

# Oberlandesgericht Stuttgart

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 320, 637, 641 BGB; 21 Abs. 2, 27 Abs. 2, Abs. 3 S. 3 WEG

- 1. Zwischen einem Kaufpreisanspruch gegen einen Erwerber von Wohnungseigentum und einem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum besteht mangels der für eine Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeit keine Aufrechnungslage, weil zwar ein Erwerber von Wohnungseigentum einen Anspruch auf Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum grundsätzlich selbständig geltend machen kann, aber grundsätzlich nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft.**
- 2. Eine unwirksame Aufrechnungserklärung eines Erwerbers mit einem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum gegen die Kaufpreisforderung ist als Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB zu behandeln.**
- 3. Auch wenn die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche der einzelnen Erwerber aus deren Kaufverträgen wirksam an sich gezogen hat, wird sie nicht Inhaberin dieser Rechte, so dass sie diese nicht an Dritte wie z.B. einzelne Erwerber abtreten kann. Ein dennoch gefasster Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft über die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen führt nicht zur Nichtigkeit der gesamten Beschlussfassung, wenn diese auch ohne Abtretung erfolgt wäre.**
- 4. Nach neuem Recht erlischt der Nacherfüllungsanspruch und damit ein Vorschussanspruch für die Mängelbeseitigung nicht schon mit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung oder dem Beschluss der Eigentümergeinschaft, Schadensersatz zu verlangen, sondern erst mit der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gegenüber dem Unternehmer.**
- 5. Eine Mängelbeseitigung muss die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten (Bestätigung Senat NJW-RR 2011, 1589, juris RN 24 f.)**

### **Tenor:**

1. Auf die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart, Aktenzeichen 12 O 433/08, abgeändert.
2. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 39.304,- EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 7.11.2008 zu zahlen, Zug um Zug gegen Zahlung von 50.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.08.2011. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagten 50.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.08.2011 zu zahlen.
4. Es wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, den Beklagten ihnen und der Wohnungseigentümergeinschaft sämtliche Schäden für die Beseitigung folgender Mängel am Dach der R.str. 113 auch insoweit zu ersetzen, als diese den Betrag von 50.000,00 Euro überschreiten:
  - Mangelhafte Eindeckung der Dachgauben wegen einer um 8 Grad zu geringen Mindestdachneigung mit einer unzureichenden Überdeckung der Ziegel;- mangelhafte Anschlüsse der Dacheindeckung auf der Blechverwahrung;- Fehlen einer Unterspannbahn einschließlich fehlender Hinterlüftung unterhalb der Dacheindeckung sowie fehlender Zu- und Abluftöffnungen;- mangelhafte Verlegung der Wärmedämmung; die Wärmedämmung entspricht nicht den Vorschriften der EnEV 2002;- große Mengen Bauschutt und Müll über der Wärmedämmung;- teilweises Fehlen einer Dampfsperre bei ausgebautem Dachraum;- Wasserspuren im Deckenbereich der Dachgeschosswohnung der Beklagten im Vorratsraum und in der Küche.
5. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.
6. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen. Die Kosten der Streithelferin werden nicht erstattet.
7. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
8. Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 106.000,- EUR

Streitwert der Widerklage in 1. Instanz: 66.696,00 EUR

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Die Klägerin macht mit ihrer Klage unstreitigen restlichen Kaufpreis für den Verkauf einer Eigentumswohnung geltend, während die Beklagten mit ihrer

Widerklage einen - nach Aufrechnung die Klagforderung übersteigenden - Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die Beseitigung von Mängeln am Dach des Gebäudes R.straße 113 in S und hilfsweise Schadensersatz geltend machen.

Bezüglich des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 8.11.2011, AZ: 12 O 433/08, verwiesen.

Mit diesem Urteil hat das Landgericht Stuttgart die Klage wegen der Aufrechnung der Beklagten zurückgewiesen und der Widerklage weitgehend stattgegeben. Die Klägerin habe gegen die Beklagten einen restlichen Kaufpreisanspruch von 39.304,- - EUR gehabt, der aufgrund der Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch der Beklagten von 50.000,- EUR erloschen sei. Den Beklagten stehe wegen Mängeln am Dach ein solcher Vorschussanspruch zu. Nach dem Kaufvertrag sei die Klägerin verpflichtet gewesen, die vorhandene Dachkonstruktion darauf zu prüfen, ob sie den anerkannten Regeln der Baukunst und den konkreten Bestimmungen der EnEV 2002 entsprochen habe und technisch einwandfrei gewesen sei, und eine Vollsparrendämmung einzubauen. Das Dach entspreche jedoch nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen L. nicht den anerkannten Regeln der Technik; die Bestimmungen der EnEV 2002 seien nicht eingehalten. Es fehle die bei einer Vollsparrendämmung erforderliche Dampfsperre und eine Unterspannbahn mit Hinterlüftung unterhalb der Dacheindeckung. Die Wärmedämmung sei statt mit 16 mm nur in einer Dicke von 10 mm und darüber hinaus mit extremsten Fehlstellen mangelhaft verlegt. Es fehle die durch die EnEV 2002 vorgeschriebene Windsperre. Die Dacheindeckung durch Biberschwanzziegel weise eine zu geringe Überdeckung auf und Anschlüsse an Blechverwahrungen seien mangelhaft sowie Ziegel defekt. Für die vorhandene Eindeckung mit Biberschwanzziegeln sei die Dachneigung nicht ausreichend. Aufgrund des Zustands des Daches dringe Niederschlagswasser ein. Der Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag betreffe nicht das Dach, weil dort eine Vollsparrendämmung einzubauen gewesen sei. Angesichts der augenfälligen Mängel, die nach Öffnung des Daches zutage getreten seien, habe die Klägerin das Dach trotz einfachster, ganz naheliegender Überlegungen in seinem alten Zustand belassen, weshalb einem Haftungsausschluss die grobe Fahrlässigkeit der Klägerin entgegenstehe. Mit den Aufforderungen der Beklagten zur Mangelbeseitigung unter Fristsetzung, zuletzt mit Schreiben vom 16.8.2011, sei der Kostenvorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB entstanden. Nach den Angaben des Sachverständigen seien Aufwendungen in Höhe von 50.000,- bis 60.000,- EUR zu erwarten, so dass ein Vorschussanspruch über den Mindestbetrag von 50.000,- EUR bestehe.

Zwar seien die Gewährleistungsansprüche sämtlicher Miteigentümer nicht wirksam an die Beklagten abgetreten worden, weil dafür ein Mehrheitsbeschluss nicht ausreiche. Jedoch sei jeder Erwerber von Wohnungseigentum berechtigt, die individuellen Rechte aus dem Vertrag mit dem Veräußerer selbständig zu verfolgen, auch wenn sie auf eine ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichtet seien. Jeder Erwerber könne deshalb den Anspruch auf Vorschuss selbständig geltend machen. Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft wie hier die Durchsetzung der ordnungsgemäßen Herstellung des Gemeinschaftseigentums an sich ziehe, müssten einzelne Wohnungseigentümer ermächtigt werden, diese Rechte in gewillkürter Prozessstandschaft durchzusetzen. Als eine solche Ermächtigung sei die Abtretung durch die Wohnungseigentümergeinschaft

auszulegen. Die Beklagten dürften deshalb den Vorschussanspruch prozessual durchsetzen und aufgrund des WEG-Beschlusses auch Zahlung an sich verlangen.

Den geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen stehe nicht der von der Klägerin mit der Wohnungseigentümergeinschaft geschlossene außergerichtliche Vergleich vom 28.1.2009 entgegen. Zwar sollten tatsächlich bekannte und erörterte Mängel am Gemeinschaftseigentum mit dem Vergleichsbetrag abgegolten sein. Mängel am Gemeinschaftseigentum, die bei Vergleichsschluss nicht bekannt oder nicht Gegenstand der Auseinandersetzung zwischen den Parteien des Vergleichs gewesen seien, seien von der Erledigungswirkung ausgeschlossen. Die hier streitgegenständlichen Mängel seien weder in der Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft vor Vergleichsabschluss noch in dem Gutachten der vorgerichtlich tätig gewordenen privaten Sachverständigen oder in den damaligen Schriftsätzen der beteiligten Anwälte aufgetaucht. In dem Gutachten H. seien lediglich beschädigte Ziegel, die ausgetauscht werden müssten, erwähnt worden. Der private Sachverständige H. habe gefordert, einen Schnitt durch den Dachaufbau und eine Bestätigung des Planers vorzulegen, dass der Aufbau physikalisch fachgerecht erstellt sei und kein Wasser in die Dämmung gelangen könne. Danach sei der Punkt in den späteren Ausführungen des privaten Sachverständigen nicht mehr aufgetaucht. Aus der Äußerung des private Sachverständigen H. ergebe sich, dass das Dach von ihm selbst nicht geöffnet worden sei und er die erst im Rechtsstreit vom Sachverständigen L. festgestellten eklatanten Mängel nicht erkannt habe. Die Mängel am Dach seien daher keine Mängel, die im Sinn des Vergleichs streitgegenständliche Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft betroffen hätten. Mit der im Vergleich ausgesprochenen Abnahme sei die Geltendmachung unbekannter Mängel nicht ausgeschlossen worden. Eine Gesamterledigungsklausel habe die Wohnungseigentümergeinschaft gerade nicht akzeptiert. Die Rüge einer Durchfeuchtung des Putzes in der Küche der Beklagten schon vor Abschluss des Vergleichs sei kein Beleg für die Kenntnis der jetzt festgestellten Mangelhaftigkeit des Daches. Es sei durchaus möglich gewesen, dass die Durchfeuchtung ihre Ursache in den vom Privatsachverständigen festgestellten einigen schadhafte Dachziegeln gehabt haben könne. Die Durchfeuchtung habe nur auf eine Undichtigkeit schließen lassen, ohne dass die Mangelhaftigkeit des Daches in seiner ganzen Tragweite bekannt oder nur erkennbar gewesen sei.

Auf weitere Zurückbehaltungsrechte der Beklagten wegen Mängeln am Dach, am Aufzug und wegen Schimmelbildung an der Außenwand komme es danach nicht mehr an.

Der mit der Widerklage neben dem Vorschuss geltend gemachte Feststellungsantrag sei zwar nicht notwendig, aber zulässig und begründet. Soweit der Vorschussanspruch der Beklagten durch Aufrechnung nicht erloschen sei, hätten sie einen Zahlungsanspruch in Höhe von 10.696,-- EUR. Die Widerklage sei lediglich insoweit unbegründet, als Zinsen ohne ausreichende Darlegung bereits ab dem 21.8.2009 verlangt würden. Der Feststellungsantrag hebe auf einen zu ersetzenden Schaden ab, was das Gericht nicht binde, weil nach der Begründung in erster Linie Kostenvorschuss geltend gemacht werde, so dass sich die Feststellung in erster Linie auf Selbstvornahmekosten beziehe.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Am 3.5.2012 hat die Wohnungseigentümergeinschaft auf einer außerordentlichen Wohnungseigentümersammlung, an der 525,04/1000 Miteigentumsanteile vertreten waren, mit einer Mehrheit von 471,90 Stimmanteilen bei 53,14 Stimmenthaltungen und ohne Gegenstimmen zur Klarstellung des Beschlusses Nr. 2 vom 26.7.2011 beschlossen, dass die Beklagten ermächtigt werden, Gewährleistungsrechte hinsichtlich der Mängel am Dach des Gebäudes R.straße 113 geltend zu machen. Sie sollen dabei in erster Linie einen Kostenvorschussanspruch geltend machen und lediglich hilfsweise Schadensersatz verlangen. Die Beklagten werden ermächtigt, Zahlung an sich selbst zu verlangen und die Ansprüche im vorliegenden Rechtsstreit im Wege der Aufrechnung und Widerklage geltend zu machen. Die Beklagten haben den durch Aufrechnung mit Gewährleistungsrechten hinsichtlich des Mangels am Dach des Hauses erloschenen Kaufpreis, den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag sowie einen eventuellen Betrag, der sich aus der Abrechnung des Kostenvorschusses ergibt, an die WEG herauszugeben.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Restkaufpreisanspruch der Klägerin nicht durch eine Aufrechnung der Beklagten erloschen. Es fehle an einer Aufrechnungslage, weil der Kostenvorschussanspruch keine eigene Forderung der Beklagten, sondern derjenigen der Wohnungseigentümer sei. Das Landgericht unterscheide nicht ausreichend zwischen einer Ausübungsbefugnis und der Rechtsinhaberschaft. Der Kostenvorschussanspruch sei nicht wirksam an die Beklagten abgetreten worden, nachdem die Eigentümergeinschaft die Gewährleistungsrechte hinsichtlich der Mängel am Dach an sich gezogen habe. Damit sei die Wohnungseigentümergeinschaft materiell-rechtlich nicht Rechtsinhaberin geworden, sondern das Ansichziehen betreffe lediglich die Ausübung von Rechten. Die Wohnungseigentümergeinschaft könne durch das Ansichziehen der Ausübung des Kostenvorschusses nur gesetzliche Prozessstandschafterin werden. Mangels Abtretungsvertrag zwischen den übrigen Eigentümern und der Wohnungseigentümergeinschaft habe diese durch den Beschluss vom 26.7.2011 keine materielle Rechtsinhaberschaft der Beklagten bezüglich der übrigen Wohnungseigentumsanteile der anderen Erwerber begründen können. Für eine Aufrechnung fehle es an einer eigenen Forderung der Beklagten, soweit sich der Kostenvorschussanspruch auf die Eigentumsanteile der anderen Wohnungseigentümer beziehe. Außerdem sei mit einer Aufrechnung nicht vereinbar, dass die Beklagten den vollen Erlös abzüglich Kosten bei der Gemeinschaft abzugeben hätten. Die Mittel des Kostenvorschusses sollten der Gemeinschaft ungeschmälert zufließen, was einer Aufrechnung mit restlichen Kaufpreisansprüchen entgegenstehe. Für eine Abtretung gemeinschaftbezogener Ansprüche stehe der Wohnungseigentümergeinschaft keine Beschlusskompetenz zu.

Die Widerklage sei unzulässig, weil die Beklagten nicht Zahlung an sich verlangen könnten. Es bestehe nur eine Prozessführungsbefugnis für die Geltendmachung einer Zahlung an die Gemeinschaft. Die Widerklage sei jedenfalls deshalb unbegründet.

Das Dach sei nach einer Notmaßnahme der Wohnungseigentümergeinschaft dicht. Der Sachverständige L., auf den sich das Landgericht stütze, sei von einem Dachaufbau ausgegangen, der nicht den Tatsachen vor Ort entspreche. Die Aussagekraft des Gutachtens des Sachverständigen L. beschränke sich nur auf eine

Dachöffnung und den dort eingesehenen Bereich. Durch die Öffnung des Daches lediglich an ein oder zwei Stellen fehle eine Grundlage für Feststellungen zu dem gesamten Dach. Der Sachverständige habe über den Beweisbeschluss hinaus Feststellungen getroffen, die nicht verwertbar und nicht taugliche Grundlage für ein Urteil seien. Aufgrund der überschießenden Feststellungen habe der Sachverständige die Mangelbeseitigungskosten genannt, die mit dem ursprünglich gerügten Mangel nichts zu tun hätten. Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die grobe Schätzung des Sachverständigen für eine Urteilsfindung genüge.

Der zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und der Klägerin geschlossene Vergleich habe Mängel wegen des Daches erledigt. Die Dachdeckerarbeiten seien in der Begutachtung der Sachverständigen B. und H. einbezogen gewesen. Der Vergleich habe Mängel an dem Gemeinschaftseigentum vollständig abgegolten. Die Symptomrechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelte auch für die Reichweite der Erledigungsklausel. Die Wohnungseigentümergeinschaft habe mit der Erledigungsklausel das Risiko übernommen, dass einzelne zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses noch nicht bekannte Mangelursachen bekannter Mangerscheinungen sich als schwerwiegend herausstellen könnten. Indem die Beklagten das Symptom eines Feuchtigkeitseintritts am 5.12.2008, Anlage B 3, gerügt hätten, hätten sie dies bekannt gemacht. Die Beklagten hätten die Möglichkeit gehabt, die Mangerscheinung an die Wohnungseigentümergeinschaft zu melden. Zwar seien im Vergleich nur streitgegenständliche Mängel abgegolten worden. Jedoch sei im ersten Satz des Vergleichs die Fiktion der Mängelfreiheit festgelegt worden. Der Mangel der Undichtigkeit sei daher bekannt und damit miterledigt worden. Auf den Umstand, dass die Undichtigkeit bei den Vertretern der Beklagten zum Abschluss des Vergleichs nicht bekannt gewesen sei, könne es nicht ankommen. Die Klägerin sei davon ausgegangen, dass mit dem geschlossenen Vergleich der vom Sachverständigen H. angesprochene Nachweis über den Dachaufbau und die fachgerechte bauphysikalische Konstruktion miterledigt sei.

Im Kaufvertrag sei lediglich eine Vollsparrendämmung des Dachstuhls im Gebäude 113, nicht aber eine Dachziegelerneuerung vereinbart worden, weshalb diese eine nach der Baubeschreibung nicht zu verändernde Altbausubstanz darstelle. Insoweit seien alle Ansprüche und Rechte des Käufers wegen Sachmängeln wirksam ausgeschlossen. Spätestens mit Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei eine vorbehaltlose Annahme der Kaufsache erfolgt.

Mit der unbedingten Aufrechnung hätten die Beklagten zum Ausdruck gebracht, dass sie die klägerische Kaufpreisforderung anerkennen würden und andere Einwendungen außer der Aufrechnung nicht bestünden. Das Landgericht habe deshalb ein Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil erlassen müssen. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung komme nicht in Betracht, weil ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB nicht mehr bestehe. Ein Besteller könne nicht gleichzeitig Mangelbeseitigung und Kostenvorschuss verlangen. Es fehle daher nach Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruches an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 641 Abs. 3 BGB. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrechts sei treuwidrig, weil die Wohnungseigentümergeinschaft aufgrund des außergerichtlichen Vergleichs Mittel von über 200.000,- EUR erlangt und diese nicht zur Mangelbeseitigung eingesetzt habe. Der Vergleich habe unter anderem die Verlegung und Erneuerung

von Dachziegeln zum Gegenstand gehabt, die der Sachverständige L. nunmehr in die Kosten der Neuherstellung des Daches einberechne. Jedenfalls komme ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln des Daches nur in Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten in Betracht.

Das Leistungsverweigerungsrecht beschränke sich auf den Anteil der Beklagten am Gemeinschaftseigentum. Die Klägerin nehme neben dem Beklagten weitere 6 Bewerber auf Zahlung restlicher Kaufpreisansprüche in Anspruch. Trotz des geschlossenen Vergleichs und trotz des Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft müsse die Klägerin weiter fürchten, dass die Wohnungseigentümer Mängel des Gemeinschaftseigentums parallel geltend machten. Die Beklagten könnten daher vom Kaufpreisanspruch der Klägerin höchstens in Höhe von 7,075 % der vom Sachverständigen behaupteten Mangelbeseitigungskosten von 50.000,- EUR, also 3.537,50 EUR, zurückhalten.

Die Gestaltung des Aufzugs sei ein bewusster Bestandteil der Kaufentscheidung der Beklagten gewesen. Die Ausführung des Aufzugs sei mangelfrei. Ansprüche wegen Schimmelercheinungen an der Außenwand seien aufgrund des Haftungsausschlusses im Kaufvertrag im Hinblick auf die nicht zu ändernde Altbausubstanz ausgeschlossen.

Zum Begehren der Beklagten, die erstinstanzliche Kostenentscheidung abzuändern, trägt die Klägerin vor, nach einer Änderung der LBO Baden-Württemberg sei die obligatorische Rohbau- und Schlussabnahme entfallen, weshalb die Fälligkeit des Kaufpreises nicht an der fehlenden öffentlich-rechtlichen Abnahme scheitern könne.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagten werden unter Aufhebung des am 08.11.2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Stuttgart, Aktenzeichen 12 O 433/08, als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 39.304,- EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu bezahlen.
2. Unter Aufhebung des am 08.11.2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Stuttgart, Aktenzeichen 12 O 433/08, wird die Widerklage als unzulässig zurück-, hilfsweise als unbegründet abgewiesen.
3. Die Anschlussberufung der Beklagten vom 30.03.2012 wird zurückgewiesen.
4. Die Hilfsanschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
5. Die höchst hilfsweise Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagten beantragen nach teilweiser Rücknahme der Widerklage in der Verhandlung vom 12.06.2012:

I. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 08.11.2011, Az.: 12 O 433/08 wird auf die Anschlussberufung der Beklagten wie folgt abgeändert:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin / Widerbeklagte wird verurteilt, an die Beklagten 10.696,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.08.2011 zu bezahlen.

3. Es wird festgestellt, dass die Klägerin / Widerbeklagte verpflichtet ist, den Beklagten Selbstvorkostkosten für die Beseitigung folgender Mängel am Dach der R.str. 113 auch insoweit zu ersetzen, als diese den Betrag von 50.000,00 Euro überschreiten:

- mangelhafte Dacheindeckung mit beschädigten Biberschwanzziegeln und einer unzureichenden Überdeckung der Ziegel- mangelhafte Eindeckung der Dachgauben wegen des fehlenden Mindestgefälles von 8 Prozent- mangelhafte Anschlüsse der Dacheindeckung auf der Blechverwahrung.- Fehlen einer Unterspannbahn mangelhafte Verlegung der Wärmedämmung, die Wärmedämmung entspricht nicht den Vorschriften der EnEV 2002- große Mengen Bauschutt und Müll über der Wärmedämmung- fehlende Hinterlüftung unterhalb der Dacheindeckung, sowie fehlende Zu- und Abluftöffnungen- teilweises Fehlen einer Dampfsperre bei ausgebautem Dachraum- Wasserspuren im Bereich der Wohnung der Beklagten.

II. Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

III. Hilfsweise:

1. Die Klägerin / Widerbeklagte wird verurteilt, an die Beklagten 50.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.08.2011 zu bezahlen.

2. Es wird festgestellt, dass die Klägerin / Widerbeklagte den Beklagten sämtliche Schäden zu ersetzen hat, welche im Zusammenhang mit der Beseitigung nachfolgend aufgeführter Mängel am Dach des Gebäudes R.str. 113 entstehen:

- mangelhafte Dacheindeckung mit beschädigten Biberschwanzziegeln und einer unzureichenden Überdeckung der Ziegel- mangelhafte Eindeckung der Dachgauben wegen des fehlenden Mindestgefälles von 8 Prozent- mangelhafte Anschlüsse der Dacheindeckung auf der Blechverwahrung.- Fehlen einer Unterspannbahn- mangelhafte Verlegung der Wärmedämmung, die Wärmedämmung entspricht nicht den Vorschriften der EnEV 2002- große Mengen Bauschutt und Müll über der Wärmedämmung- fehlende Hinterlüftung unterhalb der Dacheindeckung, sowie fehlende Zu- und Abluftöffnungen- teilweises Fehlen einer Dampfsperre bei ausgebautem Dachraum- Wasserspuren im Bereich der Wohnung der Beklagten.

1. Die Klägerin / Widerbeklagte wird verurteilt, an die WEG R.str. 111/1 und 113 50.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.08.2011 zu bezahlen.

2. Es wird festgestellt, dass die Klägerin / Widerbeklagte der WEG R.str. 111/1 und 113 sämtliche Schäden zu ersetzen hat, welche im Zusammenhang mit der Beseitigung nachfolgend aufgeführter Mängel am Dach des Gebäudes R.str. 113 entstehen:

- mangelhafte Dacheindeckung mit beschädigten Biberschwanzziegeln und einer unzureichenden Überdeckung der Ziegel- mangelhafte Eindeckung der Dachgauben wegen des fehlenden Mindestgefälles von 8 Prozent- mangelhafte Anschlüsse der Dacheindeckung auf der Blechverwahrung.- Fehlen einer Unterspannbahn- mangelhafte Verlegung der Wärmedämmung, die Wärmedämmung entspricht nicht den Vorschriften der EnEV 2002- große Mengen Bauschutt und Müll über der Wärmedämmung- fehlende Hinterlüftung unterhalb der Dacheindeckung, sowie fehlende Zu- und Abluftöffnungen- teilweises Fehlen einer Dampfsperre bei ausgebautem Dachraum- Wasserspuren im Bereich der Wohnung der Beklagten.

Der Hauptanspruch der Klägerin in Höhe von 39.304,-- EUR sei unstreitig. Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass dieser Anspruch durch Aufrechnung erloschen sei. Der Anspruch auf Kostenvorschuss stehe den Beklagten materiell-rechtlich in eigener Person zu. Auf die Abtretung komme es deshalb nicht an. Ein Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft könne ermächtigt werden, Zahlungen an sich selbst zu verlangen. Wenn dem Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft nicht entnommen werden könne, dass eine Abtretung der Ansprüche der übrigen Wohnungseigentümer stattgefunden habe, weil nur zwei Eigentümer unterzeichnet hätten, sei der Beschluss zu auszulegen, wie es das Landgericht getan habe. Aus dem Beschluss ergebe sich jedenfalls, dass die Eigentümergeinschaft damit einverstanden gewesen sei, dass die Gewährleistungsrechte hinsichtlich der Mängel am Dach von den Beklagten ausgeübt würden. Da der Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung verwendet werden müsse und einer Abrechnungsverpflichtung unterliege, komme der Kostenvorschussanspruch der Gemeinschaft zugute. Der einzelne Eigentümer könne deshalb die Aufrechnung wirksam erklären. Auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei die Aufrechnung mit einem Ersatzanspruch nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft mit der Aufrechnung mehrheitlich einverstanden sei, müsse auch diese möglich sein. Jedenfalls sei die Aufrechnung im Hinblick auf den hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch erfolgreich.

Die Wohnungseigentümergeinschaft habe im Dezember 2011 Notmaßnahmen getroffen, um weitere Schäden durch Wassereintritt zu vermeiden. Dadurch sei das Dach jedoch nicht dicht. Eine dauerhaft regensichere Funktion der Dacheindeckung liege nicht vor. Der mangelhafte Dachaufbau führe dazu, dass das Dach nicht regensicher sei und ein ordnungsgemäßer Dachaufbau hergestellt werden müsse. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass das Dach von seinem grundsätzlichen Aufbau her abweichend von der geöffneten Stelle ausgeführt worden sei. Der Sachverständige L. sei nicht über den Beweisbeschluss hinausgegangen. Die Beklagten hätten das Mangelsymptom eindringender Feuchtigkeit gerügt, was nach der Symptomrechtsprechung des BGH sämtliche Mangelursachen mit umfasse. Die Feststellung der Ursache des Mangels sei Aufgabe des Sachverständigen gewesen. Wenn die Ursache im grundsätzlich mangelhaften Dachaufbau liege, sei dies vom Sachverständigen festzustellen gewesen. Die Kosten der Mangelbeseitigung habe der Sachverständige aufgrund seiner langjährigen Erfahrung als Dachdecker geschätzt.

Ein Kostenvorschussanspruch könne zur Aufrechnung gestellt werden, auch wenn er später abgerechnet werden müsse. Im Hinblick auf die Höhe des Kostenvorschussanspruches seien geringere Anforderungen an die Feststellungen zu stellen. Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass der Vergleichsabschluss zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und der Klägerin dem Anspruch der Beklagten nicht entgegenstehe. Nachdem die Wohnungseigentümergeinschaft Gewährleistungsrechte hinsichtlich der Mängel am Gemeinschaftseigentum an sich gezogen habe, sei von den Dachziegeln keine Rede mehr gewesen. Die Beklagten oder die Wohnungseigentümergeinschaft hätten den Mangel keineswegs gekannt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft auf Mängel, die die Sachverständigen H. und B. übersehen hätten, habe verzichten wollen. Die Aufforderung zu einem Nachweis eines ordnungsgemäßen Dachaufbaus stelle keine Mängelrüge dar, so dass die Symptomtheorie nicht eingreifen könne. Die Zahlung

von 200.000,-- EUR sei zahlreichen anderweitigen Mängeln beim streitgegenständlichen Bauvorhaben geschuldet gewesen. Für den Bereich des Daches sei kein Betrag angesetzt worden. Im Bereich des Daches sei nach dem Kaufvertrag eine Änderung vorgesehen gewesen, so dass es sich nicht um eine nicht zu verändernde Bausubstanz gehandelt habe. Es liege keine vorbehaltlose Abnahme vor.

Der hilfsweise gestellte Antrag zur Verurteilung Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung gelte nur dann, wenn die Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch nicht greife. Das Zurückbehaltungsrecht beschränke sich nicht auf den Anteil der Beklagten am Gemeinschaftseigentum. Sie seien die einzigen, bei denen sich der Mangel konkret auswirke. Eine Begrenzung des Leistungsverweigerungsrechts hänge höchstens davon ab, welche anderen Eigentümer auf den konkreten Mangel bezogene Rechte geltend machten. Durch den Beschluss der Eigentümerversammlung sei geregelt, dass die Beklagten die Ansprüche der Gemeinschaft hinsichtlich des Mangels am Dach geltend machen dürften.

Der Sachverständige habe den Mangel am Aufzug bestätigt. Hinsichtlich der Schimmelform an der Außenwand könne sich die Klägerin nicht auf eine nicht zu verändernde Altbausubstanz berufen, weil vertraglich eine energetische Sanierung vereinbart worden sei. Die Schimmelform sei nicht auf das Nutzungsverhalten der Beklagten zurückzuführen. Eine Mangelbeseitigung erfordere mindestens 8.000,-- EUR.

Die Kostenentscheidung des Landgerichts sei unzutreffend. Da die Leistung der Klägerin von Anfang an mangelhaft gewesen sei, sei der Restkaufpreis nicht fällig geworden. Die Zahlung der Beklagten im August 2009 sei vor Fälligkeit erfolgt. Im Zeitpunkt der ersten mündlichen Verhandlung habe die Abnahme durch die Behörde noch nicht stattgefunden gehabt.

Durch eine Beschlussfassung der WEG am 3.05.2012 seien die Beklagten wirksam ermächtigt worden, Gewährleistungsrechte, dabei vorrangig Kostenvorschuss und hilfsweise Schadensersatz, geltend zu machen, Zahlung an sich zu verlangen und die Ansprüche im Wege der Aufrechnung und Widerklage geltend zu machen.

Der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen wegen Sachmängeln bei leichter Fahrlässigkeit sei nach § 307 BGB unzulässig, weil dieser Haftungsausschluss auch vertragswesentliche Pflichten umfasse. Im Übrigen liege hier nach den Ausführungen des Landgerichts grobe Fahrlässigkeit der Klägerin vor. Obwohl das Dach nicht den anerkannten Regeln der Technik und nicht den Vorschriften der EnEV 2002 entsprochen habe, habe die Klägerin keine Sanierung des Daches vorgenommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch eine ergänzende Anhörung des Sachverständigen L.. Bezüglich dessen Angaben wird auf das Sitzungsprotokoll vom 12.06.2012, Bl. 942 ff, sowie die Kostenermittlung vom 31.05.2012, Bl. 910 ff, verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin und die zulässige Anschlussberufung der Beklagten haben jeweils teilweise Erfolg.

1. Die Klagforderung ist begründet, aber einem Zurückbehaltungsrecht wegen eines Vorschussanspruches der Wohnungseigentümergeinschaft in Höhe von 50.000,- EUR ausgesetzt.

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts wurde der restliche Kaufpreisanspruch der Klägerin nicht durch eine Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch auf Kostenvorschuss auf die Mängelbeseitigung zum Erlöschen gebracht.

Einen Anspruch auf Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten kann der Erwerber von Wohnungseigentum auch im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum grundsätzlich selbständig geltend machen. Allerdings muss er in der Regel Zahlung des Vorschusses an die Wohnungseigentümergeinschaft verlangen (BGHZ 172, 42, juris RN 18).

Aus den gleichen Gründen, wie ein Erwerber die Zahlung von Kosten der Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum regelmäßig nicht an sich verlangen kann, hat er auch nicht die Möglichkeit, mit einem Schadensersatzanspruch oder einem Vorschussanspruch gegen eine von ihm noch geschuldete restliche Vergütung aufzurechnen. Es fehlt insoweit die für eine Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit (vgl. BGHZ 172, 63, juris RN 75). Auch eine Aufrechnung der Wohnungseigentümergeinschaft, handelnd durch die Beklagten, scheidet mangels Gegenseitigkeit aus, denn der Vergütungsanspruch der Klägerin richtet sich nicht gegen die Wohnungseigentümergeinschaft.

Die Beklagten sind auch nicht durch den Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 26.7.2011 Inhaber einer aufrechenbaren Gegenforderung geworden. Die mit diesem Beschluss verbundene Abtretung der Gewährleistungsrechte an die Beklagten geht ins Leere. Mit der Beschlussfassung wurde die Wohnungseigentümergeinschaft nicht Inhaberin dieser Rechte, sondern zog nur die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche der einzelnen Erwerber aus deren Kaufverträgen an sich. Da sie nicht Eigentümerin dieser Gewährleistungsrechte wurde, konnte sie diese nicht an die Beklagten abtreten. Es haben auch nicht alle Wohnungseigentümer ihre Gewährleistungsrechte mit der Beschlussfassung vom 26.7.2011 an die Beklagten abgetreten, nachdem die Beschlussfassung mit 663,64 Ja-Stimmen und 131,60 Nein-Stimmen bei 0 Stimmenthaltungen angenommen wurde. Ob der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 26.7.2011 nach § 23 Abs. 4 S. 1 WEG nichtig ist, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

b) Erstinstanzlich haben die Beklagten hilfsweise beantragt, sie zur Zahlung des Restwerklohns nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung zu verurteilen. Ein solches Zurückbehaltungsrecht steht ihnen jedoch nicht zu. Sie bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft verlangen von der Klägerin keine Mängelbeseitigung mehr, sondern einen Vorschuss zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung.

Mit dem Anspruch auf Selbstvornahme und Kostenvorschuss nach § 637 BGB ist der Nacherfüllungsanspruch des Erwerbers noch nicht untergegangen. Vielmehr tritt dieses Recht zunächst neben den Nacherfüllungsanspruch. Ein Erwerber kann jedoch nicht gleichzeitig Nacherfüllung und Kostenvorschuss beanspruchen (vgl. Palandt-Sprau BGB 71. Aufl. § 634 RN 4). Nachdem hier die Beklagten ausweislich der Widerklage einen Vorschussanspruch geltend machen und damit zumindest

derzeit eine Mangelbeseitigung durch die Klägerin nicht begehren, steht ihnen ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB nicht zu (vgl. Staudinger-Peters / Jacoby, BGB Bearbeitung 2008 § 641 RN 23).

c) Die Beklagten machen wirksam ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 50.000,- EUR gegen die Klagforderung geltend.

Der Besteller kann in Ausnahmefällen seinen Vorschussanspruch zur Zurückbehaltung gemäß § 320 BGB verwenden (Staudinger-Peters/Jacoby a.a.O. § 634 RN 91). Nachdem im vorliegenden Fall eine Aufrechnung durch die Beklagten nicht möglich ist, bestehen dagegen trotz der Subsidiarität einer Zurückbehaltung gegenüber der Aufrechnung keine Bedenken. Die Aufrechnungserklärung der Beklagten ist daher dahin umzudeuten, dass sie statt einer unwirksamen Aufrechnung wirksam ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des geltend gemachten Vorschussanspruches geltend machen. Im Übrigen muss zur Erhebung der Einrede kein förmlicher Antrag gestellt werden; es genügt, wenn der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (BGH, NJW 2010, 146, juris RN 20). Dafür genügt es, wenn der Wille des Berechtigten eindeutig ergibt, die seinerseits geschuldete Leistung wegen des Ausbleibens der Leistung des Vertragspartners zurückzubehalten. Dies wird hier durch die Aufrechnungserklärung der Beklagten und die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bis zur Mängelbeseitigung deutlich. Durch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB ist den Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft, die Klagforderung bezahlen zu müssen, ohne zum Beispiel aus Gründen einer Insolvenz der Klägerin Zahlung auf die Widerklage zu erhalten, ausreichend Rechnung getragen.

Solange andere Erwerber wegen eines Mangels kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, kann der einzelne Erwerber das Leistungsverweigerungsrecht mit vollem Druckzuschlag geltend machen. Wenn andere Erwerber ebenfalls Werklohn zurückhalten, wird die Druckfunktion in aller Regel erreicht, wenn jeder den Werklohn nur anteilig mit einem geringen Zuschlag geltend macht. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft die Geltendmachung der Mängelansprüche an sich gezogen hat (vgl. Kniffka-Pause/Vogel Bauvertragsrecht § 641 RN 60 m.w.N.). Die Klägerin hat nicht substantiiert dargelegt, ob und in welchem Umfang die von ihr angesprochenen 6 Erwerber, die sie im Wege der Klage auf Zahlung restlicher Kaufpreisansprüche in Anspruch nimmt, wegen der behaupteten Mängel am Dach Zurückbehaltungsrechte ausüben. Es ist deshalb nicht festzustellen, dass das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten, das diesen als Erwerbern unmittelbar zusteht, wegen Mängel am Gemeinschaftseigentum im Zusammenspiel mit der Rechtsausübung der anderen Erwerber der Höhe nach unverhältnismäßig und unangemessen wäre (vgl. OLG Düsseldorf BauR 2010, 1236, juris RN 19).

2. Die Widerklage auf die Zahlung eines Kostenvorschusses nach § 637 Abs. 3 BGB über 50.000,- EUR und Feststellung der weiteren Ersatzpflicht der Klägerin ist mit ihren ersten Hilfsanträgen begründet.

Maßgeblich für die Aktivlegitimation der Beklagten, Gewährleistungsrechte hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums geltend zu machen, ist der zuletzt gefasste Beschluss vom 3.05.2012 (Anlage BB 3). Dieser beinhaltet eine Ermächtigung zur Geltendmachung eines Vorschusses mit einer Einziehungsermächtigung, so dass die Beklagten nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB

Zahlung an sich verlangen dürfen (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO 29. Aufl. vor § 50 RN 51).

a) Durch den Beschluss vom 26.7.2011 hat die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte an sich gezogen und ihre alleinige Zuständigkeit begründet (BGHZ 172, 42, juris RN 21). Damit wurden die einzelnen Erwerber von der aktiven Verfolgung ihrer Rechte, soweit die ordnungsgemäße Verwaltung ein gemeinschaftliches Vorgehen erfordert, ausgeschlossen. Das gilt auch im Hinblick auf den Vorschussanspruch (BGH a.a.O. juris RN 20).

Die Unwirksamkeit der Abtretung der Gewährleistungsansprüche an die Beklagten (vgl. oben unter Ziff. 1 a)), auf die die Wohnungseigentümergeinschaft mit dem Beschluss vom 3.05.2012 reagiert hat, führt nicht zur Unwirksamkeit des Teils des Beschlusses, mit dem die Wohnungseigentümersammlung die Ausübung der Gewährleistungsrechte an sich gezogen hat. Dies ergibt sich aus der Ergänzung durch den Beschluss vom 3.05.2012, einer interessengerechten Auslegung des Beschlusses vom 26.7.2011 und den Vorgaben des § 139 BGB. Das Ansziehen der Ausübung der Gewährleistungsrechte durch die Wohnungseigentümergeinschaft machte auch ohne die Abtretung Sinn und entsprach dem Wunsch der Mehrheit der Wohnungseigentümer.

b) Der Geltendmachung des Vorschussanspruchs durch die Beklagten steht eine Nichtigkeit des Beschlusses vom 3.05.2012 wegen des Fehlens einer Aufrechnungslage nicht entgegen.

Die Beklagten wurden zwar mit der Beschlussfassung vom 3.05.2012 auch ermächtigt, den Vorschussanspruch im Wege der Aufrechnung durchzusetzen. Diese ging jedoch ins Leere, weil eine Aufrechnungslage fehlt (s.o. Ziff 1 a)). Die Ermächtigung zur Aufrechnung, die rechtlich nicht möglich ist, führt nicht nach § 23 Abs. 4 S. 1 WEG zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses.

Eine Ermächtigung zur Aufrechnung verstößt nicht gegen zwingende Vorschriften. Die Aufrechnungserklärung der ermächtigten Wohnungseigentümer kann lediglich ins Leere gehen, wenn eine Aufrechnungslage nicht besteht. Dies ist keine Frage der Beschlusskompetenz.

Selbst wenn der Beschluss vom 3.05.2012 insoweit nach § 23 Abs. 4 S. 1 WEG nichtig wäre, weil trotz Fehlens einer Aufrechnungslage eine Ermächtigung zur Aufrechnung ausgesprochen wird, wäre er im Übrigen nach dem hier entsprechend anzuwendenden § 139 BGB (BGHZ 139, 288, juris RN 23) wirksam. Nach § 139 BGB ist der ganze Beschluss nur dann nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen wird. Der unbeanstandet gebliebene Teil der Beschlussfassung machte auch ohne Ermächtigung zur Aufrechnung Sinn und erfüllte das von der WEG verfolgte Ziel. Maßgeblich war für die Wohnungseigentümergeinschaft der offenkundige Wunsch, dass wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums gegenüber der Klägerin Gewährleistungsrechte aktiv geltend gemacht werden und Leistungen der Klägerin auf die Mängel ihr zu Gute kommen, da die Beklagten nach dem Beschluss den Erlös an die WEG herauszugeben hatten. Danach ist anzunehmen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft den Beschluss in gleicher Weise ohne Ermächtigung zur Aufrechnung beschlossen hätte, weil die Beklagten aktiv eine Vorschusszahlung im Weg der Widerklage wegen der beanstandeten Mängel geltend

machen konnten und geltend gemacht haben. Diese Möglichkeit wurde in dem Beschluss den Beklagten neben einer Aufrechnung ausdrücklich eingeräumt. Sie konnten und können daher auch ohne Aufrechnung das Ziel der Beschlussfassung, Mängelrechte aktiv geltend zu machen und Leistungen wegen der Mängel zu erhalten, erreichen.

3.a) Die Beklagten machen Gewährleistungsrechte nach Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs vom 28.1.2009 geltend.

Angesichts der umfassenden Herstellungspflichten der Klägerin, die ein altes Fabrikgebäude zu Wohnungen umgestaltet hat, ist auf das gesamte Gebäude das Gewährleistungsrecht nach den §§ 633 ff. BGB anwendbar (Palandt-Sprau BGB 71. Aufl. Vorbem. vor § 633 RN 3 m.w.N.).

Selbst wenn die von der Klägerin geschuldete Bauleistung nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten nicht vergleichbar wäre, unterliegt der Vertrag hinsichtlich der Verletzung der Herstellungspflichten den Regelungen der §§ 633 ff. BGB (vgl. BGHZ 164, 225, juris RN 16). Die Beklagten rügen, dass die Klägerin ihren Herstellungspflichten aus dem Erwerbsvertrag nicht nachgekommen sei. Damit beurteilt sich die Haftung der Klägerin nach Werkvertragsrecht.

Die Beklagten haben mit Schreiben vom 16.8.2011 die Klägerin zur Mangelbeseitigung unter Fristsetzung aufgefordert. Mit Schreiben der Klägerin vom 24.8.2011 wurde die Mangelbeseitigung abgelehnt (Anlage B 15, Bl. 712). Damit wurden die rechtlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruches nach §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 und 3 BGB geschaffen.

b) Trotz der ursprünglichen Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft, Schadensersatz verlangen zu lassen, können die Beklagten gemäß dem neuen Beschluss vom 3.05.2012 einen Vorschussanspruch geltend machen.

aa) Die Wohnungseigentümergeinschaft hatte unter dem Tagesordnungspunkt 2 in der Eigentümerversammlung vom 26.7.2011 beschlossen, dass die Beklagten nach dem Setzen einer letztmaligen Frist zur Mangelbeseitigung und deren ergebnislosem Ablauf Schadensersatz wegen des Mangels am Dach aktiv geltend machen sollten. Damit hatte die Wohnungseigentümergeinschaft die Wahl getroffen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Form des sogenannten kleinen Schadensersatzes nach den §§ 634 Nr. 4, 636, 281 BGB geltend zu machen. Dabei handelt es sich um ein gemeinschaftsbezogenes Recht, dessen Voraussetzungen allein die Wohnungseigentümergeinschaft schaffen kann (vgl. BGHZ 172, 42, juris RN 19). Die ursprünglich auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bezogene Ermächtigung deckte die Geltendmachung eines Vorschussanspruches nicht ab.

bb) Nach altem Schuldrecht wurde bereits mit dem Ablauf der Frist, die mit der Ablehnungsandrohung gesetzt wurde, das vertragliche Erfüllungsverhältnis in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis umgewandelt, so dass Mängelbeseitigungsansprüche erloschen sind. Deshalb begann die Gemeinschaftsbezogenheit der Gewährleistungsrechte und damit die Zuständigkeit der Gemeinschaft nach altem Schuldrecht bereits mit der Entscheidung über die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, wenn der kleine Schadensersatz geltend gemacht werden sollte (BGH BauR 1998, 783, juris RN 14).

Nach neuem Recht erlischt der Nacherfüllungsanspruch jedoch nicht schon mit der Fristsetzung, sondern erst mit der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, § 281 Abs. 4 BGB. Damit ist allein mit einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nach §§ 637 Abs. 1, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Veräußerer noch keine widersprüchliche Lage entstanden, weil der Anspruch auf Schadensersatz oder Minderung erst nach einer entsprechenden Erklärung der Wohnungseigentümergeinschaft bzw. der von dieser mit der Durchsetzung der Gewährleistungsrechte Ermächtigten entsteht. Vielmehr bestehen der Erfüllungsanspruch und der Schadensersatzanspruch zunächst in elektiver Konkurrenz nebeneinander (BGH NJW 2006, 1198, juris RN 17; Palandt-Grüneberg, BGB 71. Aufl. § 281 RN 49).

Die Beklagten haben hilfsweise in erster Instanz, allerdings beschränkt auf den Fall, dass Gewährleistungsrechte mit Ausnahme eines Schadensersatzanspruches wegen Kenntnis vom Mangel zum Zeitpunkt der Abnahme ausgeschlossen seien, Schadensersatz verlangt. Mit der Berufungserwiderung haben sie sich im Hinblick auf das Ergebnis der Auslegung des Inhalts der Beschlussfassung der Wohnungseigentümersammlung hilfsweise auf einen Schadensersatzanspruch bezogen (Seite 8 des Schriftsatzes vom 30.3.2012, Bl. 831). Durch die lediglich hilfsweise Geltendmachung von Schadensersatz und das vorrangige Verlangen nach Kostenvorschuss auf die Mangelbeseitigung ist der Erfüllungsanspruch der Wohnungseigentümer, der Voraussetzung für einen Kostenvorschuss zur Selbstvornahme ist (vgl. Kniffka-Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht § 637 RN 10), nicht untergegangen (vgl. auch Palandt-Grüneberg a.a.O.). Die Beklagten sind daher nicht gehindert, weiterhin in gewillkürter Prozessstandschaft Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB zu verlangen.

4.a) Zur geschuldeten Beschaffenheit des Daches wird auf die Ausführungen des Landgerichts auf Seite 11 f. des erstinstanzlichen Urteils verwiesen. Angesichts der vertraglichen Vereinbarungen musste das Dach neben den Vorgaben der EnEV 2002 einschließlich des Einbaus einer Vollsparrendämmung eine Dachkonstruktion, die in statischer und wärmetechnischer Hinsicht neuesten Erfordernissen entspricht, aufweisen. Soweit es in der Anlage 4 zum Notarvertrag heißt, die vorhandene Dachkonstruktion wird nach statischen und wärmetechnischen Erfordernissen geprüft und entsprechend den neuesten Erfordernissen hergestellt, bezieht sich diese Beschaffenheitsvereinbarung zum einen nur auf die Dachkonstruktion und zum anderen nur auf die statischen und wärmetechnischen Erfordernisse. Angesichts der Beschränkungen der Prüfung auf statische und wärmetechnische Erfordernisse liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung vor, wonach die Dachkonstruktion insgesamt und nicht nur unter diesen Gesichtspunkten neuesten Erfordernissen entsprechen sollte.

b) Allerdings hatte sich die Klägerin im Bauvertrag nach dessen § 2 verpflichtet, das Bauvorhaben nach den anerkannten Regeln der Baukunst und technisch einwandfrei zu errichten. Nach § 5 Nr. 1 sollte der Verkäufer für grob fahrlässig oder vorsätzlich pflichtwidrig unterlassene notwendige Renovierungs- und Modernisierungsarbeiten an der Altbausubstanz haften. Daraus ist die vertragliche Vereinbarung zu entnehmen, dass die Klägerin alles zu unternehmen hatte, um unter Einbeziehung der Altbausubstanz ein funktionstüchtiges Gebäude, also zu Wohnzwecken geeignetes Gebäude herzustellen. Die Baubeschreibung sollte daher nur die Herstellungspflichten der Klägerin konkretisieren und

Beschaffenheitsvereinbarungen begründen, aber die Verpflichtung zur Herstellung einer funktionstüchtigen Wohnungseigentumsanlage nicht beschränken. Über die Beschaffenheitsvereinbarung in der Bau-Ausstattungsbeschreibung hinaus musste das Dach nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB die Eignung für eine gewöhnliche Verwendung und die übliche Beschaffenheit aufweisen.

5. Auf der Grundlage der Angaben des Sachverständigen L. hat das Landgericht zahlreiche Mängel am Dach festgestellt, wobei die zu geringe Überdeckung der Biberschwanzziegel durch die zu geringe Dachneigung, mangelhafte Anschlüsse an Blechverwahrungen, die Unterspannbahn und defekte Ziegel nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit betreffen (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB), sondern die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und die übliche Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB).

Dem Vorliegen von Mängeln steht nicht entgegen, dass aufgrund einer Notreparatur möglicherweise derzeit kein Wasser durch das Dach in die Wohnung der Beklagten eindringt. Die Mängel liegen bereits in den Verstößen gegen die Regeln der Technik, die das Dach mehrfach aufweist, auch wenn sie derzeit zu keinem Mangelerscheinungsbild führen mögen.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Sachverständige L. über sein Beweisthema im Beweisbeschluss hinausgegangen ist. Die Beklagten haben sich - erstmals mit Schriftsatz vom 15.6.2010 (Bl. 349 ff. d.A.) - auf alle vom Sachverständigen L. festgestellten Mängel berufen und diese damit zum Gegenstand ihres Vortrags gemacht.

b) Ausweislich seines schriftlichen Gutachtens vom 29.4.2010 einschließlich der beigelegten Lichtbilder hat der Sachverständige L. das Dach des streitgegenständlichen Gebäudes an zwei Stellen geöffnet. Dabei hat er eine Öffnung des Dachs von oben in einen Bereich vorgenommen, in dem sich unter der Dachkonstruktion eine Betondecke befindet (vgl. Bild 6 ff. des Gutachtens zur Mansardenfläche mit Betonuntergrund). Darüber hinaus hat er das Hauptdach von oben im Bereich des Dachgebälks geöffnet (vgl. Bilder 13 bis 15).

Die Streithelferin hat in der Verhandlung vom 12.6.2012 Abrechnungen der Handwerker, die am Dach Leistungen erbracht haben, vorgelegt (Rechnung der G. GmbH vom 3.4.2007, Bl. 952, und Rechnung der J. GmbH vom 7.11.2006, Bl. 953 bis 956). Zusätzlich zu den Feststellungen des Sachverständigen L. bei seinen Untersuchungen vor Ort wird durch diese Abrechnungen die Mangelhaftigkeit des Dachs bestätigt, so dass eine weitere Begutachtung des Sachverständigen für eine Überzeugungsbildung des Senats von der Mangelhaftigkeit des Werks der Klägerin und deren Umfang nicht erforderlich ist.

aa) Im Bereich der Gauben haben die Biberschwanzziegel keine ausreichende Überdeckung, weil Biberschwanzziegel erst ab einer Dachneigung von 30 Grad verlegt werden dürfen und die Gauben lediglich eine Dachneigung von 23 Grad haben (S. 6 des schriftlichen Sachverständigengutachtens vom 29.04.2010). Zur nicht ausreichenden Überdeckung der Ziegel im Bereich der Gauben wird darüber hinaus auf Seite 4 des Sitzungsprotokolls des Senats vom 12.6.2012 verwiesen. Der zu geringen Dachneigung für die Verwendung von Biberschwanzziegeln im Bereich der Gauben ist die Klägerin auch nicht durch den Einbau eines extra dichten Unterdachs mit Bitumenbahnen begegnet.

Im Hinblick auf den zweiten Spiegelstrich der Feststellungsanträge legt der Senat das Begehren der Beklagten, das sich am schriftlichen Gutachten des Sachverständigen L. orientiert, dahin aus, dass nicht ein fehlendes Mindestgefälle von 8 % gerügt wird, sondern im Anschluss an S. 9 des schriftlichen Sachverständigengutachtens vom 29.4.2010 das Unterschreiten der Minstdachneigung für die Verwendung von Biberschwanzziegel um 8 Grad. Die unzureichende Überdeckung der Ziegel und die mangelhafte Eindeckung der Dachgauben wegen des fehlenden Mindestgefälles für die verwendeten Biberschwanzziegel beschreiben einen einheitlichen Mangel und sind deshalb im Feststellungsausspruch zusammengefasst worden.

bb) Die Mangelhaftigkeit der auf Veranlassung der Klägerin bei der Sanierung neu eingebauten Anschlüsse der Dacheindeckung auf der Blechverwahrung hat der Sachverständige unter Bezugnahme auf das Bild 5 seines schriftlichen Gutachtens (Bl. 320) zur Überzeugung des Senats dargelegt. Allerdings sind diese Anschlüsse im Zuge der Beseitigung der übrigen Mängel des Dachs allemal erneut herzustellen und einzubauen.

cc) Das Dach entspricht nicht den zum Zeitpunkt der Sanierung an ein Dach mit Wohnräumen zu stellenden Anforderungen der Regeln der Technik. Angesichts des ausgebauten Dachraums hätte nach den Ausführungen des Sachverständigen über das gesamte Dach eine Unterspannbahn, unabhängig vom Unterbau, also den Betondecken bzw. -wänden der Mansarden oder der Holzkonstruktion des Hauptdachs, eingebaut werden müssen. Darauf hätte eine Konterlattung für eine Belüftungsebene und darauf die Trägerlattung für die Ziegel aufgebracht werden müssen. Wäre eine durchgehende Unterspannbahn auf dem Dach aufgebracht worden, hätte dies der Sachverständige an den beiden geöffneten Stellen sowohl durch das Feststellen einer solchen Unterspannbahn als auch durch den notwendigen darüber liegenden Dachaufbau mit Entlüftungsebene feststellen müssen. Beides fehlte.

Zwar wurde im Nachtrag 37 der Rechnung der J. GmbH vom 7.11.2008 (Bl. 955) der Einbau einer Unterspannbahn abgerechnet. Zum einen hat aber das Dach eine Fläche von rund 500 qm, während der Einbau nur für eine Fläche von rund 194 qm abgerechnet wurde. Aus der Beschreibung der Arbeit, wonach die Unterspannbahn links und rechts mit Leisten an die Sparren genagelt wurde und dem in der Rechnung enthaltenen Aufmaß ist zu entnehmen, dass die Unterspannbahn nur in geringen Teilen des Daches vorhanden und diese zusammengestückelt ist, ohne auf der Oberfläche der Sparren eine Unterspannbahn und eine dort notwendige Belüftungsebene einzubauen (vgl. Anhörung des Sachverständigen vom 12.06.2012, S. 9 des Sitzungsprotokolls). In der Abrechnung der G. GmbH, die die Arbeiten am Dach im Bereich der betonierte Wände und Decken der Mansarden beschreibt, fehlt eine Unterspannbahn völlig. Wie oben bereits festgestellt fehlt darüber hinaus in diesen Abrechnungen der für die Hinterlüftung erforderliche Aufbau mit Konterlattung und Trägerlattung.

dd) Der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit einer Dämmung des Dachs entsprechend den Vorschriften der EnEV 2002 ist das Werk der Klägerin nicht gerecht geworden. Der Sachverständige hat bei der Öffnung von zwei Stellen im Dach keine bzw. keine ausreichende Wärmedämmung vorgefunden. Entgegen dem Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 16.9.2010 bedurfte es nach der EnEV 2002 nicht einer Dämmschicht von 16 mm, sondern von 160 mm bzw. 16 cm. Dass eine Dämmschicht von 16 mm den Anforderungen nicht entspricht, ist offenkundig.

Darüber hinaus ergibt sich dies aus den Angaben des Sachverständigen in seiner Anhörung durch den Senat, in der er ausweislich Seite 5 des Sitzungsprotokolls festgestellt hat, dass eine Dämmstärke von 4 cm einem Viertel der gesetzlichen Forderung Stand 2006 entspricht. Die Behauptung der Klägerin, außerhalb der vom Sachverständigen geöffneten Stellen des Dachs sei eine der EnEV 2002 gerecht werdende Wärmedämmung eingebaut worden, ist durch die von der Streithelferin vorgelegten Rechnungen der G. GmbH und der J. GmbH eindeutig widerlegt.

Bei der Position 1 der Rechnung der G. GmbH entspricht die Dämmung lediglich ca. 1/4 der gesetzlichen Forderung Stand 2006, als für die hier anzusetzenden Dämmwerte die EnEV 2002 gegolten hat. Auch eine Dämmung gemäß der Position 3 dieser Rechnung ist im Zusammenhang mit einer Betondecke / -wand nach den Anforderungen der EnEV nicht ausreichend.

Ausweislich der Rechnung der J. GmbH vom 7.11.2006 ist zwar eine der EnEV 2002 gerecht werdende Dämmung eingebaut worden, soweit sie bei einer WLГ von 0,35 eine Dicke von 200 mm aufweist. Nach den Feststellungen des Sachverständigen bei der Öffnung des Daches wurde die Wärmedämmung als Klemmfilz jedoch nicht durchgehend, sondern lückenhaft verlegt und ist deshalb nachzubessern, was im Zuge der Sanierung des Dachs unschwer erfolgen kann. Mit rund 271 qm deckt die abgerechnete Dämmung im Übrigen nur einen Teil des

ee) Zu der vertraglich vereinbarten Vollsparrendämmung gehört zwangsläufig auch der Einbau einer Dampfsperre. Diese wird seit dem Jahr 1980 durch die DIN 4108 verbindlich gefordert (vgl. Anhörung des Sachverständigen durch das Landgericht vom 16.9.2010, Seite 3 des Sitzungsprotokolls, Bl. 421 d.A.).

Der Rechnung der G. GmbH ist für den Bereich der Mansarden mit Betonwänden / -decken der Einbau einer Dampfsperre nicht zu entnehmen.

Aus der Position 16.41 der Rechnung der J. GmbH ist zu entnehmen, dass zwar eine Dampfsperre eingebaut wurde. Das streitgegenständliche Gebäude, die R.straße 113, ist nach dem der Abrechnungsposition angefügten Aufmaß jedoch von insgesamt 430,36 qm nur mit 159,64 qm betroffen. Bei einer Dachfläche von insgesamt rund ca. 500 qm ist die Dampfsperre also nur in einem verhältnismäßig geringen Teilbereich eingebaut worden. Eine durchgehende lückenlose Dampfsperre fehlt, so dass ein Mangel vorliegt.

ff) Nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten vom 29.4.2010 befinden sich über der Wärmedämmung große Mengen von Bauschutt und sonstigem Müll. Dies stellt einen Mangel im Zusammenhang mit dem Einbau der Wärmedämmung dar. Die Herstellung eines mangelfreien Werks verlangt die Entfernung dieses Abfalls.

gg) Der Sachverständige hat die Wasserspuren im Bereich über der Küche auf eindringendes Niederschlagswasser zurückgeführt, weil die Biberschwanzziegel-Eindeckung für die vorhandene Dachneigung ungeeignet ist. Diese Mangelfolgeschäden sind auf Kosten der Klägerin zu beseitigen. Allerdings ist das Feststellungsbegehren gemäß den Feststellungen des Sachverständigen auf zwei Feuchtigkeitsschäden im Deckenbereich der Dachgeschosswohnung der Beklagten im Vorratsraum und in der Küche zu beschränken (vgl. Seite 7 des Sachverständigengutachtens vom 29.4.2010, Bl. 315).

Im Übrigen hat die Klägerin ihre Einstandspflicht außergerichtlich anerkannt, indem sie die Beseitigung dieser Mangelfolgeschäden angekündigt hat (Anlage B 6, Bl. 263). Dieses Anerkenntnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Rechtsanwalt der Klägerin in diesem Schreiben erklärt hat, seine Mandantin habe vorgesehen, die Mängel unverzüglich beseitigen zu lassen. Das Schreiben konnte aus der Sicht eines vernünftigen Empfängers nur als Zusage der Mängelbeseitigung verstanden werden.

6. Danach ist das Dach zur Mangelbeseitigung und zur Herstellung in den vertraglich geschuldeten Zustand umfassend zu sanieren.

Im Bereich, in denen unter der Dachoberfläche Betonwände /-decken vorhanden sind, ist zur Mangelbeseitigung eine ausreichende Wärmedämmung einzubauen, die Wärmedämmung im Bereich der Sparren ist zumindest zu ergänzen, es ist eine durchgehende Dampfsperre und eine durchgehende Unterspannbahn einzubauen und auf der Unterspannbahn eine Konterlattung für eine Belüftungsebene anzubringen, auf der die Trägerlattung für die Dachziegel anzubringen ist. Der Einbau einer Wärmedämmung auf der Unterseite der Betondecken /-wände der Mansarden würde zu einem erheblichen Raumverlust in den Wohnungen führen, nachdem in diesem Bereich nur eine völlig unzureichende Innendämmung angebracht wurde. Darüber hinaus wäre der Übergang von der Dachfläche im Bereich der Mansarden zum Hauptdach mit den Sparren konstruktiv nur schwer und mit erheblichen Risiken für die Funktionsfähigkeit der Dämmung und Dichtigkeit des Daches behaftet zu bewerkstelligen. Im Zusammenhang mit den notwendigen Arbeiten für eine durchgehende Belüftungsebene, die ein Abdecken des ganzen Daches erfordert, gelangt der Senat auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen L. zu der Überzeugung, dass der Einbau einer neuen Dämmebene auf der Dachkonstruktion die wirtschaftlich vernünftigste und technisch sicherste Art der Mängelbeseitigung darstellt.

Da eine Sanierung zum jetzigen Zeitpunkt den heutigen Vorgaben an die Bauausführung gerecht werden muss, ist nicht auf die Kosten zum Zeitpunkt der Herstellung des Werks durch die Klägerin abzustellen, sondern auf die jetzt geltenden Vorgaben. Auch wenn das Werk grundsätzlich den zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik als vertraglichen Mindeststandard entsprechen muss, muss eine Mangelbeseitigung die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten (vgl. Senat NJW-RR 2011, 1589, juris RN 24 f.). Statt einer ursprünglich geschuldeten Dachdämmung mit einem maximalen Wärmedurchgangskoeffizienten vom 0,30 W/(m<sup>2</sup> x K) gemäß Zeile 4a der Tabelle 1 des Anhangs 3 der EnEV 2002 muss die jetzt einzubauende Dämmung den Vorgaben der EnEV 2009 gerecht werden, die im Anhang 3 gemäß Zeile 4a der Tabelle 1 einen maximalen Wärmedurchgangskoeffizienten vom 0,24 W/(m<sup>2</sup> x K) vorsieht. Dies ist bei der Höhe

Es fallen keine Sowieso-Kosten an, weil bei vertragsgerechter Leistung bis zur Abnahme nur eine Dämmung mit einem maximalen Wärmedurchgangskoeffizienten vom 0,30 W/(m<sup>2</sup> x K) einzubauen gewesen wäre. Jedoch kann die höhere Dämmung zu einer Kostenersparnis bei Heizkosten vor allem bei den Eigentümern der Wohnungen unter dem Dach führen. Ob bei einer Vorteilsausgleichung auf die Wohnungseigentümergeinschaft oder die einzelnen Wohnungseigentümer abzustellen ist, muss dahingestellt bleiben. Die Klägerin hat bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zu einer Vorteilsausgleichung nichts vorgetragen. Das Verlangen einer Vorteilsausgleichung im nicht nachgelassenen Schriftsatz der

Klägerin vom 26.06.2012 ist nach §§ 296a, 156 ZPO nicht zu berücksichtigen, nachdem der Klägerin vor der letzten mündlichen Verhandlung sowohl die Kostenermittlung des Sachverständigen L. als auch das von ihr eingereichte Angebot der Sch. GmbH als auch das von der Wohnungseigentümergeinschaft eingeholte Angebot der D. GmbH vorgelegen hat und der fachlich bewanderten Klägerin nicht verschlossen bleiben konnte, in welcher Qualität die Wärmedämmung nach diesen Angeboten im Vergleich zur ursprünglich geschuldeten und geplanten Dämmqualität ausgeführt werden sollte.

Für einen fachgerechten, den Nutzern des Gebäudes ausreichende Sicherheit bietenden Einbau der Unterspannbahn muss die jetzige Dacheindeckung abgenommen werden. Angesichts des Alters der Biberschwanzziegel und des optischen Erscheinungsbildes im Zusammenhang mit den Gauben und deren Eindeckung müssen neue Dachziegel aufgebracht werden, weil ein erheblicher Teil der abgenommenen Biberschwanzziegel voraussichtlich nicht mehr wieder verwendet werden kann.

Jedenfalls für den Bereich der Gauben sind für die vorhandene Dachneigung geeignete andere Dachziegel einzubauen.

Gemäß der Kostenermittlung des Sachverständigen L. vom 31.5.2012 (Bl. 910 ff.), das Angebot der D. Bedachungen GmbH vom 31.5.2012 (Anlage BB 4, Bl. 898 ff.) und dem vom Klägerevertreter in der Verhandlung übergebenen Angebot der Firma Sch. GmbH vom 11.6.2012 (Bl. 957 ff. d.A.) ist der Senat der Überzeugung, dass die Mängelbeseitigung einen Kostenaufwand von weit mehr als 50.000,- EUR, nämlich in einer Größenordnung von 124.000,- EUR, erfordern wird. Danach sind der mit der Widerklage hilfsweise geltend gemachte Zahlungsantrag sowie die hilfsweise geltend gemachten Feststellungsanträge der Beklagten, die neben den Mängelbeseitigungskosten alle anderen adäquat kausal durch die Mängel verursachten Schäden umfassen, erfolgreich.

Gegenüber dem von den Beklagten eingeklagten Vorschussanspruch der Wohnungseigentümergeinschaft wurde von der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB nicht geltend gemacht, so dass dahingestellt bleibt, ob ein Zurückbehaltungsrecht besteht und zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führt (§ 322 BGB)

Danach kommt es auf die weiteren Mängelbehauptungen hinsichtlich des Aufzugs und der Schimmelercheinung an der Außenwand nicht mehr an.

7. Der Kaufvertrag der Beklagten enthält einen teilweisen Gewährleistungsausschluss für Sachmängel in § 5 Nr. 1 des notariellen Kaufvertrags. Hier gilt Werkvertragsrecht. Laut Kaufvertrag kann nach Fehlschlagen der Nacherfüllung der Käufer nur mindern. Schadensersatzansprüche werden ausgeschlossen, soweit sie nicht unter anderem vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der teilweise Gewährleistungsausschluss wirksam ist, weil nur einzelne Gewährleistungsrechte ausgeschlossen wurden (vgl. BGHZ 164, 225, juris RN 36). Gewährleistungsrechte nach § 637 BGB sind hier nicht ausgeschlossen worden. Insbesondere sind die Rechte der Wohnungseigentümer nicht auf eine Minderung beschränkt worden, weil eine Nacherfüllung nicht fehlgeschlagen ist, sondern von der Klägerin verweigert wurde.

Für diesen Fall ist dem Kaufvertrag eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte mit Ausnahme bei Schadensersatzansprüchen nicht zu entnehmen.

8. Die Wohnungseigentümergeinschaft und die Klägerin haben am 28.1.2009 einen außergerichtlichen Vergleich geschlossen, mit dem die damals streitgegenständlichen Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft aus Mängeln des Gemeinschaftseigentums erledigt sein sollten. Diese Erledigungsklausel betrifft die in diesem Verfahren gerügten und diesem Urteil zu Grunde liegenden Mängel - mit Ausnahme beschädigter Dachziegel (dazu unten unter d bb)) - nicht, weil sie zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses nicht streitgegenständig im Sinn dieses Vergleichs waren.

a) Zutreffend weist zwar die Klägerin unter Bezugnahme auf einen Beschluss des BGH vom 14.10.1982, AZ: III ZR 145/81, darauf hin, dass eine in einem Prozessvergleich enthaltene Erledigungsklausel auch beiden Parteien bekannte Ansprüche umfassen kann, über deren Erlöschen vor und bei Vergleichsabschluss nicht ausdrücklich gesprochen worden ist. Maßgebend ist jedoch immer der Inhalt der Erledigungsklausel. Nach deren eindeutigen Wortlaut sollten hier nur streitgegenständliche Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft, also Ansprüche, die die Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemacht hatte, erledigt sein. Es fehlt ein Zusatz, dass auch der Wohnungseigentümergeinschaft unbekannt Mängel erledigt sein sollten. Die Klägerin hatte eine von ihr vorgeschlagene weiterreichende Erledigungserklärung (vgl. Anlage K 24, Bl. 542), die alle bis zum Vergleichsabschluss aufgetretenen Mängel umfasst hätte, nicht durchsetzen können. Die Bezugnahme auf die streitgegenständlichen Ansprüche beinhaltet eine Beschränkung auf geltend gemachte und diskutierte Mängel, wozu der Wassereintritt über das Dach nicht gehörte. Auch bereits nachgebesserte Mängel waren zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses nicht (mehr) streitgegenständig im Sinn der Erledigungsklausel.

Allein durch die Einbeziehung der Dachdeckerarbeiten in die Begutachtung durch die Privatsachverständigen B. und H. wurden Mängelrügen bezüglich des Dachs durch den außergerichtlichen Vergleich nicht ausgeschlossen. Dessen Erledigungsklausel bezieht sich nicht auf den Umfang der Begutachtung durch die Privatsachverständigen, sondern auf die streitgegenständlichen Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft aus Mängeln des Gemeinschaftseigentums. Die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Mängeln verlangt eine Mängelrüge. Eine Mängelrüge ist aber nur insoweit erfolgt, als die Sachverständigen Mängel konkret festgestellt haben. Die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Mängel wurden zum Großteil erst während des Rechtsstreits festgestellt.

b) Die Beklagten hatten mit Anwaltsschreiben vom 5.12.2008 (Anlage B 3) eine Undichtigkeit des Daches gerügt (Anlage B 3, Bl. 203) und mit Schriftsatz vom 16.12.2008 (Bl. 182f) in diesem Verfahren Mängel des Dachs gerügt, wobei sie gleichzeitig darauf hingewiesen haben, dass die Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche wegen dieses Mangels noch nicht an sich gezogen habe.

Mit der Erledigungsklausel in Ziffer 2 des außergerichtlichen Vergleichs sollten nur die Ansprüche erledigt sein, die die Wohnungseigentümergeinschaft gerügt hatte und nicht auch diejenigen, die einzelne Wohnungseigentümer in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum gerügt hatten. Die Wohnungseigentümergeinschaft musste sich die Mängelrüge der Beklagten als Erwerber und die Kenntnis der Beklagten von einem Mangel nicht zurechnen lassen. Dafür fehlt es an einer

Rechtsgrundlage. Die Beklagten traten nicht als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft auf und hatten für diese auch keine Vertretungsmacht. Ohne abweichenden Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer nach § 27 Abs. 3 S. 3 WEG wird eine Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 27 Abs. 2 WEG vom Verwalter vertreten. Der außergerichtliche Vergleich wurde vom Beirat der Wohnungseigentümergeinschaft abgeschlossen, dem also die dafür erforderliche Vertretungsmacht eingeräumt war. Diesem Beirat gehörten die Beklagten nicht an. Selbst wenn die Mängelrüge der Beklagten eine Notmaßnahme gemäß § 21 Abs. 2 WEG gewesen wäre, wäre damit eine Vertretungsmacht für die Wohnungseigentümergeinschaft nicht verbunden gewesen ( Palandt-Bassenge, BGB 71. Auf. § 21 WEG RN 7). Die Beklagten sind auch nicht im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft aufgetreten, sondern haben mit Schriftsatz vom 16.12.2008 vor Vergleichsabschluss ausdrücklich klargestellt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche hinsichtlich dieses Mangels noch nicht an sich gezogen habe.

Eine Zurechnung der Kenntnis der Beklagten vom Mangel an die Wohnungseigentümergeinschaft nach den Grundsätzen über Wissensvertreter (vgl. Palandt-Ellenberger, a.a.O. § 166 RN 6ff) erfolgt nicht, weil weder vorgetragen noch erkennbar ist, dass die Beklagten in die Vergleichsverhandlungen zwischen der Klägerin und der Wohnungseigentümergeinschaft einbezogen gewesen wären.

c) Gegen eine Erstreckung der Erledigungswirkung auf die Mängelrügen einzelner Erwerber spricht weiter der Umstand, dass für den Vergleichsabschluss die von der Wohnungseigentümergeinschaft anhand eines privaten Sachverständigengutachtens gerügten Mängel von den Gutachtern der Wohnungseigentümergeinschaft und der Klägerin wirtschaftlich bewertet wurden und diese Bewertung Grundlage für die Einigung über den von der Klägerin zu zahlenden Vergleichsbetrag wurde (vgl. Zusammenstellung Anlage B 2, Bl. 155 ff). Insoweit wird auf die vorgelegte Korrespondenz (Anlagen B 11 und B 12, Bl. 521 ff) verwiesen. In die Ermittlung des wirtschaftlichen Werts der Mängelrügen der Wohnungseigentümergeinschaft wurde die spätere Mängelrüge der Beklagten wegen des Wassereintritts nicht einbezogen. Anhand der Entstehungsgeschichte des Vergleichs beschränkt sich die zuletzt beidseitig gewollte Erledigungswirkung dieses Vergleichs nur auf die von der Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemachten Mängel des Gemeinschaftseigentums, die von den Privatsachverständigen zur Ermittlung eventueller Ansprüche herangezogen wurden.

d) Unter Ziffer 2.1.39. hat der Privatsachverständige H. in seinem ersten Gutachten vom 11.12.2006 (Anlage K 21, Bl. 494 ff) stark beschädigte Dachziegel gerügt, die ausgetauscht werden müssen und einen Schnitt durch den Dachaufbau und eine Bestätigung des Planers verlangt, dass der Aufbau bauphysikalisch fachgerecht erstellt ist und kein Wasser in die Dämmung gelangen kann.

aa) Auch wenn der Privatsachverständige H. einen Nachweis über den Dachaufbau und die fachgerechte bauphysikalische Baukonstruktion gefordert hatte und dieser Nachweis später nicht eingeholt wurde, führte dies angesichts des Wortlauts der Erledigungserklärung und der Ermittlung der Vergleichssumme nicht zur Erledigung von Gewährleistungsansprüchen im Hinblick auf das Dach. Das Verlangen der Vorlage von Unterlagen zum Dachaufbau stellte selbst noch keine

Mangelrüge dar, sondern sollte dazu dienen, das Vorliegen von Mängeln zu prüfen. Insoweit liegt allein mit der Forderung der Vorlage von Unterlagen noch kein Anspruch aus einem Mangel des Gemeinschaftseigentums vor, der von der Erledigungsklausel des außergerichtlichen Vergleichs umfasst wäre.

bb) Lediglich im Hinblick auf die stark beschädigten Dachziegel ist durch Übersendung des ersten Gutachtens H. an die Klägerin eine Mängelrüge der Wohnungseigentümergeinschaft erfolgt. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Mängelrüge von der Erledigungswirkung des außergerichtlichen Vergleichs umfasst wird, auch wenn sie sich in keinem Einzelbetrag in der Vergleichssumme niedergeschlagen hat. Nach den Angaben des Sachverständigen L. in seiner Anhörung durch den Senat kommt diesem Mangel neben den von ihm festgestellten Mängeln des Daches kein eigener wirtschaftlicher Wert zu, weil die Dachziegel zur Mangelbeseitigung des Dachaufbaus (Unterspannbahn mit Belüftungsebene) und an der Dämmung abgenommen werden müssen und danach sicherlich  $\frac{3}{4}$  der alten Ziegel nicht mehr verwendet werden können (Sitzungsprotokoll vom 12.06.2012 S. 4 unten). Außerdem verlangt die in Teilbereichen unzureichende Überdeckung der Biberschwanzziegel als geeignete und verhältnismäßige Maßnahme eine Neueindeckung des Dachs mit geeigneten Ziegeln.

e) Die mit dem außergerichtlichen Vergleich erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums als mangelfrei führt zu keinem Verlust von Gewährleistungsrechten. Insbesondere ist die im Vergleich enthaltene Abnahmeerklärung nicht Gegenstand der Erledigungsklausel, sondern mit dieser lediglich gleichsam zufällig in einer Ziffer des Vergleichs verbunden, ohne dass eine inhaltliche Bezugnahme vorhanden wäre.

Im Übrigen hatte die Wohnungseigentümergeinschaft bei der mit Vergleichsabschluss und Zahlung erklärten Abnahme - zumindest nicht nachgewiesen - keine Kenntnis vom Wassereintritt in die Wohnung der Beklagten und ist damit gemäß § 640 Abs. 2 BGB von der Geltendmachung eines Kostenvorschusses wegen der dem Wassereintritt zu Grunde liegenden Mängel nicht ausgeschlossen. Eine Grundlage für eine Zurechnung der Kenntnis der Beklagten als Wohnungseigentümer zur Wohnungseigentümergeinschaft, die mit der Klägerin den außergerichtlichen Vergleich vom 28.01.2009 abgeschlossen hat, fehlt (vgl. oben unter b)).

9. Die Entscheidung zu den Zinsen ergibt sich jeweils aus den §§ 291, 288 BGB.

10. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Wirtschaftlich entspricht der Tenor dieser Entscheidung einer Klagabweisung und einem mit geringen Einschränkungen beim Feststellungsbegehren vollem Erfolg der Beklagten. Die - unstreitige - Klagforderung ist wegen des Zurückbehaltungsrechts der Beklagten nicht durchsetzbar.

Im Hinblick auf die Kostenentscheidung wegen des während des Rechtsstreits bezahlten Teils des Kaufpreises gehen die Beklagten zwar zu Unrecht davon aus, dass der Restkaufpreis erst mit Abnahme durch die Behörde fällig geworden wäre. Ziffer 2 des außergerichtlichen Vergleichs, wonach mit Zahlung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums mangelfrei erfolgt ist mit Ausnahme der Abnahme durch das Baurechtsamt, ist dahin zu verstehen, dass die rechtsgeschäftliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Wohnungseigentümerversammlung nach § 640 BGB mit Zahlung zum 11.3.2009 erfolgt ist und lediglich die Rechte im Fall von

Mängeln im Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen Abnahme ausdrücklich vorbehalten bleiben sollten. Damit wurde mit der Zahlung des Vergleichsbetrags durch die Klägerin die Vergütung der Klägerin fällig, nachdem wesentliche Mängel des Sondereigentums nicht mehr gerügt waren.

Allerdings hatten die Beklagten zu Recht mit Schriftsatz vom 16.12.2008 (Bl. 182) Mängel des Daches gerügt, die nach Abnahme des Gemeinschaftseigentums nach § 641 Abs. 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht am Kaufpreis begründen konnten. Zu dieser Zeit hatten die Beklagten noch einen Mängelbeseitigungsanspruch geltend gemacht. Da weder vorgetragen noch ersichtlich ist, in welcher Höhe bis zur Teilzahlung der Beklagten am 28.08.2009 andere Erwerber wegen Mängel am Dach Zurückbehaltungsrechte ausgeübt haben, durften die Beklagten vor Geltendmachung eines Vorschussanspruches, der erst nach dem 28.08.2009 hinsichtlich des Wasserschadens bzw. der Mängel am Dach erhoben wurde, nach § 641 Abs. 3 BGB einen Betrag in Höhe vom Doppelten der Mangelbeseitigungskosten einbehalten. Dies überstieg den damals vor der Teilzahlung vom 28.08.2009 noch ausstehenden Restkaufpreis.

Die Zahlung der Beklagten im August 2009 erfolgte daher vor Fälligkeit (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB 71. Aufl. § 320 RN 12 m.w.N.), so dass die Klägerin auch insoweit die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

Der Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit liegen die §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO zu Grunde.

Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Bei der Streitwertfestsetzung war der Feststellungsantrag mit 80 % aus 70.000,- EUR zu bewerten, nachdem 50.000,- EUR als Zahlungsanspruch geltend gemacht wurden und mit einem Mangelbeseitigungsaufwand von rund 120.000,- EUR zu rechnen ist. Nachdem der Feststellungsantrag in der ersten Instanz bei der Streitwertfestsetzung unberücksichtigt geblieben ist, war die Streitwertfestsetzung erster Instanz entsprechend zu ergänzen.