

Oberlandesgericht Hamburg

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 307, 631 BGB; §§ 633, 638 BGB aF

- 1. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen.**
- 2. Eine vorformulierte Vertragsklausel in einem Bauträgervertrag, nach der die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter zusammen mit dem in der ersten Eigentümerversammlung zu wählenden Abnahmeausschuss erfolgt, ist wegen unangemessener Benachteiligung der Ersterwerber unwirksam.**
- 3. Die Erwerber von Wohnungseigentum dürfen trotz der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel in den jeweiligen Erwerbsverträgen davon ausgegangen, dass aufgrund der Klausel eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt ist. Daher kann in ihrem Verhalten nach Bezug der Wohnung keine konkludente Abnahme gesehen werden.**
- 4. Auch wenn der Besteller, der Anspruch auf eine neue und mangelfreie Werkleistung hat, das mangelhafte Werk längere Zeit genutzt hat, ist ein Abzug „Neu für Alt“ nicht vorzunehmen, da ihm zu einem vertragsgemäßen Werk zu verhelfen ist, ohne dass ihm zusätzliche Kosten entstehen.**

OLG Hamburg, Urteil vom 11.09.2019, Az.: 5 U 128/16

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 21.06.2016, Az. 321 O 35/12, wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Dieses Urteil und die angefochtene Entscheidung sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft nimmt die Beklagte auf Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum

(Dachunterstände) der im Jahr 2000 von der Beklagten als Bauträgerin errichteten Wohnanlage K.weg 51 a-55e in R.-N. in Anspruch.

Im Jahr 2000 schloss die Beklagte Bauträgerverträge mit den jeweiligen Erwerberrn. Auf den von der Klägerin exemplarisch vorgelegten Vertrag für die Ersterwerber (Anlage K 2) wird Bezug genommen. § 9 Ziffer 9 des Bauträgervertrags lautet wie folgt: „Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt durch den Verwalter zusammen mit dem in der ersten Eigentümerversammlung zu wählenden Abnahmeausschuß. Zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Eigentümergemeinschaft ist insoweit lediglich der Abnahmeausschuß berechtigt. Wahl und Zusammensetzung des Abnahmeausschusses obliegen ausschließlich der Eigentümergemeinschaft. Bei der Wahl des Abnahmeausschusses hat die Verkäuferin, auch wenn sie Eigentümer einer oder mehrerer Wohnungseigentumseinheiten ist, kein Stimmrecht.“ Über die Wirksamkeit dieser Klausel und die weiteren Folgen streiten die Parteien.

Am 18.07.2001 fand eine Abnahmebegehung zwischen Vertretern der Beklagten, dem Verwalter und den Mitgliedern des Abnahmeausschusses hinsichtlich aller Teile des Gemeinschaftseigentums statt; am 11.10.2001 erfolgte eine Nachabnahme.

Im Jahr 2002 zeigten sich erste Farbabplatzungen sowie Feuchtigkeit an den Dachunterständen der Häuser. Daraufhin erstellte der Sachverständige S. im Auftrag der Beklagten ein Gutachten (Anlage K 6). Im Anschluss wurden von Seiten der Beklagten Sanierungsarbeiten ausgeführt.

Wohnungseigentum, das zunächst im Eigentum der Beklagten verblieben war, wurde in der Folgezeit ebenfalls noch verkauft. § 7 dieser sogenannten „Nachzüglerverträge“ (Anlage K 3, datierend aus 2004) lautet auszugsweise wie folgt: „Die Parteien stellen fest, dass der Kaufgegenstand im Jahr 2000 fertiggestellt ist, keine Bauleistungen mehr geschuldet werden und zwischenzeitlich bewohnt war. Der Kaufgegenstand wird mit der Beschaffenheit verkauft, wie er dem Käufer nach der Besichtigung bekannt ist. Rechte des Käufers wegen Sachmängeln etwa des baulichen Zustands, der Größe oder versteckter Mängel werden ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer handelt arglistig oder vorsätzlich.“

Mit Schreiben vom 14.10.2008 (Anlage K 7) teilte die Beklagte dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit, dass die geplanten Sanierungsmaßnahmen an Dach und Fassade der Wohnanlage freigegeben worden seien.

Die Arbeiten wurden seitens der Beklagten ausgeführt und mit Datum vom 30.06.2009 durch die Eigentümergemeinschaft abgenommen (Anlage K 8). Ziffer 7 des Abnahmeprotokolls lautet wie folgt: „Die Gewährleistungspflicht für diese Leistungen des Verkäufers mit Ausnahme der unter Ziffer 3 erwähnten Restarbeiten und Mängel beginnt heute und endet, sofern keine Hemmung oder Unterbrechung eintritt, entsprechend der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist.“

Im Jahr 2010 traten wiederum Durchfeuchtungen des Dachunterschlages im Dachrandbereich der Häuser 53 a und b mit entsprechenden Verfärbungen auf. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 16.08.2010 (Anlage K 9) unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Die Beklagte berief sich mit Schreiben vom 24.08.2010 (Anlage K 10) auf die „evident“ eingetretene Verjährung und bot Gespräche lediglich im Kulanzwege an.

Die Klägerin beauftragte daraufhin den Sachverständigen P., der ein Gutachten (Anlage K 11) erstellte. Für seine Tätigkeit stellte der Sachverständige P. der Klägerin mit Datum vom 11.05.2011 und 09.08.2011 insgesamt 3.683,53 € in Rechnung (Anlage K 14).

Mit Beschluss vom 11.01.2012 (Anlage K 15) zog die Klägerin die Ansprüche wegen Mängeln an den Dachunterständen an sich. Der Verwalter wurde von der Eigentümergemeinschaft bevollmächtigt, den klägerischen Prozessbevollmächtigten mit der Erhebung einer Vorschussklage zu beauftragen und die Sachverständigenkosten P. ebenfalls geltend zu machen.

Die Klägerin hat vorgetragen:

Die vertragliche Regelung zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums gemäß § 9 Ziffer 9 des Bauträgervertrages sei als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam gemäß § 307 BGB. Die Bauträgerverträge mit den Ersterwerbern seien inhaltsgleich geschlossen worden. Durch die Klausel werde dem jeweiligen Erwerber das nach dem Gesetz zustehende Recht auf eigene Abnahme des Gemeinschaftseigentums entzogen. Eine Abnahme durch den Abnahmeausschuss sei mangels wirksamer Bevollmächtigung nicht erfolgt. Die fehlende Abnahme sei auch nicht konkludent durch die einzelnen Erwerber mittels schlüssigen Verhaltens erfolgt, da den Erwerbern das nötige Erklärungsbewusstsein gefehlt habe, nachdem sie von einer bereits erfolgten Abnahme durch die in den Verträgen bestimmten Personen ausgegangen seien.

Auch sei der Gewährleistungsausschluss in den sogenannten Nachzüglerverträgen als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam gemäß § 309 Nr. 8 b BGB. Bei den im Jahr 2008 durchgeführten Arbeiten habe es sich um Mängelbeseitigungsarbeiten der Beklagten gehandelt, die den zugrunde liegenden Mangel damit anerkannt habe. Die vom Sachverständigen P. aufgeführten Arbeiten seien zur Mängelbeseitigung erforderlich; die in Ansatz gebrachten Kosten in Höhe von ca. 15.000,00 € angemessen. Dasselbe gelte für die Tätigkeit des Sachverständigen und die hierfür abgerechneten Kosten, die sie als Schadensersatz geltend gemacht hat.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 18.683,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2011 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 492,54 € an vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen:

Die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert, denn es fehle an einer wirksamen Beschlussfassung. Es sei zu bestreiten, dass die Verträge mit den Erwerbern gleichlautend geschlossen worden seien. Dass dies nicht der Fall sei, ergebe sich bereits aus dem unterschiedlichen Wortlaut der als Anlage K 2 bzw. K 3 vorgelegten Verträge. Jedenfalls im Jahr 2004 sei Kaufgegenstand eine gebrauchte Wohneinheit gewesen, bei der der Haftungsausschluss wirksam habe vereinbart werden können. Es liege zudem kein von ihr zu vertretender Mangel vor. Sie habe auch zu keinem Zeitpunkt einen Mangel anerkannt. Die Arbeiten im Jahr 2008 seien lediglich aus Kulanz ausgeführt worden und hätten andere Bereiche als die jetzt streitgegenständlichen betroffen. Die Beklagte hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben. Eine (wirksame) Abnahme der Dachflächen sei im Jahr 2001 erfolgt; die im Jahr 2008/2009 durchgeführten Kulanzarbeiten hätten zu keinem Neubeginn der Verjährung geführt.

Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 22.11.2012 (Bl. 62 d.A.) ergänzt durch Beschluss vom 06.05.2014 (Bl. 120 d.A.) durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen E. vom 03.08.2015 (Bl. 177 f. d.A.) und die mündliche Erläuterung des Sachverständigen in der Sitzung vom 25.01.2016 sowie das entsprechende Sitzungsprotokoll (Bl. 302 f. d.A.) verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage fast vollumfänglich stattgegeben und hinsichtlich der beantragten Zinsen teilweise abgewiesen. Dabei hat es die Prozessführungsbefugnis der Klägerin bejaht und begründet, weshalb die Werkleistung der Beklagten mangelhaft sei. Verjährung sei nicht eingetreten. Der vom Sachverständigen E. festgestellte Mangel sei bereits Gegenstand der Mangelrüge und Begutachtung durch den von der Beklagten eingesetzten Gutachter Schüler gewesen. Die mit der Abnahme der Gewährleistungsarbeiten im Jahr 2008 in Gang gesetzte Gewährleistungsfrist von fünf Jahren sei im Zeitpunkt der Klageerhebung 2012 noch nicht abgelaufen gewesen. Zudem verstoße die Abnahmeklausel in den Nachzüglerverträgen gegen §§ 307 ff. BGB.

Gegen dieses Urteil, das der Beklagten am 01.07.2016 zugestellt worden ist, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.07.2016 Berufung eingelegt, die sie mit Berufungsbegründungsschriftsatz vom 04.10.2016, eingegangen per Fax am 04.10.2016, begründet hat, nachdem die Berufungsbegründungsfrist auf Antrag der Beklagten durch Verfügung des Vorsitzenden bis zum 01.10.2016 (Samstag) verlängert worden war.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte weiterhin ihren Klagabweisungsantrag.

Sie wiederholt ihre erstinstanzliche Rechtsansicht, dass die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei. Die Beauftragung des klägerischen Prozessbevollmächtigten sei bereits zum 16.08.2010 erfolgt; der eingereichte Beschluss datiere vom 11.01.2012 (Anlage K 15). Eine nachträgliche Heilung scheitere an der geltend gemachten Verjährungseinrede, die sie weiterhin erhebe. Im Übrigen sei das Ergebnis der Beweisaufnahme gerade nicht dazu geeignet, einen Mangel anzunehmen, der in ihrem Verantwortungsbereich liege. Ferner sei eine Ausgleichspflicht für die Kosten des Privatgutachters zu verneinen.

Die Beklagte beantragt,

in Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 21.06.2016, Az. 321 O 35/12, die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil.

Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe zutreffend gewürdigt, dass sie aktivlegitimiert sei. Richtigerweise habe das Landgericht auch keine Verjährung angenommen. Mit zutreffenden Erwägungen gehe das Landgericht auch von einem durch die Beklagte verursachten Mangel aus und lehne einen Eintritt der Verjährung ab.

Hinsichtlich des übrigen Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien samt Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig, Insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt worden. In der Sache führt sie aber nicht zum Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Beklagte im stattgegebenen Umfang verurteilt. Das Berufungsvorbringen gibt dem Senat keinen Anlass, von dieser Entscheidung abzuweichen. Vielmehr beruht die angefochtene Entscheidung weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1 1. Alt., 546 ZPO) noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 2. Alt. ZPO).

1. Die Klägerin ist prozessführungsbefugt. Es entspricht allgemeiner Ansicht in der Rechtsprechung, dass die Wohnungseigentümergeinschaft im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, Az.: VII ZR 236/05, zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 03.07.2012, Az.: 10 U 33/12, zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 28 U 2050/16Bau, zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.12.2018, Az.: 29 U 123/17, zitiert nach juris). Unschädlich ist, dass der Beschluss am 11.01.2012 gefasst worden ist. Die Klage ist erst nach diesem Zeitpunkt eingereicht worden. Aufgrund des Verhaltens der Klägerin wird deutlich, dass auch die vor diesem Zeitpunkt liegenden Handlungen des klägerischen Prozessbevollmächtigten von ihr genehmigt worden sind (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, Az.: 8 U 106/10, zitiert nach juris).

2. Da die Klägerin Ansprüche der Wohnungseigentümer als Prozessstandschafterin verfolgt, setzt die Begründetheit der Klage voraus, dass mindestens ein Wohnungseigentümer noch Inhaber von durchsetzbaren, d.h. nicht verjährten Ansprüchen ist. Soweit die Ansprüche aus Erwerbsverträgen hergeleitet werden, die bis zum 31.12.2001 geschlossen wurden (vgl. Anlage K 2), sind das BGB und das AGBG in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (a.F.) anzuwenden gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB. Soweit die Ansprüche aus Nachzüglerverträgen (Anlage K 3) hergeleitet werden, ist das Recht anzuwenden, das seit dem 01.01.2002 gegolten hat.

a) Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Klausel in § 7, bei der es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, wirksam ist. Die Annahme einer Unwirksamkeit gemäß § 309 Nr. 8 b BGB ist vor dem Hintergrund der Urteile des BGH vom 25.02.2016 (Az.: VII ZR 156/13, zu finden in juris) und 12.05.2016 (Az.: VII ZR 171/15, zu finden in juris) zweifelhaft. Denn danach richtet sich bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet gewesen sind, die Sachmängelhaftung nach Kaufrecht, wohingegen bei neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen von der Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht auszugehen ist. Diese Rechtsfrage kann vorliegend dahinstehen, denn es ist von einer Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB auszugehen. Grundsätzlich soll bei Bauwerken sowohl beim Kauf- als auch beim Werkvertragsrecht eine fünfjährige Verjährungsfrist gelten. Bei dem hier vorliegenden Nachzüglervertrag aus 2004 wird die Gewährleistung vor Ablauf der Verjährungsfrist der Ersterwerbverträge hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen selbst bei Annahme einer Abnahme im Jahr 2001. Dies erscheint unbillig (so auch Dr. C. in: „Die Verjährungsverkürzung im Nachzüglerbausträgervertrag - taugliches Instrument zur Synchronisierung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums“, MittBayNot 2017, 547 f.).

b) Letztlich kann diese Frage, ob auch die Nachzüglernerwerber Ansprüche gegenüber der Beklagten haben, oder ob diesbezüglich wirksam die Gewährleistung wirksam abbedungen werden konnte, offen bleiben. Denn jedenfalls den Erstwerbbern steht nach Ansicht des Senats ein Anspruch auf den Kostenvorschuss in der geltend gemachten Höhe gemäß § 633 BGB a.F. zu.

3. Sowohl für die Ersterwerber als auch für die Nachzüglererwerber beträgt die Gewährleistungsfrist fünf Jahre und beginnt mit der Abnahme (§ 638 BGB a.F. bzw. § 634a BGB). Für das Vorliegen der Voraussetzungen der Verjährung trägt die Beklagte die Darlegungslast (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, Az.: 8 U 106/10, zitiert nach juris).

a) Jedenfalls hinsichtlich der Ersterwerbverträge hat keine wirksame Abnahme stattgefunden. Zwar gibt es ein Abnahmeprotokoll. Dieses fußt auf der Regelung des § 9 Ziffer 9 der Bauträgerverträge. Die entsprechende Abnahmeklausel ist jedoch unwirksam gemäß § 9 Abs. 1 AGBG. Die Regelung sieht nämlich vor, dass eine Abnahme durch den Verwalter zusammen mit dem in der ersten Eigentümerversammlung zu wählenden Abnahmeausschuss erfolgt. Bei der streitgegenständlichen Vertragsklausel handelt es sich - wie das Landgericht zutreffend angenommen hat - um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Das Bestreiten der Beklagten, dass diese Bedingung in einer Vielzahl von Verträgen vorformuliert war, ist unerheblich. Sie als Verkäuferin hätte hierzu dezidiert Stellung nehmen können und müssen. Ihr Einwand hinsichtlich der Unterschiedlichkeit der Anlagen K 2 und K 3 bleibt ohne Erfolg, weil es sich hierbei gerade um die verschiedenen Varianten der Erwerbverträge (einmal Ersterwerber und einmal Nachzügler) handelt. Dass die Verträge notariell beurkundet worden sind, steht dem Formalcharakter nicht entgegen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, a.a.O.; BGH, Urteil vom 14.05.1992, Az.: VII ZR 204/90, zitiert nach juris).

b) Durch die Regelung wird den Ersterwerbern jedoch die Möglichkeit genommen, über die Ordnungsgemäßheit der Werkleistung des Bauträgers selbst zu befinden. Eine vom Bauträger geschuldete Leistung entgegenzunehmen und über ihre Ordnungsgemäßheit zu entscheiden, ist aber alleine Sache des Erwerbers. Dies gilt auch für das Gemeinschaftseigentum (vgl. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 13.06.2013, Az.: 12 U 162/12, zitiert nach juris; vgl. OLG München, Urteil vom 09.04.2018, Az.: 13 U 4710/16Bau, zitiert nach juris). Zwar sieht die streitgegenständliche Klausel vor, dass zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Eigentümergemeinschaft nur der Abnahmeausschuss befugt ist. Dennoch wird dem Erwerber sein originäres Abnahmerecht genommen, weil die Klausel zumindest so verstanden werden kann, dass der Erwerber nicht mehr zur individuellen Abnahme berechtigt ist (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2018, Az.: 13 U 1908/16, zitiert nach juris).

c) Zudem liegt ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG vor. Es ist für den jeweiligen Erwerber nicht erkennbar, dass die Vollmacht widerruflich ist und er jederzeit selbst die Abnahme erklären kann (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015, Az.: 10 U 46/14, zitiert nach juris).

d) Folge der unwirksamen Klausel ist, dass im Juli bzw. Oktober 2001 (Anlagen K 4 und 5) nicht wirksam die Abnahme erklärt worden ist. Dies wiederum hat zur Folge, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen begonnen hat.

e) Eine konkludente Abnahme seitens der Erwerber ist nicht anzunehmen. Eine solche setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalls das nach außen hervortretende Verhalten des Bestellers den Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht. Die Erwerber sind aufgrund der jeweiligen vertraglichen Regelung davon ausgegangen, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt ist. Dann kann in ihrem Verhalten nicht eine entsprechende Erklärung gesehen werden (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2016, Az.: VII ZR 171/15, zitiert nach juris).

f) Unerheblich ist dann, dass die Beklagte im Jahr 2008 unstreitig Arbeiten am Dach durchgeführt hat, die im Jahr 2009 abgenommen worden sind. Ausweislich des Schreibens vom 14.10.2008 (Anlage K 7) und Ziffer 7 des Abnahmeprotokolls aus 2009

(Anlage K 8) hat die Beklagte zwar nach dem objektiven Empfängerhorizont zu erkennen gegeben, dass hinsichtlich dieser durchgeführten Arbeiten die Verjährungsfrist mit der Abnahme beginnen und entsprechend der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist enden solle. Dies kann nur so verstanden werden, dass ab diesem Zeitpunkt (mindestens) eine Frist von fünf Jahren zu laufen beginnt. Fraglich erscheint aber, ob dadurch auch für die Errichtung der Gebäude bzw. des Gemeinschaftseigentums an sich die Abnahme erklärt werden sollte. Letztlich braucht dies nicht entschieden zu werden. In jedem Fall wäre die Verjährungsfrist bei Klagerhebung 2012 noch nicht abgelaufen gewesen.

4. Zutreffend ist das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aufgrund der nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen E. zu der Annahme gelangt, dass ein Mangel im Sinne des § 633 BGB a.F. vorliegt.

a) Der Sachverständige E. hat plausibel erläutert, dass die streitgegenständliche Dachkonstruktion nicht dem vertraglich vorausgesetzten Zweck entspricht. Dabei ist zu beachten, dass der Besteller im Allgemeinen seiner Darlegungslast genügt, wenn er einen Mangel, aus dem er Rechte herleitet, in seinem äußeren Erscheinungsbild behauptet und belegt (Symptomtheorie). Erforderlich ist somit nur eine hinreichend genaue Bezeichnung von Mangelerscheinungen, die einer fehlerhaften Leistung eines Baubeteiligten zugeordnet werden (vgl. OLG München, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 28 U 2050/16Bau, zitiert nach juris; Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage 2018, Rn. 1980).

aa) Wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, steht nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen E. fest, dass die Dampfbremssfolie nicht überall vollständig an das aufgehende Mauerwerk angeschlossen war. So konnte an jedenfalls der einen im Rahmen der Öffnung des Daches festgestellten Stelle (Bereich des östlich angrenzenden Sparrens) Wasserdampf in den Dachquerschnitt eindringen und im Winter dort kondensieren.

bb) Auch im Rahmen des BlowerDoor-Tests sind - wenn auch geringe - Temperaturabsenkungen festgestellt worden, die ein Indiz dafür sein können, dass Fehlstellen an der Abdichtung der Dampf- und Winddichtigkeitsebene vorliegen können. Zudem hat der Sachverständige E. nachvollziehbar dargelegt, dass im Rahmen der weiteren Untersuchungen festgestellt worden sei, dass die als Dampfbremse fungierende, transparente Folie teilweise an dem zwischen den Dachsparren hochgeführten Mauerwerk angeschlossen worden ist, jedoch auf einem nicht verputzten Untergrund. Bei diesem Untergrund sei eine ausreichende Haftung zwischen Folie und Untergrund auf Dauer nicht gewährleistet. Zum Teil sei die Dampfbremse ehemals gar nicht am Mauerwerk angeschlossen gewesen.

cc) Die Einwände der Beklagten tragen nicht. Der Sachverständige hat das Dach an zwei Stellen geöffnet und dabei zum einen eine Fehlstelle und zum anderen festgestellt, dass die Klimamembran überhaupt nicht angeklebt war. Das von ihm gefundene Klebeband ist seiner Einschätzung nach nachträglich angebracht worden.

dd) Eine Beschädigung durch den klägerischen Gutachter P. ist nach der Ansicht des Senats nicht anzunehmen. Der Sachverständige E. hat zudem ausgeführt, dass er an einer anderen Stelle das Dach geöffnet hat als dieser. Auch zu Alternativursachen hat sich der Sachverständige E. überzeugend geäußert. Allein der Umstand, dass an den abgehängten Decken Leuchtkörper angebracht sind, besagt nichts darüber aus, dass dadurch die Klimamembran beschädigt worden ist. Zwar hat der Sachverständige dies auch nicht auszuschließen vermocht, als Ursache hat er es nach seinen gründlichen Untersuchungen aber gerade nicht ausmachen können. Auch bei dem von der Beklagten eingeholten Gutachten hat der Gutachter Schüler bereits 2002 die Vermutung geäußert,

dass die Wind- und Dampfsperren nicht ausreichenden Schutz gegen Feuchtigkeitseintritt aus den darunter liegenden Räumen bieten. Im Übrigen liegt die Beweislast für die Mangelfreiheit mangels wirksamer Abnahme bei der Beklagten.

b) Die Klägerin hat die Beklagte in Verzug gesetzt (vgl. Schreiben Anlage K 9). Hierbei ist auch von einer wirksamen Bevollmächtigung des klägerischen Prozessbevollmächtigten bzw. jedenfalls von einer nachträglichen Genehmigung seines Handelns auszugehen. Im Übrigen wäre eine Fristsetzung nicht erforderlich, weil die Beklagte die geforderte Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Dies genügt auch für ein Inverzugsetzen (vgl. Palandt-Sprau, 60. Auflage 2001, § 633, Rn. 8 m.w.N.).

5. Der von der Klägerin für die Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemachte Vorschuss für die Mängelbeseitigung ist auch der Höhe nach berechtigt.

a) Der Sachverständige E. hat die Kosten für die Mängelbeseitigung deutlich höher als 15.000,00 € beziffert. Dabei hat dieser auch die Art der Mängelbeseitigung plausibel dargelegt. So hat er ausgeführt, warum es aus Sachverständigensicht notwendig sei, eine neue Dachkonstruktion zu planen und auszuführen. Die ursprünglich gewählte Ausführungsart eines unbelüfteten Pultdaches sei eine sehr sensible Konstruktion. Er hat nachvollziehbar dargetan, dass eine Sanierung am jeweiligen Dachrand nicht ausreichend ist, sondern eine andere Dachkonstruktion gewählt werden müsse.

b) Unerheblich ist, ob hinsichtlich der genauen Ausführungsart etwas anderes vereinbart war. Der das Werkvertragsrecht prägende Grundsatz der Haftung für einen bestimmten Erfolg besagt, dass die vereinbarte oder als üblich zu erwartende Funktion des Werks gegenüber einer in einer Leistungsbeschreibung festgelegten Ausführungsart vorrangig ist. Der vertraglich geschuldete Erfolg besteht deshalb auch dann in der Funktionstauglichkeit des Werks, wenn die beabsichtigte bzw. vereinbarte Ausführungsart nicht geeignet ist, den vereinbarten Erfolg zu erreichen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.07.2010, Az.: 7 U 76/09, zitiert nach juris, m.w.N.). Wenn Bautechniken unerwartete Folgen nach sich ziehen, die insgesamt zu einem Mangel führen, haftet der Werkunternehmer hierfür auch im Rahmen der Gewährleistung (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.07.2010, a.a.O.).

c) Nennenswerte Sowieso-Kosten stehen der erfolgten Verurteilung der Beklagten nicht entgegen. Der Sachverständige hat plausibel dargetan, dass der Kostenunterschied zwischen der vorgenommenen Bauausführung zu derjenigen Bauausführung, wenn das streitgegenständliche Dach bereits bei der ersten Erstellung als belüftetes Dach gebaut worden wäre, nicht sehr groß gewesen wäre. Zwar hat er die Höhe in seiner Anhörung letztlich offen gelassen, allerdings ist nicht davon auszugehen und von der Beklagten auch nicht behauptet worden, dass die Sowieso-Kosten derartig hoch sind, dass die Klägerin nicht einmal die geltend gemachten 15.000,00 € erhalten würde. Zudem stellt sich die Frage, ob vorliegend überhaupt Sowieso-Kosten anzunehmen wären. Kein Fall von „Sowieso“-Kosten liegt vor, wenn der Unternehmer von vornherein zu einem bestimmten Preis einen bestimmten Erfolg versprochen hat, ohne dass daraus die Verpflichtung nur zu ganz bestimmten Leistungen resultiert. Dann hat der Unternehmer diesen Erfolg herbeizuführen, auch wenn sich die beabsichtigte Ausführungsart nachträglich als unzureichend erweist und aufwändigere als die kalkulierten Maßnahmen erforderlich werden (vgl. HansOLG Hamburg, Urteil vom 19.02.2015, Az.: 4 U 111/13, zitiert nach juris).

d) Nicht auf die Höhe der geschätzten Vorschusskosten wirkt sich im Übrigen aus, dass der Sachverständige E. ausgeführt hat, er habe in seiner Kostenschätzung eine dickere Dämmung zu Grunde gelegt, die sich nach den heutigen Anforderungen der ENEC richte und die es zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegeben habe. 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 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. OLG Stuttgart, Urteil vom 03.07.2012, Az.: 10 U 33/12, zitiert nach juris).

e) Ein Abzug „Neu für Alt“ ist nicht vorzunehmen (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1996, 272 f.). Nach dem Zweck der Gewährleistungsvorschrift soll dem Besteller zumindest nachträglich zu einem vertragsgemäßen Werk verholfen werden und zwar ohne zusätzliche Kosten und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die inzwischen ohne sein Zutun vergangene Zeit. Mit diesem Gesetzeszweck ist die Anrechnung ersparter Instandhaltungsaufwendungen oder einer längeren Lebensdauer nachgebesserter Leistungen nicht zu vereinbaren. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage der Beteiligten grundlegend von den Schadenersatzfällen aus unerlaubter Handlung, bei denen eine entsprechende Vorteilsausgleichung unter dem Gesichtspunkt „Neu für Alt“ anerkannt ist.

Der Anspruch des Auftraggebers auf eine neue und mangelfreie Werkleistung darf nicht dadurch geschmälert werden, dass der Auftragnehmer trotz ständiger Mängelrügen seiner Vertragspflicht nicht nachkommt. Ebenso wenig braucht sich der Auftraggeber darauf verweisen lassen, er habe das - wenn auch fehlerhafte - Werk immerhin längere Zeit nutzen können. Dabei handelt es sich um eine unvermeidliche Nutzung, die gerade nicht den vertraglich geschuldeten unbeeinträchtigten Gebrauch ermöglicht und deshalb keinen Abzug rechtfertigt (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2014, Az.: 1 U 600/12, zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urteil vom 08.01.2009, Az.: 5 U 1597/07, zitiert nach juris).

6. Die Kosten für das eingeholte Privatgutachten kann die Klägerin gemäß §§ 635 BGB a.F./pW als erstattungsfähigen Schaden verlangen, da sie sich auf das Auftreten des streitgegenständlichen Mangels bezogen (vgl. OLG München, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16Bau, zitiert nach juris). Denn wenn der Sachverständige zur Feststellung bereits aufgetretener bzw. in ihrer Symptomatik erkennbarer Mängel beauftragt wird, kommt ein Erstattungsanspruch in Betracht (vgl. OLG München, Urteil vom 06.12.2016, a.a.O.; OLG Köln, Beschluss vom 09.10.2012, Az.: 22 U 58/12, zitiert nach juris).

7. Auch der vom Landgericht ausgeurteilte Zinsanspruch steht der Klägerin aus Verzug bzw. aufgrund Rechtshängigkeit zu. Zwar war das Schreiben Anlage K 13 nicht dazu geeignet, die Beklagte auch hinsichtlich der Zahlung des Kostenvorschusses in Verzug zu setzen (vgl. BGH, Urteil vom 27.03.1980, Az.: VII ZR 214/79, zitiert nach juris). Allerdings ist die Verurteilung zur Zahlung ab dem 01.11.2011 nicht zu beanstanden, weil auch nach altem Recht Verzug unabhängig von den Voraussetzungen des § 284 BGB a.F. eintreten konnte, wenn der Schuldner (hier: die Beklagte) vor oder nach Fälligkeit die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 60. Auflage 2001, § 284, Rn. 35). Im Übrigen ergibt sich der Zinsanspruch aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

8. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

9. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO i.V.m. 542 Abs. 1, 543 Abs. 1, 544 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 18.653,53 €.

10. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine

Entscheidung des Revisionsgerichts. Es handelt sich vielmehr um die Anwendung bestehender Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Einzelfall. Auch eine Divergenz zu anderen obergerichtlichen Entscheidungen besteht nicht.