
Datum: 25.07.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 6/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0725.22U6.03.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 26. November 2002 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.166,00 EUR nebst 4 % Zinsen seit dem 19.10.2001 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits einschließlich des selbständigen Beweisverfahrens (LG Mönchengladbach

6 OH 25/99) hat der Kläger 93 % und die Beklagte 7 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

Der Kläger und seine Ehefrau kauften am 06.02.1996 von der Beklagten das Wohnungseigentum P. in M. Hierbei handelt es sich um eine Doppelhaushälfte, die mit der anderen Hälfte P. eine Wohnungseigentümergeinschaft bildet. Die andere Wohnung kauften die Zeugen J. und S. mit Angebot vom 18.12.1995, das die Beklagte am 03.01.1996 annahm. Die Zeugen verkauften ihre Doppelhaushälfte am 07.11.1997 an den Kläger und seine Ehefrau. 3

Vorsorglich traten die Zeugen J. und S. am 09.11.1999 dem Kläger die ihnen aus dem Kaufvertrag mit der Beklagten zustehenden Gewährleistungsansprüche ab. Auch die Ehefrau des Klägers trat diesem am 26.07.2001 ihre Gewährleistungsansprüche ab. 4

Bei dem Doppelhaus handelt es sich um einen vor 1907 errichteten Altbau, der vor dem Verkauf mit Ausnahme des Dachstuhls von der Beklagten renoviert wurde. Nach Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden 1997 trat an allen Außenwänden zur Straße hin Feuchtigkeit auf, weil die Horizontalsperre nicht in Ordnung ist. Außerdem entsprechen die Treppen, die von der Beklagten erneuert worden waren, nicht den heutigen technischen Vorschriften (Auftrittstiefe, Breite der Treppe, lichte Höhe über den Stufen). Der Dachstuhl ist vom Holzwurm befallen, die Firstpfette und zwei Sparren sind bereits gebrochen. Im Garten befindet sich ca. eine Spatentiefe unter dem Mutterboden eine Betonfläche von 8 x 5,25 m, auf der ein Flüssiggastank steht, wofür ca. 3,5 x 5,25 m dieser Fläche in Anspruch genommen werden. Die Beklagte lehnte es nach Aufforderung mit Schreiben vom 19.10.2000 ab, für diese Umstände einzustehen. 5

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe den Käufern beider Haushälften zugesichert, dass es sich bei dem Objekt um einen vollständig, bis auf die Grundmauern sanierten Altbau handle. Die Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden in dem Haus koste 5.693,75 EUR. Der Einbau vorschriftsmäßiger Treppen nebst dadurch erforderlichem Umbau der Flure im Obergeschoss koste 16.586,00 EUR. Der Schallschutz zwischen den Haushälften entspreche nicht den geltenden Vorschriften, statt erforderlicher 53 dB Dämmung würden nur 47 dB erreicht. Für die Herstellung eines ordnungsgemäßen Schallschutzes sei eine Vorsatzschale erforderlich, die Kosten von 2.817,22 EUR zzgl. Kosten der Schallschutzberechnung von 889,65 EUR und Tapezierarbeiten mit Kosten von 2.049,75 EUR erfordere. Die Reparatur des Dachstuhls koste 6.645,11 EUR. Die Betonfläche im Garten sei bereits vor der ersten Besichtigung des Grundstücks mit Mutterboden bedeckt gewesen, ein Abbruch der Teilfläche, die nicht für den Tank erforderlich ist, koste 2.166,00 EUR. 6

Der Kläger hat beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 72.067,38 DM (36.847,47 EUR) nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit (Klagezustellung am 19.10.2001) zu zahlen. 8

Die Beklagte hat beantragt, 9

die Klage abzuweisen. 10

Sie hat behauptet, sie habe niemals erklärt, es handle sich quasi um einen Neubau. Sie habe von Anfang an gesagt, dass sie an dem Objekt nur bestimmte Arbeiten ausgeführt habe. Die Feuchtigkeit sei erst nach Übergabe an die Erwerber aufgetreten, ebenso der Holzwurm und die gebrochenen Balken im Dachstuhl. Sie habe die Konstruktion der Treppen nicht verändert, sondern lediglich gleiche Treppen neu herstellen und einbauen lassen. Dem Kläger sei die Betonfläche im Garten bekannt gewesen, erst die Käufer hätten die Fläche mit Mutterboden abgedeckt. Hinsichtlich der Treppen und des Schallschutzes hat sie gemeint, 11

sie schulde nicht die Einhaltung aktueller öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften.

Sie hat sich auf den in den Notarverträgen vereinbarten Gewährleistungs-ausschluß berufen und Verjährung eingeredet. Zudem hat sie die Auffassung vertreten, dass der Kläger sich auf seine vermeintlichen Schadensersatzansprüche im Wege der Vorteilsausgleichung eine durch die Arbeiten eintretende Wertsteigerung der Haushälften von ca. 80.000,00 DM (40.903,35 EUR) anrechnen lassen müsse. 12

Der Kläger und seine Ehefrau hatten vorprozessual im Wege eines selbständigen Beweisverfahrens gegen die Beklagte (LG Mönchengladbach 6 OH 25/99) eine Beweiserhebung zu den behaupteten Mängeln durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens eines Sachverständigen erwirkt. Das Ergebnis dieser Begutachtung ist dem Gutachten des Sachverständigen M. vom 07.08.2000 zu entnehmen. 13

Das Landgericht hat weiteren Beweis erhoben gemäß den Beweisbeschlüssen vom 16.04. und 08.05.2002 zu den Fragen, ob die Beklagte die Doppelhaushälften gleichsam als Neubau angepriesen habe und ob die Betonfläche im Garten bei der Besichtigung erkennbar war, durch Vernehmung der Zeugen Q. A. (Ehefrau des Klägers), S., J., B. und I.. Das Beweisergebnis ist den Protokollen der mündlichen Verhandlungen vom 04.06. und vom 29.10.2002 zu entnehmen. 14

Mit Urteil vom 26.11.2002 hat das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen im übrigen Bezug genommen wird, der Klage überwiegend stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger sei aufgrund der Abtretungen insgesamt aktivlegitimiert. Die Ansprüche der Zeugen J. und S. seien nicht durch den Weiterverkauf an den Kläger erloschen und hätten deshalb noch im nachhinein abgetreten werden können. 15

Auf das Vertragsverhältnis der Parteien sei überwiegend Werkvertragsrecht anzuwenden. Die Bezeichnung der Verträge als Kaufverträge schade nicht. Die Beklagte habe sich nämlich zur Herstellung bzw. Übereignung eines hergestellten Miteigentumsanteils verpflichtet. Eine solche Regelung enthalte der Notarvertrag zwar nicht. Der darin liegende Formmangel sei aber durch Eintragung der Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch geheilt worden. Es sei Bestandteil der Verträge gewesen, dass die Beklagte erhebliche Arbeiten an dem Haus durchgeführt habe, was im Grunde unstrittig und nur hinsichtlich des genauen Umfangs umstritten sei. Die zahlreichen durchgeführten Arbeiten (Bodenbeläge ausgetauscht, Wände tapeziert, Wasser- und Elektroinstallation erneuert, Fenster ausgetauscht, neue Heizung installiert, Dach neu eingedeckt) führten dazu, dass der Herstellungsanteil gegenüber dem Kaufanteil so deutlich überwiege, dass hinsichtlich des Hauses insgesamt Werkvertragsrecht anzuwenden sei. 16

Das Werk der Beklagten sei mangelhaft. Dass im Sockelbereich Feuchte eindringe, sei unstrittig und ergebe sich auch aus dem Gutachten des Sachverständigen M.. Zwar habe die Beklagte an der Abdichtung überhaupt keine Arbeiten vorgenommen. Sie habe aber nach den geschlossenen Vereinbarungen einen - mit Ausnahme des Dachstuhls - vollständig renovierten Altbau geschuldet. Denn aufgrund der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Beklagte bei den Verkaufsverhandlungen gegenüber den Erwerbern angegeben habe, es handele sich bei den Objekten um einen bis auf die Grundmauern sanierten Altbau, der einem Neubau quasi gleichstehe. Diese Zusicherung sei Vertragsbestandteil geworden, weil hierdurch die Eigenschaften des Kaufgegenstandes eindeutig bestimmt worden seien. 17

Der Mangel habe auch bei Übergabe vorgelegen. Es komme nicht darauf an, dass die Feuchtigkeitserscheinungen erst später auftraten, vielmehr bestehe der Mangel darin, dass 18

die alte Abdichtung nicht erneuert wurde.

Auch hinsichtlich der Treppen liege ein Mangel vor, weil die Beklagte die Einhaltung der aktuellen Bauvorschriften geschuldet habe und die Treppen nicht dem aktuellen öffentlichen Baurecht entsprächen. Der Anspruch sei auch nicht ausgeschlossen, weil die Erwerber den Mangel bei Abnahme hätten erkennen können, denn der Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB werde nicht durch Abnahme in Kenntnis des Mangels ausgeschlossen. 19

Der unzureichende Schallschutz zwischen den Haushälften sei ebenfalls ein Mangel des Werks der Beklagten. 20

Der deshalb zu bejahende Anspruch des Klägers sei nicht im Wege der Vorteilsausgleichung zu mindern, weil der Kläger sich durch Erhalt des Schadensersatzes nicht besser stehe als bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung. 21

Der in den jeweiligen Notarverträgen enthaltene Gewährleistungsausschluss sei unwirksam, weil es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle und nach § 11 Nr. 10a AGBG bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen ein völliger Gewährleistungsausschluss unwirksam sei. Von einer neu hergestellten Sache sei auszugehen, wenn die neu hergestellten Teile derart überwögen, dass nach der Verkehrsanschauung insgesamt von einer neu hergestellten Sache ausgegangen werden könne. Das sei vorliegend der Fall. 22

Die Ansprüche des Klägers seien auch nicht verjährt, weil die 5jährige Verjährungsfrist des § 638 BGB rechtzeitig durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens und durch Klageerhebung unterbrochen worden sei. 23

Dem Kläger stehe auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Betonfläche im Garten aus dem Gesichtspunkt des arglistigen Verschweigens eines Mangels der Kaufsache zu. Insoweit sei Kaufvertragsrecht anzuwenden, weil keine Herstellung vereinbart worden sei. Der in der Betonfläche liegende Mangel sei von der Beklagten arglistig verschwiegen worden, denn aufgrund der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Beklagte vom Vorhandensein der Betonfläche gewußt und diese mit Mutterboden abgedeckt habe. Dies hätte die Beklagte offenbaren müssen. Wegen des darin liegenden arglistigen Verschweigens sei der vereinbarte Gewährleistungsausschluss unwirksam und der Anspruch nicht verjährt. 24

Dagegen bestehe kein Schadensersatzanspruch des Klägers hinsichtlich des Dachstuhls. Der Kläger habe keinen Beweis für die bestrittene Tatsache angeboten, dass der Dachstuhl bereits bei Übergabe mangelhaft gewesen sei. 25

Gegen dieses ihr am 19.12.2002 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte, soweit sie zur Zahlung verurteilt worden ist, mit ihrer am 14.01.2003 eingelegten und nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 19.03.2003 am 18.03.2003 begründeten Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiterverfolgt und im Wesentlichen ausführt: 26

Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert, weil die Klage im wesentlichen Gemeinschaftseigentum betreffe und der Kläger keinen Beschluss der Eigentümerversammlung zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorlege. Zudem beziehe sich die Abtretung der Zeugen J. und S. nur auf ein Kaufangebot und nicht auf einen Kaufvertrag und sei deshalb unwirksam. Ohnehin seien etwaige Gewährleistungsansprüche der Zeugen durch den Weiterverkauf untergegangen und hätten deshalb nicht mehr abgetreten werden können. Die Abtretung durch die Ehefrau des Klägers sei zu unbestimmt und deshalb ebenfalls unwirksam. Der 27

Kläger und seine Ehefrau hätten die Haushälfte P. auch inzwischen weiterverkauft; die neuen Eigentümer seien am 01.10.2001 in das Grundbuch eingetragen worden.	
Zu Unrecht habe das Landgericht Werkvertragsrecht für anwendbar gehalten, das Vertragsverhältnis beurteile sich nach Kaufrecht. Die verkauften Haushälften seien auch nicht mangelhaft gewesen, insbesondere sei keine erneuerte Horizontalsperre geschuldet gewesen, keine den heutigen Vorschriften entsprechenden Treppen und auch kein heutigen Vorschriften entsprechender Schallschutz der Trennwand. Die Horizontalabdichtung sei bei Übergabe an die Erwerber funktionstüchtig gewesen, Feuchtigkeitserscheinungen hätten nicht vorgelegen.	28
Auch bestehe kein Anspruch wegen der Betonfläche im Garten, die die Erwerber vor dem Kauf gesehen hätten, weshalb kein arglistiges Verschweigen der Beklagten angenommen werden könne.	29
Der Gewährleistungsausschluß in den Kaufverträgen sei keine Allgemeine Geschäftsbedingung, beziehe sich auch nicht auf eine neue hergestellte Sache und sei deshalb wirksam. Außerdem sei die Bedeutung der Klausel vom beurkundenden Notar erläutert und erörtert worden. Der Notar habe darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Haus trotz der durchgeführten Modernisierungsarbeiten nach wie vor um ein gebrauchtes Haus älteren Baujahrs handele.	30
Zu Unrecht habe das Landgericht die Ansprüche als nicht verjährt beurteilt, weil die Verjährungsfrist, die nach Kaufrecht ein Jahr betrage, bereits vor Einleitung des Beweisverfahrens abgelaufen gewesen sei.	31
Die Beklagte beantragt,	32
die Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils der 6. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach vom 26. November 2002 insgesamt abzuweisen.	33
Der Kläger beantragt,	34
die Berufung zurückzuweisen.	35
Zur Begründung wiederholt und vertieft er sein Vorbringen aus erster Instanz und verteidigt das angefochtene Urteil als zutreffend.	36
II.	37
1.	38
Die Berufung ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Es sind auch Umstände bezeichnet, aus denen sich eine entscheidungserhebliche Rechtsverletzung ergeben soll, § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, so die gerügte Anwendung des Werkvertragsrechts.	39
Zweifel an der Zulässigkeit könnten sich darüber hinaus nur hinsichtlich der Prozeßführungsbefugnis des Klägers ergeben aus dem Umstand, dass die Klage teilweise Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft betrifft und deshalb Ersatzansprüche dieser Gemeinschaft zustehen und nur von dieser geltend gemacht werden könnten. Diese Zweifel sind aber im Ergebnis unbegründet, wie sich aus den im weiteren dargestellten Erwägungen zur Aktivlegitimation des Klägers ergibt.	40

2.	41
Die Berufung ist überwiegend begründet. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte weitgehend - bis auf den Schadensersatz wegen der Betonfläche im Garten - nicht zu, weshalb das angefochtene Urteil in diesem Umfang abzuändern ist.	42
a)	43
Dem Kläger stehen keine Zahlungsansprüche gegen die Beklagte wegen der gerügten Mängel am Haus (Treppen, Schallschutz der Trennwand, Feuchtigkeitsschäden) zu. Solche Ansprüche ergeben sich weder aus Kaufrecht (§§ 459 ff, 463 BGB a.F.) noch aus Werkvertragsrecht (§ 635 BGB a.F.), weshalb der Senat die grundsätzliche Frage offen lassen kann, ob auf die Verträge, die die Beklagte mit den Erwerbern der Haushälften schloß, insgesamt Werkvertragsrecht oder Kaufrecht anzuwenden ist.	44
Der Schadensersatzanspruch nach Werkvertragsrecht gem. § 635 BGB a.F. setzt einen Mangel des Werks voraus. Ein Mangel liegt nicht vor, wenn das Werk die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, § 633 Abs. 1 BGB a.F. Im wesentlichen Gleichartiges gilt für einen Schadensersatzanspruch nach Kaufrecht gem. §§ 459 ff, 463 BGB a.F. Nach diesen Vorschriften kann der Käufer Schadensersatz verlangen, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.	45
aa)	46
Hinsichtlich der Treppen liegen die Voraussetzungen der genannten Vorschriften nicht vor. Die von der Beklagten erneuerten Treppen sind nicht fehlerhaft, denn handwerkliche Ausführungsmängel behauptet der Kläger nicht. Auch sonst ist eine Abweichung der Treppen von der gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit nicht ersichtlich, denn eine besondere Ausführung der Treppen haben die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart und die Treppen entsprechen auch dem, was der Kläger bzw. die Zeugen J. und S. vor den Vertragsschlüssen besichtigt haben. Die Rüge des Klägers bezieht sich allein darauf, dass die Treppen nicht den aktuellen öffentlich-rechtlichen Anforderungen an Treppen entsprechen (Einhaltung bestimmter Maße gemäß der BauO NW und der DIN 18065). Die Nichteinhaltung der aktuellen bautechnischen Normen ist aber kein Fehler der Treppen im Sinne der §§ 459, 633 BGB a.F. Es war auch nicht zugesichert, dass die Treppen diesen Normen entsprechen sollten, §§ 463, 633 BGB a.F. Das ergibt sich aus der Auslegung der geschlossenen Verträge:	47
Der Kläger leitet eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten aus dem Umstand ab, dass die Beklagte die Treppen hat einbauen lassen und hierzu den Erwerbern gegenüber auch verpflichtet gewesen sei. Inwiefern sich aus einer solcher Vereinbarung über den Einbau der Treppen eine Verpflichtung zur Einhaltung der aktuellen bautechnischen Anforderungen ergeben soll, ist aber nicht erkennbar.	48
Das Landgericht hat eine vertragliche Vereinbarung der Parteien über die Treppen dem Umstand entnommen, dass die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen zugesichert habe, die Doppelhaushälften seien bis auf die Grundmauern saniert und stünden quasi einem Neubau gleich. Deshalb sei die Beklagte zur Einhaltung der aktuellen Bauvorschriften	49

verpflichtet gewesen.

Aus der vom Landgericht festgestellten Zusicherung der Beklagten ergibt sich aber eine solche Vertragspflicht nicht. Gegen eine solche Auslegung der festgestellten Zusicherung, deren Nähe zu einer lediglich unverbindlichen Anpreisung wegen ihrer Allgemeinheit nicht außer Acht gelassen werden kann, spricht schon, dass die Erwerber jeweils die bereits fertiggestellten neuen Treppen bei ihren Besichtigungen vor dem Vertragsschluss gesehen und damit die offenkundigen Tatsachen wahrgenommen haben, die zu der Bewertung führen, dass die Treppen den aktuellen Anforderungen des Bauordnungsrechts nicht entsprechen. Wenn die Erwerber andere Treppen als die gesehenen gewollt hätten, sei es, dass die Treppen eine bestimmte Anforderung erfüllen (Einhaltung der aktuellen Bauvorschriften) oder sei es eine bestimmte Steigung, Auftrittfläche usw., hätte dies zum Gegenstand der Vertragsverhandlungen oder des Vertrags gemacht werden können. Das ist nicht geschehen. Insoweit ist auch das Argument der Beklagten zutreffend, dass dem Vertrag, der die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat, keinerlei Hinweis auf die vom Kläger geforderte Eigenschaft der Treppen zu entnehmen ist. 50

Auch sonst spricht nichts dafür, dass die Erwerber die festgestellte Zusicherung dahin verstanden hätten, dass das Gebäude in allen seinen Einzelteilen den aktuellen bautechnischen Anforderungen gerecht werde. Den Erwerbern war klar, dass es sich um einen Altbau handelte, an dem keinerlei Umbauten vorgenommen worden waren. Wenn die Erwerber aber nach ihrer eigenen Besichtigung und den erhaltenen Informationen lediglich von einer Sanierung, Erneuerung, Modernisierung und Renovierung ausgehen konnten, dann lässt sich kein Gesichtspunkt feststellen, unter dem die Beklagte zur Einhaltung der aktuellen bautechnischen Anforderungen verpflichtet gewesen wäre. Insbesondere forderte das öffentliche Baurecht dies nicht, denn insoweit genoß das Gebäude Bestandsschutz. 51

bb) 52

Auch hinsichtlich des Schallschutzes der Haus- bzw. Wohnungstrennwand ist ein Fehler oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft weder im kauf- noch im werkvertragsrechtlichen Sinne zu erkennen. Ebenso wie hinsichtlich der Treppen stützt sich der Kläger allein darauf, dass eine in den aktuellen Bauvorschriften geforderte Eigenschaft (Schalldämmwert von 53 dB) nicht erreicht werde. Darin liegt aber kein Fehler und kein Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft aus den gleichen Gründen, wie sie hinsichtlich der Treppen aufgezeigt wurden. Die Erwerber wußten, dass die Beklagte (von Malerarbeiten abgesehen) keinerlei Arbeiten an der Trennwand ausgeführt hatte. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wie sie die Erklärung der Beklagten, das Bauwerk sei bis auf die Grundmauern saniert, dahin hätten verstehen können, die Wohnungstrennwand erreiche den in den aktuellen Bauvorschriften geforderten Schalldämmwert. 53

cc) 54

Schließlich liegt auch hinsichtlich der Feuchtigkeitsschäden kein Fehler des Hauses vor, es fehlt auch keine zugesicherte Eigenschaft, und zwar weder im kauf- noch im werkvertragsrechtlichen Sinn. 55

Gegenstand der Rüge ist nicht in erster Linie die erst nach der Übergabe der Wohnungen aufgetretene Feuchtigkeit insbesondere in den Außenmauern, sondern die nach den Feststellungen des Sachverständigen, über die die Parteien nicht mehr streiten, nicht mehr funktionstüchtige Horizontalsperre bzw. das Unterlassen der Erneuerung dieser Horizontalsperre. Eine Erneuerung der Horizontalsperre war aber nach den vertraglichen 56

Vereinbarungen nicht geschuldet.

Eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien über die Frage der Abdichtung des Hauses gegen Erdfeuchte durch eine Horizontalsperre ist nicht ersichtlich. Es ist aber auch keine Abweichung von der gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Beschaffenheit des Gebäudes zu erkennen. Bei kaufrechtlicher Betrachtung ergibt sich dies aus dem Umstand, dass Vertragsgegenstand ein älteres, gebrauchtes Haus war. Bei gebrauchten Sachen stellt nicht jede bei neuwertigen Sachen als Fehler zu bewertende Beschaffenheit einen Mangel dar, denn die Parteien wissen, dass keine neuwertige Sache verkauft wird, so dass der normale Verschleiß und Abnutzungserscheinungen ausscheiden (OLG Düsseldorf (9. Zivilsenat), OLG 1998, 381). So liegt es im vorliegenden Fall, denn bei nahezu 100 Jahre alten Außenmauern muss damit gerechnet werden, dass die Horizontalabdichtung altersbedingt funktionsunfähig werden kann. 57

Auch aus den Vereinbarungen der Parteien, wie sie das Landgericht festgestellt hat, lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte zur Erneuerung der Horizontalabdichtung wegen der von ihr abgegebenen Zusicherung verpflichtet wäre. Die Formulierung der Zusicherung, das Objekt sei "bis auf die Grundmauern saniert", ist alles andere als eindeutig und lässt neben dem Verständnis des Landgerichts, wonach damit auch die Sanierung der Grundmauern geschuldet war, auch zwanglos das Verständnis zu, dass das Objekt insgesamt, aber mit Ausnahme der Grundmauern, saniert worden sei. Aus dem Umstand, dass zur Überzeugung des Landgerichts ein "quasi einem Neubau gleichstehendes" Objekt versprochen war, folgt nichts Gegenteiliges, weil die Erwerber auch nach dem Vorbringen des Klägers Informationen darüber erhalten hatten, was die Beklagte im Einzelnen an dem Objekt ausgeführt hatte. Dazu zählte zwar nach dem insoweit bestrittenen Vortrag des Klägers auch die "Abdichtung gegen Feuchtigkeit". Das ist aber nicht hinreichend konkret, um annehmen zu können, die Beklagte habe eine funktionsfähige Horizontalabdichtung versprochen, obwohl sie - wie die Erwerber wußten - nichts an den Grundmauern (Außenwänden) erneuert hatte. 58

Das Landgericht hat die Haftung der Beklagten für die Feuchtigkeitsschäden auch damit begründet, dass die Beklagte Fehler bei der Sockelabdichtung gemacht habe. Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen diesen Schluss aber nicht. Unwiderlegt hat sich die Beklagte darauf berufen, wie das Landgericht zutreffend ausführt, dass sie keinerlei Arbeiten an der Abdichtung, auch nicht am Sockel, ausgeführt habe. Nach dem unstreitigen Sachverhalt wurden im August 1997 Arbeiten an der Sockelabdichtung ausgeführt, weil der Kläger dort Feuchteerscheinungen festgestellt hatte. Die Kosten dieser von einem Drittunternehmer ausgeführten Arbeiten teilten sich die Parteien hälftig, wobei sich die Beklagte hierzu unstreitig nur aus Kulanz bereit erklärte. Hieraus lässt sich keine Gewährleistungsverpflichtung der Beklagten ableiten. 59

Auch bei grundsätzlicher Anwendung des Werkvertragsrechts vermag der Senat keinen Mangel des versprochenen Werks oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft wegen der unterbliebenen Erneuerung der Horizontalabdichtung zu erkennen. Denn dem Werkvertragsrecht und seinen Haftungsregeln können jedenfalls nicht diejenigen Teile des verkauften Bauwerks unterfallen, an denen die Beklagte vereinbarungsgemäß keinerlei Werkleistungen ausführen sollte und auch nicht ausgeführt hat und wo Mängel eintreten, die gerade der alten Bausubstanz anhaften. 60

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung könnte auf das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und den Erwerbern zwar im Grundsatz Werkvertragsrecht anzuwenden sein. Zur Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht in Fällen wie dem vorliegenden hat der 7. Zivilsenat des BGH ausgeführt (BGH BauR 1989, 597): 61

"Nach ständiger Rechtsprechung des Senats richten sich etwaige Ansprüche des Erwerbers aus Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht. Dabei ist ohne Bedeutung, ob das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt war und die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist allein, dass sich aus dem Inhalt derartiger Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu (mangelfreier) Errichtung des Bauwerks ergibt. Ein solcher nach Werkvertragsrecht zu beurteilender Erwerbsvertrag liegt auch dann vor, wenn ein Altbau in Eigentumswohnungen umgewandelt wird und mit dem "Verkauf" der Wohnungen eine Herstellungsverpflichtung des Veräußerers verbunden ist."

In dem der zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Fall gingen der Fertigstellung der Wohnung umfangreiche Umbauarbeiten voraus (Aufstockung des Gebäudes, Errichtung einer Trennwand), die bei Veräußerung noch nicht abgeschlossen waren und zu deren Fertigstellung der Veräußerer sich im Notarvertrag verpflichtet hatte und die in Umfang und Bedeutung den Bauarbeiten an einem Neubau vergleichbar seien. 63

Nach dieser Rechtsprechung, der der Senat folgt, steht der Anwendung des Werkvertragsrechts im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass die Arbeiten der Beklagten bereits vor Vertragsschluss fertiggestellt waren. Ob der Anwendung von Werkvertragsrecht im vorliegenden Fall entgegensteht, dass den geschlossenen Notarverträgen keinerlei Hinweis auf eine irgendwie geartete Herstellungsverpflichtung der Beklagten zu entnehmen ist, lässt der Senat offen. 64

Bereits das OLG Frankfurt hat in einem Fall, in dem der Veräußerer eines Altbaus umfangreiche Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen vorgenommen hatte, Zweifel daran geäußert, ob in einem Fall wie dem dort entschiedenen die Haftung des Veräußerers aus Werkvertragsrecht sich auch auf die Teile des Bauwerks erstrecken sollte, in die er nicht eingegriffen hat und wo Mängel eintreten, die gerade der alten Bausubstanz anhaften, konnte diese Frage aber unentschieden lassen (BauR 1985, 323). 65

Diesen Erwägungen tritt der Senat bei. Die Interessenlage der Parteien eines Vertrages, der den Verkauf eines sanierten oder modernisierten Altbaus zum Gegenstand hat, ist dem Fall eines völligen Neubaus nicht gleichzusetzen. Es macht einen Unterschied, ob der Veräußerer vor dem Verkauf neue Bausubstanz schafft oder lediglich vorhandene Bausubstanz saniert, renoviert oder modernisiert, denn im Falle eines Neubaus richtet sich die regelmäßige berechnete Erwartungshaltung des Erwerbers darauf, dass das gesamte Gebäude nach den geltenden Regeln der Baukunst errichtet ist und der Verkäufer hierfür innerhalb der bestimmten oder vereinbarten Frist einsteht. Das gilt im wesentlichen auch für den Fall, in dem der Veräußerer durch Umbau, Umgestaltung und Erweiterung neue Bausubstanz schafft, so dass diese Arbeiten "nach Umfang und Bedeutung den Bauarbeiten an einem Neubau" vergleichbar sind (BGH BauR 1989, 597, 599). 66

Im Falle eines renovierten oder sanierten Altbaus kann der Erwerber dies vernünftigerweise nicht erwarten. Vielmehr dürfte sich die berechnete Erwartung des Erwerbers, die der Veräußerer auch billigerweise in Rechnung stellen muss, in solchen Fällen lediglich darauf richten, dass die durchgeführten Arbeiten mangelfrei sind, allenfalls noch darauf, dass der Veräußerer keine aufgrund des Alters des Bauwerks objektiv erforderlichen oder sich aufdrängenden Baumaßnahmen, insbesondere Instandsetzungen, unterlassen hat. 67

Der Unterschied zwischen dem Umbau eines bestehenden Gebäudes einerseits und bloßer Sanierung bzw. Modernisierung eines Altbaus andererseits zeigt sich auch deutlich im 68

öffentlichen Recht: Ein Umbau ist bauaufsichtlich in der Regel genehmigungspflichtig, was mit der Verpflichtung zur Einhaltung der aktuellen bauordnungsrechtlichen und bautechnischen Anforderungen einhergeht. Demgegenüber gilt bei bloßer Erneuerung bzw. Sanierung im Regelfall Bestandsschutz. So bedarf z.B. die Errichtung oder Änderung nichttragender oder nichtaussteifender Bauteile keiner Genehmigung, vgl. §§ 63 ff., besonders § 65 Abs. 1 Nr. 8 BauO NW. Auch die Instandhaltung baulicher Anlagen ist genehmigungsfrei, § 65 Abs. 2 Nr. 6 BauO NW. Nach § 87 BauO NW kann die Bauaufsichtsbehörde bei bestehenden Gebäuden die Anpassung an die aktuellen Bauvorschriften in der Regel nur bei Gefahr für Leben oder Gesundheit fordern. Bei wesentlichen Änderungen einer baulichen Anlage kann unter besonderen Voraussetzungen gefordert werden, dass auch die nicht unmittelbar berührten Teile der Anlage mit den aktuellen Vorschriften in Einklang gebracht werden.

Es erscheint dem Senat deshalb nicht interessengerecht, auf sämtliche in Betracht kommende Gewährleistungsansprüche eines Erwerbers unterschiedslos Werkvertragsrecht anzuwenden ungeachtet der Frage, ob Gegenstand des Vertrags ein Neubau, ein durch Schaffung neuer Bausubstanz umgestalteter Altbau oder ein lediglich sanierter oder modernisierter Altbau ist. Vielmehr erscheint zumindest im letztgenannten Fall eine Differenzierung dahingehend erforderlich, dass sich Gewährleistungsansprüche mangels anderweitiger wirksamer vertraglicher Vereinbarung nur dann und nur insoweit nach Werkvertragsrecht richten, als sich dem Vertrag oder den sonstigen feststehenden Umständen Herstellungspflichten des Veräußerers hinsichtlich des Bauteils entnehmen lassen, an dem der Mangel auftritt. Umgekehrt erscheint die Anwendung des Werkvertragsrechts nicht sachgerecht, wenn der Mangel an einem Bauteil auftritt, auf den der Veräußerer nicht einwirken sollte und nicht eingewirkt hat und der Mangel gerade auf dem Alter der (mit-) veräußerten Bausubstanz beruht.

69

Im vorliegenden Fall stellen die Arbeiten, die die Beklagte vorgenommen hatte, keinen Umbau, sondern auch nach dem Vorbringen des Klägers bloße Sanierung dar und sind deshalb "nach Umfang und Bedeutung den Bauarbeiten an einem Neubau" nicht gleichzustellen. Auch ist keine neue Bausubstanz geschaffen worden. Die Arbeiten der Beklagten beschränkten sich auch dem Vorbringen des Klägers zufolge lediglich auf Erneuerungs-, Modernisierungs- und Verschönerungsarbeiten (Erneuerung bzw. Modernisierung der Boden- und Wandbeläge, des Außenputzes und des Anstrichs, der Wasser- und Elektroleitungen, Einbau einer Gasheizung, neuer Innentreppe, der Innentüren und Haustüren, eines Teils der Fenster sowie der Dacheindeckung). Deshalb haftet die Beklagte für die hier in Rede stehende unterbliebene Erneuerung der Horizontalsperre nicht nach Werkvertragsrecht, sondern nach Kaufrecht. Schadensersatzansprüche nach Kaufrecht scheitern aber an der Verjährung gemäß § 477 BGB, auf die sich die Beklagte berufen hat. Dafür, dass die Verjährung wegen arglistiger Täuschung über die Horizontalsperre nicht eingreifen würde, ist nichts ersichtlich.

70

b)

71

Dagegen steht dem Kläger ein Anspruch gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen der Betonfläche im Garten gem. § 463 BGB a.F. zu, weshalb die Berufung in diesem Punkt unbegründet ist.

72

aa)

73

Ohne Erfolg bleiben die Einwendungen der Beklagten gegen die Sachberechtigung des Klägers. Der Kläger ist aktivlegitimiert, was keiner vertieften Begründung bedarf, soweit der

74

Kläger selbst Vertragspartner der Beklagten und Eigentümer des Grundstücks ist. Im übrigen gilt:

Hinsichtlich der Abtretung der Gewährleistungsansprüche durch die Zeugen J. und S. an den Kläger trifft es zwar zu, dass die Zeugen nach dem Wortlaut der Abtretungserklärung vom 09.11.1999 ihnen gegenüber der Beklagten zustehende Gewährleistungsansprüche abgetreten haben unter Bezugnahme auf einen Vertrag vom 18.12.1995 (UR-Nr. .../... des Notars Dr. C.) und dass unter diesem Datum zu dieser UR-Nr. kein Vertrag, sondern lediglich ein Kaufangebot der Zeugen zu notarieller Urkunde erklärt wurde, das am 03.01.1996 von der Beklagten angenommen wurde (UR-Nr. .../... des Notars Dr. C.). Die Bezugnahme auf einen Kaufvertrag statt zutreffenderweise auf ein Kaufangebot und dessen spätere Annahme macht die Abtretung aber nicht unwirksam. Wie bei allen Willenserklärungen ist nicht am buchstäblichen Sinne der Erklärung zu haften, sondern nach dem wirklichen Willen des Erklärenden zu forschen, wie er vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen war, §§ 133, 157 BGB. Die damit vorzunehmende Auslegung der Erklärung ergibt keinen begründeten Zweifel daran, dass die Zeugen die hier in Rede stehenden, sich aus dem Kaufangebot und dessen Annahme ergebenden Gewährleistungsansprüche abtreten wollten. 75

Diese Abtretung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die abzutretenden Ansprüche durch die Veräußerung der Eigentumswohnung an den Kläger und dessen Ehefrau untergegangen wären. 76

Die Beklagte beruft sich hierzu auf die Entscheidung des 5. Zivilsenats des BGH (BGHZ 81, 385), nach der der Schadensersatzanspruch des Eigentümers eines deliktisch beschädigten Hausgrundstücks aus § 249 Satz 2 BGB erlischt, wenn das Hausgrundstück veräußert wird, bevor der Eigentümer den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag erhalten hat. Diesen Grundsatz hat der 5. Zivilsenat des BGH mittlerweile dahingehend eingeschränkt, dass der Anspruch auf die Wiederherstellungskosten gem. § 249 Satz 2 BGB a.F. dann nicht erlischt, wenn er spätestens mit Wirksamwerden der Eigentumsübertragung an den Erwerber des Grundstücks abgetreten wird (BGHZ 147, 320). Für den vorliegenden Fall ist diese Einschränkung ohne Belang, weil die Abtretung erst 1999 und damit lange nach dem Eigentumsübergang erklärt wurde. 77

Gleichwohl ergibt sich aus dieser Rechtsprechung im vorliegenden Fall keine Unwirksamkeit der Abtretung. Nach § 249 Satz 2 BGB a.F. kann der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs, dem primär Naturalrestitution zusteht (§ 249 Satz 1 BGB a.F.), statt der Wiederherstellung der beschädigten Sache den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Dieser Anspruch auf die Wiederherstellungskosten geht nach der zitierten Entscheidung des 5. Zivilsenats des BGH unter, wenn der Gläubiger die beschädigte Sache verkauft, bevor er den Geldbetrag erhalten hat, weil er wegen Verkaufs der Sache diese nicht mehr "herstellen" kann und deshalb auch den Anspruch auf den "dafür erforderlichen Geldbetrag" verliert. Damit sind aber Schadensersatzansprüche eines solchen Gläubigers nicht schlechthin erloschen. Der Anspruch des Gläubigers in diesen Fällen ist vielmehr nach § 251 BGB a.F. (Entschädigung in Geld, wenn Herstellung nicht möglich ist) zu berechnen, was auf den Ersatz der Differenz zwischen dem Verkehrswert der beschädigten Sache vor der Beschädigung und dem erzielten Verkaufspreis der beschädigten Sache, ggf. deren Verkehrswert, hinausläuft. Bereits daraus ergibt sich, dass die Abtretung des Schadensersatzanspruchs, der sich noch nicht auf einen Anspruch nach § 249 Satz 2 BGB a.F. konkretisiert hatte, im vorliegenden Falle nicht wegen eines vorherigen Untergangs der abzutretenden Forderung gegenstandslos und deshalb unwirksam sein kann. 78

- Im übrigen hat der für Werkvertragsstreitigkeiten zuständige 7. Zivilsenat des BGH 79
entschieden, dass die Erwägungen der zitierten Entscheidung nicht auf den Anspruch aus §
635 BGB a.F. passen und deshalb dieser Anspruch nicht durch Verkauf der durch das Werk
beschädigten Sache untergeht (BGHZ 99, 81 = BauR 1987, 89; bestätigt in BGH BauR 1996,
735, 736). Der Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. sei nämlich von vornherein auf
Geld gerichtet. Das ergebe sich daraus, dass die dem Besteller zustehende Herstellung des
vertragsgerechten Werks bereits über § 633 Abs. 3 BGB a.F. erreicht werde; dieser Anspruch
erlösche aber mit Abnahme des Werks. Es würde zu einer gesetzwidrigen Verdopplung und
Neubegründung des Herstellungsanspruchs führen, wenn man diesen neben § 633 Abs. 3
BGB a.F. auch aus § 635 i.V.m. § 249 Satz 1 BGB a.F. bejahen würde. Die Konzeption des §
249 BGB, wonach grundsätzlich ein Anspruch auf Naturalrestitution besteht und lediglich als
besondere Form dieses Herstellungsanspruchs ein Zahlungsanspruch vorgesehen ist, sei
deshalb auf § 635 BGB a.F. nicht anwendbar. Deshalb gehe ein Schadensersatzanspruch
nach § 635 BGB a.F. auch nicht durch Verkauf des mangelhaften Werks unter.
- Gegen diese Rechtsprechung haben sich - soweit ersichtlich - keine grundsätzlich kritischen 80
Stimmen erhoben. Abweichende Meinungen bzw. Entscheidungen beziehen sich auf
Sonderfälle und sind nicht verallgemeinerungsfähig (vgl. die Nachweise bei Werner/Pastor,
10. Aufl., Rn. 1679 (dort Fußnote 145)). Der Senat hält die Rechtsprechung des 7. Zivilsenats
des BGH für überzeugend und folgt dieser. Auch deshalb bestehen keine Bedenken gegen
die Wirksamkeit der Abtretung im vorliegenden Fall.
- Auch die Rüge, die Abtretung der Gewährleistungsansprüche durch die Ehefrau des Klägers 81
sei unwirksam, ist unbegründet. Nach dem Wortlaut der Abtretung sollten sämtliche der
Ehefrau aus dem Vertrag mit der Beklagten und aus dem Vertrag mit den Zeugen J. und S.
zustehenden Ansprüche an den Kläger abgetreten werden ("die mir ... zustehenden
Ansprüche"). Diese Abtretung ist nicht unbestimmt, wie die Beklagte rügt, weil alle Ansprüche
der Ehefrau aus dem Vertrag von der Abtretung erfasst sein sollen, wie die
einschränkungslose Formulierung zeigt. Es schadet nicht, dass die einzelnen Ansprüche, die
von der Abtretung erfasst sein sollten, nicht einzeln genannt und aufgeführt sind. Wie das
Beispiel einer Globalzession zeigt, bei der alle einer Person zustehenden Ansprüche
schlechthin ohne nähere Beschreibung abgetreten werden, was nach einhelliger Auffassung
jedenfalls nicht wegen fehlender Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen unwirksam
ist, gibt es keinen Grundsatz, nach dem die abzutretende Forderung einzeln in der Abtretung
genannt sein muss. Es genügt die hinreichende Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der von
der Abtretung erfassten Forderung. Diese Bestimmtheit ist hier zu bejahen wegen der
Bezugnahme auf die Notarverträge.
- Schließlich hat der Kläger auch dann seine Aktivlegitimation nicht verloren, wenn die 82
Behauptung der Beklagten zutrifft, der Kläger und seine Ehefrau hätten die Wohnung P.
weiterverkauft. Diese Behauptung ist ohnehin erstmals in zweiter Instanz geltend gemacht
worden, weshalb sie als neue Tatsache nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt werden
darf. Das kann aber dahinstehen, weil die Behauptung auch unerheblich ist: Für den
Anspruch aus § 635 BGB a.F. ist es ohne Belang, ob der Gläubiger dieses Anspruchs seine
Stellung als Sacheigentümer verloren hat, wie oben gezeigt wurde. Anders formuliert: Das
Eigentum an der Sache, an der die Werkleistung ausgeführt wurde, ist keine
Tatbestandsvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 635 BGB a.F.
- Die Rüge der fehlenden Aktivlegitimation des Klägers wegen eines fehlenden Beschlusses 83
der Eigentümergeinschaft ist nicht begründet, und zwar auch dann nicht, wenn die
Betonfläche sich nicht lediglich auf der Fläche eines Sondereigentums befindet, und deshalb

zumindest möglicherweise das Gemeinschaftseigentum betrifft, wozu das Landgericht keine Feststellungen getroffen hat. Es könnte deshalb grundsätzlich Sache der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sein zu entscheiden, welcher Gewährleistungsanspruch geltend gemacht werden soll, und zwar durch Beschluss in der Eigentümerversammlung, §§ 21 Abs. 3, 23 WEG. Im vorliegenden Falle liefe dies aber auf die bloße Förmel hinaus, dass der Kläger sich selbst gegenüber eine Wohnungseigentümerversammlung einberufen müsste und dort einen Beschluss mit sich selbst fassen müsste, weil zumindest vorprozessual und während des Rechtsstreits in erster Instanz der Kläger und seine Ehefrau Eigentümer beider Wohnungen waren und die Ehefrau mit dem Vorgehen des Klägers einverstanden ist, wie sich zumindest aus der Abtretung ergibt, die zweifelsfrei zum Zwecke der Geltendmachung dieser Ansprüche erfolgte.

Aus den gleichen Gründen ist der Kläger auch prozeßführungsbefugt (s.o.) und kann Zahlungsansprüche, auch soweit sie grundsätzlich der Eigentümergemeinschaft zustehen, an sich allein verfolgen. 84

bb) 85

Ohne erkennbare Rechtsfehler hat das Landgericht auf die Frage der Betonfläche im Garten Kaufrecht angewendet und eine Haftung der Beklagten wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels gem. § 463 Satz 2 BGB bejaht, weil es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erwiesen sei, dass die Beklagte die Betonfläche im Garten abdecken ließ und diese den Erwerbern nicht offenbarte. 86

Soweit die Berufung die Beweiswürdigung des Landgerichts angreift, lässt das Berufungsvorbringen nicht erkennen, weshalb eine neue Tatsachenfeststellung geboten sein könnte. Die Beklagte trägt insoweit lediglich vor, aus der Aussage des Zeugen I. ergebe sich, dass die Erwerber vom Vorhandensein der Betonfläche gewußt hätten, ohne aufzuzeigen, weshalb Zweifel an der entgegengesetzten Überzeugung des Landgerichts, wonach die Beklagte die Betonfläche abdecken ließ und den Erwerbern die Betonfläche deshalb verborgen blieb, und die sich auch auf die entgegengesetzten Aussagen der anderen Zeugen stützen kann, angebracht wären. 87

Auch die weiteren Ausführungen des Landgerichts zur Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses wegen arglistiger Täuschung und zur Verneinung der Verjährung aus demselben Grunde lassen Fehler nicht erkennen. Soweit die Beklagte anführt, ihre Geschäftsführer hätten keinerlei Arglist gehegt, sondern gute Gründe gehabt, die Betonfläche im Garten zu belassen, ist dies zum einen erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen und schon deshalb nicht zu beachten, § 531 Abs. 2 ZPO. Dieses Vorbringen geht aber auch daran vorbei, dass die Beklagte es nach Lage der Dinge billigend in Kauf nahm, dass sie das Wohnungseigentum möglicherweise nicht oder nicht zu den gleichen Bedingungen verkaufen konnte, wenn sie das Vorhandensein der Betonfläche offenbaren würde. Das genügt zur Bejahung der Arglist. 88

Die Ausführungen des Landgerichts zur Schadenshöhe (2.166,00 EUR = 4.236,32 DM) sind nicht gesondert angegriffen und lassen Fehler ebenfalls nicht erkennen. 89

Die vom Landgericht zuerkannten Zinsen sind die gesetzlichen, § 291 BGB a.F. 90

Die Entscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit folgen aus den §§ 92 Abs. 1, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 91

92

Wegen der Ausführungen zur Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts und zur Wirksamkeit der Abtretung des Schadensersatzanspruchs nach Veräußerung ist die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen.

Streitwert für die Berufungsinstanz: 30.202,36 EUR

93

R. M. M.

94