
Datum: 08.09.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-21 U 160/10
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0908:I21U160.10.00

Vorinstanz: Landgericht Duisburg, 13 O 313/08

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger und die Anschlussberufung der Beklagten wird das am 30.09.2010 verkündete Urteil des Einzelrichters des LG Duisburg – 13 O 313/08 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Abweisung der weitergehenden Klage wird die Beklagte verurteilt,

- an die Kläger 559,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.11.2009,
- 96.499,60 € an die Wohnungseigentümergeinschaft A...straße167 in M.... nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.11.2009

zu zahlen.

Die weitergehende Berufung der Kläger wird ebenso zurückgewiesen wie die weitergehende Anschlussberufung der Beklagten.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz sowie des Berufungsverfahrens werden den Klägern zu 20 % und der Beklagten zu 80 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt es nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils gegnerische Partei (bei der Beklagten wegen der Kosten) gegen

Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die jeweils gegnerische Partei zuvor Sicherheit in selber Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages geleistet haben.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

A)

2

Die Kläger, die mit notariell beurkundetem Vertrag vom 10.12.2004 von der Beklagten eine Eigentumswohnung im Erdgeschoss des Hauses A.... Straße 167 in M...zu einem Kaufpreis von 159.000 € erworben haben, beanspruchen von der Beklagten Schadensersatz wegen Mängeln an Sondereigentum der erworbenen Eigentumswohnung bzw. an dem miterworbenem Gemeinschaftseigentum.Sie haben geltend gemacht, wegen sich in der Wohnung lösenden Versiegelungen könnten sie als Schadensersatzanspruch den Mängelbeseitigungsaufwand von 559,30 € unmittelbar zur Zahlung an sich verlangen. Wegen weiterer Mängel, die das Gemeinschaftseigentum betreffen, könnten sie – nach erfolgter entsprechender Ermächtigung durch die Wohnungseigentümergeinschaft – insgesamt Schadensersatz in Höhe von 120.218,66 € - zu zahlen an die Wohnungseigentümergeinschaft A...straße167 in M.... - verlangen. Dieser Schadensersatzbetrag setzt sich zusammen aus:

3

– Kosten für die Erneuerung schadhafter Glasfalzleisten in Höhe von 154,70 €– Kosten für die Herrichtung einer ordnungsgemäßen Kellertreppe in Höhe von 3.153,50 €;– Kosten für den Aufbau einer geschuldeten Terrasse statt des errichteten Balkons in Höhe von 12.293,89 €– Kosten für die erforderliche und von der Beklagten geschuldete ordnungsgemäße Abdichtung des Kellers in Höhe von 97.336,74 €– Kosten für die Herrichtung einer ordnungsgemäßen Zufahrt durch entsprechende Pflasterungsarbeiten in Höhe von 6.545 €,– Kosten für die Herstellung der nach Auffassung der Kläger fehlenden Gartenabschlusskante in Höhe von 734,83 €.

4

Dementsprechend haben die Kläger erstinstanzlich zuletzt beantragt,

5

die Beklagte zu verurteilen, an sie 559,30 € sowie an die Wohnungseigentümergeinschaft A...straße167 in M.... weitere 120.218,66 € jeweils nebst gesetzlichen Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

6

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

7

Sie ist dem Klagebegehren in vollem Umfang entgegengetreten. Sie hat sich unter anderem auf einen nach ihrer Auffassung wirksamen Gewährleistungsausschluss in dem notariellen Kaufvertrag gestützt, die Aktivlegitimation der Kläger, soweit es um der Wohnungseigentümergeinschaft zustehende Ansprüche geht, in Abrede gestellt und im übrigen bestritten, dass es sich bei den von den Klägern beanstandeten baulichen Zuständen um vertragswidrige Leistungen handele.Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im erstinstanzlichen Verfahren wird auf die Feststellungen in Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.Nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen und unter Bezugnahme auf den Inhalt des von den Klägern im Vorfeld des Klageverfahrens durchgeführten selbständigen Beweisverfahrens

8

(Aktenzeichen 11 OH 86/07 Landgericht Duisburg) hat das Landgericht - Einzelrichter – die Beklagte verurteilt, an die Kläger 559,30 € nebst gesetzlichen Zinsen seit dem 21.11.2009 zu zahlen, sie des weiteren verurteilt, 6.699,70 € an die Wohnungseigentümergeinschaft A...straße167 in M.... nebst gesetzlichen Zinsen ebenfalls seit dem 21.11.2009 zu zahlen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht sich im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt:

Wegen der sich lösenden Versiegelungen könnten die Kläger Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der Mängelbeseitigungskosten nach den §§ 634 Nr. 4, 636, 281 BGB verlangen. Die in Rede stehenden Versiegelungen hätten sich gelöst, was einen Mangel darstelle. Die Beklagte sei durch anwaltliches Schreiben der klägerischen Prozessbevollmächtigten mit Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden. Die Kosten der Mängelbeseitigung beliefen sich ausweislich des im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens auf 559,30 €. Der Mangel betreffe das Sondereigentum der Kläger, so dass die Kläger auch zur Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche allein befugt seien.

9

Die Beklagte könne sich nicht auf den Mängelgewährleistungsausschluss aus dem Kaufvertrag berufen, da dieser gemäß § 308 Nr 8 b) aa) BGB unwirksam sei. Bei den den Gewährleistungsausschluss beinhaltenden Regelungen im Notarvertrag handle es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, es handle sich um eine notarielle Standardklausel, da der Notar diese Regelung für eine Vielzahl an Formularverträgen entworfen habe. Wegen der beschädigten Glasfalzleisten könnten die Kläger ebenfalls aus § 634 Nr. 4, 636, 281 BGB Schadensersatz verlangen jedoch zu zahlen an die Wohnungseigentümergeinschaft. Die Beschädigung bzw. Mangelhaftigkeit der Glasfalzleisten ergebe sich aus dem im selbständigen Beweisverfahren vom Sachverständigen F... vorgelegten Gutachten vom 24.04.2009. Die Beklagte sei erfolglos durch anwaltliches Schreiben der Kläger zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufgefordert worden. Der Umstand, dass es sich bei dem Schaden an den Glasfalzleisten um einen solchen dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnenden Schaden handle, führe zwar grundsätzlich dazu, dass ein Schadenersatzbegehren von der Wohnungseigentümergeinschaft ausgehen müsse. Die anderen Erwerber der Wohnungseigentümergeinschaft hätten die Kläger jedoch ermächtigt, das Begehren für die Gemeinschaft zu verfolgen. Im Hinblick auf die Höhe des Schadensersatzanspruches sei zu den im selbständigen Beweisverfahren ermittelten Schadensbeseitigungskosten von 130 € die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen, so dass sich insgesamt an dieser Stelle der Anspruch auf 154,70 € belaufe. Auf derselben rechtlichen Grundlage könnten die Kläger Schadensersatz wegen der von der Beklagten mangelhaft errichteten Zufahrt zu den Garagen und Stellplätzen verlangen. Die Zufahrt sei mangelhaft, da sie entgegen der im Kaufvertrag vorgesehenen Regelung nicht mit einem zum Befahren geeigneten Belag versehen worden sei. Entsprechend den Angaben im selbständigen Beweisverfahren durch den Sachverständigen F... koste die Herstellung einer befestigten Fläche mittels Pflasterung 6.545 €. Einen Schadensersatzanspruch der Kläger hat das Landgericht abgelehnt, soweit diese die von der Beklagten errichtete Kellertreppe beanstandeten. Diese weise keinen Mangel auf; die Treppe sei schon bei Abschluss des Vertrages so wie jetzt beanstandet vorhanden gewesen. Eine Änderung der Treppe habe nach dem Vertrag nicht erfolgen sollen. Aus dem Umstand, dass die Treppe neu errichtet worden sei, könne die Klägerin nichts für sich herleiten. Weder im Kaufvertrag noch im Exposé sei die Rede davon, dass die Treppe, wenn sie neu hergerichtet werde, einen anderen Steigungswinkel bekommen würde. Ein Mangel sei ebenfalls nicht gegeben, soweit die Kläger beanstandeten, dass keine Terrasse, sondern ein Balkon vorhanden sei. Unter

10

Rückgriff auf eine im Internetlexikon Wikipedia zu findende Definition des Begriffs Terrasse sei die bauliche Konstruktion, wie sie hier zu finden sei, durchaus als Terrasse anzusehen. Selbst wenn man mit den Klägern unter der in § 2 Abs. 2 des Kaufvertrages angegebenen Terrasse lediglich eine Konstruktion verstehe, die komplett auf dem umliegenden Erdboden aufliege bzw. teilweise in ihr versenkt sei, hätten die Kläger keinen Anspruch auf Schadensersatz. Denn die Kläger hätten sich spätestens zu dem Zeitpunkt mit der nun vorhandenen Situation einverstanden erklärt, als der Kläger ein Edelstahlgeländer bestellt habe. Wegen der Feuchtigkeit im Keller könnten die Kläger keine Mängelansprüche geltend machen, da der Keller der vereinbarten vertraglichen Beschaffenheit entspreche. Eine Außenabdichtung des Kellers habe nicht zu den vereinbarten oder durchzuführenden Arbeiten gehört. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Verwendung des Wortes "Abstellraum" im Notarvertrag. Wenn eine Außenabdichtung vereinbart worden wäre, wäre dies auch ausformuliert worden. Soweit im Exposé von einem komplett kernsanierten Altbau die Rede sei, zwingt dies nicht zu der Annahme, dass hierzu auch die Trockenlegung des Kellers gehöre. Die Kläger hätten im Übrigen nicht den Beweis erbringen können, dass im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung mündlich zugesichert worden sei, dass eine Außenabdichtung vorgenommen werde. Den Klägern stehe schließlich kein Schadensersatz wegen einer fehlenden Gartenabschlusskante zu.

Mit der Berufung wenden sich die Kläger gegen die landgerichtliche Entscheidung, soweit das Landgericht einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Herstellung einer ordnungsgemäßen Kellertreppe in Höhe von 3.153,50 €, einer Terrasse in Höhe von 12.293,89 € sowie für die Abdichtung des Kellers in Höhe von 97.336,74 € verneint hat. Sie führen an: 11

Zu Unrecht habe das Landgericht einen Schadensersatzanspruch in Hinblick auf die von den Klägern beanstandete Kellertreppe verneint. Zwar sei richtig, dass es keine ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen hierzu gebe. Jedoch sei unstreitig die Kellertreppe erneuert worden. Nicht zutreffend sei die Behauptung der Beklagten, es sei lediglich die Holzkonstruktion durch eine Steinkonstruktion ersetzt worden, während die Stahlbetonstufen die gleichen geblieben seien, die zuvor vorhanden gewesen seien. Aus dem zweiten Ergänzungsgutachten des Sachverständigen F... vom 24.04.2009 ergebe sich, dass die Kellertreppe nicht den Regeln der Technik insbesondere der DIN 18065 entspreche. Wenn im Zusammenhang mit einer kompletten Kernsanierung eine Kellertreppe erneuert werde, habe diese auch dem Stand der Regeln der Technik zu entsprechen. Hierbei sei es unerheblich, dass die Kellertreppe nicht explizit im Exposé und im Vertrag erwähnt werde. Die Behauptung der Beklagten, es sei bauseits nicht möglich, eine Treppe mit anderem Neigungswinkel und anderer Konfiguration einzusetzen, sei nicht nachvollziehbar. In anderen Häusern sei ebenfalls nach Abriss der alten Treppen eine den DIN-Vorschriften entsprechende Gestaltung der Kellertreppe erfolgt. Ebenfalls rechtsfehlerhaft habe das Landgericht einen Mangel verneint, soweit die Kläger beanstandet hätten, dass keine Terrasse, sondern ein Balkon vorhanden sei. Der Rückgriff des Landgerichts auf einen Wikipedia-Eintrag sei zweifelhaft, da Einträge auf Wikipedia von jedermann verfasst und geändert werden könnten. Der Sachverständige F... habe in seinem Gutachten vom 14.4.2008 zweifelsfrei und ohne Einschränkung bestätigt, dass es sich vorliegend um einen Balkon handle. Auch sei die Tatsache, dass es sich bei der von der Beklagten errichteten Konstruktion um einen Balkon und nicht um eine Terrasse handle, unstreitig. Falsch sei auch die Auffassung des Landgerichts, die Kläger hätten sich mit der vorhandenen Situation einverstanden erklärt, als der Kläger ein Edelstahlgeländer bestellt habe. Es sei nicht zutreffend, dass der Kläger von sich aus ein Edelstahlgeländer bestellt habe, vielmehr habe sich der Kläger auf die Nachfrage des Zeugen K..., ob ein verzinktes oder ein Edelstahlgeländer angebracht werden solle, für 12

letzteres entschieden. Dies sei deshalb geschehen, weil die Kläger zu diesem Zeitpunkt kleine Kinder gehabt hätten, für die die Gefahr bestanden habe, dass sie ohne Anbringung eines Geländers vom Balkon stürzen und sich hierbei erhebliche Verletzungen zuziehen könnten. Die Nutzung eines Balkons ohne entsprechendes Geländer sei bauordnungsrechtlich nicht zulässig. Mit ihrer Entscheidung für ein Edelstahlgeländer hätten die Kläger jedoch nicht ihr Einverständnis damit erklärt, dass der bestehende Zustand als vertragsgemäß akzeptiert werde. Hätten die Kläger seinerzeit der Anbringung eines Geländers widersprechen müssen, nur um ihren Anspruch auf Errichtung der vertraglich vereinbarten Terrasse nicht zu gefährden, hätte dies im Ergebnis bedeutet, dass sie bis heute nicht nur nicht die vereinbarte Terrasse erhalten hätten, sondern überdies auch den vorhandenen Balkon praktisch nicht hätten nutzen können. Die Ausführungen des Landgerichts, mit denen es einen Schadensersatzanspruch der Kläger wegen der Feuchtigkeit im Keller abgelehnt habe, seien ebenfalls rechtsfehlerhaft. Falsch sei die Annahme, dass eine Außenabdichtung nur bei einer entsprechenden ausdrücklichen Vereinbarung geschuldet gewesen wäre. Allein der Umstand, dass noch auszuführende Leistungen im Vertrag konkret bezeichnet worden seien und sich eine Außenabdichtung des Kellers hierunter nicht befunden habe, führe nicht zum zwingenden Schluss, dass die Kellersanierung nicht geschuldet sei. Bei der Bewertung der Gewährleistungspflichten der Beklagten müsse berücksichtigt werden, dass im Gegensatz zu der Auffassung des Landgerichts von einem „kernsanierten Altbau“ weder im Exposé der Beklagten noch im Kaufvertrag die Rede sei. Die Würdigung des Landgerichts, dass allein aufgrund des Alters des als komplett kernsaniert angepriesenen Gebäudes mit Feuchtigkeit im Keller aufgrund einer unzureichenden Isolierung zu rechnen gewesen wäre, sei nicht tragfähig. Ebenfalls habe das Landgericht nicht ausreichend dem Umstand Rechnung getragen, dass nach § 2 Abs. 2 des notariellen Kaufvertrages zum veräußerten Wohneigentum ein Abstellraum im Kellergeschoss gehöre. Wenn zu der sanierten Eigentumswohnung im Keller ein solcher Abstellraum gehöre, seien jedenfalls solche Sanierungsmaßnahmen geschuldet, die Sachen vor Feuchtigkeit schützten. Auch sei im Exposé davon die Rede, dass der Gemeinschaft ein Trocken-, Wasch-, Heizungsraum sowie ein Fahrradkeller zur Verfügung stehe. Die im Exposé ausdrücklich aufgeführten Sanierungsmaßnahmen, die den Eindruck erweckten, dass die Wohnungen nach ihrem Abschluss einem sehr modernen Stand entsprächen, seien mit einem feuchtem Keller, der nicht zeitgemäßem Standard entspreche, nicht in Einklang zu bringen. Nach alledem beantragen die Kläger,

in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 13
559,30 € sowie an die Wohnungseigentümergeinschaft A.... Straße 167 in M....
119.483,83 € jeweils nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen
Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte bittet um Abweisung der Berufung und verteidigt die angefochtene 14
Entscheidung gegen die Angriffe der Kläger im Wesentlichen wie folgt:

Soweit es um Ansprüche der Kläger zur Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft 15
gehe, seien die Kläger nicht aktivlegitimiert. Die Kaufverträge zu Wohnungen im Hause
A...straße 167 seien inhaltlich voneinander abweichend. Die Kläger seien vor diesem
Hintergrund trotz des Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft nicht
aktivlegitimiert, die Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft zu fordern. Die
Sollbeschaffenheit eines Objektes – im Hinblick auf die das Gemeinschaftseigentum – sei
dann nicht feststellbar, wenn bezüglich des Objektes unterschiedliche Verträge mit der
Beklagten abgeschlossen worden seien. Darüber hinaus vertritt die Beklagte weiterhin die
Auffassung, dass der in den Kaufverträgen enthaltene Gewährleistungsausschluss wirksam

sei. Die Angriffe der Kläger bezüglich der Auffassung des Landgerichts zu der beanstandeten Kellertreppe gingen ins Leere. Zu Recht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die beanstandete Kellertreppe keinen Mangel aufweise. Die Beklagte wiederholt ihre erstinstanzliche Behauptung, dass auch im Falle der Neuerrichtung einer kompletten neuen Treppe ein anderer Steigungswinkel nicht möglich gewesen sei. Diesem erstinstanzlichen Vorbringen seien die Kläger nicht substantiiert entgegengetreten. Hilfsweise trägt die Beklagte vor, dass die Neuerrichtung der Kellertreppe mit einem anderen Steigungs- und Neigungswinkel einen erheblichen Eingriff in die alte Bausubstanz notwendig gemacht hätte. Im Bezug auf die Beanstandung der Kläger, es sei statt der geschuldeten Terrasse ein Balkon erstellt worden, sei im Ergebnis die landgerichtliche Entscheidung fehlerfrei. Ein Mangel liege durch den geschaffenen Balkon im Vergleich zur angeblich geschuldeten Terrasse bereits deshalb nicht vor, weil der Balkon im täglichen Gebrauch der Terrasse vollständig gleichzusetzen sei. Auch eine Terrasse hätte mit einer vertikalen Abgrenzung (Geländer) versehen werden müssen, da das Gelände danach stark abgefallen sei. Das Vorbringen der Kläger, die Teilungserklärung sei ohne ihr Wissen abgeändert worden und der Zusatz "vertikales Geländer" eingebracht worden, sei falsch. Im Übrigen sei den Klägern bestens bekannt gewesen, dass anstelle der im Kaufvertrag aufgeführten Terrasse tatsächlich ein Balkon mit gleichem Nutzwert geschaffen werden sollte. Mit ihren Angriffen gegen das landgerichtliche Urteil würden die Kläger nicht durchdringen, soweit die erste Instanz einen Anspruch wegen der Feuchtigkeit des Kellers abgelehnt habe. Die Kläger hätten bereits nicht den Beweis führen können, dass im Hinblick auf den Keller eine vertragliche Sollbeschaffenheit in Bezug auf die Abdichtung des Kellers vorgelegen habe. Im Wege der Anschlussberufung greift die Beklagte ihrerseits das landgerichtliche Urteil an und beantragt,

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

16

Soweit das Landgericht den Klägern Schadensersatz zugesprochen habe und hierbei den Bruttobetrag in Ansatz gebracht habe, entspreche dies nicht der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Des Weiteren wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zu Schadensersatz wegen einer mangelhaften Hofffläche. Auch die Hofffläche sei vom Gewährleistungsausschluss umfasst, so dass der Schadensersatz nicht verlangt werden könne. Im Übrigen sei die Annahme des Landgerichts, der tatsächlich verlegte Belag sei zum Befahren nicht geeignet, nicht nachvollziehbar. Dies widerspreche den Feststellungen des Sachverständigen. Insoweit scheiterten Gewährleistungsansprüche schon daran, dass keine Abweichung von der Sollbeschaffung vorläge. Unabhängig hiervon stehe den Klägern ein Schadensersatzanspruch auch deshalb nicht zu, weil die Feststellungen des Sachverständigen F... nicht nachvollziehbar seien. In diesem Zusammenhang verweist die Beklagte darauf, dass in einem Parallelrechtsstreit ein Sachverständigengutachten vorgelegt worden sei, dass bezüglich derselben Hofffläche zu einem vollständig anderen Ergebnis als der Sachverständige F... im hiesigen Rechtsstreit gekommen sei. Jedenfalls habe der dortige Sachverständige K.... völlig andere Arbeiten als der Sachverständige F... aufgeführt, die zur Mängelbeseitigung notwendig gewesen wären. Da das Sachverständigengutachten F... nicht zu verwerten sei, habe die Beklagte bereits erstinstanzlich zu Recht ein Obergutachten gefordert. In einem dritten selbstständigen Beweisverfahren (3 OH 6/09) sei der dortige Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen, dass lediglich vorhandene Abläufe ausgebaut und entsorgt werden müssten, geeignete Bodenabläufe eingebaut werden müssten und ein Belag mit Gefälle zu den Anläufen hergestellt werden müsse, was mit einem Kostenaufwand von lediglich 900 € bewerkstelligt werden könnte. Die Kläger beantragen, die Anschlussberufung zurückzuweisen.

17

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungs-verfahren wird im Übrigen auf den Inhalt der in diesem Rechtszug gewechselten Schriftsätze, auf den Hinweis- und Auflagenbeschluss des Senats vom 13.9.2011 (GA 356ff), den Beweisbeschluss vom 21.12.2011 (GA 388f), das auf dieser Grundlage eingeholte schriftliche Gutachten des Sachverständigen A.... vom 16.02.2015 (GA 605 ff) sowie die schriftliche Aussage des Zeugen Notar H-J.. F.... vom 11.5.2015 (GA 680ff) verwiesen. Die Akten des oben erwähnten selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Duisburg mit Aktenzeichen 11 OH 86/07 hat der Senat beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

B)

Die Berufung der Kläger ist zu einem wesentlichen Teil begründet, da die vom Senat seiner Entscheidung nach § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen insoweit eine vom Landgericht abweichende Bewertung der Sach- und Rechtslage zu Gunsten der Kläger rechtfertigen, während die Anschlussberufung lediglich in geringfügigen Umfang begründet ist. Insgesamt führen demnach Berufung und Anschlussberufung zu einer aus dem Urteilstenor ersichtlichen Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung, sind im Übrigen jedoch zurückzuweisen. Im Einzelnen gilt folgendes:

I) Berufung der Kläger

1. Kellertreppe

Die Kläger können keinen Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 636, 280 BGB statt der Leistung i.H. der geltend gemachten 3.153,50 € durch Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft unter Hinweis auf die Mangelhaftigkeit der Kellertreppe in dem Objekt A...straße167 in M.... verlangen. Soweit das Landgericht dieses Klagebegehren als unbegründet erachtet hat, weil nach seiner Auffassung die beanstandete Treppe keinen Mangel aufweise, erweist sich dies auf der Grundlage der vom Senat durchgeführten ergänzenden Beweisaufnahme im Ergebnis als zutreffend.

a) Der hier in Rede stehende Schadensersatzanspruch scheitert nicht bereits an der Aktivlegitimation der Kläger. Die Aktivlegitimation, also die Befugnis der Kläger, diesen Schadensersatzanspruch im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, ist nicht zweifelhaft. Die hier in Rede stehende Kellertreppe gehört zum Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft. Sekundäre Gewährleistungsansprüche, wie zum Beispiel die Minderung und der kleine Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 3, 281 BGB stellen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gemeinschaftsbezogene Rechte dar, so dass die Entscheidung darüber, ob diese Ansprüche auch von einem einzelnen Wohnungseigentümer geltend gemacht werden können, der Gemeinschaft zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999, VII ZR 284/98 = BauR 2000, 285; Urteil vom 04.11.1982 - VII ZR 53/82, NJW 1983, 453). Auch nach Änderung des WEG, speziell auf der Grundlage des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG hat sich an dieser Rechtslage nichts geändert (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 11. Teil, Rz 288; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl. 2013, Rz. 48). Die Wohnungseigentümergeinschaft A...straße167 hat mit von den Klägern erstinstanzlich bereits vorgelegtem Beschluss (vgl. GA 148) die Kläger ermächtigt, Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte wegen der von dieser nicht beseitigten Mängel am Gemeinschaftseigentum im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Gründe für die Unwirksamkeit dieses Beschlusses sind nicht ersichtlich und werden von der Beklagten auch nicht vorgetragen. Soweit die Beklagte auch in der Berufungsinstanz die

Aktivlegitimation weiter bestreitet (GA 330), dringt sie mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen nicht durch. Sie trägt in diesem Zusammenhang vor, die Kaufverträge im Haus A...straße167 seien inhaltlich voneinander abweichend (ohne jedoch Divergenzen konkret aufzuzeigen), so dass die Sollbeschaffenheit des Objekts im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum erst nach Vorlage der Verträge durch die Kläger festgestellt werden könne. Die Beklagte will anscheinend anführen, dass die Befugnis, das Gemeinschaftseigentum betreffende Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, nur dann wirksam durch die Wohnungseigentümergeinschaft auf ein Mitglied der Gemeinschaft übertragen werden könne, wenn festgestellt werden könne, dass sämtliche Mitglieder der Gemeinschaft aus den jeweiligen Erwerbsverträgen materiellrechtlich Mängelansprüche in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum haben.

Diesem Ansatz ist nicht zu folgen. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann von dem einzelnen – durch die Wohnungseigentümergeinschaft ermächtigten – Erwerber stets der volle Minderungs- und Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden, ohne dass dieser quotal um die Anteile der Wohnungseigentümer zu kürzen ist, deren Gewährleistungsansprüche nicht oder nicht mehr bestehen oder verjährt sind (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1990, VII ZR 208/97, NJW 1999, 1705, 1706). Daraus folgt, dass für die Aktivlegitimation des einzelnen Erwerbers im Hinblick auf die gemeinschaftsbezogenen Ansprüche gegen den Bauträger nach entsprechender Ermächtigung durch die Gemeinschaft das Bestehen von Ansprüchen der einzelnen Wohnungseigentümer irrelevant ist. 25

b) Dem hier in Rede stehende Schadensersatzanspruch kann die Beklagte auch nicht mit Erfolg einen vertraglichen Gewährleistungsausschluss entgegenhalten. Bereits das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Auffassung vertreten, dass sich die Beklagte nicht auf den Mängelgewährleistungsausschluss aus dem Kaufvertrag berufen könne, da dieser gemäß § 309 Nr 8 b) aa) BGB unwirksam sei. **aa)** Die entsprechenden Regelungen unter § 6 des notariellen Kaufvertrages, wegen derer die Beklagte – auch im Berufungsverfahren (GA 330) - die Kläger mit ihren Gewährleistungsansprüchen ausgeschlossen sieht, lauten auszugsweise wie folgt: 26

"Die Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels sind ausgeschlossen. Dies gilt auch für alle Ansprüche auf Schadensersatz, es sei denn, der Verkäufer handelt vorsätzlich. Der Käufer hat das Kaufobjekt besichtigt. Er kauft es im gegenwärtigen, altersbedingten Zustand. Der Verkäufer versichert, dass versteckte Mängel nicht bekannt sind und die für die vorhandene Bebauung erforderlichen Genehmigungen erteilt sind bzw. werden. Dem Käufer ist bekannt, dass der Verkäufer Ausbaumaßnahmen betreffend das Kaufobjekt vorgenommen hat. Der Verkäufer tritt dem dies annehmenden Käufer die ihm zustehende Garantie- und Gewährleistungsansprüche gegen beauftragte Handwerker/Unternehmen ab mit der Verpflichtung, den Käufer bei der Geltendmachung von Ansprüchen zu unterstützen. Der Käufer übernimmt jedoch gegenüber dem Verkäufer für den Zustand des Verkaufsobjekt selbst keinerlei Garantie oder Gewährleistung. (Anm. Ersichtlich sind hier die Parteirollen des Kaufvertrages vertauscht worden.) Der Käufer hat also auftretende Mängel auf eigene Kosten zu beseitigen, wenn die abgetretenen Garantie- und Gewährleistungsansprüche nicht durchgesetzt werden können." 27

Der Senat geht im Einklang mit dem Landgericht auch unter Berücksichtigung des sich hierauf beziehenden Vorbringens der Beklagten in der Berufungsinstanz (GA 330) davon aus, dass es sich insoweit um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handelt, so dass in Anwendung des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB die Gewährleistungsausschlussklausel unwirksam ist. **bb)** Bei der Prüfung der Wirksamkeit von 28

Klauseln bzw. Vertragsbedingungen aus notariellen Bauträger-/Kaufverträgen ist zunächst festzustellen, ob der notarielle Vertrag vorformulierte Vertragsbedingungen enthält, so dass insoweit die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle nach den §§ 305ff BGB eingreift oder ob es sich um individual-vertraglich vereinbarte Regelungen handelt, bei denen die Wirksamkeitskontrolle nach dem Prüfungsmaßstabs § 242 BGB zu erfolgen hat. Ist der Vertrag durch den Notar vorformuliert worden, so ist im Regelfall der Bauträger als Verwender anzusehen und ihm die Vorformulierung durch den Notar zuzurechnen (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, a.a.O., 11. Teil, Rz. 139.) Irgendwelche konkreten Anhaltspunkte, die Anlass geben könnten, im vorliegenden Fall von der regelmäßigen Annahme abzuweichen, dass der von dem Notar vorformulierte Vertrag der Beklagten als Bauträgerin zuzurechnen ist, werden von der Beklagten nicht vorgetragen. Insbesondere kann dem Vorbringen der Beklagten nicht entnommen werden, dass der beurkundende Notar von den Klägern ausgewählt worden ist und sie – die Kläger – den später beurkundeten Kaufvertrag vorformuliert hätten. Dementsprechend ist die Beklagte auch als Verwenderin im Sinne des § 305 BGB zu behandeln. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass hier eine Mehrfachverwendungsabsicht im Sinne des § 305 BGB gegeben ist. Der Nachweis, dass die Mehrfachverwendungsabsicht beim Vertragspartner – hier dem Bauträger – bestand, hat zwar im Grundsatz der sich auf die Unwirksamkeit von Vertragsklauseln berufende Erwerber zu führen. Wird durch den Erwerber ein notarieller Erwerbsvertrag vorgelegt, dann spricht jedoch *"der Anschein für die Vorformulierung und für die Mehrfachverwendungsabsicht durch den Bauträger"* (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90, NJW 1992, 2160, 2162). Der Bauträger, der diesen Anscheinsbeweis entkräften will, trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich um einen Einzelvertrag gehandelt hat (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., Randziffer 140).

Das Landgericht hat im Rahmen seiner rechtlichen Erwägungen festgestellt, dass der Notar die die Mängelansprüche ausschließende Vertragsklausel für eine Vielzahl von Kaufverträgen entworfen hat. Dieser Tatsachenfeststellung ist die nach den obigen Ausführungen darlegungs- und beweisbelastete Beklagte in der Berufungsinstanz nicht substantiiert entgegengetreten. Ihr Vorbringen, die Kläger hätten sämtliche Kaufverträge vorzulegen, und solcher Art den Beweis dafür zu erbringen, dass es sich um eine vorformulierte Vertragsklausel handele, verkennt den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis. Unerheblich ist in diesen Zusammenhang, ob die Beklagte (auch) als gewerbliche Bauträgerin zu behandeln ist. Ob der Erwerb von Altbauten, deren Sanierung und Aufteilung in Wohnungseigentum und die Veräußerung an Dritterwerber ein auf Dauer gerichtetes Gewerbe der Beklagten darstellt, bedarf keiner vertiefenden Aufklärung. Unstreitig hat die Beklagte mindestens drei Altobjekte erworben und nach Durchführung von entsprechenden Bau- und Sanierungsmaßnahmen als Eigentumswohnungen wieder veräußert. Jedes Objekt hatte zumindest 4 Einheiten, so dass vor diesem Hintergrund nichts gegen die Mehrfachverwendungsabsicht spricht, ohne dass es auf die Frage nach der Dauerhaftigkeit des Gewerbes der Beklagten ankommt. Da nach den obigen Erwägungen die Voraussetzungen für die Qualifizierung der Gewährleistungsausschlussklausel im notariellen Kaufvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen erfüllt sind, unterliegt diese Klausel nur dann nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, wenn und soweit diese Regelung „ausgehandelt“ worden ist. Für ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB ist es nicht ausreichend, wenn der notarielle Vertrag besprochen, vorgelesen und/oder erläutert worden ist. Die reinen Belehrungen über den Sinn- und Regelungsgehalt der einzelnen Klauseln durch den Notar genügen ebenfalls nicht, um von einem Aushandeln zu sprechen. Der Verwender, der sich auf ein Aushandeln der in Rede stehenden vorformulierten Vertragsklausel beruft, kann sich nicht auf die bloße Behauptung beschränken, die Vertragsregelungen seien beim Notar besprochen und erörtert worden. Er hat vielmehr im

29

einzelnen darzulegen, dass er ernsthafte Abänderungsbereitschaft und sein Vertragspartner die Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Regelungsgehalt der in Rede stehenden Vertragsbestimmung gehabt hat (vgl. im einzelnen Kniffka/Koeble, a.a.O., Rz 143 m.w.N.). Diesen Anforderungen an einen erheblichen Sachvortrag im Hinblick auf ein Aushandeln vorformulierter Vertragsklauseln genügt das Vorbringen der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht. Die Beklagte hat sich auf den Vortrag beschränkt (GA 65,125), der beurkundende Notar habe nicht nur zu Beginn der Beurkundung, sondern auch beim Vorlesen der einzelnen Textpassagen deutlich auf den Gewährleistungsausschluss hingewiesen, diesen genau erklärt und sogar die Rechtsfolgen skizziert. Ein echtes "Verhandeln" über diese Gewährleistungsklausel hat die Beklagte damit nicht dargelegt. Aus alledem folgt, dass die Gewährleistungsausschlussklausel als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle unterliegt und in Anwendung des § 309 Nr 8 b) cc) BGB unwirksam ist.

c) Den Klägern steht wegen der von ihnen beanstandeten Kellertreppe ein werkvertraglicher Gewährleistungsanspruch gerichtet auf den Schadensersatz statt der Leistung nach den §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB nicht zu. Insoweit kann zwar die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts festgestellt werden, jedoch nicht die Mangelhaftigkeit der Werkleistung im Sinne des § 633 BGB.**aa)** Der BGH hat sich mehrfach im Zusammenhang mit der Veräußerung von Altbauwohnungswohnungen mit Herstellungsverpflichtung des Veräußerers damit befasst, ob und in welchem Umfang bei sanierten bzw. modernisierten Altbauwohnungen oder Baumaßnahmen an einem Altbestand die werkvertragliche Mängelgewährleistung im Bezug auf die gesamte Wohnung bzw. das gesamte Objekt eingreift. Er hat hierzu folgende Maßstäbe aufgestellt: Verpflichtet sich der Veräußerer einer Altbauwohnung oder eines sonstigen Altbaus neben der Übertragung des Eigentums an der Immobilie zur Durchführung von baulichen Maßnahmen, ist auf diese in jedem Fall das Werkvertragsrecht anwendbar. Übernimmt der Veräußerer vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275, 3276 TZ 18f; Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 257/03, NZBau 2005, 216, 217). Hierbei ist es ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben.

Hieraus folgt, dass bauliche Maßnahmen, die nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten nicht vergleichbar sind, nicht ein derartiges Gewicht haben, dass es gerechtfertigt wäre, Werkvertragsrecht auch auf von den übernommenen Herstellungspflichten unberührt gebliebene Bauteile anzuwenden. In diesen Fällen unterliegt nur die Verletzung der konkret übernommenen Herstellungspflichten den Regelungen der §§ 633 ff BGB (vgl. BGH, Urteil vom 06.10.2005, VII ZR 117/04, NJW 2006, 214, 215 Tz. 16).

Soweit in Abgrenzung hierzu ein Fall der Veräußerung mit Herstellungspflicht vorliegt, der einem Neubau vergleichbar ist, muss im Hinblick auf die – werkvertragliche – Gewährleistung für die unberührt gebliebene Altbausubstanz geprüft werden, ob eine insoweit bestehende Fehlfunktion einen Mangel der Werkleistung darstellt. Dies hängt davon ab, welche Beschaffenheit die Parteien vereinbart haben. Bei der Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung ist die berechnete Erwartung des Erwerbers von überragender Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275, 3276 TZ 23f).**bb)** Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass im Hinblick auf die Kellertreppe dem notariellen Kaufvertrag eine ausdrückliche Herstellungspflicht der Beklagten nicht entnommen werden kann, bezüglich dieses Bauteils

zunächst einmal die werkvertragliche Sachmängelhaftung der §§ 633ff BGB einschlägig. Die Herstellungspflicht der Beklagten, also die von ihr zu erbringenden Bauleistungen, wie sie sich aus dem notariellen Kaufvertrag in Verbindung mit den Inhalt des Exposés ergeben, hatten einen derartigen Umfang und eine solch große Bedeutung, dass sie mit Neubauarbeiten vergleichbar sind. Nach Auffassung des Senats ergibt sich dies bereits daraus, dass in dem Exposé, das sich auf das Objekt A...straße167 in M.... bezieht und durch das die berechtigten Vorstellungen der Kläger geprägt wurden, bereits eingangs davon die Rede ist, dass es sich insoweit um ein *"komplett kernsaniertes 4 Familien-Haus"* handelt. Den umfassenden Charakter der "Sanierung" erhellt auch die Beschreibung der Bauleistungen, die außerhalb der Gestaltung der einzelnen Eigentumswohnungen vorgenommen werden bzw. vorgenommen werden sollten. So ist aufgeführt, dass die Außenfassade mit Wärmedämmputz saniert wurde, im gesamten Haus alle Strom-, Wasser- und Heizungsleitungen erneuert wurden, der Dachstuhl komplett neu aufgebaut sowie das Dach vollständig erneuert wurde, alle Fenster neu eingesetzt, der gesamte Innenputz entfernt und mit neuem Gipsputz versehen wurde. Ebenfalls kann dem Akteninhalt entnommen werden, dass das Haus eine neue Heizungs- und Sanitärtechnik erhalten hat. Ob und inwieweit in den Baubestand der Fundamente und Geschossdecken eingegriffen wurde, ist mit Blick auf die sonstigen baulichen Maßnahmen, die nach der eigenen Einschätzung der Beklagten die Bezeichnung des Objektes als kernsaniertes Haus rechtfertigte, ohne entscheidende Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.2007, a.a.O., Tz. 21).cc)Wie den obigen Ausführungen entnommen werden kann, folgt aus der grundsätzlichen Anwendung des Werkvertragsrechts auch für die von der vertraglich geregelten Herstellungspflicht unberührten Bauteile nicht per se, dass dieses Bauteil zur Begründung seiner Mangelfreiheit dem aktuellen Stand der Technik zu entsprechen hat. Der Bundesgerichtshof hat in seiner bereits oben zitierten Entscheidung vom 16.12.2004 – VII ZR 254/09, BauR 2005, 542 = NJW 2005,1115 = IBR 2005,153 (mit Anmerkung Schwenker) klargestellt, dass nach allgemeinen Kriterien für die Bestimmung der Verpflichtung des Veräußerers eines sanierten Altbaus zu - nicht ausdrücklich vereinbarten – Herstellungsleistungen auf den Zusammenhang der einzelnen Vertragsbestimmungen sowie die gesamten Umstände abzustellen ist, die zum Vertragsschluss geführt haben, wobei von ausschlaggebender Bedeutung ist, wie der Erwerber das Angebot des Veräußerers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen konnte und durfte (§§ 133, 154 BGB). Die berechtigten Erwartungen, die der Erwerber an einen Altbau stellen darf, der nach den vertraglichen Vereinbarungen bis auf die Grundmauern saniert worden sein soll, wie das bei einer Kernsanierung der Fall ist, gehen grundsätzlich dahin, dass der Veräußerer zu diesem Zweck im Rahmen des technisch Möglichen die Maßnahmen angewandt hat, die erforderlich sind, um den Stand der anerkannten Regeln der Technik zu gewährleisten. Eine andere Sichtweise ist dann angezeigt, wenn die berechnete Erwartung des Erwerbers unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsumstände, insbesondere des konkreten Vertragsgegenstandes und der jeweiligen Gegebenheiten des Bauwerks darauf nicht gerichtet ist. Maßgebend ist hiernach in Bezug auf die streitgegenständliche Treppe, welche nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles berechtigten Erwartungen die Kläger im Hinblick auf die Kellertreppe haben konnten. Der Bundesgerichtshof hat in der mehrfach erwähnten Entscheidung vom 16.12.2004 unter III 2.c) der Entscheidungsgründe darauf abgestellt, dass bei Veräußerung eines Altbaus, bei dem die Herstellungspflichten wegen der versprochenen Sanierung bis auf die Grundmauern (Kernsanierung) denen eines Neubaus grundsätzlich gleichgestellt werden können, eine Verpflichtung des Bauträgers, eine Treppe nach den anerkannten Regeln der Technik zu erstellen, nicht von den berechtigten Erwartungen des Erwerbers gedeckt ist, wenn die hierzu erforderlichen Sanierungsarbeiten mit erheblichen Eingriffen in die Altbausubstanz verbunden werden, insbesondere im Bereich des Treppenhauses bzw. im Flurbereich zusätzlicher Raum in Anspruch genommen werden

müsste. Mit Blick auf diese konkreten Kriterien hat die Beklagte vorgetragen, dass die neue Errichtung der Kellertreppe mit einem anderen Steigungs- und Neigungswinkel, wie sie erforderlich wäre, um die Kellertreppe dem aktuellen Stand der anerkannten Regeln der Technik entsprechend zu errichten, mit einem erheblichen Eingriff in die Altbausubstanz verbunden wäre. Das gesamte Treppenhaus müsste erweitert und aufgebrochen werden, da ansonsten eine Treppe nach heutigem Stand der Technik nicht eingebracht werden könnte (GA 331). Während dessen haben die Kläger mit der Berufungsbegründung vorgetragen, dass in Abweichung von dem Sachverhalt, der der oben zitierten Entscheidung des BGH vom 16.12.2004 zu Grunde lag, im Streitfall eine Veränderung der Treppe nicht mit einem erheblichen Eingriff in die Altbausubstanz einhergehen würde. Die bereits erstinstanzlich von der Beklagten aufgestellte Behauptung, es sei bauseits nicht möglich, eine Treppe mit anderem Neigungswinkel und einer anderen Konfiguration einzusetzen, sei nicht nachvollziehbar, da auch in anderen Häusern nach Abriss der alten Treppen eine den DIN-Vorschriften entsprechende Gestaltung der Kellertreppe erfolgt sei (GA 288).

Zu der hiernach maßgeblichen Frage, ob für die DIN-konforme Errichtung der Treppe in die Altbausubstanz eingegriffen werden muss, hat der Senat entsprechend dem Beweisbeschluss vom 21.12.2011, dort unter II 2. a) ergänzend Beweis erhoben. Auf der Grundlage der Ausführungen des vom Senat mit der Beantwortung der in diesem Zusammenhang relevanten Beweisfrage beauftragten Sachverständigen Dipl.-Ing. A.... in seinem schriftlichen Gutachten vom 16.2.2015 ist der Senat zu der Überzeugung (§ 287 ZPO) gelangt, dass die Herbeiführung eines mit den einschlägigen DIN-Vorschriften übereinstimmenden Zustands der Kellertreppe nicht ohne einen erheblichen Eingriff in die Altbausubstanz möglich ist, was nach den oben dargelegten Grundsätzen einer Mangelhaftigkeit der errichteten Treppe entgegensteht, da insoweit eine derart gravierende Maßnahme im Rahmen der Sanierungsarbeiten nicht mehr von den berechtigten Erwartungen der Kläger gedeckt war. Der Sachverständige hat insoweit in seinem o.a. Gutachten, dort Seite 16ff dargelegt, dass nach DIN 180651 „Gebäudetreppen“ für baurechtlich notwendige Treppen in Gebäuden mit mehr als zwei Wohnungen ein Steigungsmaß (= Höhenunterschied zwischen zwei benachbarten Treppenstufen) von 14-19 cm und eine Auftrittsweite von 26 cm bis 37 cm vorgegeben sind. Darüber hinaus bestimmen die genannten DIN-Vorschriften Anforderungen an das so genannte Steigungsverhältnis, welches der Schrittmaßregel $2s + a = \text{Schrittmaß}$ mit den folgenden Parametern entspricht

- Schrittmaß 59 cm bis 65 cm – mittlere Schrittlänge des Menschen 34
- s Treppensteigung 35
- a Treppenauftritt. 36

Schließlich muss nach den Darlegungen des Sachverständigen bei Treppen die lichte Höhe über dem Treppenlauf 2 m betragen, wobei dieser Abstand gemessen werde an der Vorderkante der Stufen bzw. einer gedachten Linie zwischen den Vorderkanten (Seite 16 des Gutachtens = GA 624). 37

Die tatsächlichen baulichen Gegebenheiten sind hier jedoch dadurch gekennzeichnet, dass sich an der Kante, die durch den Übergang von der Kellerdecke zur Untersicht der Treppe vom EG zum ersten OG gebildet wird, wie auch am freiliegenden Rand des Eingangspodestes Stahlträger befinden, bei denen es sich nach Einschätzung des Sachverständigen um tragende Elemente der Gebäudekonstruktion handelt (Seite 12 des Gutachtens = GA 620). Der waagerechte Abstand der Kanten dieser Stahlträger beträgt 1,92 m, während der Höhenunterschied zwischen dem Eingangspodest des Gebäudes und der 38

Kellergeschossebene ca. 1,82 m beträgt (Seite 15 des Gutachtens = GA 623). Auf Seite 17 des Gutachtens = GA 625 hat der Sachverständige ausgeführt, dass zur Einhaltung der oben angegebenen Vorgaben aus der einschlägigen DIN-Vorschrift die zur Überwindung des Höhenunterschiedes von 1,82 m erforderliche Anzahl von zehn Steigungen neun Trittstufen mit einer Breite von mindestens 26 cm und damit ein Zwischenraum zwischen den genannten Stahlträgern von mindestens 234 cm erforderlich wären. Da jedoch der Abstand zwischen den Stahlträgern lediglich 192 cm beträgt, müsste in die Bausubstanz (also in die Stahlträger) eingegriffen werden, wollte man eine den Vorgaben der DIN 18065 entsprechende notwendige Treppe errichten.

Mithin kann wegen der erheblichen, die Bausubstanz des Gebäudes berührenden Baumaßnahme, die erforderlich wäre, um eine dem aktuellen Stand der Technik und den einschlägigen baurechtlichen Normen entsprechende Kellertreppe zu errichten, in sachgerechter Auslegung gemäß den vom BGH in der oben genannten Entscheidung aufgeführten Maßstäben nicht davon ausgegangen werden, dass auch insoweit eine werkvertragliche Herstellungspflicht dem rechtsgeschäftlichen Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Einigung entsprach. Der Zustand der von der Beklagten errichtete Kellertreppe erweist sich mithin nicht als vertragswidrig. 39

2) Balkon statt Terrasse 40

Das Landgericht hat zu Unrecht das Klagebegehren der Kläger abgewiesen, soweit diese einen Schadensersatz in Höhe der (zu erwartenden) Mängelbeseitigungskosten mit dem Vorbringen verlangen, die Beklagte habe statt der geschuldeten Terrasse einen Balkon errichtet. Den Klägern steht entgegen der Auffassung des Landgerichts ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 636, 280 BGB in Höhe von 10.331 € bzw. aktualisiert 11.584,51 € zu. **a)** Auf die obigen Ausführungen zu der Aktivlegitimation der Kläger sowie darauf, dass ein Gewährleistungsanspruch nicht durch die Ausschlussklausel im notariellen Kaufvertrag wirksam ausgeschlossen worden ist, kann Bezug genommen werden. **b)** 41

Zu Recht beanstandet die Berufung die Wertung des Landgerichts, der Umstand, dass die Eigentumswohnung der Kläger einen Balkon und nicht eine Terrasse aufweist, keinen Mangel im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB darstellt. 42

aa) Die vertraglich definierte Sollbeschaffenheit der an die Kläger veräußerten Wohnung beinhaltet nach dem Wortlaut des notariellen Erwerbvertrages unzweifelhaft eine Terrasse. In § 2 Abs. 2 des notariellen Kaufvertrages ist davon die Rede, dass zu dem Sondereigentum auch eine Terrasse gehört. Die Beklagte hat erstinstanzlich unstreitig gestellt (GA 66), dass die den Klägern letztlich übergebene Wohnung nicht über eine Terrasse, sondern über einen Balkon verfüge. Auch die im Exposé enthaltenen Zeichnungen des Objekts weisen aus, dass hier eine ebenerdige Anlage der Terrasse für die Wohnung der Kläger im Erdgeschoss des Objektes A...straße 167 vorgesehen war. Nach Maßgabe dieser vertraglichen Regelungen und der weiteren Umstände vor Vertragsschluss konnten also die Kläger davon ausgehen, dass die von ihnen erworbene Wohnung eine Terrasse und nicht einen Balkon aufweisen werde. 43

bb) Den tatsächlichen Zustand stellt das Lichtbild auf Seite 10 des Gutachtens des Sachverständigen Dip.-Ing. F... vom 24.04.2009 dar. Dort ist ersichtlich, dass die Wohnung der Kläger über einen Balkon als herausragendes Bauteil außerhalb des Gebäudes verfügt, der (wenn auch nicht in einer großen Höhe) nicht ebenerdig ist. 44

cc)Die Beklagte hat nach dem Ergebnis der durch den Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht den Beweis dafür erbringen können, dass sie – die Beklagte – beim Notartermin zur Beurkundung des notariellen Erwerbvertrages am 10.12.2004 die Kläger darauf hingewiesen hatte, dass sich auf der Rückseite des Hauses anstelle der im Kaufvertrag angeführten Terrasse lediglich ein Balkon befindet bzw. befinden werde. In diesem Fall hätten die Kläger nach Treu und Glauben aus der Sicht des objektiven Erklärungsempfängers die entsprechende Formulierung im Kaufvertrag unter Berücksichtigung der Planzeichnungen im Exposé **nicht** mehr dahingehend verstehen können, dass die Herstellungspflicht der Beklagten auch eine Terrasse umfasst.

Der beurkundende Notar H-J.. F.... hat in seiner schriftlichen Aussage vom 11.5.2015 (GA 46 680) angegeben, dass er an mündliche Erklärungen anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages in Hinblick auf eine Terrasse keine Erinnerung mehr habe. Er hat des Weiteren ausgeführt, er hätte in dem Fall, dass sich bezüglich der Errichtung eines Balkons (so wie tatsächlich erfolgt) statt einer Terrasse (wie in der notariellen Urkunde aufgeführt) Klärungsbedarf während der Beurkundung ergeben hätte, den Vertragsparteien empfohlen, diesbezüglich eine Regelung in die Vertragsurkunde aufzunehmen.

dd) 47

Soweit die Beklagte erstinstanzlich darüber hinaus vorgetragen hat, bereits bei der ersten Besichtigung sei klar gewesen, dass an der Rückseite des Hauses keine Terrasse, sondern ein Balkon angebracht werden würde, ist dieses Vorbringen substanzlos, da sich hieraus nicht ergibt, welche Erklärungen, Umstände und Tatsachen es für die Kläger offenbar und zweifelsfrei hatte werden lassen, dass keine Terrasse sondern ein Balkon zu der von ihnen zukünftig zu erwerbenden Wohnung gehören sollte. 48

ee)Nicht zu folgen ist der Erwägung des Landgerichts, die Kläger hätten sich spätestens mit der Entscheidung zugunsten eines Edelstahlgeländers für den tatsächlich errichteten Balkon damit einverstanden erklärt, dass ihre Wohnung anstelle der geschuldeten Terrasse der besagte Balkon erhalten hat. Der Senat vermag in dem Einverständnis der Kläger damit, dass der Balkon mit einem Edelstahlgeländer ausgestattet werde, nicht einen rechtsgeschäftlichen Erklärungsgehalt in dem vom Landgericht angenommenen Sinne erkennen. Nachvollziehbar haben die Kläger darauf hingewiesen, dass bei der gegebenen Situation eine Sicherung des Balkons erforderlich war, weil ansonsten die Gefahr bestanden hätte, dass ihre seinerzeit kleinen Kinder von dem Balkon stürzen und sich verletzen könnten. Selbst wenn man von einer Kenntnis der Kläger hinsichtlich des hier in Rede stehenden Mangels (Balkon statt Terrasse) im Zeitpunkt der Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1 BGB ausgehen wollte, (wobei zu erwähnen ist, dass die Beklagte sich zum Abnahmezeitpunkt ausschweigt), würde hier nicht der Rechteausschluss des § 640 Abs. 2 BGB eingreifen, weil dieser nur die primären Nacherfüllungsansprüche und nicht den mangelbedingten Schadensersatzanspruch im Sinne des § 634 Nr. 4, 636 BGB einschließt. 49

c)Die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB, insbesondere die fristgebundene und letztlich fruchtlose Mängelbeseitigungsaufforderung sind mit Blick auf das anwaltliche Schreiben vom 28.5.2009, das auch den hier in Rede stehenden Mangel erfasste, erfüllt.**d)**In seinem Gutachten vom 24.4.2009, dort Seite 8, aus dem selbständigen Beweisverfahrens hat der Sachverständige F... die Kosten, die zur Herstellung einer Terrasse erforderlich sind auf 10.331 € netto geschätzt. Konkrete Einwände gegen diese Kostenschätzung sind seitens der Beklagten weder erstinstanzlich, noch im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens oder des Berufungsverfahrens erhoben worden. Aus den oben angeführten Gründen hat es – entgegen dem Begehren der Kläger – 50

bei dem genannten Nettobetrag von 10.331 € zu verbleiben. Jedoch ist im Rahmen der richterlichen Schätzung gemäß § 287 ZPO dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Kostenschätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. F... aus dem Jahre 2009 stammt und maßgeblich für die Bemessung des Schadensersatzanspruches die Mangelbeseitigungskosten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist, die vor dem Senat rund 6 1/3 Jahre später stattgefunden hat. Die in dem Zeitpunkt eingetretene Baukostensteigerung ist zu berücksichtigen und führt zu einer Erhöhung des Schadensersatzes. Der Senat hat hierzu den Baukostenindex herangezogen, der für das zweite Quartal einen Indexwert von 98,8 und für das dritte Quartal einen Indexwert von 110,6 aufweist, so dass sich bei Übertragung dieser Kostensteigerung auf den vom Sachverständigen im Jahre 2009 geschätzten Betrages von 10.331 € ein aktueller Betrag für die Kosten für die Mangelbeseitigung von $(10.331 \times 110,9 \div 98,8 =)$ 11.584,51 € ergibt.

Hierauf anfallende Mehrwertsteuer ist von dem Schadensersatzanspruch nicht umfasst. Dies 51
folgt aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 22.07.2010 – VII ZR 176/09 – BauR 2010, 1752ff = NJW 2010, 3085f), derzufolge bei Ermittlung des Vermögensschadens im Rahmen des werkvertraglichen, auf die Kosten zur Mängelbeseitigung gerichteten Schadensersatzanspruches in den Fällen, in denen der Besteller den Mangel nicht hat beseitigen lassen, es nicht gerechtfertigt ist, neben den erforderlichen Mängelbeseitigungskosten auch eine hierauf zu zahlende Umsatzsteuer einzubeziehen.

3. Feuchtigkeit im Keller Die Kläger haben ebenfalls mit ihren Angriffen gegen die 52
landgerichtliche Entscheidung Erfolg, soweit das Landgericht einen Schadensersatzanspruch wegen der Feuchtigkeit im Keller verneint hat. Auf der Grundlage der oben genannten werkvertraglichen Haftungsnormen können die Kläger insoweit Schadensersatz statt der Leistung in Höhe 78.889,32 € beanspruchen.**a)** Die obigen Ausführungen zu der Aktivlegitimation der Kläger und zu der Unwirksamkeit des im notariellen Kaufvertrag enthaltenen Gewährleistungsausschlusses gelten auch hier.**b)**

Das Landgericht hat Mängelansprüche der Kläger wegen der Feuchtigkeit im Keller verneint, 53
da der Keller der vereinbarten vertraglichen Beschaffenheit entspreche. Die dem zu Grunde liegende Auslegung der vertraglichen Verpflichtungen entspricht nicht den oben näher behandelten Kriterien zur Feststellung des Ausmaßes der Herstellungspflichten außerhalb der Bauteile, zu denen ausdrückliche Bauleistungen konkret vereinbart worden sind. Wie oben näher erläutert ist die durch Auslegung zu ermittelnde berechnete Erwartungshaltung der Erwerber entscheidend im Hinblick auf die rechtliche Festlegung des Umfangs der geschuldeten Herstellungsleistungen. Im konkreten Falle konnten die Kläger berechtigterweise davon ausgehen, dass das Objekt dem Stand der anerkannten Regeln der Technik entsprechend errichtet bzw. ausgestattet wird, auch soweit es um den Schutz des Kellers des Vertragsobjektes gegen Feuchtigkeit geht. Obwohl keine ausdrücklichen vertraglichen Regelungen getroffen worden sind, die eine Kellersanierung und hierbei insbesondere die Durchführung von Maßnahmen zum Schutz gegen von außen eindringende Feuchtigkeit zum Gegenstand hatten, konnten die Kläger als Erwerber von der Beklagten erwarten, dass diese im Rahmen der Sanierung des Objektes auch die Kelleraußenwände nachträglich ordnungsgemäß isolieren und die nach dem Stand der anerkannten Technik tauglichen Maßnahmen zum Feuchtigkeitsschutz des Kellers ergreifen würden. Für eine dahingehende Auslegung spricht insbesondere, dass ausweislich der Baubeschreibung zum einen in dem im Keller befindlichen Wasch- und Trockenraum ein Waschmaschinenanschluss für jede Wohnung vorgesehen war und darüber hinaus nach dem Vertragstext zu dem Vertragsgegenstand auch ein im Keller befindlicher Abstellraum gehören

sollte. In der bereits von den Klägern herangezogenen Entscheidung des OLG Düsseldorf, 5. Zivilsenat, vom 22.5.2003 – 5 U 33/00 - wird zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Veräußerer, der zusagt, dass zu der zu sanierenden Eigentumswohnung im Keller auch ein Abstellraum gehört, jedenfalls solche Sanierungsmaßnahmen schuldet, die geeignet sind, die Sachen vor Feuchtigkeit zu schützen. Diese aus dem Jahre 2003 stammende Entscheidung entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wie sie in dem bereits mehrfach erwähnten Urteil vom 16.12.2004 zum Ausdruck gekommen ist. Auch dort hat der BGH angeführt, dass zum Stand der anerkannten Regeln der Technik gehört, dass der Keller des Vertragsobjektes gegen Feuchtigkeit schützen ist und solcherart der Bauträger als Veräußerer verpflichtet ist, im Rahmen des technisch Möglichen den Feuchtigkeitsschutz des Kellers zu gewährleisten. Dass ein solcher Feuchtigkeitsschutz nicht möglich ist, oder nur mit einem solchen Sanierungsaufwands, bzw. Eingriff in die Altbausubstanz zu erreichen ist, dass die berechnete Erwartung der Kläger diese nicht (mehr) umfassen dürfte, ist nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen.

Eine hiervon abweichende Bewertung der Herstellungspflichten der Beklagten als Bauträgerin im Hinblick auf die Kellerabdichtung wäre dann angezeigt gewesen, wenn die Beklagte den Nachweis geführt hätte, dass sie vor Kaufvertragsschluss bzw. im Rahmen des Abschlusses des Kaufvertrages Hinweise an die Kläger gerichtet hätte, aus denen diese hätten schließen müssen, dass eine Abdichtung des Kellers nicht erfolgen würde. Aus den Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen kann eine solche Feststellung nicht getroffen werden. Diesbezügliche Umstände werden von der Beklagten weder erstinstanzlich noch im Rahmen des Berufungsverfahrens substantiiert behauptet. c) Nach den Feststellungen des Sachverständigen, die dieser im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens getroffen hat, muss davon ausgegangen werden, dass eine ordnungsgemäße, dem aktuellen Stand der anerkannten Regeln der Technik entsprechende Isolierung der Kelleraußenwände gegen eindringende Feuchtigkeit nicht von der Beklagten vorgenommen wurde. Im ersten Ergänzungsgutachten vom 17.9.2008 hat der Sachverständige Dipl.-Ing. F... unter Bezugnahme auf weitere von ihm vorgenommene Feuchtigkeitsmessungen festgehalten, dass zahlreiche innere Wandflächen stark durchfeuchtet seien und die Feuchtigkeit aufsteigt. Er ist zu der technischen Bewertung gelangt, dass die Außenabdichtung des Gebäudes fehlerhaft ist. In diesem Zusammenhang hat er ausgeführt, dass bedingt durch die im Umfeld vorhandenen bindigen Böden starke Feuchtigkeit entsteht und hierbei sporadisch drückendes Wasser vor dem Gebäude, das durch ein seinerzeit gebrochenes Abflussrohr, vorne Längsseite rechts, noch verstärkt worden sei. Dies habe sich in den nassen Kellerwänden ausgewirkt. Die Wände verfügen weder über eine ausreichende Horizontalsperre noch über eine ordnungsgemäße vertikale Abdichtung. Ebenfalls fehlt eine Dränanlage. Im Folgenden hat der Sachverständige die Maßnahmen aufgelistet, die erforderlich sind, um eine nach heutigem Standard angemessene Kellertrockenheit zu erreichen: Nach Ausschachtung und Freilegung des Gebäudes muss das gesamte Kelleraußenmauerwerk gereinigt, getrocknet und mit einem Sperrputz versehen werden. Sodann ist ein Voranstrich aufzubringen, worauf hin das Gebäude mit einer KMB (kunststoffmodifizierten Dickbeschichtung) abzudichten ist. Weiter ist eine Dränleitung, das heißt eine Dränanlage gemäß der DIN 4095 zu erstellen und ein Sickerschacht anzuordnen. Schließlich muss noch zur Hemmung von aufsteigender Feuchtigkeit eine chemische Horizontalsperre eingebracht werden. Um eine weitere Feuchtigkeit, unter anderem auch den Eintrag aus der Waschküche, Trockenflächen etc. vom Keller fernzuhalten, empfiehlt der Sachverständige, eine motorische Lüftung einzubauen, wofür mithilfe von Kernbohrkronen die Kelleraußenwände zu durchbohren, die Lüftsysteme einzusetzen und ordnungsgemäß zu verkabeln sind. Mit der Darstellung dieser erforderlichen Baumaßnahmen bzw. Sanierungsmaßnahmen, die im vorliegenden Fall zu ergreifen sind, um

einen Schutz des Kellers des streitbefangenen Objektes vor von außen eindringender Feuchtigkeit zu gewährleisten, hat der Sachverständige in ausreichendem Maße nachvollziehbar den Sollzustand beschrieben, und damit eine hinreichende Grundlage eröffnet für die Feststellung, dass hier der Ist-Zustand eine entsprechende Abweichung von dem geschuldeten Vertragssoll darstellt.

d)Die Mängelbeseitigungsaufforderung vom 28.05.2009 durch den Bevollmächtigten der Kläger bezog sich auch auf die unzureichende Isolierung des Kellers zum Schutz gegen eindringende Feuchtigkeit. Die in diesem Schreiben gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung (11.6.2009) ist ohne Reaktion der Beklagten abgelaufen.**e)**Das Vorbringen der Beklagten im vorliegenden Hauptverfahren wie auch in demvorangegangenen selbständigen Beweisverfahren bietet keine hinreichenden konkreten Anhaltspunkte, um an der Richtigkeit der Feststellungen des Sachverständigen zu zweifeln (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Soweit die Beklagte im landgerichtlichen Verfahren die Ausführungen des Sachverständigen, auf die sich die Kläger bezogen haben, beanstandet hat, (GA 69/70), beziehen sich diese Einwände gegen die vom Sachverständigen Dipl.-Ing. F... seinen Tatsachenfeststellungen zu Grunde gelegte Annahme, wonach der aktuelle Bautenstandard als Maßstab für die Prüfung der Mangelfreiheit/Mangelhaftigkeit der vorhandenen Bausituation heranzuziehen ist. Die eigentlichen Feststellungen des Sachverständigen zu dem nicht vorhandenen Schutz der Kelleraußenwände gegen eindringende Feuchtigkeit und zu den notwendigen Baumaßnahmen, um diesen Schutz zu erreichen, werden von der Beklagten nicht konkret angegriffen.**f)**Soweit die Beklagte gegenüber dem vom Sachverständigen Dipl.-Ing. F... auf Seite 6 Mitte bis Seite 8 Mitte im Gutachten vom 17.9.2008 näher dargelegten Sanierungsvorschlag und der diesbezüglichen Kostenermittlung auf Seite 9f des Gutachtens den Einwand erhoben hat, die diesbezüglichen Feststellungen des Sachverständigen gingen von falschen rechtlichen Voraussetzungen aus und seien unzutreffend, ist der Senat auf der Grundlage der von ihm durchgeführten ergänzenden Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass die Angriffe der Beklagten insoweit im Wesentlichen nicht durchgreifend sind, vielmehr mit einer Ausnahme den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. F... sowohl was die Notwendigkeit als auch den Umfang der durchzuführenden Sanierungsmaßnahmen sowie die hierbei anfallenden Kosten betrifft gefolgt werden kann.

55

Der Sachverständige Dipl.-Ing. A.... hat in seinem Gutachten vom 16.2.2015 nach fachlicher Auswertung der im Rahmen von Bauteilöffnungen gewonnenen Erkenntnisse ausgeführt, dass die Intensität der Wasserbeanspruchung, dem die Kelleraußenwände des streitgegenständlichen Gebäudes ausgesetzt sind, aufgrund der bindigen Böden als „aufstauendes Sickerwasser“ im Sinne der DIN 18195 „Bauwerksabdichtungen“ zu bewerten sei (Seite 31 des Gutachtens = GA 639). Bei dieser Sachlage sei den Annahmen des Sachverständigen F... zu folgen, demzufolge die Kelleraußenwände auf der Außenseite fachtechnisch korrekt gegen aufstauende Sickerwasser abgedichtet werden müssten, um weiteres Wassereindringen zu vermeiden. Nach der DIN 18195 „Gebäudeabdichtung“ muss eine Abdichtung gegen zeitweise aufstauendes Sickerwasser aus Bitumenbahnen oder Bitumen-Schweißbahnen zumindest in 2-Lagen verlegt werden, was vorliegend nicht geschehen sei (Seite 32 des Gutachtens = GA 640). Im Hinblick auf die unzureichende Abdichtungssituation hat der Sachverständige weiter ausgeführt (Seite 32 des Gutachtens = GA 640), dass die Abdichtung tiefer als der Fußboden im Innenbereich des Kellers gezogen werden müsse, also im Gegensatz zu dem an der Längsseite des Gebäudes vorgefundenen tatsächlichen Bautenzustand die Abdichtung mindestens 30-40 cm tiefer angesetzt hätte werden müssen. Darüber hinaus müsse die fehlende Querschnittsabdichtung im Sockelbereich der Kelleraußenwände nachgerüstet werden, um zu verhindern, dass Feuchtigkeit aus dem gemauerten Fundament Kabila in den Außenmauern aufsteigt, was

56

sinngemäß auch für die Innenwände gelte (Seite 32 des Gutachtens = GA 640).

Soweit der Sachverständige Dipl.-Ing. A.... ausgeführt hat, dass zusätzlich zu den angeführten Maßnahmen es erforderlich sei, eine Abdichtung im Bodenbereich mit darauf angeordneter Schutzschicht einzubringen, was mit Blick darauf, dass zurzeit als „Bodenplatte“ nur eine 8 cm bis 10 cm dicke Estrichschicht vorhanden sei, dergestalt umgesetzt werden müsse, als eine 15 cm dicke Stahlbeton-Bodenplatte als dauerhaft tragfähiger Untergrund für die Abdichtung erstellt werden müsse, kann diese zusätzliche Maßnahme nicht mehr als von den Herstellungspflichten der Beklagten zur Erlangung einer vertragsgemäßen Kellerabdichtung gegen von außen eindringende Feuchtigkeit umfasst angesehen werden. Eine Sanierung unter Einbezug dieser baulichen Maßnahme der Beseitigung des vorhandenen Kellerbodens und Einbringen einer 15 cm dicken Stahlbeton-Bodenplatte stellte einen Eingriff in die Altbausubstanz dar, auf die sich gemäß den oben näher beschriebenen Kriterien die berechnete Erwartung der Kläger als Erwerber nicht (mehr) nach Treu und Glauben erstreckt haben dürfte. 57

Abseits dessen hat der Sachverständige Dipl.-Ing. A.... den im Gutachten des Sachverständigen F... vom 17.9.2008 angegebenen Sanierungsvorschlag, der eine nachträglich zu erstellende Abdichtung der Kelleraußenwände und insbesondere eine Querschnittsabdichtung in den Kellerinnenwänden vorgesehen hat, als angemessen und sinnvoll angesehen, um den Keller trocken zu legen (Seite 33 des Gutachtens = GA 641). 58

Vor diesem Hintergrund bestehen für den Senat keine durchgreifenden Bedenken, bei der Ermittlung des den Klägern zustehenden Schadensersatzanspruches, der zulässigerweise an den zur Mängelbeseitigung anfallenden kostenmäßigen Aufwand der erforderlichen Maßnahmen ausgerichtet wird, die von dem Sachverständigen Dipl.-Ing. F... in seinem Gutachten vom 17.9.2008 auf Seite 10/11 vorgenommenen Kostenschätzungen heranzuziehen. 59

Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass der Sachverständige A.... in dem Gutachten auf Seite 34 = 642 GA vermerkt hat, dass nach seiner Auffassung die vom Sachverständigen F... angegebenen Kosten für den Abbruch und die Wiederherstellung der rückwärtigen Terrasse (pauschal 10.000 €) nicht anfallen werden, da an dieser Stelle keiner Terrasse, sondern eine Balkonkonstruktion (über drei Geschosse) vorhanden sei. Diese Einschränkung stimmt überein mit dem von der Beklagten im Schriftsatz vom 25.10.2011, dort Seite 1 = GA 366 erhobenen Einwand, dass insoweit eine doppelte Berücksichtigung der von den Abriss des Balkons und die Herstellung der Terrasse anfallenden Kosten erfolgt ist. Die Kläger haben im Schriftsatz vom 19.12.2011, dort ebenfalls Seite 1 = GA 382 die sachliche Richtigkeit des Einwandes der Beklagten eingeräumt. Mithin ist im Rahmen der Berechnung der Mängelbeseitigungskosten im Bezug auf die Kellerabdichtung der von dem Sachverständigen für Abriss und Rückbau der Terrasse (tatsächlich Balkon) angesetzte Betrag von 10.000,-- € in Abzug zu bringen. 60

Der sich hiernach ergebende Betrag von 60.745 € netto für die Mängelbeseitigungskosten (außer Planungskosten, Bauaufsicht et cetera) ist im Rahmen der richterlichen Schätzung gemäß § 287 ZPO mit Blick auf den Umstand, dass die Kostenschätzung aus dem Jahre 2009 stammt und maßgeblich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist und insoweit eine Kostensteigerung einzubeziehen ist, **noch zu erhöhen**. Heranzuziehen wäre hier der Baukostenindex, der für das zweite Quartal 2009 einen Wert von 98,8 und für das zweite Quartal 2015 einen Indexwert von 110,6 aufweist, so dass sich bei Übertragung des Wertes von 60.745 € auf diese Kostensteigerung ein neuer Wert von $(60.745 \times 110,9 \text{ ./. } 98,8 =)$ 68.184,42 € ergibt. 61

Addiert man – wie es der Sachverständige F... getan hat – noch 13,5 % für Planungskosten, Bauaufsicht etc. hinzu, was zu einem Betrag von 9.204,90 € führt, sowie einen weiteren Betrag von 1500 € für Sachverständigenleistungen, Abnahme, stichprobenartige Kontrolle der Abdichtung, so gelangt man zu einem Gesamtbetrag von

78.889,32 € netto.

Aus den oben dargelegten Gründen ist die Mehrwertsteuer nicht hinzuzurechnen.

4.

Insgesamt rechtfertigt die Berufung der Kläger eine Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung zu ihren Gunsten in Höhe von:

•	Für die Terrasse	11.584,51 €	67
•	für die Kellerabdichtung	78.889,32 €	68
•	insgesamt	<u>90.473,83 €</u>	69

II) Anschlussberufung der Beklagten

Die Anschlussberufung ist weit überwiegend unbegründet.

1. Soweit die Beklagte im Rahmen der Anschlussberufung nochmals die nach ihrer Auffassung fehlende Aktivlegitimation bzw. den vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss anführt, gehen diese Angriffe gegen die landgerichtliche Entscheidung aus den obigen Gründen ins Leere. 2. Zu Recht jedoch beanstandet die Beklagte, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches wegen der fehlerhaften Glasfalzleisten neben den reinen Kosten zur Mängelbeseitigung (= Nettobetrag) auch die hierauf (bei tatsächlich durchgeführter Mängelbeseitigung) anfallende Mehrwertsteuer hinzugerechnet hat. Wie oben bereits dargelegt, stehen dem Besteller in dem Falle, in dem er Schadensersatz statt der Leistung verlangt und diesen nach den bei der Mängelbeseitigung anfallenden Kosten bemisst, nur die Nettokosten zu. Demnach beläuft sich der Anspruch der Kläger lediglich auf die von dem Sachverständigen ermittelten Nettokosten von 130 € und nicht auf die Bruttokosten, die das Landgericht in Höhe von 154,70 € zugesprochen hat.

Berücksichtigt man auch an dieser Stelle die Baukostensteigerung seit dem Zeitpunkt der Kostenschätzung im Verhältnis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung so ergibt sich nach Maßgabe der obigen Formel ein maßgeblicher Betrag von 145,77 €.

3. Nicht ordnungsgemäß errichtete Zufahrt zu den Garagen und Stellplätzen Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, dass die Kläger wegen der mangelhaft errichteten Zufahrt zu den Garagen und Stellplätzen Schadensersatz verlangen können. Dies wird von der Beklagten mit der Anschlussberufung angegriffen. Insoweit hat die Anschlussberufung dem Grunde nach keinen Erfolg, führt lediglich im Hinblick auf die Anspruchshöhe zu einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung. a) Das Landgericht ist von folgenden rechtlichen Vorstellungen ausgegangen: Die Zufahrt sei mangelhaft, da sie entgegen der im Kaufvertrag vorgesehenen Regelung nicht mit einem zum Befahren geeigneten Belag versehen worden sei. Nach den Feststellungen des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren bestehe die Zufahrt aus einer vom Sachverständigen als Schotterdecke bezeichneten Wegedecke aus Dolomit, auf der sich jedoch bereits Pfützen gebildet hätten

und tief ausgefahrene Stellen zeigten. Diese Ausgestaltung der Zufahrtflächen entspreche nicht den vertraglichen Vorgaben, nach denen eine zum Befahren geeignete Zufahrtfläche geschuldet ist. Die dieser rechtlichen Bewertung zu Grunde liegende Auslegung des Landgerichts von der vertraglichen Regelung ist entgegen den Berufungsangriffen der Beklagten (GA 333) frei von Rechtsfehlern. Wenn die Parteien im Hinblick auf die Zufahrtsfläche zu den Garagen und Stellplätzen die konkrete Ausgestaltung der Oberfläche offen lassen, damit den Oberflächenbelag nicht näher definiert haben, sondern sich darauf beschränken, dass dieser Oberflächenbelag einer bestimmten Funktionserwartung genügen muss (Befahren mit Kraftfahrzeugen), dann steht dem Veräußerer, hier also der Beklagten, ein Leistungsbestimmungsrecht in Hinblick auf die Art der Oberbodendecke zu. Nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Erwerber ist mit dem Begriff "Befahren" das Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten nicht nur insoweit eingeschränkt, als die zu erstellende Zufahrt und deren Oberfläche es ermöglichen muss, mit üblichen Kraftfahrzeugen zu den Stellplätzen bzw. Garagen zu gelangen. Vielmehr können die Erwerber auch erwarten, dass die konkrete Ausgestaltung der Zufahrt dergestalt ist, dass sie auch über einen längeren Zeitraum und auch bei widrigen Witterungsverhältnissen – unabhängig von der Art des gewählten Oberflächenbelags – funktionstüchtig ist. Weist die Zufahrt indessen – entsprechend den landgerichtlichen Feststellungen (basierend auf dem Sachverständigengutachten) – bereits nach wenigen Jahren der Nutzung erhebliche Spurrillen und Unebenheiten bzw. Ausbrüche und Vertiefungen auf, in denen sich nach Regenfällen entsprechende Pfützen bilden, ist die bei entsprechender Auslegung dem Vertrag zu entnehmende Sollbeschaffenheit nicht erfüllt und liegt insoweit ein Sachmangel vor.

Da den Ausführungen des Sachverständigen F... in den von ihm im Rahmen des selbständigen Beweisverfahren erstellten Gutachten nicht konkret entnommen werden können, welcher Art genau die technischen bzw. baulichen Mängel in der Ausgestaltung der Zufahrtsfläche durch die Beklagte gewesen sind, hat der Senat hierzu ergänzend durch Einholung eines weiteren Gutachtens des Sachverständigen A.... Beweis erhoben. Der Sachverständige A.... hat in seinem Gutachten vom 16.2.2015 ausgeführt, dass eine Schotterfläche, die befahrbar sein soll, eine fachgerechte Entwässerung aufweisen müsse, für die in einer Achse ein Gefälle von 3 % bis 3,5 % erforderlich sei (Seite 36 des Gutachtens = 644 GA). Darüber hinaus seien geeignete Entwässerungsmulden erforderlich, in die das auf der Oberfläche abgeleitete Wasser problemlos eingeleitet und weiter abtransportiert werden könne. Eine derartige Entwässerung sei bei der vorhandenen Schotterfläche nicht gegeben, so dass hier bereits nach kurzer Zeit Unebenheiten und Vertiefungen aufgetreten seien bzw. sich in Form von Mulden deutlich verstärkt hätten.

Der Sachverständige hat auf Seite 37 des Gutachtens = GA 645 die Kosten aufgeführt, die erforderlich sind, um eine diesen Vorgaben entsprechende und damit mittelfristig gebrauchsfähige Schotterfläche zu erhalten wobei er zu einem Gesamtbetrag von 5.880 € gelangt ist. Dieser Betrag sei aufzuwenden, um die gesamte Schotterfläche komplett aufzunehmen und mit dem erforderlichen Gefälle sowie geeigneten Entwässerungsmulden wieder aufzunehmen. Rechtlich Erhebliches hiergegen hat die Beklagte nicht vorgebracht.

III)

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen zur Berufung der Kläger und Anschlussberufung der Beklagten beläuft sich der den Klägern zustehende Schadensersatzanspruch im Hinblick auf die Mängel des Gemeinschaftseigentums auf:

– Glasfalzleisten 145,77 €

– Terrasse	11.584,51 €	80
– Kellerabdichtung	78.889,32 €	81
– Hofzufahrt	5.880,00 €	82
insgesamt:	96.499,60 €,	83
so dass in diesem Umfang eine Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung zu erfolgen hat.		84
IV) In Hinblick auf den vom Landgericht den Klägern zuerkannten Zinsanspruch hat die Beklagte keine Einwendungen erhoben.		85
C)		86
Die Kostenentscheidung beruht auf der Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).		87
Streitwert des Berufungsverfahrens und Beschwer des Beklagten: 120.043,13 €		88
S-L..	B.....	Dr. G.... 89