftsatz vom 21.1.2013 auf Seite 2 heißt es zu Ziffern 4.2.17 und 4.2.19: "So stellt sich [...] die Frage der Sowieso-Kosten bzw. einem Abzug von neu für alt, da grundsätzlich Oberflächenschutzsysteme nur eine beschränkte Lebenserwartung aufweisen".

Der Senat geht davon aus, dass diese Rüge, obwohl in der Berufungsbegründung unter Ziffer 7 ("Absenkung des Pflasters bei der Zuwegung") aufgeführt, eigentlich zur Berufungsbegründung unter Ziffer 6 (Oberflächenschutz) gehört.

Tatsächlich betrifft der Einwand nicht "Sowieso-Kosten", sondern einen möglichen Abzug "Neu für Alt" (Blatt 338 d. A.: "Wäre nämlich die Beschichtung von Anfang an aufgebracht worden, wäre sie bereits jetzt zu erneuern").

Dieser Einwand ist aus Rechtsgründen unbeachtlich. "Den Einwand einer Vorteilsausgleichung wegen einer durch die verzögerte Mängelbeseitigung verlängerten Lebensdauer des Werkes hat die Rechtsprechung stets mit überzeugender Begründung zurückgewiesen. Dieser Abzug "Neu für Alt" kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn - wie das regelmäßig der Fall sein wird die erlangten Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem funktional fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Unternehmer soll dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren" (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 2014, 6. Teil, Rdn.57). Genauso liegt der Fall hier.

e) Schneefangkonstruktion

Das Landgericht hat bzgl. der Schneefangkonstruktion einen Betrag von EUR 8.500,00 zugesprochen.

In der Berufungsbegründung rügt die Beklagtenseite (Blatt 338 d. A.), dass das Landgericht nicht ausreichend gewürdigt habe, dass der Gutachter H#### eine andere Auffassung vertreten habe. Der Gutachter H#### sei zu dem Ergebnis gekommen, "dass keineswegs umfassend Schneefanggitter erforderlich sind. Erforderlich sind diese vielmehr nur im Bereich der Verkehrsflächen und über Eingängen. [...] Terrassen, Fahrradabstellplätze für Wohnanlagen etc. fallen hierunter nicht, wie vom öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen H#### im Rahmen eines anderweitigen Verfahrens bestätigt" (Blatt 339 d. A.).

Außerdem habe die Beklagte Fotos vorgelegt, wonach im gesamten Umfeld des

streitgegenständlichen Anwesens Schneefangeinrichtungen nicht vorhanden seien.

Das Landgericht hat sich in seinem Urteil (dort Seiten 24/25) ausführlich mit dieser Mängelbehauptung befasst. Dass es kein "Obergutachten" einholte, ist nicht zu beanstanden. Ergänzend zu den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts ist auf Folgendes hinzuweisen:

Der Sachverständige V### hat im 1. Ergänzungsgutachten vom 12.11.2012 (dort Seiten 11 ff.) festgestellt, dass bestimmte Schneefanggitter verbaut seien, diese aber teilweise zerbrochen und verbogen und nicht in der Lage seien, dem anstehenden Schnee- und Eisdruck standzuhalten. Daher müssten sie und auch die gleich konstruierten weiteren Schneefanggitter überarbeitet werden. Mit Fragen und Einwendungen gegen das Gutachten hat sich der Sachverständige auseinandergesetzt und diese nachvollziehbar beantwortet.

In der Berufungsbegründung wird nun gerügt, dass der Gutachter H### zu dem Ergebnis gekommen sei, "dass keineswegs umfassend Schneefanggitter erforderlich sind. Erforderlich sind diese vielmehr nur im Bereich der Verkehrsflächen und über Eingängen. [...] Terrassen, Fahrradabstellplätze für Wohnanlagen etc. fallen hierunter nicht, wie vom [...] Sachverständigen H### im Rahmen eines anderweitigen Verfahrens bestätigt".

Bzgl. des insoweit von Beklagtenseite angesprochenen streitigen Bereichs (z.B. Terrassen, Balkone, Spielplätze und Fahrradabstellplätze) stimmten der Privatgutachter H### und der gerichtlich beauftragte Sachverständige V### darin überein, dass es "keine Norm oder anderweitige Technische Regel gibt, in der das Anbringen von Schneefanggittern konkret gefordert wird" (so V### im Gutachten vom 22.10.2014, Seite 9) bzw. dass eine "Verpflichtung hierzu [...] aus fachtechnischer Sicht nicht" besteht (so H###, Stellungnahme vom 27.2.2014, Seite 6, nach Blatt 120 d. A.). Allerdings hat auch der Privatgutachter H### ausgeführt, dass aus "fachtechnischer Sicht [...] somit die Verpflichtung bei Dächern [bestehe], die z.B. an öffentlichen Wegen, Bürgersteigen, Straßenraum angrenzen [...] gegen Schnee- und Eisabgang abzusichern" (H###, Stellungnahme vom 27.2.2014, Seite 6, nach Blatt 120 d. A.). Es sei "sinnvoll", auch bei "Flächen, wie z.B. Terrassen, Spielplätze, Fahrradabstellplätze u.ä. [...] abzusichern".

Der Senat hält im vorliegenden Fall auch eine entsprechende Verpflichtung für gegeben. In Art. 17 Abs. 1 Satz 1 BayBO heißt es: "Bauliche Anlagen und die dem Verkehr dienenden nicht überbauten Flächen bebauter Grundstücke müssen ihrem Zweck entsprechend verkehrssicher sein." Der Umstand, dass keine (ausdrücklich geschriebene öffentlich-rechtliche) Pflicht zur Anbringung von Schneefanggittern besteht, steht der Annahme einer gleichwohl gegebenen Verkehrssicherungspflicht nicht entgegen. (Vgl. z.B. Molodovsky/Famers, BayBO, Beck 32. Update 08/16, Art. 30 Dächer: "Bereits mit dem ÄndG 98 wurde die Regelung aufgehoben, nach der die Bauaufsichtsbehörden für Dächer an allgemein zugänglichen Wegen und über Eingängen zum Schutz gegen das Herabfallen von Schnee, Eis und Dachteilen besondere Vorrichtungen (wie z. B. Schneefanggitter, liegende Balken, Haken auf der Dachhaut, Vordächer) verlangen konnten. Aus der amtlichen Begründung ging hervor, dass ggf. die zivilrechtlich bestehende Verkehrssicherungspflicht solche Maßnahmen bereits erfordert, so dass eine zusätzliche öffentlich-rechtliche Anforderung nicht für erforderlich gehalten wurde".) Der Umstand, dass aus fachtechnischer Sicht keine Pflicht zur Anbringung von Schneefanggittern bestand, steht einer Rechtspflicht daher nicht entgegen. (Ausdrücklich heißt es in der Stellungnahme H###, die Stellungnahme stelle "die fachtechnische Sichtweise dar. Eine rechtliche Bewertung ist damit nicht verbunden".)

Auch durch das Privatgutachten wird nicht in Frage gestellt, dass vorliegend "die Verpflichtung

bei Dächern [bestand], die z.B. unmittelbar an öffentlichen Wegen, Bürgersteigen, Straßenraum angrenzen [...], gegen den Schnee- und Eisabgang abzusichern". Der Senat hält diese Pflicht privatrechtlich - auch für die Terrassen, Spielplätze, Fahrradabstellplätze u.ä. für gegeben, da dort ebenso wie auf öffentlichen Wegen und Bürgersteigen eine erhöhte Gefahr besteht, dass Personen von Eis und Schnee getroffen und geschädigt werden. Dies gilt jedenfalls, da der Sachverständige V### festgestellt hat, dass vorliegend die Schneelastzone 3 (vgl. Gutachten vom 22.10.2014, Seite 7), also die höchste Kategorie, einschlägig ist. (Solcher genereller Schneereichtum kann eine Verkehrssicherungspflicht begründen, vgl. z.B. Staudinger, WEG, Neubearb. 2005, § 21, Rdn. 183: "Eine Rechtspflicht zu Sicherungsmaßnahmen entsteht erst dann, wenn besondere Umstände diese zum Schutze Dritter gebieten. Solche können nach der allgemeinen Schneelage des Ortes [...] gegeben sein"; vgl. auch OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss vom 17.2.2012 -1-24 U 217/11: "Eine Rechtspflicht entsteht erst dann, wenn besondere Umstände Sicherungsmaßnahmen zum Schutze der Mieter oder Dritter gebieten. Solche können nach der allgemeinen Schneelage des Ortes, der Beschaffenheit und Lage des Gebäudes, den konkreten Schneeverhältnissen und der Art und des Umfangs des gefährdeten Verkehrs ergeben").

Ob andere Anwesen im Umfeld eine entsprechende Schneefangeinrichtung haben, kann dahinstehen. Zwar kann auch die Ortsüblichkeit ein Indiz für eine Verkehrssicherungspflicht sein (vgl. z.B. Staudinger, BGB, Neubearb., 2012, § 836, Rdn. 32: "So kann es auf die Dachneigung [...] oder darauf ankommen, ob eine Gegend als schneereich oder -arm gilt und ob Schneeauffanggitter ortsüblich oder durch die Landesbauordnung bzw. Ortssatzung vorgeschrieben sind"), aber im vorliegenden Fall ist nach Auffassung des Senats auch dann eine Verkehrssicherungspflicht zu bejahen, wenn andere Anwesen keine solchen Vorrichtungen aufweisen.

Die Berufungsbegründung greift daher insoweit nicht durch. Die Entscheidung des Landgerichts ist insoweit im Ergebnis nicht zu beanstanden.

f) Fliesenbelag Haus 18

Bzgl. des Fliesenbelags im Haus 18 hat das Landgericht einen Betrag von EUR 250,00 zugesprochen.

In der Berufungsbegründung (Blatt 340 d. A.) wird gerügt, dass der Sachverständige nicht dargelegt habe, woraus er den Schluss ziehe, dass der Fliesenbelag hohl liege.

Der Sachverständige hat im 1. Ergänzungsgutachten auf Seite 17 dargestellt, dass er ein "hohl liegen" durch Abklopfen festgestellt habe. Er hat demnach tatsächliche Feststellungen getroffen. Es handelt sich nicht um eine reine Vermutung, wie in der Berufungsbegründung angemerkt.

Die Entscheidung des Landgerichts ist insoweit nicht zu beanstanden.

6. Gutachterkosten von EUR 1.264,38

Das Landgericht hat der Klägerin die begehrten Kosten der außergerichtlichen Sachverständigen in Höhe von EUR 1.264,38 nicht zugesprochen, da nicht vorgetragen worden sei, dass das Gutachten "aufgrund Mangelsymptomen in Auftrag gegeben wurde". Vielmehr sei es um die Feststellung des Ist-Zustandes gegangen.

Die Klägerin rügt in ihrer Berufung, dass es sich tatsächlich bei dem Gutachten um ein

"Mängelprotokoll" gehandelt habe. Es sei vor Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens notwendig gewesen, "die Unzahl der gerügten Mängel einzugrenzen" mit dem Ziel "eine Kanalisierung in Richtung auf einem selbständigen Beweisverfahren zu erfahren" (Blatt 324/325 d. A.).

Zwar können die Kosten für ein Privatsachverständigengutachten unter bestimmten Voraussetzungen erstattungsfähig sein. Allerdings sind vom Bauherrn aufgewendete Gutachterkosten wegen einer lediglich baubegleitenden Beratung, die nicht im Zusammenhang mit dem Auftreten eines konkreten Mangels stehen, nicht erstattungsfähig. Auch wenn ein Bauherr einen Sachverständigen lediglich bei der (möglichen) Abnahme beizieht, um seine fehlende Sachkunde auszugleichen, sind diese Kosten nicht erstattungsfähig. Erst wenn der Sachverständige zur Feststellung bereits aufgetretener bzw. in ihrer Symptomatik erkennbarer Mängel beauftragt wird, kommt ein Erstattungsanspruch in Betracht (so z.B. OLG Köln, Beschluss vom 9.10.2012 - 22 U 58/12).

Die Klägerseite hat in erster Instanz nicht dargelegt, ob und ggf. welche Mängel(symptome) Anlass für die Beauftragung des Privatgutachters waren (in der Klageschrift heißt es nur, die Klägerin habe "den Zustand des Objekts begutachten lassen" und die Gutachterin habe "massive Mängel [...] festgestellt"; Blatt 6 d. A.). Dies ergibt sich auch nicht aus der Anlage K 3. Dort heißt es: "Gegenstand des Auftrags ist die Teilnahme an der Begehung des oben genannten Objekts mit Mängelprotokoll und Stellungnahme" und "Auftraggeber zur Begutachtung des Gemeinschaftseigentums im Rahmen der Abnahme ist [...]".

Es war weder vorgetragen, noch aus der Anlage K 3 ersichtlich, ob und ggf. welche der vom Gutachter protokollierten Mängel Grund der Beauftragung waren oder ob diese erst vom Gutachter im Rahmen eines Abnahmetermins erstmals erkannt wurden.

Die Entscheidung des Landgerichts ist daher nicht zu beanstanden.

Soweit in der Berufungsbegründung angemerkt wird, dass bei einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts "umfangreichst von der Klagepartei auf die Mangelliste, die der Hausverwaltung Schlamp vorlag, hingewiesen worden" wäre (Blatt 325 d. A.) begründet dies die Berufung nicht. Für eine zulässige Berufungsrüge ist nicht nur erforderlich, dass ein unterlassender Hinweis gerügt wird, sondern auch, dass in der Berufungsbegründung konkret dargelegt wird, was vorgetragen worden wäre, wenn das Gericht einen entsprechenden Hinweis erteilt hätte und wie das das Urteil beeinflusst hätte (vgl. dazu z.B. BGH, Beschluss vom 28.7.2016 - III ZB 127/15 BGH, Beschluss vom 22.05.2014 - IX ZB 46/12; BGH, Beschluss vom 3.3.2015 - VI ZB 6/14; BFH, Beschluss vom 8.2.2012 VI B 143/11; BFH, Beschluss vom 12.10.2010 - I B 190/09; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.7.2015 -