
Datum: 19.08.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 41/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0819.24U41.14.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 297/13
Schlagworte: Mängelrechte des Bestellers vor Abnahme der Werkleistung
Normen: BGB § 637 Abs. 3, VOB/B § 13 Abs. 5 Nr. 2

Leitsätze:

In Ausnahmefällen kann der Besteller auch schon vor der Abnahme der Werkleistung auf die Mängelrechte zurückgreifen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmer sein Werk als fertiggestellt angesehen sowie abgeliefert hat, der Besteller im Gegenzug jedoch die Abnahme wegen Mängeln verweigert und der Unternehmer wiederum eine (weitere) Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt hat (vgl. OLG Köln, NJW 2013, 1104 (1105); OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 603 (604) [sehr weitgehend]; Krause-Allenstein, in: Kniffka u.a., Bauvertragsrecht (1. Aufl.), § 634 Rdnr. 11; Pastor, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (14. Aufl.), Rdnr. 2069 f.; Palandt/Sprau, BGB (73. Aufl.), Vorb v § 633 Rdnr. 7 – jeweils mwN). Wollte man dies anders sehen, wäre der Auftraggeber in einer derartigen Situation ansonsten sinnwidrig zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung gezwungen, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 07.03.2014 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster (Az. 12 O 297/13) abgeändert und neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 29.175,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.08.2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 20 % und die Beklagte zu 80 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte zu 93 % und die Klägerin zu 7 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der jeweiligen Partei bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

A.

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, nimmt die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung mangelhafter Bodenarbeiten an dem Objekt N-Straße 43 a bis 47 h in B in Anspruch.

Im Anschluss an einen gemeinsamen Ortstermin am 24.01.2011 gab die Beklagte am 25.01.2011 ein Angebot für die Sanierung des Bodenbelags des Laubenganges des o.g. Objekts ab, dem als Grundlage die Bestimmungen der VOB zugrunde lagen und das mit einer Summe in Höhe von 23.628,75 € brutto endete. In Position 4 des Angebots war eine Wärmedämmschicht als Gefälledämmschicht aus Schaumglasplatten nach DIN mit einer Neigung von 1,1 % angegeben (vgl. Bl. 10 f. d.A.). Alternativ bot die Beklagte in Position 5 hierzu Foamglasplatten als Flachplatten an, wobei diese Position im Übrigen beschrieben war mit: „sonst wie vor“ (Bl. 11 d.A.). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Angebot verwiesen (vgl. Bl. 10 ff. d.A.). Mit Schreiben vom 20.06.2011 (Bl. 7 ff. d.A.) erteilte die Klägerin der Beklagten den Auftrag unter Bezugnahme auf das Angebot. Der Auftragserteilung waren Vertragsbedingungen beigelegt, nach denen die VOB, Teile B und C, Grundlage des Vertrages werden und für die Gewährleistung die VOB/B gelten sollte (vgl. Bl. 8 f. d.A.).

Bei der Ausführung der Arbeiten, bei denen Foamglasplatten verwendet wurden, stellte die Beklagte nach dem Abstemmen des alten Bodenbelags Unebenheiten fest, die sie der Klägerin mit Schreiben vom 02.11.2011 (vgl. Bl. 14 d.A.) anzeigte und worin sie auf zusätzliche Kosten für Ausgleichsarbeiten hinwies. Diese zusätzlichen Arbeiten gab die Klägerin ebenfalls in Auftrag.

1

2

3

4

5

6

Nach Abschluss ihrer Arbeiten erstellte die Beklagte am 15.12.2011 eine Schlussrechnung, die mit einem Betrag von insgesamt 25.081,77 € brutto endete (vgl. Bl. 15 ff. d.A.) und auf die die Klägerin 14.280,- € zahlte, so dass noch ein Restbetrag in Höhe von 10.801,77 € offen steht, der allerdings nicht Gegenstand des hiesigen Rechtsstreits ist.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.02.2012 (Bl. 19 f. d.A.) rügte die Klägerin gegen-über der Beklagten, dass die Arbeiten nicht fachgerecht ausgeführt worden seien. Sie regte eine Einigung unter Einbeziehung des Privatsachverständige Dipl.-Ing. E an. Daraufhin fand am 09.03.2012 ein Ortstermin statt, an dem die Parteien und der Privatsachverständige teilnahmen. In diesem Termin rügte die Klägerin insbesondere (vgl. auch das Protokoll des Ortstermins: Bl. 45 f. d.A.), dass a) der Plattenbelag kein Gefälle aufweise, b) einige Platten beim Betreten wackeln würden, c) der Belag Täler und Beulen aufweise, auf denen sich Wasser sammeln könne, das bei entsprechenden Temperatur gefrieren könne, und d) die Entwässerungsrinnen ein negatives Gefälle hätten, weshalb Wasser stehen bleibe. Die Klägerin verweigerte deswegen die Abnahme. Die Parteien verständigten sich darauf, dass die Beklagte bis zum 14.03.2012 Vorschläge zur Lösung des Problems unterbreiten sollte (vgl. Protokoll: Bl. 46 d.A.). Mit Schreiben 13.03.2012 (Bl. 47 f. d.A.) räumte die Beklagte einige Mängel ein und unterbreitete Vorschläge zu deren Beseitigung. Mit anwaltlichem Schreiben vom 05.07.2012 (Bl. 27 f. d.A.) teilte die Klägerin der Beklagten unter Hinweis auf die Stellungnahme des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E vom 12.06.2012 (Bl. 23 ff. d.A.) Bedenken gegen die vorgeschlagene Mängelbeseitigung mit und forderte die Beklagte auf, bis zum 16.07.2012 ihre Bereitschaft mitzuteilen, die Fläche komplett zurückzubauen und entsprechend den vertraglichen Vorgaben neu und mangelfrei zu erstellen. Daraufhin fand am 06.08.2012 ein weiterer gemeinsamer Ortstermin der Parteien mit dem Privatsachverständigen statt. Der Geschäftsführer der Beklagten erklärte dabei, dass die vorhandenen Unebenheiten partiell dadurch ausgeglichen werden könnten, dass oberhalb der aufgetragenen Wolfinfole eine Ausgleichsmasse aufgebracht werde. Der Privatsachverständige hielt eine solche Mängelbeseitigung nicht für fachgerecht. Die Klägerin teilte der Beklagten noch im Ortstermin mit, dass Mängelbeseitigungsarbeiten zwingend bis Ende September 2012 abzuschließen seien.

Nachdem die Beklagte Nachbesserungsarbeiten durchgeführt hatte, zeigte sie der Klägerin mit Schreiben vom 02.10.2012 (Bl. 31 d.A.) den Abschluss der Mängelbeseitigungsarbeiten an und bat um Terminabsprache zur Abnahme der Arbeiten. Unstreitig wies die Fläche auch nach der Fertigstellung der Nachbesserungsarbeiten nicht das vertraglich vorgesehene Gefälle von 1,1 % auf. Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.10.2012 (Bl. 32 f. d.A.) teilte die Klägerin der Beklagten nach einer Besichtigung der vorgenommenen Nachbesserungsarbeiten mit dem Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E mit, dass die Arbeiten nicht abgenommen werden könnten. Der Zustand sei nun schlechter als vorher: Auf der gesamten Fläche befinde sich eine Vielzahl von Hohllagen und die Fugenabstände der Platten stimmten weder zur Seite noch in der Höhe, so dass das Bild noch unruhiger geworden sei. Außerdem ergebe sich ein „schwammiges Gefühl“ beim Betreten des Bodens, da dieser in einigen Bereichen nachgebe. Zudem hätten sich einige der Fliesen von der darunter befindlichen Gummimatte gelöst. Die Klägerin forderte die Beklagte in diesem Schreiben letztlich dazu auf, bis zum 30.10.2012 die Übernahme von geschätzten Sanierungskosten in Höhe von 25.000,- € bis 30.000,- € zuzusagen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Behauptung der Beklagten bestritten, dass das vertraglich vereinbarte Gefälle von 1,1 % nicht realisierbar gewesen sei. Jedenfalls habe die Beklagte darauf unstreitig nicht hingewiesen. Ein Gefälle von 1,1 % habe ohne Weiteres erstellt werden können, wenn die Beklagte zur Beseitigung der Unebenheiten den Boden nicht

aufgefüllt, sondern abgeschliffen hätte. Die Nachbesserungsarbeiten der Beklagten seien erfolglos gewesen und hätten dazu geführt, dass der Zustand des Bodens jetzt noch schlimmer sei als vorher.

Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf das Gutachten des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E vom 18.04.2013 (Bl. 69 ff. d.A.) Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 31.461,74 € brutto (vgl. Bl. 73 R d.A.) behauptet und, obwohl hierin bereits 12 % Regiekosten enthalten waren, weitere Regiekosten von 15 % hinzugerechnet, was den ursprünglich mit der Klage geforderten Betrag von 36.181,- € ergibt. 10

Die Beklagte hat erstinstanzlich behauptet, aufgrund der baulichen Gegebenheiten vor Ort sei ein Gefälle der Platten von 1,1 % technisch nicht zu erreichen gewesen. Wegen vorhandener Leerrohre für Elektroleitungen sei eine Angleichung der Unebenheiten durch Abschleifen von vornherein ausgeschieden. Um ein Gefälle von 1,1 % zu erreichen, müsse zwischen der unteren Anschlussstelle (Geländer) und der oberen Anschlussstelle (Türen an den Hauseingängen) ein Höhenunterschied von ca. 15 cm bestehen. Tatsächlich bestehe nur ein solcher von 4 cm. 11

Des Weiteren hat die Beklagte erstinstanzlich behauptet, die von ihr vorgenommenen Nachbesserungsarbeiten seien erfolgreich gewesen und die Unebenheiten seien beseitigt worden. Wegen der wasserdurchlässigen Fugen sowie des darunter befindlichen Drainagesystems stehe auf den Platten auch kein Wasser mehr. 12

Darüber hinaus hält die Beklagte den von der Klägerin geltend gemachten Kostenvorschuss für unverhältnismäßig hoch. Dieser betrage fast 150 % der Auftragssumme. Es bestehe allenfalls ein Ersatzanspruch in Höhe des Minderwerts der Leistung, der mit allenfalls 10.000,- € zu bewerten sei (vgl. Bl. 43 d.A.). 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 14

Mit am 07.03.2014 verkündeten Urteil (Bl. 101 ff. d.A.) hat das Landgericht der Klage in Höhe von 31.462,74 € – dies ist ein offensichtlicher Schreibfehler, da unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E 31.461,74 € zugesprochen werden sollten (vgl. S. 9 Landgerichtsurteil) – nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: 15

Der Klägerin stehe gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ein Anspruch auf Zahlung eines entsprechenden Kostenvorschusses für die erforderlichen Nacherfüllungsarbeiten zu. Zwar bestehe im Hinblick auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch kein Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Vorschusses für die Kosten der Selbstvornahme. Allerdings habe die Klägerin – was sich aus der Klage und ihrer Erklärung ergebe, sie habe das Vertrauen in die Leistungen der Beklagten verloren – das Erfüllungsstadium verlassen und sich auf Gewährleistungsrechte berufen, so dass die fehlende Abnahme dem geltend gemachten Vorschussanspruch nicht entgegenstehe. 16

Die Voraussetzungen gemäß § 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B lägen vor. Die Arbeiten der Beklagten seien mangelhaft i.S.d. § 633 BGB bzw. § 13 Abs. 1 VOB/B. Der Boden des Laubenganges halte unstreitig nicht das vereinbarte Gefälle von 1,1 % ein. Bereits deshalb sei er mangelhaft, unabhängig davon, ob daneben Unebenheiten vorhanden oder diese durch die Nachbesserungsarbeiten der Beklagten beseitigt worden seien. Die Klägerin 17

habe der Beklagten in dem Ortstermin am 06.08.2012 zudem erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Des Weiteren stehe der Verpflichtung der Beklagten zur Nacherfüllung weder § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB noch § 635 Abs. 3 BGB bzw. § 13 Abs. 6 VOB/B entgegen. Dass die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung (Herstellung eines Gefälles von 1,1 %) von vornherein technisch unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 2 BGB gewesen sei, habe die Beklagte schon nicht hinreichend plausibel dargelegt. Die Beklagte könne die Nachbesserung auch nicht gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern, da die geltend gemachten Kosten in Anbetracht des Interesses der Klägerin an der Mangelbeseitigung nicht unverhältnismäßig seien, auch wenn die Kosten die Auftragssumme übersteigen würden.

Die zur Mängelbeseitigung voraussichtlich erforderlichen Kosten seien auf der Grundlage der Feststellungen des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E auf insgesamt 31.461,74 € zu schätzen. Sofern die Klägerin daneben 15 % Regiekosten fordere, könnten diese nicht zugesprochen werden, da nicht dargelegt sei, weshalb diese neben den vom Privatsachverständigen kalkulierten Kosten anfallen würden. 18

Mit Beschluss vom 05.05.2014 (Bl. 109a f. d.A.) hat das Landgericht die Bezeichnung der Klägerin in dem angefochtenen Urteil gemäß § 319 Abs. 1 ZPO wegen einer offenbaren Unrichtigkeit von Wohnungseigentümergeinschaft in Wohnungseigentümergeinschaft geändert. Hiergegen hat die Beklagte (sofortige) Beschwerde eingelegt, die ebenfalls beim Senat anhängig ist (Az. 24 W 20/14). 19

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie in erster Linie ihren Antrag auf Klageabweisung und hilfsweise die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sowie die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht begehrt. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor: 20

Die Klage sei schon von vornherein unschlüssig gewesen. Es klage eine Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch eine Immobilienverwaltungs-GmbH, diese vertreten durch deren Geschäftsführer. Vertragspartner der Beklagten sei demgegenüber die „Wohnungseigentümergeinschaft N-Straße 43a - 47h, B“. Alle Unterlagen, die in erster Instanz von den Parteien eingereicht worden seien, würden allein auf diese Wohnungseigentümergeinschaft hinweisen. Vertragspartner sei zu keinem Zeitpunkt eine Wohnungseigentümergeinschaft gewesen, die im Übrigen wohl auch gar nicht existiere. Die Bezeichnung der klagenden Partei sei der vom Landgericht vorgenommenen Berichtigung nicht zugänglich, da keine offensichtliche Unrichtigkeit vorliege. Zwar habe die Wohnungseigentümergeinschaft gegen die Beklagte klagen können, dann habe aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz eine Liste aller Wohnungseigentümer eingereicht werden müssen, was nicht geschehen sei. 21

Im Hinblick auf die vom Landgericht angenommene Mangelhaftigkeit ihrer Arbeiten rügt die Beklagte mit der Berufung: Obwohl der subjektive Fehlerbegriff gelte und die Parteien die Beschaffenheit der Werkleistung vertraglich bestimmen könnten, sei die Herstellung des Gefälles von 1,1 % kein Selbstzweck, sondern diene dem Ziel, das Abfließen von Niederschlagswasser zu ermöglichen, damit sich keine Pfützen bilden könnten. Dies wiederum solle insbesondere bei winterlicher Kälte die Bildung von Gefahrstellen (Eisglätte bzw. überfrierende Nässe) verhindern. Die Beklagte habe bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass dieser Zweck durch die Nachbesserungsarbeiten (wasserdurchlässige Fugen) erreicht worden sei. 22

Weiterhin rügt die Beklagte, dass sich das Vertragsverhältnis nach wie vor auf der Erfüllungsebene befinde und der Klägerin ohne Durchführung einer Abnahme der geltend 23

gemachte Vorschussanspruch nicht zustehen könne.

Darüber hinaus moniert die Beklagte, dass das Landgericht über ihre Behauptung, aufgrund der örtlichen Gegebenheiten lassen sich auch bei vollständigem Rückbau des Bodens kein Gefälle von 1,1 % erreichen, keinen Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben habe. 24

Einer Verpflichtung zur Nacherfüllung stünden letztlich auch § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB bzw. § 635 Abs. 3 BGB, § 13 Abs. 6 VOB/B entgegen. 25

Die Beklagte beantragt, 26

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 27

Hilfsweise beantragt sie, 28

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen. 29

Die Klägerin beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen. 31

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und führt ergänzend aus: 32

Die Rüge der Beklagten, die Klage sei wegen fehlerhafter Bezeichnung der Klägerin von vornherein unschlüssig gewesen, gehe fehl. Insofern handele es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler, den das Landgericht zu Recht gemäß § 319 Abs. 1 ZPO berichtigt habe. Außerdem stelle sich diese Rüge der Beklagten als treuwidrig dar, weil ihr der Schreibfehler von Anfang bekannt gewesen sei. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang rüge, die Klägerin habe keine Liste mit namentlicher Bezeichnung aller Wohnungseigentümer vorgelegt, gehe auch dies fehl. Diese Liste sei mit dem Rubrumsberichtigungsantrag vorgelegt worden (vgl. Bl. 124 d.A.). 33

Die von der Beklagten vorgenommenen Bodenarbeiten seien schon allein deswegen mangelhaft, weil unstreitig die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit (Gefälle von 1,1 %) nicht eingehalten werde. Darüber hinaus bestehe – wie der Privatsachverständige Dipl.-Ing. E festgestellt habe – neben der unzureichenden Gefälleausbildung eine Vielzahl von weiteren Mängeln. Einerseits würden die verwendeten wasserdurchlässigen Fugen nicht zu einem nachhaltigen und dauerhaften Ableiten von aufstehendem Wasser führen. Andererseits seien die Platten „krumm und schief“ (Stolperkanten) und beim Betreten derselben bestehe ein „schwammiges Gefühl“. 34

Die Beklagte berufe sich zu Unrecht auf ein Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB bzw. § 635 Abs. 3 BGB oder § 13 Abs. 6 VOB/B. Die Anwendbarkeit von § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB scheide bereits deswegen aus, weil sich diese Vorschriften allein auf den primären Erfüllungsanspruch, nicht aber auf einen Gewährleistungsanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB – wie hier – beziehen würden. Auch ein Verweigerungsrecht der Beklagten gemäß § 635 Abs. 3 BGB bzw. § 13 Abs. 6 VOB/B scheide aus. Bei der Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit stehe nach der Rechtsprechung weniger die absolute Höhe der Kosten im Vordergrund, sondern vorrangig das Interesse des Auftraggebers an der durch die Beseitigung des Mangels erreichbaren Verbesserung. Nur bei einem objektiv geringen Interesse des Bestellers und einer erheblichen Kostenbelastung des 35

Unternehmers bestehe ein Verweigerungsrecht. In Anbetracht der Feststellungen des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E könne das Interesse der Klägerin – wie das Landgericht zutreffend erkannt habe – nicht als geringfügig in diesem Sinne bezeichnet werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 36

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. S. Wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf das Protokoll des Senatstermins vom 19.08.2014 sowie den diesbezüglichen Berichterstattevermerk verwiesen. 37

B. 38

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur zu einem geringen Teil begründet. 39

I. 40

Die Rüge der Beklagten, die Klage sei wegen falscher Bezeichnung der Klägerin von Anfang an unschlüssig gewesen, verhilft der Berufung allerdings nicht zum Erfolg. Das Landgericht hat die Bezeichnung der Klägerin in seinem Beschluss vom 05.05.2014 (Bl. 109a f. d.A.) zu Recht gemäß § 319 Abs. 1 ZPO von „Wohnungseigentümergeinschaft“ in „Wohnungseigentümergeinschaft N-Straße 43a - 47h, B“ geändert. Es ist offensichtlich, dass im Rubrum des angefochtenen Urteils ein bloßer Schreibfehler enthalten war, der letztlich auf einen Schreibfehler in der Klageschrift zurückzuführen war. Dass von Anfang an die nun in der Bezeichnung berichtigte Klägerin gemeint war, ergibt sich eindeutig aus der Klagebegründung sowie den weiteren von der Klägerin in erster Instanz eingereichten Schriftsätzen nebst Anlagen. Dies musste der Beklagten – die im Berufungsverfahren im Übrigen selbst davon ausgeht, dass die im ursprünglichen Rubrum des angefochtenen Urteils bezeichnete Klägerin gar nicht existiert – auch bekannt sein. Aus dem Angebot der Beklagten vom 25.01.2011 (Bl. 10 d.A.) ergibt sich zudem, dass die Beklagte selbst von Anfang an von der nun berichtigten Bezeichnung der Klägerin ausgegangen ist. 41

Soweit die Beklagte in ihrer (sofortigen) Beschwerde argumentiert, es könne auch sein, dass die Klägerin „WEG 1400, N-Straße 43a-47h, B“ heiße (vgl. Bl. 167 d.A.), ist dies nach dem Sach- und Streitstand unzutreffend. Die Klägerin hat hierzu klargestellt, dass es eine solche Wohnungseigentümergeinschaft nicht gebe und es sich bei der angegebenen Nummer (1400) ausschließlich um eine interne Verwaltungsnummer der Verwalterin handle (vgl. Bl. 176 d.A.). Dies bestätigt u.a. das Schreiben der Verwalterin vom 20.06.2011 (vgl. Bl. 7 d.A.). 42

Die von der Beklagten geforderte Liste mit der Nennung der Namen aller Wohnungseigentümer ist von der Klägerin zwar vorgelegt worden (vgl. Bl. 124 d.A.), das war jedoch nicht notwendig. Die Klägerin macht hier Rechte im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum geltend und ist daher im eigenen Namen (vgl. § 10 Abs. 6 Satz 4 WEG) teilrechtsfähig gemäß § 10 Abs. 6 WEG, weswegen es keiner Nennung der Namen aller Wohnungseigentümer bedarf (vgl. Zöller/Greger, ZPO (30. Aufl.), § 253 Rdnr. 8a mwN). 43

II. 44

Nach dem Ergebnis der im Berufungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 637 Abs. 3 BGB ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur 45

Beseitigung der mangelhaften Bodenarbeiten in Höhe von 29.175,99 € zusteht.

1. Anwendbarkeit der VOB/B

46

Der Senat geht zunächst – auch wenn diese Frage letztlich sogar dahinstehen kann – davon aus, dass im vorliegenden Fall die VOB/B anwendbar ist. Sowohl im Angebot der Beklagten vom 25.01.2011 (vgl. Bl. 10 ff. d.A.) als auch im Auftragserteilungsschreiben der Klägerin vom 20.06.2011 (Bl. 7 ff. d.A.) wurde jeweils u.a. auf die Geltung der VOB/B hingewiesen. Die Parteien tragen zwar nicht vor, dass die Beklagte den Vertragstext der VOB/B vor bzw. bei Vertragsschluss an die Klägerin ausgehändigt hat. Jedoch dürfte es sich bei der Vertreterin der Klägerin, deren Wissen sich die Klägerin zurechnen lassen muss, um eine im Baubereich bewanderte Gesellschaft handeln. Dies wird schon allein durch das Auftragserteilungsschreiben vom 20.06.2011 (Bl. 7 ff. d.A.) deutlich, in dem ein offensichtlich routinemäßiger, kleingedruckter Abschnitt zur Geltung u.a. der VOB/B enthalten ist (vgl. Bl. 8 f. d.A.). Danach dürfte die Aushändigung des Textes der VOB/B gegenüber der Klägerin zur Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag nicht notwendig sein, sondern vielmehr der bloße Hinweis auf deren Geltung genügen (vgl. auch: OLG Stuttgart, IBR 2014, 326, juris Rdnr. 27 ff.; Kniffka, in: Kniffka u.a., Bauvertragsrecht (1. Aufl.), Einf. v. § 631 Rdnr. 36 mwN). Das gilt umso mehr, weil hier nicht nur die Beklagte, sondern ausweislich des Auftragserteilungsschreibens auch die Klägerin selbst Verwenderin der VOB/B war.

47

2. Voraussetzungen des Vorschussanspruchs, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 637 Abs. 3 BGB

48

a) Mängelrechte vor Abnahme der Werkleistung

49

Entgegen der Ansicht der Beklagten steht dem geltend gemachten Vorschussanspruch nicht die unstreitig fehlende Abnahme der Arbeiten der Beklagten durch die Klägerin entgegen. Dies führt nicht dazu, dass sich das Vertragsverhältnis deswegen immer noch auf der „Erfüllungsebene“ befindet und die Klägerin mangels Abnahme keinen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung fordern kann. Zwar wird die Frage, ob dem Besteller vor der Abnahme Mängelrechte zustehen können, kontrovers beurteilt (vgl. zum Meinungsstand nur: Pastor, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (14. Aufl.), Rdnr. 2069; Krause-Allenstein, in: Kniffka u.a., Bauvertragsrecht (1. Aufl.), § 634 Rdnr. 10 f. – jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Allerdings wird dabei jedenfalls in Ausnahmefällen mehrheitlich eine Rückgriff des Bestellers auf die Mängelrechte auch schon vor der Abnahme befürwortet, wenn der Unternehmer sein Werk als fertiggestellt angesehen sowie abgeliefert hat, der Besteller im Gegenzug jedoch die Abnahme wegen Mängeln verweigert und der Unternehmer wiederum eine (weitere) Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt hat (vgl. OLG Köln, NJW 2013, 1104 (1105); OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 603 (604) [sehr weitgehend]; Krause-Allenstein, in: Kniffka u.a., Bauvertragsrecht (1. Aufl.), § 634 Rdnr. 11; Pastor, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (14. Aufl.), Rdnr. 2069 f.; Palandt/Sprau, BGB (73. Aufl.), Vorb v § 633 Rdnr. 7 – jeweils mwN). Diese Auffassung hält auch der Senat für richtig, weil der Auftraggeber ansonsten in einer derartigen Situation sinnwidrig zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung gezwungen wäre, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können. Da die zuletzt genannten Voraussetzungen hier vorliegen, kann die Klägerin Vorschuss zur Mängelbeseitigung auch schon vor der Abnahme verlangen.

50

b) Mangelhaftigkeit der Werkleistung, § 13 Abs. 1 VOB/B

51

52

Die Werkleistung der Beklagten ist nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme mangelhaft i.S.d. § 13 Abs. 1 VOB/B.

aa) Der vom Landgericht für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit der Bodenarbeiten der Beklagten für maßgeblich gehaltene Aspekt des Nichterreichens des vertraglich vorgesehenen Gefälles von 1,1 % kann dabei ebenso dahinstehen wie die Frage, ob aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten vor Ort ein solches Gefälle überhaupt zu realisieren war. Letzteres dürfte nach den ausführlichen Erläuterungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S im Senatstermin vom 19.08.2014 entgegen der Ansicht des Landgerichts sogar zu verneinen sein. Darauf kommt es letztlich aber nicht an, weil die Werkleistung der Beklagten bereits aus anderen Gründen mangelhaft ist. 53

bb) Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat im Senatstermin nachvollziehbar und überzeugend anhand von Lichtbildern, die er anlässlich des von ihm durchgeführten Ortstermins gefertigt hat, dargelegt, dass bei einigen der von der Beklagten verlegten Bodenplatten auch nach den vorgenommenen Nachbesserungsarbeiten sog. „Überzähne“ – also ein Hochstehen von Plattenkanten – von 7 mm bis über 10 mm festzustellen seien. Diese seien – so der Sachverständige – regelrechte Stolperkanten, die eine Unfallgefahr darstellen würden. Die Ursache für das Hochstehen der Platten hat der Sachverständige Dipl.-Ing. S im Senatstermin plausibel nur damit erklären können, dass der Untergrund (Betonsohle), der nach den vorgelegten Lichtbildern erhebliche Unebenheiten gehabt habe, vor dem Aufbringen der Kautschuk-Dämmplatten nicht ausreichend begradigt worden sei. Diese Dämmplatten passen sich nach den Ausführungen des Sachverständigen im Laufe der Zeit dem Untergrund an und können deswegen zu einem Hochstehen der Platten – wie hier feststellbar – führen. 54

Das durch die Beklagte im Wege eines ersten Mängelbeseitigungsversuchs nach vollständiger Aufnahme nur der Fliesen erfolgte partielle Nachspachteln oberhalb der Foamglasplatten hat ausweislich des vom Sachverständigen Dipl.-Ing. S angetroffenen jetzigen Zustands nicht zu einer hinreichend glatten Oberfläche geführt. Der Sachverständige hat bei seinem Ortstermin, der unstreitig nach den von der Beklagten vorgenommenen Nachbesserungsarbeiten durchgeführt worden ist, ein Hochstehen der Platten („Überzähne“) tatsächlich feststellen können. Es bedarf vielmehr eines Höhenausgleichs direkt auf dem unebenen Betonuntergrund der Fußbodenkonstruktion. Entgegen der Behauptung der Beklagten reichen für die Behebung des Mangels der hochstehenden Platten auch nicht eine nur partielle Aufnahme der Gesamtkonstruktion an den Stellen, an denen die Fliesen Unebenheiten zeigen, und ein auf diese Bereiche bezogenes Nachspachteln des Betonuntergrundes. Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat hierzu im Senatstermin am 19.08.2014 nachvollziehbar ausgeführt, dass bei einem partiellen Nachspachteln des Untergrundes das Beseitigen der hochstehenden Kanten der Platten letztlich ein „Zufallsprodukt“ sei, weil ohne eine – hier nicht vorgenommene – komplette Entfernung des Bodenbelags sowie eine vollständige Untersuchung des Untergrundes nicht abgeschätzt werden könne, welche Unebenheiten auf der Betonsohle für das Hochstehen der Platten verantwortlich seien. Die an der Oberfläche festzustellenden „Überzähne“ der Fliesen, könnten auch durch Unebenheiten des Betonuntergrundes verursacht werden, die nicht direkt unterhalb der Überzähne lägen. 55

cc) Darüber hinaus hat der Sachverständige Dipl.-Ing. S im Senatstermin am 19.08.2014 unter Vorlage von Lichtbildern geschildert, dass bei dem von ihm durchgeführten Ortstermin, bei dem es geregnet habe, eine Pfützenbildung auf dem Plattenbelag feststellbar gewesen sei. Die Ursache hierfür hat der Sachverständige plausibel unter genauer Darstellung des 56

Bodenaufbaus (Keraflex) damit erklärt, dass das durch die wasserdurchlässigen Fugen in den Untergrund (Dämmung) abgegebene Wasser wegen eines nicht ausreichenden Gefälles nicht gezielt abgeleitet werde.

dd) Zudem hat der Sachverständige vor Ort festgestellt, dass die von der Beklagten verlegten Platten beim Begehen „hohllagig“ gewesen seien und sich erheblich bewegt hätten („schwammiges Laufgefühl“). Die Platten seien so locker gewesen, dass man sie sogar habe herausnehmen können. 57

ee) Die zuletzt genannten Erscheinungen – insbesondere das Hochstehen der Platten („Überzähne“ bzw. Stolperkanten) sowie das Entstehen von Pfützen bei Regen (Glättegefahr vor allem im Winter) – stellen erhebliche Mängel der Werkleistung der Beklagten dar. Der Unternehmer schuldet nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine dauerhafte Gebrauchs- und Funktionstauglichkeit seiner Werkleistung (diese Funktionalität verortet der BGH innerhalb der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB bzw. § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, vgl. nur: BGH, BauR 2008, 344, juris Rdnr. 15 mwN), die hier bereits wegen der bestehenden Unfallgefahr (Stolperkanten, Glättegefahr) sowie der nicht ausreichenden Ableitung von Regenwasser auf den Platten nicht erreicht wird. 58

c) Erfolgreiche Fristsetzung zur Mängelbeseitigung, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B 59

Unstreitig hat die Klägerin der Beklagten im zweiten Ortstermin am 06.08.2012 gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B eine Frist zur Mängelbeseitigung bis Ende September 2012 gesetzt. Diese ist – wie die zuvor dargestellten Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S vom derzeitigen Zustand des Bodens zeigen – erfolglos abgelaufen, auch wenn die Beklagte Nachbesserungsarbeiten vorgenommen und mit Schreiben vom 02.10.2012 (Bl. 31 d.A.) deren Abschluss angezeigt hat. Zudem hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 22.10.2012 (Bl. 32 f. d.A.) erfolglos eine Frist zur Anerkennung der Sanierungskosten für die Neuerrichtung des Bodenaufbaus gesetzt. 60

d) Keine Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung, § 13 Abs. 6 VOB/B 61

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Beklagte – wie § 13 Abs. 6 VOB/B ausdrücklich zeigt – zwar grundsätzlich berechtigt, die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung einzuwenden. Nichts anderes gilt im Übrigen – wie § 635 Abs. 3 BGB zeigt („unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3“) – für einen BGB-Werkvertrag. Das Beseitigen des Hochstehens der Platten („Überzähne“, Stolperkanten) ist nach den überzeugenden Angaben des Sachverständigen Dipl.-Ing. S im Senatstermin am 19.08.2014 jedoch nicht unmöglich in diesem Sinne. Zudem ist – unabhängig von der Frage des erforderlichen Gefälles – auch nicht ersichtlich, dass die vorhandene Pfützenbildung nicht durch eine gezielte Ableitung des Wassers verhindert werden könnte. Bedenken hat der im Senatstermin angehörte Sachverständige Dipl.-Ing. S insofern jedenfalls nicht geäußert. 62

e) Kein unverhältnismäßig hoher Mängelbeseitigungsaufwand, § 13 Abs. 6 VOB/B 63

Die Beseitigung der Mängel erfordert auch keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand. Der bloße Hinweis der Beklagten, die Kosten beliefen sich auf fast 150 % der Auftragssumme, reicht zur Annahme einer Unverhältnismäßigkeit nicht aus. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist eine Unverhältnismäßigkeit in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer völlig ordnungsgemäßen vertraglichen Leistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Hat der Besteller hingegen objektiv ein berechtigtes Interesse an einer 64

ordnungsgemäßen Erfüllung, z.B. weil die Funktionsfähigkeit des Werkes spürbar beeinträchtigt ist, kann ihm regelmäßig nicht wegen hoher Kosten die Nachbesserung verweigert werden (vgl. nur: BGH, BauR 2008, 1140, juris Rdnr. 16, 18; BGH, BauR 2009, 1151, juris Rdnr. 3). So liegt der Fall hier. Durch die Mängelbeseitigung werden u.a. das Hochstehen der Platten und die dadurch bestehende Unfallgefahr beseitigt. Schon deswegen muss das Interesse der Klägerin an der Mängelbeseitigung als berechtigt angesehen werden.

3. Höhe des Vorschussanspruchs, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 637 Abs. 3 BGB 65

Die Höhe der zur Beseitigung der Mängel voraussichtlich erforderlichen Kosten belaufen sich nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme auf insgesamt 29.175,99 €. 66

a) 67

Der Senat legt dabei zunächst die vom Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E in seinem Gutachten vom 18.04.2013 ermittelten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 23.605,75 € netto zugrunde (vgl. S. 8-10 des Gutachtens vom 18.04.2013 = Bl. 72 R - 73 R d.A.). Diese hat auch der Sachverständige Dipl.-Ing. S im Senatstermin am 19.08.2014 insgesamt als in dieser Größenordnung nachvollziehbar und nicht zu beanstanden bewertet. 68

b) 69

Von diesem Betrag sind allerdings – was das Landgericht übersehen hat – unter dem Gesichtspunkt der „Sowieso-Kosten“ 1.715,- € netto abzuziehen. Das ergibt sich daraus, dass der Privatsachverständige Dipl.-Ing. E in seinem Gutachten vom 18.04.2013 die Kosten für das Abschleifen der Betondecke mit 3.430,- € netto ermittelt hat und hierin Arbeiten enthalten sind, die die Klägerin sowieso hätte bezahlen müssen, wenn die Betondecke von vorneherein in diesem Umfang abgeschliffen worden wäre. Der Senat schätzt diese Kosten gemäß § 287 ZPO auf die Hälfte der ermittelten Kosten – also 1.715,- € netto –, da nach den Feststellungen des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E in seinem Gutachten vom 18.04.2013 (S. 8 des Gutachtens = Bl. 72 R d.A.) die Schleifarbeit durch den von der Beklagten eingebauten Nivellierspachtel erschwert wird. Damit ist von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 21.890,75 € netto auszugehen (23.605,75 € abzgl. 1.715,- €). 70

c) 71

Auf der Grundlage dieses Betrags sind 12 % Regiekosten hinzuzurechnen, deren Erforderlichkeit neben dem Privatsachverständigen Dipl.-Ing. E (S. 10 des Gutachtens vom 18.04.2013 = Bl. 73 R d.A.) auch der Sachverständige Dipl.-Ing. S im Senatstermin am 19.08.2014 bestätigt hat. Die Regiekosten betragen daher 2.626,89 € netto. Dass darüber hinaus – von der Klägerin geltend gemachte – weitere Regiekosten anzusetzen sind, ist weder von der Klägerin dargelegt noch sonst ersichtlich. 72

d) 73

Insgesamt belaufen sich die voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten damit auf 29.175,99 € brutto (21.890,75 € zzgl. 2.626,89 € zzgl. 19 % MwSt.). 74

III. 75

Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus diesem Betrag seit dem 16.08.2013 ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 76

BGB.

C.

77

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. 79