
Datum: 12.01.2023
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 254/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2023:0112.5U254.21.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 16 O 166/16

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 24.11.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Düsseldorf, Az. 16 O 166/16, wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin war Verkäuferin von Grundstücken der sogenannten „A.“ in B.-Stadt. Diese hatte die Streithelferin, über deren Vermögen inzwischen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, entwickelt. 1 2 3

Die Beklagten waren Käufer dieser Grundstücke respektive der jeweiligen Wohnungssondereigentums-, Gemeinschaftseigentums- und Bruchteileigentumsanteile. Unter anderem erwarben die Beklagten Bruchteileigentum an einer Fläche, die nach Vorgaben des Bebauungsplanes der Herstellung von Privatwegen/Wohnwegen dienen und den Verkehr zwischen den einzelnen Grundstücken und Gebäuden ermöglichen sollen. Für diese Fläche (nachfolgend: GFL 2-Fläche) ist im Grundbuch ein Geh-Fahr- und Leitungsrecht zu Gunsten der Stadt B.-Stadt zur Ausübung für jedermann eingetragen. Der notarielle 4

Kaufvertrag enthält keine ausdrücklichen Regelungen zur Beschaffenheit dieser GFL 2-Fläche. Die jeweils in Bezug genommene notarielle Urkunde vom 09.12.2011 (Urkundennummer ...2 für 2011 D des Notars C. in B.-Stadt, K4) enthält jedoch die Regelung, dass „der Standort der Masten für die Solarbeleuchtungsanlagen der GFL 2-Flächen“ noch nicht feststehe und der Verkäufer sich das Recht vorbehalte, „die Masten auf die Hausgrundstücke zu stellen“. Außerdem ist geregelt, dass die Erwerber verpflichtet seien, die Solarleuchten zu warten.

Mangels Fertigstellung der GFL-2-Fläche bei der von der Klägerin vorgesehenen Abnahme und Bezug des Wohnungseigentums traf die Klägerin am 27./28.03.2014 mit den Beklagten zu 1) bis 6) Vereinbarungen über Einbehalte von Kaufpreistraten (Anlagen K1 bis K3) in Höhe von jeweils 4.000,00 Euro für die „Fertigstellung der GFL-Fläche (Privatstraße)“. Mit den Beklagten zu 7) und 8) traf sie keine solche Regelung. 5

Die Streithelferin nahm im Auftrag der Klägerin – zuletzt am 09.02.2016 – weitere Arbeiten an der GFL-2-Fläche vor. Dies wurde den Beklagten unter Aufforderung zur Abnahme bis zum 19.02.2016 angezeigt. Die Beklagten verweigerten jedoch die Abnahme. Die Beklagten zu 1) bis 6) zahlten den einbehaltenen Anteil nicht aus. 6

Die Klägerin hat behauptet, die GFL-2-Fläche sei spätestens zum 27.10.2014 mangelfrei hergestellt gewesen. Die aufgestellte Beleuchtung mittels Solarleuchten sei jedenfalls seit April 2016 ordnungsgemäß entsprechend den technischen Vorgaben der Herstellerin. Sie entspreche den vertraglichen Anforderungen, anderenfalls sei ein hierin liegender Mangel jedenfalls nicht wesentlich. Das Werk, insbesondere die GFL-2-Fläche, sei auch über die Beleuchtung hinaus mangelfrei. Es komme allein auf die hinsichtlich der GFL-2-Fläche eingewandten Mängel an, die nicht gegeben seien; angebliche Mängel an sonstigem Gemeinschafts- oder Sondereigentum seien demgegenüber irrelevant. Die Hilfsaufrechnungen der Beklagten seien wegen des Aufrechnungsverbots sowie mangels Vorliegens von Ansprüchen ohne Auswirkungen. 7

Ihre Streithelferin hat angenommen, die Beleuchtung sei ab der Woche vom 25.04.2016 ordnungsgemäß hergestellt gewesen. Es gebe eine Beschaffenheitsvereinbarung, wonach die installierten Solarleuchten geschuldet seien, die keine bessere Beleuchtung als vorhanden erwarten ließen und die Anforderungen an die erforderliche Beleuchtung erfüllten. Auch die anderen hinsichtlich der GFL-2-Fläche eingewandten Mängel seien nicht gegeben. Überdies liege angesichts der Dienstbarkeit für die GFL- 2-Fläche die Verkehrssicherungspflicht primär bei der Stadt B.-Stadt. 8

Die Beklagten sind der Ansicht gewesen, die Solarlampen stellten keine ausreichende Beleuchtung dar. Hierzu haben sie behauptet, die Helligkeit genüge nicht, um die maßgeblichen Verkehrssicherungspflichten zu erfüllen, zumal sie insbesondere in den Morgenstunden häufig gar nicht leuchteten und insgesamt die Betriebsdauer nicht ausreiche. Auch gebe es weitere Mängel der Fläche. Und zudem stünden ihnen Zurückbehaltungsrechte wegen weiterer Mängel am Sondereigentum sowie Gemeinschaftseigentum zu. Die Vereinbarungen vom 27./28.03.2014 seien ohnehin unwirksam. Die Beklagten zu 1) bis 6) haben jeweils Hilfsaufrechnungen hinsichtlich des Zahlungsantrags erklärt. 9

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch ein Sachverständigengutachten des D. nebst zwei Ergänzungsgutachten. Zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten Rechtszug sowie den erstinstanzlich gestellten Anträgen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 10

- Mit dem am 24.11.2021 verkündeten Urteil hat die 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf – Einzelrichter – die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klage sei zulässig, aber unbegründet. Das erforderliche besondere Feststellungsinteresse liege auch hinsichtlich der Beklagten zu 7) und 8) vor. 11
- Die Klage sei jedoch unbegründet, da weder eine Abnahme erfolgt sei noch die Voraussetzungen für eine Abnahmefiktion vorlägen. Die Klägerin habe den Beweis der Abnahmereife nicht erbracht. Vielmehr habe die Beweisaufnahme das Vorliegen eines Mangels ergeben, der auch nicht unwesentlich sei. Ob die Parteien sich ausdrücklich auf das Aufstellen von Solarlampen geeinigt hätten, könne dahinstehen, denn jedenfalls hätten sie hierdurch nicht den von der Klägerin zu erbringenden Erfolg einer hinreichenden Beleuchtung abbedingen wollen. Vielmehr hätten die Beklagten eine hinreichende Beleuchtung erwarten dürfen, die sich für die vorausgesetzte Verwendung eigne. Insoweit hätten die Beklagten davon ausgehen dürfen, dass die Verkehrsflächen den Anforderungen an eine öffentliche Verkehrsfläche genügen werden. 12
- Die aufgestellten Solarleuchten eigneten sich nicht zur hinreichenden Beleuchtung der Privatstraße, die zur Nutzung wie eine öffentliche Verkehrsfläche vorgesehen sei. Insoweit schließe sich das Gericht den nachvollziehbaren und in sich schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen D. an. Die Messungen hätten ein deutliches Unterschreiten der mittleren Beleuchtungsstärke mit einem Wert von 1,4 lx (statt 3,0 lx) ergeben. Ob weitergehend auch die minimale Beleuchtungsstärke unterschritten sei, könne dahinstehen. Der festgestellte Mangel sei insbesondere auch in Gesamtschau des Werkes wesentlich. 13
- Da dieser Mangel bereits zur Abnahmeweigerung genüge, komme es auf das Vorliegen weiterer Mängel nicht mehr an. 14
- Mangels Abnahmereife kämen auch keine Ansprüche der Klägerin aus den getroffenen Vereinbarungen gegen die Beklagten zu 1) bis 6) in Betracht. Es fehle an der Bedingung der abnahmereifen „Fertigstellung der GFL-Fläche (Privatstraße)“, da diese nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien als insoweit abnahmereife Fertigstellung auszulegen sei. 15
- Mangels Hauptanspruchs kämen auch die begehrten Nebenforderungen nicht in Betracht. 16
- Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie hält die GFL-2-Fläche für abnahmereif, weil sie ohne wesentliche Mängel hergestellt sei, sodass die Abnahmefiktion gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB greife. Eine Mangelhaftigkeit der GFL-2-Fläche scheidet aus, da die Beleuchtung unter Verwendung von Solarlampen vereinbart sei und diese seit dem 27.10.2014, spätestens jedoch dem 19.02.2016, völlig ausreichend funktionierten. Die Belastung der GFL-2-Fläche mit einem Nutzungsrecht zugunsten der Stadt B.-Stadt sei gemäß § 1 Ziffer 4 des Bauträgervertrags vertraglich vereinbart und den Beklagten damit in gleicher Weise bekannt gewesen wie der Plan, Solarlaternen zu installieren. Die Beklagten hätten sich für eine besonders nachhaltige und betriebskostengünstige Gestaltungsvariante entschieden und hierdurch bewusst die damit verbundenen Risiken in Kauf genommen. 17
- Überdies verkenne das Landgericht den Übergang der Verkehrssicherungspflicht auf die Stadt B.-Stadt. Damit gebe es für die Beklagten keine Risiken einer Inanspruchnahme durch Dritte. Zudem seien nicht die Anforderungen an eine öffentliche Verkehrsfläche zugrunde zu legen, sondern solche an eine private Fläche, die wie eine öffentliche Verkehrsfläche genutzt werden könne. Auch der 19.02.2018 als gewählter Bewertungszeitpunkt sei fehlerhaft; abzustellen sei allenfalls auf den 19.02.2016 oder den 27.10.2014 als Tag der abnahmereifen 18

Herstellung der GFL-2-Fläche. Dies sei wegen der Leistungsverluste von Solarlampen entscheidend.

Selbst wenn die Feststellungen des Sachverständigen zuträfen, reichten sie zudem nicht aus, um ihre Haftung anzunehmen. Ein Unterschreiten der mittleren Beleuchtungsstärke reiche nicht aus, um einen die Abnahme hindernden Mangel festzustellen. Ein Unterschreiten der Mindestbeleuchtungsstärke sei dagegen nur an zwei von 55 Messpunkten festgestellt worden. Auch hätten unterschiedliche Zeitschaltungen und die Abklebung der nördlichen Solarlampe berücksichtigt werden müssen. Stattdessen sei das Gericht den Feststellungen des Sachverständigen D. „blind“ gefolgt. Wegen der subjektiven Komponente (Angst und Unsicherheitsgefühle) sei demgegenüber eine Inaugenscheinnahme durchzuführen gewesen. Bei der Bewertung des angeblichen Mangels hätte das Gericht zudem „einfließen lassen können“, dass sich innerhalb der letzten 6 ¼ Jahre keine Gefahr realisiert habe, was empirisch gegen eine erhöhte Gefahrenlage spreche. Risiken der Beklagten, aufgrund nicht ausreichender Beleuchtung selbst zu verunfallen, gebe es nicht. Sollte ein Mangel bestehen, sei er damit jedenfalls nicht wesentlich, was auch die Gewichtung der Beleuchtungssituation im Verhältnis zum Gesamtwerk GFL-2-Fläche ergebe.

Die Einwendungen der Beklagten, insbesondere die erklärte Hilfsaufrechnung, könnten nicht verfangen. 20

Im weiteren Schriftsatz vom 14.11.2022 und in der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ihre Einwände vertieft. Auf die Ausführungen des Sachverständigen zur Lebensdauer der LED-Einheiten komme es nicht an, da der Akku das schwächste Glied in der Kette sei. Die Vereinbarung von Solarleuchten bedeute eine dahingehende Beschaffenheitsvereinbarung, dass auch das Licht zwangsläufig bei Messungen schwächer sei. Dies gebe aber wegen der anderen Art des Lichtes nicht die tatsächlich wahrnehmbare Helligkeit wieder. Hinzu komme, dass bei der Messung durch den Sachverständigen aufgrund der Programmierung nicht die volle Leuchtstärke zur Verfügung gestanden habe. Insgesamt biete die gesamte Beleuchtungssituation keinen Grund für die Annahme einer Gefährdung. Jedenfalls sei aufgrund der ersichtlichen Beleuchtungssituation von keinem wesentlichen Mangel auszugehen, wie die Fotos belegten. 21

Die Vereinbarungen vom 27./28.03.2014 hätten „primär dem Vollzug des Bauträgervertrags in Hinblick auf das Sondereigentum (Townhouses)“ gedient, bei deren Abnahme die GFL-2-Fläche noch nicht vollständig hergestellt gewesen sei. Die Townhouses selbst seien jedenfalls durch Ingebrauchnahme faktisch abgenommen worden. 22

Die Klägerin beantragt, 23

1. das angefochtene Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 24.11.2021, Az. 16 O 166/16, zu ändern und 24

a) festzustellen, dass die Wirkung der Abnahme der für die Beklagten als Privatstraße hergestellten GFL-2-Fläche auf dem Grundstück, Flur ..., Flurstück ..., Gemarkung ..., eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts B.-Stadt von ..., Blatt ..., spätestens am 19.02.2016 eingetreten ist, 25

b) die Beklagten zu 1. und 2. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 4.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.04.2016 zu zahlen, 26

c) die Beklagten zu 3. und 4. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 4.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.04.2016 zu zahlen,	
d) die Beklagten zu 5. und 6. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 4.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.04.2016 zu zahlen.	28
Hilfsweise beantragt sie,	29
das angefochtene Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 24.11.2021, Az. 16 O 166/16, aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuweisen.	30
Die Beklagten beantragen,	31
die Berufung zurückzuweisen.	32
Sie verteidigen das Urteil und sind der Ansicht, es habe angesichts der eingereichten Fotos der Örtlichkeit sowie der Untersuchung durch den Sachverständigen keinen Bedarf für einen weiteren Ortstermin mit Inaugenscheinnahme durch das Gericht bestanden. Schon das fehlende Erreichen der Grenzwerte stelle den wesentlichen Mangel dar.	33
Soweit das Gericht untersucht habe, ob die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Beleuchtung spätestens am 19.02.2018 vorgelegen hätten, fehle eine entsprechende Rüge der Klägerin und ihrer Streithelferin in erster Instanz. Beide hätten im Gegenteil mehrfach auf dieser Grundlage Stellung genommen. Überdies sei den Ausführungen des Sachverständigen deutlich zu entnehmen, dass das Ergebnis auch für den 19.02.2016 nicht anders ausgefallen wäre. Dafür, dass die Lebensdauer der Akkus zum Zeitpunkt der Untersuchung „weitgehend abgelaufen“ gewesen sei, gebe es keine Anhaltspunkte.	34
Der Sachverständige habe klargestellt, die Anforderungen an eine öffentliche Verkehrsfläche und an eine Privatstraße, die wie eine öffentliche Verkehrsfläche genutzt werde, unterschieden sich hinsichtlich der maßgeblichen allgemein anerkannten Regel der Technik (aaRdT) nicht. Unerheblich sei, dass ihnen – den Beklagten – die Verwendung von Solarleuchten wie auch die Nutzung als öffentliche Verkehrsfläche bekannt gewesen sei. Hierdurch hätten sie keineswegs bewusst ein Risiko übernommen, eine öffentliche Verkehrsfläche zu betreiben, die den Anforderungen an die Beleuchtung einer öffentlichen Verkehrsfläche nicht genüge. Dass sich die Gefahr bisher nicht verwirklicht habe, könne daran nichts ändern. Damit weise die GFL-2-Fläche einen wesentlichen Mangel auf, wobei es hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Zahlungsanspruch auf die Wesentlichkeit bereits gar nicht ankomme.	35
Damit sei die Klage unabhängig von einer Reihe weiterer Mängel, unter anderem der Beleuchtungssituation des in west-östlicher Richtung verlaufenden Teilstücks, unbegründet. Auf die darüber hinaus hilfsweise geltend gemachten Mängel ihres jeweiligen Sondereigentums komme es wiederum bereits nicht an.	36
Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen.	37
<u>II.</u>	38
	39

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

1. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass die Klage auf Feststellung des Eintritts der Wirkungen der Abnahme der GFL-2-Fläche zulässig ist. Im Übrigen bestehen ohnehin keine Zweifel an der Zulässigkeit der Klage. 40

2. Allerdings ist die Klage nicht begründet. 41

a) Die Wirkungen der Abnahme gem. § 640 Abs. 1 S. 1, S. 3 BGB in der bis zum 31.12.2017 gültigen Fassung, die gem. Art. 229 § 39 EGBGB maßgeblich ist (auf den Zusatz a. F. wird verzichtet), sind nicht eingetreten. 42

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass der Vertrag dem Werkvertragsrecht unterfällt. Beim „Verkauf“ von Grundstücken mit zu errichtenden oder sogar bereits neu errichteten Häusern und Eigentumswohnungen findet Werkvertragsrecht Anwendung (vgl. grundlegend nur BGH, Urteil vom 29.06.1981, Az. VII ZR 259/80, zit. nach juris, dort Rn. Leitsatz und Rn. 8 ff.; BGH, Urteil vom 12.05.2016, Az. VII ZR 171/15, zit. nach juris, dort Leitsatz 1 und Rn. 21). Dass die Beklagten vorliegend jeweils in diesem Sinne Grundstücke mit Wohneigentum erworben haben, ist unstreitig. 43

Das Eintreten der Wirkung der Abnahme gem. § 640 Abs. 1 S. 1, S. 3 BGB setzt die vertragsgemäße Herstellung eines Werkes voraus sowie eine zur Abnahme gesetzte Frist, der der Besteller nicht nachgekommen ist, obwohl er dazu verpflichtet ist. 44

aa) Der jeweilige ursprüngliche Vertragsinhalt ergibt sich aus dem exemplarisch vorgelegten notariellen Vertrag mit den Beklagten zu 1) und 2). Danach wurde einerseits jeweils 1/7 Miteigentumsanteil (Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum im Rahmen der WEG der Townhouses) und darüber hinaus 1/21 Anteil als Miteigentumsanteil an der streitgegenständlichen GFL-2-Fläche verkauft. Zur Abnahme und Übergabe regelt der notarielle Vertrag in § 11: 45

„1. Spätestens drei Wochen vor dem vertraglichen Abnahmetermin findet eine Besichtigung statt, bei der die errichteten Baulichkeiten von einem Beauftragten der Verkäuferin und dem Käufer besichtigt werden (Besichtigungstermin). ... 46

Bei den Außenanlagen genügt zur „vollständigen Fertigstellung“, dass diese bis auf witterungsbedingte Restarbeiten vollständig fertig gestellt sind. Die Verpflichtung zur vollständigen Fertigstellung der Außenanlagen bleibt hiervon unberührt. 47

Eine getrennte Übergabe von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum ist zulässig. 48

Der Käufer wird das Sondereigentum abnehmen. Hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums bevollmächtigt der Käufer den Verwalter sowie einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen zur Abnahme. Der Käufer wird aber vom Abnahmetermin verständigt, um seine persönliche Teilnahme an der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu ermöglichen. 49

2. Die Verkäuferin teilt dem Käufer den Abnahmetermin schriftlich unter Einhaltung einer Ladungsfrist von 10 Tagen mit. Zum Abnahmetermin sind die errichteten Baulichkeiten nochmals zu besichtigen. ... Nimmt der Käufer das Kaufobjekt ohne Einwilligung der Verkäuferin in Besitz, so gilt es als abgenommen. Die Verkäuferin ist verpflichtet, den Käufer auf die Folgen der Abnahmeverweigerung bzw. der unerlaubten Inbesitznahme hinzuweisen.“ 50

Damit aber ergibt sich zunächst keine Regelung über eine Abnahme(verpflichtung) hinsichtlich der GFL-2-Fläche. Regelungen sind lediglich getroffen für einerseits das Sondereigentum und andererseits das Gemeinschaftseigentum (insgesamt also den jeweiligen Anteil von 1/7 an der WEG der Townhouses). Das Bruchteilseigentum (1/21 an der GFL-2-Fläche) ist demgegenüber bei den Regelungen gar nicht angesprochen.

Ein Recht zur Teilabnahme besteht zwar lediglich im Falle einer vertraglichen Vereinbarung hierzu (Schwenker/Rodemann in: Erman BGB, 16. Aufl., § 640, Rn. 1). Da indes alle anderen Teile Gegenstand separater Abnahmen sein sollen, ergibt die ergänzende Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB, dass auch hinsichtlich der GFL-2-Fläche nur die Vereinbarung einer Einzelabnahme in Betracht kommt. Nach der Verkehrsauffassung ist eine abgeschlossene Teilleistung anzunehmen, wenn sie sich in ihrer Gebrauchsfähigkeit abschließend für sich beurteilen lässt und zwar sowohl hinsichtlich ihrer technischen Funktionsfähigkeit als auch hinsichtlich ihrer (vorgesehenen) Nutzung, wobei der Begriff möglichst eng auszulegen ist (vgl. BGH, Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 212/07, zit. nach juris, dort Rn. 21; Oppler in: Ingenstau/Korbion, 20. Auflage, § 12 Abs. 2, Rn. 6 m. w. N.). Dies ist eindeutig der Fall, da die Privatstraße letztlich eine deutlich andere Funktion erfüllt. Außerdem wurde sie in Stückelungen von 1/21 als Bruchteilseigentum verkauft, während im Übrigen 1/7-Beteiligungen an der WEG der Townhouses Vertragsgegenstand sind. 52

Da dieses Auslegungsergebnis eindeutig ist, kann auch § 305c Abs. 2 BGB insoweit nicht entgegenstehen. Maßgeblich für die Feststellung der Abnahmewirkung gemäß den notariellen Bauträgerverträgen ist damit die Frage, ob die GFL-2-Fläche für sich genommen wesentliche Mängel aufweist oder nicht. 53

Insoweit geht auch der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vom Vorliegen wesentlicher Mängel aus. Eine Feststellung der Abnahmewirkung kommt daher nicht in Betracht. 54

(1) Soweit die Klägerin einwendet, angesichts der Regelung in der Bezugsurkunde zum Bauträgervertrag sei eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen, wonach Solarlampen zu installieren seien, sodass auch nur die von diesen ausgehende Leuchtkraft geschuldet sei, kann dies nicht überzeugen. Vielmehr durften die Beklagten davon ausgehen, dass die Klägerin eine Errichtung unter Berücksichtigung der aaRdT mit Solarlampen erreichen werde. Ansonsten hätte die Klägerin die Beklagten darauf hinzuweisen gehabt, dass dies nicht der Fall sein werde, und die Parteien hätten sich auf eine geringere Beleuchtungsstärke einigen müssen. Ohne einen solchen Ausschluss der aaRdT bleiben diese maßgeblich für die Frage der Mangelfreiheit gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 BGB. 55

Entgegen der Ansicht der Klägerin kommt es auch nicht in Betracht, für diesen Fall von einer unmöglichen Leistung auszugehen, da mit Solarlampen keine ausreichende Beleuchtung erreichbar wäre. Hierfür besteht keinerlei Anhaltspunkt. Der Sachverständige D. hat ausgeführt, im Winter oder bei länger anhaltenden Schlechtwetterperioden im Sommer reduziere die Elektronik das Beleuchtungsniveau auf 70 % (Seite 6 seines Gutachtens vom 28.11.2019). Das Vorliegen dieser Reduzierung hat er auch für die von ihm am 12.11. 2019 durchgeführte Messung zugrunde gelegt und dabei Beleuchtungsstärken von bis zu 2,9 lx ermittelt. Hieraus ergibt sich, dass die laut Ausführungen des Sachverständigen erforderlichen 3 lx jedenfalls im Grundsatz auch mit Solarlampen – und zwar sogar der vorliegenden Art – erreicht werden können. 56

Allein durch Einbeziehung einer Bezugsurkunde, aus der sich ergibt, dass Solarlampen Verwendung finden sollen, kann daher weder ein Abbedingen der grundsätzlich zu 57

erfüllenden aaRdT gesehen werden, noch liegt ein Fall der technischen Unmöglichkeit vor.

(2) Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen ist der Senat entgegen der Annahme der Klägerin gemäß § 529 ZPO an das Ergebnis der Beweisaufnahme des Landgerichts gebunden. Dieses hat das Landgericht zutreffend dahingehend bewertet, dass die mangelhafte Beleuchtungssituation einen wesentlichen Mangel der GFL-2-Fläche darstellt. 58

Nach dem Gutachten des Sachverständigen D. ist für den vorliegenden Bereich der GFL-2-Fläche gemäß EN 13201 eine mittlere Beleuchtungsstärke von 3 lx sowie eine minimale Beleuchtungsstärke von 0,6 lx als aaRdT angesichts der Spezifikationen der GFL-2-Fläche zugrunde zu legen. Demgegenüber erreichen die durch den Sachverständigen gemessenen Werte weder die für die Gesamfläche erforderliche durchschnittliche Beleuchtungsstärke, noch in sämtlichen Bereichen die für jede einzelne Stelle erforderliche mindeste Beleuchtungsstärke. Hierzu hat der Sachverständige auch klargestellt, dass es sich um kumulativ zu erfüllende Anforderungen handelt. Dies wird in seinem Ergänzungsgutachten vom 28.08.2020 unmissverständlich herausgearbeitet (dort Seite 3). Weiterhin hat er dort ausgeführt, dass die seitens der Klägerin angenommene Einordnung in die Beleuchtungsklasse S4 (Spielstraße) statt der von ihm zugrunde gelegten Beleuchtungsklasse S5 sogar höhere Anforderungen an die Beleuchtungseinrichtungen stellen würde, die damit noch deutlicher verfehlt würden. 59

Soweit die Klägerin ihre Berufung darauf stützt, dass als maßgebliches Datum, an dem die Leuchtstärke habe erreicht werden müssen, der 19.02.2016 und nicht der 19.02.2018 zugrunde zu legen sei, kann dies am Ergebnis nichts ändern. Ausführlich geht der Vortrag der Klägerin darauf ein, dass zu diesem Zeitpunkt eine höhere Kapazität des Akkus zu einer höheren Leuchtkraft geführt hätte. Insoweit lassen sich Zweifel am Beweisergebnis des Landgerichts jedoch nicht begründen. Dies gilt selbst dann, wenn der Tag der Reparatur im April 2016 als der Tag mit der höchsten Akkuleistung (vergleiche spätere Änderungen im Vortrag der Klägerin, den sie nunmehr wiederum unberücksichtigt lässt, Bl. 56, 72) zugrunde zu legen wäre. Denn eine sinkende Kapazität der Akkus verkürzt lediglich die Betriebsdauer, bleibt auf die Leuchtkraft nach den Ausführungen des Sachverständigen aber ohne Auswirkungen (Bl. 5 des Ergänzung Gutachtens vom 28.08.2020). 60

Im Ansatz zutreffend ist zwar der Einwand, dass zwischen dem maßgeblichen Zeitpunkt und der Messung nicht lediglich knapp 21 Monate gelegen hätten, sondern knapp 43 Monate. Allerdings hat der Sachverständige ausgeführt, dass die LED Module eine Lebensdauer von etwa 50.000 Stunden hätten und für den Zeitraum von 21 Monaten mit einem Lichtstromrückgang von nur etwa 3-5 % zu rechnen sei. Selbst wenn diesbezüglich der höchste Wert angesetzt würde, ergäbe sich damit ein Rückgang um allenfalls 11 %. Demgegenüber hat der Sachverständige allerdings festgestellt, dass der erforderliche mittlere Beleuchtungsgrad um 53 % unterschritten wird. Damit besteht schon kein Zweifel, dass der erforderliche mittlere Beleuchtungsgrad zu keinem Zeitpunkt erreicht wurde. 61

Im Übrigen hat der Sachverständige auch die – ohnehin naheliegende – Ausführung in sein Gutachten aufgenommen, dass die aaRdT nicht lediglich das einmalige Erreichen einer ausreichenden Lichtintensität verlangen, vielmehr sei es erforderlich, den normalen Rückgang des Lichtstromes der Lampen bei zunehmendem Alter zu berücksichtigen und für eine Neuanlage einen entsprechend höheren Beleuchtungsstärkewert zu planen (Bl. 10 des Gutachtens vom 28.11.2019). Überdies hat die Klägerin klargestellt, ihre Berufung stütze sich nicht auf die geringere Leuchtkraft der LED, sondern auf die geringere Akku-Kapazität. 62

Soweit die Klägerin ein Unterschreiten der erforderlichen Helligkeit auf die elektronische Steuerung zur Verlängerung der Leuchtdauer mit einer auf 70 % reduzierten Helligkeit zurückführt, hätten diese Einwände in erster Instanz vorgebracht werden müssen. Überdies können sie zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn die Reduzierung der Helligkeit beträgt hiernach lediglich 30 %, die im Mittel erforderliche Helligkeit wurde indes um 53 % unterschritten, vgl. hierzu oben.

Soweit sich die Klägerin darüber hinaus darauf stützt, dass eine der Lampen teilweise abgeklebt gewesen sei, ist sie für ihre Darlegung der erst nachträglichen Abklebung und deren Relevanz darlegungs- und beweisbelastet. Der Sachverständige hat jedoch ausgeführt, dass selbst in Bereichen, in denen die abgeklebte Lampe ohnehin keinen Einfluss mehr auf die Gesamthelligkeit ausübe, der nötige mittlere Beleuchtungsgrad an keiner Stelle erreicht werde (vgl. S. 12 des Gutachtens vom 28.11.2019). 64

Soweit die Klägerin zudem geltend macht, die nördliche und die südliche Solarlampe wiesen offensichtlich unterschiedliche Schaltzeiten auf, ist nicht ersichtlich, woraus sie diese Erkenntnis ableiten will. Sofern sie dies aus dem Umstand schließt, dass bei einer zweiten Untersuchung um Mitternacht allein durch den Sachverständigen lediglich eine der beiden Leuchten noch in Betrieb war (Bl. 6 des Gutachtens vom 28.11.2019), dürfte dies eine Fehlinterpretation sein. Vielmehr dürfte bei der südlich positionierten Leuchte einfach der Ladezustand des Akkus früher den kritischen Bereich erreicht haben, sodass sich diese ausgeschaltet hat, um noch über eine für die Beleuchtung vor Sonnenaufgang genügenden Ladezustand zu bewahren. Zweifel an der Beweiswürdigung des Landgerichts ergeben sich auch hierdurch nicht. 65

Die Würdigung, das erstinstanzliche Gericht sei den Feststellungen des Sachverständigen D. „blind“ gefolgt, ohne die kritischen Stellungnahmen der Klägerin und der Streithelferin zu erwägen und eine Inaugenscheinnahme durchzuführen, kann der Senat vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehen. Soweit die Klägerin ausführt, angesichts der Maßgeblichkeit subjektiver Komponenten (Angst und Unsicherheitsgefühle) sei eine Inaugenscheinnahme durch das Gericht erforderlich gewesen, gilt dies umso mehr. Angesichts der durch den Sachverständigen festgestellten mangelnden Einhaltung der Anforderungen der aaRdT vermag der Senat nicht zu erkennen, wie eine subjektive Furchtlosigkeit des Richters – zumal in Begleitung weiterer Personen - das fehlende Erreichen der maßgeblichen aaRdT hätte überwinden sollen. 66

Mangels deren Einhaltung kann es auch nicht darauf ankommen, ob und in welchem Umfang die Beklagten sich dem Risiko einer Haftung für Verkehrssicherungspflichtverletzungen aussetzen. Die Argumentation, man müsse „einfließen lassen“, dass sich bisher keine Gefahr realisiert habe, was empirisch gegen eine erhöhte Gefahrenlage spreche, verfängt nicht. 67

Auf die – im Übrigen überzeugenden – Ausführungen des Landgerichts in Bezug auf die Haftung der Beklagten für Verkehrssicherungspflichtverletzungen trotz der bestehenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Stadt B.-Stadt kann es damit schon nicht ankommen. Denn Voraussetzung für die Annahme eines wesentlichen Mangels im Werkvertrag ist nicht, dass Verkehrssicherungspflichten verletzt werden und deshalb eine Verletzung des Bestellers oder seine Haftung für Verletzungen Dritter droht. Maßgeblich ist vielmehr, was nach den vertraglichen Vereinbarungen geschuldet war. Ein Werk weist nicht erst dann einen wesentlichen Mangel auf, wenn es für den Besteller die Gefahr einer Haftung gegenüber Dritten begründet. 68

Soweit die Klägerin schließlich meint, es fehle eine Gesamtgewichtung der Beleuchtungssituation im Verhältnis zum „Gesamtwerk GFL-2-Fläche“, so vermag der Senat auch diese Einschätzung nicht zu teilen. Bei Zugrundelegen der GFL-2-Fläche als maßgebliches abzunehmendes Gesamtwerk ist ihre mangelhafte Beleuchtung nicht als unwesentlich einzustufen. Dabei kommt es insgesamt auf die Frage, ob von der mangelnden Beleuchtung eine Gefährdung ausgeht und die Beklagten ein Haftungsrisiko trifft, nicht an. Denn die Beleuchtung stellt einen wesentlichen Teil des Gesamtwerks GFL-2-Fläche dar.

Insgesamt besteht damit hinsichtlich der GFL-2-Fläche auf Grundlage der Bauträgerverträge keine Abnahmefähigkeit. 70

bb) Auch aus den Vereinbarungen vom 27./28.03.2014 kann die Klägerin ihren Feststellungsanspruch – insoweit ohnehin nur gegenüber den Beklagten zu 1) bis 6) – nicht ableiten. 71

(1) Die Vereinbarungen sind entgegen der Ansicht der Beklagten zwar nicht formnichtig. Sie sind, anders als der ursprüngliche Vertrag, nicht notariell beurkundet. Allerdings unterfallen sie auch nicht dem Formerfordernis des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Formbedürftig nach dieser Vorschrift ist im Grundsatz nicht alleine der ursprüngliche Vertrag, vielmehr sind Änderungen und Ergänzungen des Grundstücksvertrages grundsätzlich in gleicher Weise formbedürftig (Grüneberg in Grüneberg, § 311b, Rn. 41); dem Formzwang des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zu dem schuldrechtlichen Übereignungsgeschäft gehören; formfrei sollen sie indes dann möglich sein, wenn sie lediglich der Beseitigung einer bei der Abwicklung des Geschäfts unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit dienen, ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern (BGH, Urteil vom 14.09.2018, Az. V ZR 213/17, zit. nach juris, dort Rn. 5 m. w. N. auf die ständige Rspr.). Schon danach ist nicht von der Formbedürftigkeit auszugehen. 72

Überdies hält der Bundesgerichtshof daran fest, dass bei bereits bindend erklärter Auflassung (§ 873 Abs. 2 BGB) Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nicht mehr vom Formerfordernis erfasst werden (BGH, Urteil vom 14.09.2018, Az. V ZR 213/17, zit. nach juris, dort Rn. 11 m. w. N. auf die ständige Rspr.). § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB steht der Wirksamkeit der Vereinbarungen vom 27./28.03.2014 also nicht entgegen. Denn unstreitig ist die Auflassung erfolgt. 73

(2) Soweit die Beklagten einwenden, die Vereinbarungen seien mangels ausreichender Vertretung der Klägerin nicht wirksam zustande gekommen, trifft auch dies nicht zu. Zwar bestimmt § 21 der notariellen Bauträgerverträge (Anl. B2c), dass mündliche oder schriftliche Zusagen, die den Vertrag abändern, zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Organe der Verkäuferin oder deren Prokuristen in vertretungsberechtigter Anzahl bedürfen. Allerdings ist der Vertrag im Fall einer fehlenden Vertretungsmacht jedenfalls gemäß § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB durch die Klageerhebung nachträglich konkludent genehmigt worden mit der Folge, dass er rückwirkende Gültigkeit entfaltet. Die Ansicht der Beklagten, eine solche Genehmigung komme nicht mehr in Betracht, da sie selbst nicht mehr an ihr Angebot gebunden seien, verfängt insoweit nicht. 74

Das von den Beklagten bemühte Erlöschen des Antrags gemäß § 146 BGB betrifft keine Fälle, in denen es bereits zum Vertragsschluss durch einen nicht berechtigten Vertreter gekommen ist. Insoweit hat der Vertragspartner vielmehr lediglich die Möglichkeit, gemäß § 177 Abs. 2 BGB den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern, solange der Vertrag noch schwebend unwirksam ist. Demgegenüber ist vorliegend jedenfalls von einer Genehmigung durch die Klägerin auszugehen. 75

(3) Soweit die Beklagten sich auf eine inhaltliche Unwirksamkeit der Vereinbarungen vom 27./28.03.2014 gemäß § 309 Nr. 2 BGB insoweit berufen, als hierdurch ihre Rechte eingeschränkt würden, kann dies dahinstehen.	76	
Zwar dürfte den Ausführungen der Klägerin, die Bedingungen seien jeweils mit den Beklagten einzeln ausgehandelt worden, sodass es sich nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handle, bereits die äußere Identität der Anl. K1-3 entgegenstehen. Letztlich kann dies indes dahinstehen, denn auch bei Wirksamkeit der Vereinbarungen könnten sie keine Grundlage für die Feststellung der Abnahmewirkung darstellen. Denn auch hiernach wäre Voraussetzung für die Feststellung der Abnahmewirkung die – wie ausgeführt fehlende – Abnahmefähigkeit. Denn insoweit haben die Klägerin und die Beklagten zu 1) bis 6)	77	
„anlässlich der Abnahme des Sondereigentums folgendes vereinbart:	78	
1. Die Parteien haben sich darüber verständigt, dass der Erwerber für die nachfolgend bezeichneten Restarbeiten/Mängelbeseitigungsarbeiten die nachfolgend bezeichneten Einbehalte von der letzten Kaufpreisrate vornimmt:	79	
Fertigstellung der GFL-Fläche (Privatstraße)	EUR 4000,-	80
...		81
3. Der Erwerber verpflichtet sich, nach jeweiliger Fertigstellung der vorgenannten Restarbeiten bzw. jeweiliger Beseitigung eines Mangels den jeweiligen hierauf einbehaltenen Betrag unverzüglich an den Verkäufer auszukehren.“		82
Diese Vereinbarung trifft Regelungen in Bezug darauf, in welchem Umfang wegen Restarbeiten/Mängelbeseitigungsarbeiten an der GFL-2-Fläche Zahlungen zurückgehalten werden dürfen und nach Fertigstellung der vorgenannten Restarbeiten bzw. jeweiliger Beseitigung eines Mangels zu leisten sind. Inhaltlich modifizierende Bestimmungen dahingehend, dass die Anforderungen für das Vorliegen einer Abnahmereife reduziert würden, sind demgegenüber nicht ersichtlich.		83
Damit können die Vereinbarungen vom 27.03./28.03.2014 mangels Abnahmereife nach allgemeinem Maßstab (vgl. hierzu oben) ebenfalls keine Feststellung der Abnahmewirkung begründen.		84
b) Auch der Zahlungsanspruch, der allein gegen die Beklagten zu 1) bis 6) geltend gemacht wird, kommt damit nicht in Betracht, denn dieser setzt jeweils die Abnahme oder deren Ersetzung voraus. Hierfür besteht wie ausgeführt keine Grundlage. Gleiches gilt für die geltend gemachten Zinsansprüche.		85
3. Dementsprechend scheidet auch die mit dem Hilfsantrag verfolgte Aufhebung und Zurückverweisung aus.		86
4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.		87
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.		88
Streitwert für beide Instanzen:	16.000 Euro	89

(jeweils 1.000 Euro für den Feststellungsantrag bezüglich der Beklagten zu 1) und 2), bezüglich der Beklagten 3) und 4), bezüglich der Beklagten 5) und 6) sowie bezüglich der Beklagten 7) und 8);	90
jeweils 4.000 Euro für die Leistungsanträge gegenüber den Beklagten zu 1) und 2), gegenüber den Beklagten 3) und 4) sowie gegenüber den Beklagten 5) und 6))	91
<u>Am 12.01.2023 erging nachfolgender Berichtigungsbeschluss:</u>	92
.....	93
wird das am 12.01.2023 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf wegen offensichtlicher Unrichtigkeit des Rubrums gemäß § 319 Abs. 1 ZPO dahingehend berichtigt, dass als Prozessbevollmächtigter der Beklagten zu 1-8 Rechtsanwalt E., Straße ..., B.-Stadt, aufzunehmen ist.	94