

Titel:

Sachverständigenfeststellung, Sachverständigenberatung, Aufgabe des Sachverständigen, Kostenentscheidung, Merkantiler Minderwert, Fiktive Mängelbeseitigungskosten, Schadensberechnung, Unverhältnismäßigkeit, Anknüpfungstatsachen, Geänderte Rechtsprechung, Wirtschaftsgut, Vorläufige Vollstreckbarkeit, Verjährungsbeginn, Klärungsbedürftigkeit, Streitwertfestsetzung, Tatsachengrundlage, Landgerichte, Gegenstand des Berufungsverfahrens, Lüftungsverhalten, Eigene Beweiswürdigung

Schlagwort:

Architektenhaftung

Vorinstanzen:

OLG München, Verfügung vom 17.02.2020 – 28 U 6762/19

LG Traunstein, Endurteil vom 05.11.2019 – 2 O 2682/13

Fundstellen:

BauR 2021, 1835

BeckRS 2020, 51845

LSK 2020, 51845

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten zu 2)

1.1. wird das als Endurteil bezeichnete Urteil des Landgerichts Traunstein vom 05.11.2019, Az. 2 O 2682/13, wie folgt abgeändert,

a. die Urteilsüberschrift lautet statt „Endurteil“ nunmehr „Teilurteil“,

b. Ziff. I erhält folgende Neufassung:

„Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger 197.389,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 116.886,21 € seit

17.04.2013 sowie aus weiteren 37.389,21 € seit 15.05.2019 zu zahlen.“ und die Kostenentscheidung in Ziff.

IV. aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung zur Neufassung der Kostenentscheidung erster Instanz an das Landgericht Traunstein zurückverwiesen.

2. Im Übrigen werden die Klage ab- und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

3. Die Beklagte zu 2) hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte zu 2) kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. - - -

Entscheidungsgründe

I.

1

Der Kläger nimmt die Beklagte zu 2) (im Folgenden: Beklagte) in Haftung, da sie als Architektin dafür verantwortlich sei soll, dass es zu einem Schimmelbefall am Dachstuhl des Anwesens des Klägers in S. gekommen ist.

2

Das Landgericht sah es als erwiesen an, dass die Beklagte ihrer Bauüberwachungspflicht nicht ausreichend nachgekommen ist, sich hierdurch Feuchtigkeit im Dachstuhl gebildet und dadurch Schimmelbefall ausgelöst wurde und dem Kläger hierdurch ein Schaden in Höhe von etwa 240.000 Euro entstanden ist. Da die Beklagte mit restlichen Honoraransprüchen aufgerechnet habe, verurteilte das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von knapp 200.000 Euro.

3

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstands wird im Übrigen auf die angefochtene Entscheidung des Landgerichts Traunstein Bezug genommen.

4

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagte, mit der diese weiterhin die vollständige Klageabweisung verfolgt. Sie meint, der Kläger habe nicht bewiesen, dass ein Mangel am Bauwerk bestünde, zumal das Dach saniert worden sei. Auch habe das Landgericht die geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Möglichkeit der Geltendmachung des sog. fiktiven Mängelbeseitigungskosten missachtet und den zugesprochenen Minderwert fehlerhaft ermittelt.

5

Auf die Einzelheiten der Berufungsbegründung wird Bezug genommen.

6

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz seine Klage insoweit zurückgenommen, als er Verzugszinsen auch aus dem Betrag gefordert hatte, der durch Aufrechnung mit dem Honorarrestanspruch (43.113,79 Euro) der Beklagten erloschen ist. Die Beklagte hat der Rücknahme widersprochen.

7

Die Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen.

8

Der Kläger beantragt

die Berufung zurückzuweisen.

9

Der Kläger ist der Berufung entgegen getreten.

II.

10

Die zulässige Berufung ist nur hinsichtlich des Zinsanspruches begründet.

11

Hinsichtlich der vom Landgericht über den nunmehr vom Senat tenorierten Zinsanspruch hinaus zugesprochenen Zinsen ist die Klage daher abzuweisen. Die weitergehende Berufung ist hingegen zurückzuweisen.

12

Da die Beklagte der Teilklagerücknahme des Klägers nicht zugestimmt hat, kommt eine Verfahrensweise nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht mehr in Betracht. Der Senat hat daher von dieser Verfahrensweise Abstand genommen.

13

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung dem Grunde nach gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB.

14

2. Die Feststellungen und Bewertungen des Landgerichts zum Umfang des zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrags als Werkvertrag (§ 631 BGB) wurden mit der Berufung nicht in Abrede gestellt.

15

3. Die für die Geltendmachung von Sekundärrechten erforderliche Abnahme wird im Fall der Architektenhaftung durch die Abnahmesurrogate Abnahmeverweigerung bzw. die Geltendmachung von Sekundärrechten wie dem Schadensersatz statt der Leistung ersetzt (zu Einzelheiten Kniffka/Kooble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 11. Teil Rnr. 752 ff., vgl. auch zum vollständigen Verzicht BGH BeckRS 2011, 14207 bzw. zu verjährungsrechtlichen Problemen BGH NZBau 2011, 310).

16

Im vorliegenden Fall hat sich der Fehler der Bauüberwachung während der Errichtungsphase bereits in einem konkreten Schaden manifestiert und der Kläger hat diesen Schaden geltend gemacht, so dass mit der Schadensersatzforderung sowohl konkludent jede Abnahme verweigert wurde als auch entsprechende Sekundärrechte gefordert wurden.

17

4. Die Beklagte hat ihre Pflicht zur Bauüberwachung verletzt, da der zu überwachende Dachstuhl mangelhaft errichtet wurde und der Dachstuhl als kritische Baumaßnahme intensiv zu begleiten war. Dies hat die Beklagte versäumt.

18

(1) Der Dachstuhl wurde mangelhaft errichtet.

19

Die Arbeiten am Dachstuhl wurden im Dezember 2010 abgeschlossen. Die Berufung rügt, der Sachverständige habe erst nach der Dachsanierung Feststellungen getroffen und daher keine unmittelbaren eigenen Wahrnehmungen zum Baumangel getroffen.

20

Diese Rüge bleibt erfolglos. Der Sachverständige hat seine Einschätzungen erkennbar nicht auf eigene Wahrnehmungen gestützt, aber als Anknüpfungstatsachen die Angaben der vernommenen Zeugen und das erholte Privatgutachten seiner eigenen Begutachtung zu Grunde gelegt. Insoweit lagen ausreichende Anknüpfungstatsachen für den Sachverständigen vor, um hierauf aufbauend entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen:

21

5. Der Sachverständige hat zunächst - es handelt sich um eine typische sachverständig zu klärende Fragestellung, ob hinreichend Anknüpfungstatsachen für wissenschaftliche Schlussfolgerungen vorliegen - bejaht, dass ausreichende Erkenntnisse vorliegen. Die Erläuterung des Sachverständigen hierzu ist für den Senat unmittelbar nachvollziehbar.

22

Der Sachverständige stellt darauf ab, dass bereits mit erheblich feuchtigkeitsbelastenden Putzarbeiten noch Ende 2010 - und damit zu früh - begonnen wurde, obwohl das Dach noch nicht abgedichtet worden war. Entsprechend wurde durch die zum Jahresanfang 2011 erfolgten Abdichtungsmaßnahmen Feuchtigkeit im Dachstuhl „eingesperrt“. Zum anderen lagen ausreichende Hinweise vor, dass die Abdichtung mangelhaft war, so dass auch nach der Abdichtung Feuchtigkeit „von unten nach oben“ in den Dachstuhl gelangen konnte.

23

Diese Schlussfolgerungen sind stimmig und überzeugend. Die Zeugen haben bereits wenige Wochen nach der Errichtung des Dachstuhls eine Extremsituation beschrieben, was die Feuchtigkeitsmenge im Dachstuhl betrifft. Nun kann Feuchtigkeit im Dachstuhl - Löcher in der Außenhülle wurden nicht festgestellt - nach dessen Abdichtung nur zwei theoretische Ursachen haben: Entweder sie war zuvor vorhanden und konnte nicht entweichen; oder die Feuchtigkeit gelangte nach Anbringung der Abdichtungsmaßnahme in den Dachstuhl, da die Abdichtung ungenügend war, nachdem Feuchtigkeit nach oben diffundiert.

24

6. In beiden Fällen ist die Beklagte verantwortlich, da beide Ursachen zu berücksichtigender Bestandteil ihrer Überwachungspflichten waren.

25

Es musste von der Beklagten daher sichergestellt werden, dass einerseits bei Abdichtung des Daches keine Feuchtigkeit eingesperrt wird und dass andererseits die Abdichtung ordnungsgemäß ist. Die zwingende Zurechnung zu einem Baumangel des Beklagten zu 1) erster Instanz, wie sie das Erstgericht vorgenommen hat, ist zwar gerade nicht zwingend erforderlich, im Hinblick auf die dem Bauvertragsrecht eigene Aufklärungspflicht des Nachunternehmers aber naheliegend. Jedenfalls waren die sachverständigen Schlussfolgerungen aber in Richtung der Beklagten zwingend.

26

7. Soweit in der Hinweiserwiderung vom 25.03.2020 gerügt wird, der Sachverständige habe zu spät Feststellungen getroffen, hat der Senat umfangreich auf obige Erwägungen (lit aa. und bb.) hingewiesen; die hierzu erhobenen Einwendungen versäumen es, sich hierzu zu erklären.

27

(1) Eine Fristsetzung war, nachdem der Schaden am Baukörper eingetreten ist, nach ständiger Rechtsprechung entbehrlich, da die von Beklagten geschuldete Leistung - Planung und Bauüberwachung - nicht mehr in einer Art und Weise nachgeholt werden kann, dass der Schaden in Wegfall geraten konnte und sich im Bauwerk bereits verkörpert hat.

28

(2) Der Kläger hat einen Schaden erlitten.

29

Der Kläger hat gegen die Beklagten zu 1) und 2) erster Instanz jeweils auf das identische Interesse gerichtete Ansprüche, wobei die Beklagten insoweit als Gesamtschuldner haften. Die vom Beklagten zu 1) erster Instanz vorgenommenen Maßnahmen der Mangelbeseitigung (§ 634 Nr. 1, 635 BGB) sind fehlgeschlagen und hatten daher keine Erfüllungswirkung zu Gunsten der Beklagten zu 2). Die insoweit erhobenen Berufungsrügen gehen fehl.

30

8. Soweit das Erstgericht ein neues Gutachten - hier des Sachverständigen G.- erholt hat und die Berufung rügt, die vom Erstgericht angeführte Rechtsprechung habe eine weitere Beweisaufnahme nicht gerechtfertigt, ist die Rüge unbeachtlich.

31

Nach § 512 ZPO sind unanfechtbare Vorentscheidungen nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Für die Anordnung eines neuen Gutachtens greift § 355 Abs. 2 ZPO. Ob das Erstgericht nun die Entscheidung des BGH missverstanden und daher zu Unrecht eine erneute Begutachtung hat vornehmen lassen, ist daher nicht von Relevanz und die Ausführungen der Berufung in diesem Zusammenhang bleiben daher erfolglos.

32

9. Soweit die Berufung rügt, das Gericht habe die ersten gerichtlichen Gutachten, die ein konträres Ergebnis ermittelt haben sollen, „weitgehend missachtet“, folgt der Senat dem nicht.

33

Anknüpfungspunkt für die Rüge in konsequenter Fortsetzung des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ZPO („muss enthalten“) ist die Bestimmung des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die Berufung hat es aber versäumt, konkrete Anhaltspunkte aufzuzeigen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der gerichtlichen Feststellungen begründen.

34

So wiederholt die Berufung überwiegend die Ergebnisse der ersten gerichtlichen Gutachten, die ihre Auffassung stützen und rügt, das Erstgericht habe sich hiermit nicht auseinandergesetzt. Weiter wird - völlig aus dem Zusammenhang - ein einzelnes Zitat aus dem zuletzt erhaltenen Gutachten angeführt.

35

Diese Rüge begründet keine Anhaltspunkte für Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen. Das Landgericht hat sich auf annähernd vier Seiten - LGU S. 18 ff. - mit der Frage auseinandergesetzt, welches Gutachten warum für die richterliche Überzeugungsbildung maßgeblich war und hierbei die Gutachtenergebnisse gegenübergestellt, abgewogen und herausgearbeitet, warum die späteren Feststellungen plausibler waren.

36

Die Berufung versäumt es nun fast vollständig, sich mit den Ergebnissen des späteren Gutachtens zu befassen.

37

So wird gerügt (Berufungsschrift S. 10), der Sachverständige habe in seinem Gutachten fachlich fehlerhaft unterstellt, dass es schimmelpilzsporenfreies Holz nicht gäbe, da er die Formulierung „mit Ausnahme der üblicherweise vorhandenen Schimmelpilzsporenbelastung“ verwende.

38

Dieser Einwand ist aus Sicht des Senats nicht verständlich, weil der Sachverständige genau die Aussage trifft, die die Beklagte als maßgeblich erachtet, nämlich, dass es schimmelpilzsporenfreies Holz nicht gibt. Im Übrigen - und hier wird deutlich, dass sich die Berufung weder mit der gerichtlichen Beweiswürdigung, noch mit der neuerlichen Begutachtung auseinandersetzt - hat der spätere Gutachter auf S. 4 darauf hingewiesen, dass die mikrobiologischen Untersuchungen zu Schimmelpilzen nicht in sein Fachgebiet fallen. Daher habe er, nach Rücksprache, den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dr. B. unterbeauftragt und dessen Ergebnisse zu Grunde gelegt. Eigene Einschätzungen erfolgten insoweit gerade nicht.

39

Vor diesem Hintergrund können die Berufungsrügen gegen die angeblich fehlerhaften Feststellungen des Sachverständigen G. bereits nicht greifen und sind daher nicht geeignet, Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen zu begründen.

40

10. Soweit die Berufung - eine ausreichend deutliche Rüge fehlt insoweit - eine Verletzung des § 286 ZPO rügt (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO) und möglicherweise meint, Fehler der gerichtlichen Beweiswürdigung seien Anhaltspunkte i.S.d. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu zweifeln, folgt der Senat dem nicht.

41

Wie oben ausgeführt, hat das Erstgericht - anders als die Berufung - sich intensiv mit allen vorliegenden Gutachten befasst und diese gegeneinander abgewogen. So hat sich das Erstgericht den Schlussfolgerungen des Sachverständigen angeschlossen und begründet, warum dessen Wertungen überzeugender sind, als die zuvor erfolgten Feststellungen. Hiermit setzt sich die Berufung nicht auseinander, sondern hält dem Gutachten schlicht die zuvor ermittelten Ergebnisse entgegen. Das genügt nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO.

42

Soweit nun im Schriftsatz vom 25.03.2020 gerügt wird, der Aspekt der Trocknung sei nicht beachtet worden, ist auch dieser Einwand unverständlich, da die Gutachten in erheblichem Umfang sich mit dem Nachbesserungsversuch befasst haben und hierbei zu dem Ergebnis gekommen sind, dass die Nachbesserung fehlgeschlagen ist.

43

11. Der Senat, der frei in der rechtlichen Bewertung ist (§ 529 Abs. 2 S. 2 ZPO) und daher eine eigene Beweiswürdigung vorzunehmen hat, kommt zu dem identischen Ergebnis wie die erste Instanz und auch die eigene Beweiswürdigung begründet keine Anhaltspunkte für Zweifel (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

44

Die Auffassung der Beklagten, der Senat schließe sich kritiklos der Begutachtung an, ist vor diesem Hintergrund unbegründet. Der Senat hat sich in seinem Hinweis umfangreich mit den Feststellungen des Sachverständigen befasst, gelangt aber zu einer anderen Einschätzung, als sie der Auffassung der Beklagten zu Grunde liegt. So hat der mikrobiologische Sachverständige Dr. B. sich in Ziff. 5 seines Gutachtens intensiv mit den Ergebnissen des Vorgutachters befasst und hierbei u. a. zwei gravierende fachliche Fehler ermittelt.

45

So habe der zunächst beauftragte Sachverständige N. festgestellt, dass „Bläuepilze“ unkritisch seien, weil sie beim Holzwachstum durch Insekten verursacht würden und dem Holz immanent anhafteten.

46

Der Sachverständige Dr. B. hat demgegenüber herausgearbeitet, dass es drei unterschiedliche Ursachen für den Ursprung von Bläuebefall gibt: Stammholzbläue, Schnittholzbläue und tertiäre Bläue. Das ist unmittelbar verständlich, wird vom Sachverständigen wissenschaftlich belegt und diese - entscheidenden - Differenzierungen fehlen bei dem ersten gerichtlichen Gutachten vollständig. Diese Zuordnung ist aber, was die weiteren Konsequenzen angeht, erheblich, da nur die Stammholzbläue im Holz „eingesperrt“ ist, wie sie vom Erstgutachter beschrieben wird. Im vorliegenden Fall liegt aber keine Stammholzbläue vor, so dass bereits vor diesem Hintergrund das Vorgutachten entkräftet wurde und den wissenschaftlichen Schlussfolgerungen die erforderliche Grundlage fehlt.

47

Der zweite fachliche Fehler, den der Sachverständige Dr. B. ermittelt hat, war die fehlende Feststellung zur vorhandenen Konzentration der Schadensschimmelpilze.

48

Bei dem untersuchten Holz lägen Maximalwerte von 6,4 Millionen vor, welche die natürliche Hintergrundbelastung extrem überstiegen. Hierauf aufbauend ergäben sich zwingende Divergenzen.

49

Die ermittelten fachlichen Fehler entkräften zur Überzeugung des Senats das zunächst erholte Gutachten.

50

Wie der Sachverständige Dr. B. in seiner abschließenden Bewertung plausibel begründet hat, wurden Schadensschimmelpilze in der Mehrheit der Hölzer weit über der normalen Hintergrundbelastung festgestellt. Der Schimmelbefall hätte ein erhebliches Problempotential, u. a. da dieser Umstand ein typischer Feuchtigkeitsindikator sei und die Anfälligkeit des Holzes erhöhe. Diese Schimmelpilzbelastung habe ihre Ursache in der unzureichenden Sanierung im Jahr 2011, was aus der identischen Pilzgattung und der vorhandenen „Antipilzlösung“ folge. Die Pilze lägen in lebender und vermehrungsfähiger Konzentration vor, weshalb weitere Schäden drohten. Alles in allem - der Senat verweist an dieser Stelle auf das insgesamt überzeugende Gutachten - bestehen für den Senat keine Zweifel an den Mangelfeststellungen des Sachverständigen Dr. B.

51

Hiermit setzt sich die Berufung nicht auseinander.

52

1. Das Erstgericht hat zutreffend den Schaden ermittelt.

53

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17 wurde bei den Feststellungen des Landgerichts hinreichend berücksichtigt.

54

2. Zutreffender Ansatzpunkt des Landgerichts ist die Annahme (Urteil S. 22), der Vermögensschaden des Klägers ergebe sich aus der anzustellenden bilanziellen Betrachtung.

55

Genau dieser Ansatz entspricht der vermeintlich nicht beachteten und viel diskutierten Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Sodann verweist das Erstgericht darauf, dass diese Vermögensbilanz, letztlich der merkantile Minderwert, sachverständig beraten ermittelt wurde; hierfür sei durch den Sachverständigen G. - so wie es nach der Rechtsprechung erforderlich ist - der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige Br. hinzugezogen worden. Dieser habe nun ermittelt, dass im vorliegenden Fall ausnahmsweise der merkantile Minderwert den Beseitigungskosten entspreche. Das Erstgericht ist dieser Begründung gefolgt und hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass diese Feststellungen im Hinblick u. a. auf die Individualität des Objekts und der Marktsituation überzeugend seien und ist deshalb von Ihnen ausgegangen.

56

Die Berufung beschränkt sich in diesem Zusammenhang allein darauf, einzuwenden, es fehle an einer entsprechenden Tatsachengrundlage.

57

3. Der Senat folgt dem nicht.

58

Der Sachverständige hat die Tatsachengrundlage umfassend dargelegt.

59

I) Nach seinen Ausführungen handelt es sich bei der zu begutachtenden Immobilie um ein Millionenobjekt, das ohne ausreichende Verkehrsanbindung nach München in ländlicher Umgebung liege; die Wohnfläche mit 410 Quadratmetern im Erd- und Obergeschoss und weiteren 620 Quadratmetern im Dachgeschoss sei ungewöhnlich. Das Objekt habe unmittelbaren Seezugang zum ...see.

60

Vor diesem Hintergrund war - das ist Aufgabe des Sachverständigen - der zunächst der Marktwert zu ermitteln. Der Sachverständige kommt dabei zum Ergebnis, dass die Nachfrage, d. h. der potentielle Käuferkreis eines etwa Viermillionenobjekts mit vergleichbaren Objekten am Tegernsee, Sylt oder Kitzbühel konkurriert. Die Erwerber erwarteten an dieser Stelle entweder ein technisch einwandfreies Objekt oder eine Sanierungsimmoblie. Bei einem - wie hier vorliegenden - erheblich und gravierend mangelhaften Objekt existiere einfach kein Vergleichsmarkt. Im Gegenteil: Aufgrund des tatsächlichen Überangebots ließen die Käufer, so die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen, die Objekte zuvor begutachten. Soweit die Begutachtung Mängel ergebe, würde deren Wert betragsmäßig vom Kaufpreis in Abzug gebracht und die Verkäufer müssten sich dem beugen, so dass sich der Verkehrswert sich um die Mangelbeseitigungskosten reduziere.

61

II) Die Gleichsetzung von Mangelbeseitigungskosten und merkantilen Minderwert beruht daher im konkreten Fall wegen der Besonderheit des Objekts auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage.

62

In diesem Zusammenhang rügt die Beklagte eine angeblich nicht nachvollziehbare Begründung, wobei die Beklagte ihre Berechtigung zur Kritik allein daraus ableitet, dass ihre Auffassung nicht geteilt wird. Sodann wird das eigene Vorbringen wiederholt, so dass sich die inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Senatshinweis im Ergebnis auf ein plakatives „das ist falsch“ beschränkt. Vor diesem Hintergrund ist es daher wenig überzeugend, dass sich die Beklagte, welche die fehlende Auseinandersetzung mit ihrer Argumentation beanstandet, selbst diese Verfahrensweise für sich postuliert. Dem Senat erschließt sich daher auch nicht, welche weitere Tatsachengrundlagen der Sachverständige hätte ermitteln können bzw. sollen.

63

Es gibt aufgrund der Besonderheiten des Objekts keinen Markt für „einwandfreie ...seevillen in Millionenhöhe“ und „...seevillen mit sanierungsbedürftigem Dach in Millionenhöhe“. Jede Minderungsschätzung eines Sachverständigen wäre - gibt es keine vergleichbaren Kauffälle - eine Schätzung ins Blaue, ohne nachvollziehbare geeignete Anknüpfungstatsachen als Erfahrungswerte. Genau diese Besonderheit des Falles hat der Sachverständige plausibel erarbeitet, indem die Situation im vorliegenden Fall verglichen wurde mit klassischen Veräußerungsfällen, wie beispielsweise einem Einfamilienhaus im Einzugsgebiet von München. Insoweit existiert ein umfangreicher Markt. Solche Häuser werden in unterschiedlichsten Zuständen verkauft und daher kann ein Immobiliensachverständiger plausibel ermitteln, welcher Immobiliendefekt zu welcher Kaufpreisminderung führt. Die Ausführungen des Sachverständigen zeigen, dass ihm das Anliegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum fiktiven Schaden bewusst war und er diese seiner Begutachtung zu Grunde legt. Die Minderungsschätzungen haben ihre Grundlage in der Bewertung zahlreicher Vergleichskauffälle, bei denen ausgehend von Defekten eine ausreichende Prognosegrundlage existiert. Hieran mangelt es vorliegend aber ganz offensichtlich.

64

III) Aus Sicht des Senats sprechen noch zwei weitere gewichtige Indizien für die sachverständige Einschätzung.

65

Im Bereich von Immobilienkäufen ist - ähnlich den „Unfallfahrzeugen“ bei gebrauchten Pkws - ein vorhandener Schimmelbefall Indiz für ein Feuchtigkeitsproblem und ein Feuchtigkeitsschaden gilt als Systemmangel. Zum anderen ist ein sanierungsbedürftiges Dach ein klassischer Funktionsmangel.

66

Beide Mängel sind nicht im Ansatz mit den Mängeln vergleichbar, die der Bundesgerichtshof zum Anlass seiner Rechtsprechungsänderung aufgegriffen und hierbei zu Recht eine Störung des Integritätsinteresses ermittelt hat. So lagen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jeweils - das ist die dem Werkvertragsrecht eigene Problematik von Gewerken und Folgegewerken - Mängel zugrunde, bei denen die Mangelbeseitigungskosten erheblich waren, die Mängel aber nur zu einer erheblich geringeren Werteinbuße geführt haben.

67

Vor diesem Hintergrund ist die Wertung des Sachverständigen als - was die geänderte Rechtsprechung fordert - Sachverständiger für Immobilienbewertung ohne weiteres nachvollziehbar, dass bei einem atypischen Objekt quasi ohne Markt die Kaufpreisminderung die Mangelbeseitigungskosten erreichen kann bzw. an diesen zu messen ist. Ein Verstoß gegen die geänderte Rechtsprechung liegt hierin jedenfalls dann nicht, wenn die Minderung nur auf die Art und Weise ermittelbar ist, wie dies im vorliegenden Fall erfolgt ist.

68

In ihrer Erwiderung auf den gerichtlichen Hinweis verweist die Beklagte darauf, dass die Einschätzungen des Sachverständigen unzutreffend seien, u.a. zum Überangebot. Dies sind aus Sicht des Senats Behauptungen ins Blaue, denn die Beklagte macht sich nicht einmal die Mühe, sich mit der Begründung zu befassen und verweist darauf, dass dem Senat „aus der Presse“ gegenteiliges bekannt sein soll.

69

Ohne dass dies entscheidungsrelevant ist, ist anzumerken, dass ein Senatsmitglied aus dem ...gau stammt und dort wohnt, den Immobilienmarkt dort mitverfolgt und die Einschätzungen des Sachverständigen dahingehend teilt, dass Grundstücke mit Seezugang nur äußerst selten angeboten werden. Die diesbezüglich eher unjuristische Argumentation der Berufung ist daher in diesem Zusammenhang nicht geeignet, einem weiteren Erkenntnisgewinn Vorschub zu leisten.

70

IV) Der in der Berufung gerügte Verfahrensfehler, wenn ein solcher überhaupt vorliegen sollte, wurde durch die erfolgte Akteneinsicht geheilt.

71

Der Sachverständige hat plausibel dargestellt, dass es sich um interne Notizen auf dem Weg zur sachverständigen Einschätzung handelt. Dies ist verständlich, da die Notizen Grundlage waren, um die Marktzuordnung des Objekts vorzunehmen. Angreifbare Rückschlüsse zeigt die Berufung nicht auf. Auch die Gegenerklärung verkennt den Umstand, dass es sich um interne Notizen handelt. Die Ausführungen gehen daher ins Leere, zumal weder die erstinstanzliche noch die Senatsentscheidung auf diese Notizen gestützt sind.

72

3. Ein Mitverschulden des Klägers (§ 254 BGB) ist nicht zu berücksichtigen.

73

Der Sachverständige hat nachvollziehbar (s.o.) zwei primäre Ursachen für die extreme Feuchtigkeitssituation und damit der späteren Schimmelbildung ermittelt: Das Einsperren der Feuchte im Dachstuhl durch Anbringung der Dampfsperre und die mangelhaft errichtete Dampfsperre. Insoweit trifft den Kläger ersichtlich keine Verantwortung. Dass Feuchtigkeit im Dachstuhl eingesperrt wurde ist ein gravierender Überwachungsfehler und ob das Ausmaß der eingesperrten Feuchtigkeit teilweise auf ein falsches Lüftungsverhalten zurückgeführt werden kann, ist insoweit nicht von Relevanz. Die Beklagte hätte sich versichern müssen, ob der Feuchtigkeitssituation im Dachstuhl entsprechende Abdichtungsarbeiten erlaubt. Erst dann hätte mit der Abdichtung begonnen werden dürfen, d. h. das Lüftungsverhalten war nicht mehr kausal.

74

Unterstellt der Dachstuhl wäre vollständig abgedichtet worden, hätte das Lüftungsverhalten keinen erheblichen Einfluss auf den Dachstuhl (wohl aber auf den darunter liegenden Wohnbereich). Hinzu kommt, dass die Beklagte die Beweislast dafür trägt, dass ein entsprechendes Fehlverhalten gegeben ist, was streitig ist. Das einzig in Betracht kommende Indiz für ein Fehlverhalten - die Feuchtigkeit im Dachstuhl - scheidet aus, da insoweit der Sachverständige die Ursachen hierfür ermittelt hat.

75

Hierauf hat der Senat hingewiesen. Die Erwiderung hierzu verweist auf die Berufungsbegründung. Dass dem nicht gefolgt wurde, ergibt sich aus dem Hinweis.

76

4. Der zugesprochene Schadensumfang ist nicht zu beanstanden.

77

Die Beklagte wendet insoweit ein, dass die Schätzung zu hoch gegriffen sei und - entsprechende Anstrengungen und Witterungsverhältnisse unterstellt - der Dachstuhl mit geringerem Kostenaufwand errichtet werden könne. Der Sachverständige habe zu Unrecht Einheitswerte angesetzt.

78

5. Der Senat folgt dem insgesamt nicht.

79

Der Sachverständige hat deutlich gemacht, dass nur ein Kompletttausch des Dachstuhls in Frage kommt und diesen Umstand mit der dem Schimmel eigenen und ihm innewohnenden Gefahr begründet sowie mit wissenschaftlichen Erkenntnissen belegt. Auch der Verlauf dieses Verfahrens stützt die Einschätzung des Sachverständigen, da trotz intensiver Maßnahmen die Schimmelproblematik nicht gelöst wurde.

80

6. Die Kostenschätzung des Sachverständigen ist nachvollziehbar.

81

So wurde die Berechnung offengelegt und die einzelnen Kostenpositionen wurden nachvollziehbar aufgelistet und entsprechenden Gewerken zugeordnet. Der Senat kann die Kosten nachvollziehen, da die anfallenden Arbeiten präzise ermittelt und Gewerken (Zimmerer, Trockenbauer und Spenglerarbeiten) zugeordnet wurden. Allein im Bereich der Zimmererarbeiten - hier setzt der Sachverständige etwa 120 Tausend Euro an - erarbeitete der Sachverständige sechzehn Unterpositionen und sowohl die Arbeiten als auch der Berechnungsschlüssel wurden aufgeführt sind. Die Unterpositionen belaufen sich vielfach auf „niedrige“ vierstellige Beträge, der mathematische Rundungseinfluss wird herausgearbeitet und die Gesamtkosten sind unschwer kontrollierbar.

82

7. Dass eine Sanierung (erheblich) kostenintensiver ist als die Neuerrichtung entspricht der typischen Erfahrung im Bausegment und ist dem Senat als Fachsenat bekannt.

83

Bei der Neuerrichtung entfallen die Demontearbeiten und die Anschlüsse der unterschiedlichen Gewerke sind, da im Wachstum befindlich, regelmäßig einfacher zu bewerkstelligen. Naturgemäß ist ferner das Betreiben einer Baustelle viel unproblematischer, wenn noch keine Wohnsituation vorherrscht und daher keine entsprechenden Vorsichts- und Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind. Genau dies beschreibt der Sachverständige, wenn in den Kosten eine sukzessive Dachsanierung zu Grunde gelegt wird, die von entsprechenden Abdichtungsmaßnahmen zu begleiten ist.

84

8. Ob - gleichsam in einer „Hauruckaktion“ wie die Beklagte meint - vier Mann in vier Wochen bei günstigen Witterungsverhältnissen den Dachstuhl theoretisch errichten können, ist insoweit unbeachtlich.

85

Aufgabe des Sachverständigen ist es, den zu erwartenden Preis zu ermitteln, der bei den Sanierungsarbeiten des Dachstuhls voraussichtlich anfallen wird. Bei der Sanierung eines Dachstuhls als Werkvertrag wird vom Unternehmer ein Erfolg versprochen, ein verständiger Unternehmer berücksichtigt bei seiner Preiskalkulation das ihn treffende Wetterrisiko und er wird daher entsprechende Abdichtungsmaßnahmen zum Bestandteil seiner Preiskalkulation machen.

86

9. Soweit die Beklagte rügt, der Sachverständige sei ihren Fragen ausgewichen, wie lange die Arbeiten dauern würden, wenn Witterungsverhältnisse nicht berücksichtigt werden, ist dieser Einwand kein konkreter Anhaltspunkt für Zweifel (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

87

Wie oben dargelegt, ist es Aufgabe des Sachverständigen zu ermitteln, welche Preiskalkulation ein verständiger Unternehmer zu Grunde legen wird und dieser wird nicht das Witterungsrisiko übernehmen. Die Rüge ist daher insgesamt verfehlt.

88

10. Gleiches gilt im Hinblick auf den angeblichen „Makel“, dass der Sachverständige mit Einheitspreisen rechnet.

89

Die zu beurteilende Sanierung ist eine stark individuelle Werkleistung und ein verständiger Unternehmer wird zunächst ermitteln, welche Einzelarbeiten erforderlich sind und welches Material benötigt wird. Genau das hat der Sachverständige erarbeitet. Dann erfolgt die Preisfestsetzung. Welche anderen Informationen als Kalkulationsgrundlage dienen sollen, als die vom Sachverständigen verwendeten Einheitspreise - typischerweise spiegelt sich in dem zu bearbeitenden Material die benötigte Arbeitszeit - ist für den Senat nicht ersichtlich. Bezeichnenderweise hatte die Beklagte im Rahmen der Anhörung keine einzige Position und keinen einzigen Betrag in Frage gestellt, sondern allein die Höhe der Gesamtkosten angezweifelt und immer wieder Dauer und Schutzmaßnahmen gegen Witterungseinflüsse thematisiert, was - s. o. - nicht zielführend ist.

90

In ihrer Erwiderung auf den Senatshinweis nun die Beklagte, der Senat habe sich u.a. mit dem Argument zur Preissteigerung nicht befasst. Das ist schlicht unzutreffend und die Berufungsführerin hat offensichtlich ihre eigenen Ausführungen nicht in Erinnerung. Die Beklagte ermittelt - insoweit unzutreffend, s.o. - einen Betrag von 60.000 Euro, den sie anschließend um 30%, die Preissteigerung, erhöht. Die Folge bleibt offen. Wenn nun ein Sachverständiger und die Beklagte zu unterschiedlichen Beträgen kommen, wird eine prozentuale Preissteigerung offensichtlich ebenfalls ein unterschiedliches Ergebnis ergeben.

91

11. Auch die Einrede der Unverhältnismäßigkeit bleibt ohne Erfolg.

92

So wird bereits wenig verständlich seitens der Beklagten geltend gemacht, dass eine „funktionale“ Beeinträchtigung des Dachstuhls nicht gegeben sei. Schimmelpilzbefall hat aber neben den gesundheitlichen Folgeproblemen unmittelbar Auswirkung auf den Werkstoff, dessen Lebenserwartung und seine Stabilität. Dass der Holzdachstuhl für eine Immobilie eine überragende Bedeutung hat, muss nicht näher begründet werden; nachdem folglich auch die Stabilität betroffen ist, liegt eine „funktionale“ - ein Dachstuhl soll das Dach nun auch tragen - Beeinträchtigung vor.

93

Hinzu kommt, dass Schimmel als dynamischer Mangel sich ausbreiten und sich auch in bisher nicht belastete Holzteile oder Werkstoffe weiterfressen wird.

94

Mit dem Einwand der Unverhältnismäßigkeit argumentiert die Beklagte wohl dahingehend, weitere drohende Eigentumsbeeinträchtigungen müssten ggf. hingenommen werden.

95

(3) Die Beklagte verkennt offensichtlich Inhalt und Wesen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

96

Die Sanierung ist offensichtlich geeignet, um den verursachten Mangel zu beseitigen; die Erforderlichkeit ergibt sich aus den vorgenannten gutachterlichen Ausführungen und die fehlgeschlagene Sanierung ist ein weiterer Beleg hierfür.

97

Die Angemessenheit - eine konkrete Abwägung der Vor- und Nachteile - ergibt sich bereits zwingend aus folgender Erwägung: Wird der Schimmelpilzbefall nicht beseitigt, wird zukünftig die Sanierung des Dachstuhls erforderlich werden. Dann fallen die jetzt als Schaden geltend gemachten Kosten an. Es ist daher wenig überzeugend, warum künftige Kosten in demselben (berücksichtigt man Inflation und Preismehrung) bzw. höheren Umfang in der Person des Geschädigten die Kostentragung für den Schädiger unangemessen werden lassen.

98

(4) Auch beachtet die Beklagte die gesetzlichen Vorgaben in § 635 Abs. 3 BGB nicht.

99

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit wurde vom Gesetzgeber allein in § 634 Nr. 1 i.V.m. § 635 Abs. 3 BGB normiert und vorliegend ist die Nacherfüllung nicht streitgegenständlich. Dass der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Nacherfüllung eine andere Bedeutung zukommt, liegt auf der Hand. Nicht jeder Mangel - vor allem bei Abweichungen nicht erfolgsrelevanter Beschaffensvereinbarungen - führt zu einer relevanten Beeinträchtigung. Im Einzelfall muss der Besteller daher z.B. optische Nachteile hinnehmen, wenn die Beseitigung derselben unangemessen i. S. d. Verhältnismäßigkeitseinwands ist. Das führt aber natürlich nicht dazu, dass der Besteller seine weiteren Sekundärrechte - Minderung bzw. Schadensersatz - verliere und natürlich kann wegen optischer Beeinträchtigung sowohl der Werklohn gemindert als auch (nach den Vorgaben des BGH zum fiktiven Schadensersatzrecht) Schadensersatzes gefordert werden.

100

(5) Vorliegend wird „Schadensersatz“ gefordert.

101

Inwieweit hier die Unverhältnismäßigkeit zum Tragen kommen kann, bleibt unklar, da für die Beseitigung von tatsächlichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen ein strenger Maßstab anzulegen ist. Eine Unverhältnismäßigkeit ist zwar - als verfassungsrechtliche Ausstrahlung - durchaus vorstellbar, wenn z.B. die Reparatur eines Wirtschaftsgutes weit mehr kostet, als das Wirtschaftsgut (Stichwort 130% Regel beim PKW-Schaden) wert ist. Dass die beeinträchtigende Immobilie aber weniger wert sein soll, als die Dachsanierung wird die Beklagte nicht ernsthaft behaupten.

102

12. Der Anspruch ist durchsetzbar, da die Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) nicht greift.

103

Die Berufung rügt zwar vom Ansatz her zutreffend, dass ein Rückgriff - wie vom Landgericht vorgenommen - auf § 213 BGB methodisch nicht einschlägig ist; der Rechtsfehler ist aber nicht erheblich (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO).

104

13. Für den Verjährungsbeginn ist auf das o.g. Abnahmesurrogat - die Abnahmeweigerung durch Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs - abzustellen.

105

Da die Verjährungsfrist nicht einmal - wie das Landgericht ausgeführt hat - abgelaufen wäre, wenn man auf den frühen Zeitpunkt der Errichtung abstellt, ist der konkrete Verjährungsbeginn im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich.

106

14. Der Kläger hat Klage auf Schadensersatz statt der Leistung erhoben, nicht aber eine - so versteht der Senat die Berufungsrüge - offene oder versteckte Teilklage.

107

Ausweislich des Petitums und des zur Rechtfertigung vorgetragenen Lebenssachverhalts wurde der vollständige Schaden geltend gemacht. Die Betragsänderung trägt dem Wandel der Rechtsprechung Rechnung, wonach im Werkvertragsrecht nicht mehr die Möglichkeit besteht, fiktiv abzurechnen.

108

Vielmehr hat die Rechtsprechung hierzu Vorgaben gemacht und ausgeführt, dass das Schadensrecht zum einen das Integritätsinteresse schützt - das ist der merkantile Minderwert -, zum anderen aber auch das

Äquivalenzinteresse schadensrechtlich zu beachten sei, was über die zuvor dem Schadensrecht fremde Rechtsfigur des schadensrechtlichen und abzurechnenden Vorschusses erreicht wird. Beides ist aber Bestandteil des „Schadens“ im Sinne der §§ 249 ff. BGB und nach ständiger Rechtsprechung stellt eine Änderung der Schadensberechnung keine Klageänderung dar. Der Streitgegenstand bleibt - auch bei unterschiedlichen Beträgen - identisch und die Verjährung als prozessuale Bestimmung im BGB orientiert sich am prozessualen Streitgegenstandsbegriff.

109

15. Ein anderes Ergebnis ließe sich auch nicht begründen.

110

Ein Geschädigter, der die Immobilienminderung ohne sachverständige Hilfe nicht beziffern kann, könnte kaum mit Rechtssicherheit agieren. Er kann nur Klage erheben und sich hierbei an einer entsprechenden Schätzung orientieren. Ergibt dann eine gerichtliche Überprüfung, dass die Schätzung zu niedrig ist, muss er jederzeit den Antrag anpassen können. Die Verjährungsvorschriften als besondere Ausprägung von Treu und Glauben enthalten die Wertung, dass das Vertrauen des Schuldners schützenswert ist, wenn der Gläubiger in der Verjährungszeit (Zeitmoment) untätig bleibt und keine Anstrengungen unternimmt, seine Forderung zu realisieren (Umstandsmoment). Der Kläger hat im vorliegenden Fall aber unzweifelhaft rechtzeitig mit seiner Klage zum Ausdruck gebracht, dass er von der Beklagten vollständigen Ersatz seines Schadens begehrt. Wie sich hierbei ein „schützenswertes“ Vertrauen zu Gunsten der Beklagten bilden kann, ist für den Senat nicht ersichtlich.

111

16. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang noch argumentiert, die Betragsänderung sei nicht bedacht worden, hat der Senat darauf verwiesen, dass eine Änderung der Schadensberechnung von der Rechtsprechung hingenommen wird. Eine Änderung der Schadensberechnung führt nun denknotwendig zu einem anderen Betrag.

112

17. Die Berufung ist erfolgreich, soweit der Kläger Verzugszinsen auch für die Schadensersatzforderung geltend gemacht hat, die durch Aufrechnung mit der Honorarforderung erloschen ist.

113

Da der Kläger die Klage in soweit - wenngleich ohne Zustimmung der Beklagten - zurückgenommen hat, sind weitere Ausführungen hierzu nicht mehr veranlasst.

114

Die Klage ist insoweit abzuweisen.

115

Das Ersturteil ist daher in Ziffer I. nur entsprechend der Tenorierung abzuändern.

116

Die weitergehende Berufung ist zurückzuweisen.

III.

117

Die Kostenentscheidung erster Instanz ist rechtsfehlerhaft.

118

Das angefochtene („End“-) Urteil ist insoweit gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO analog aufzuheben und die Sache - allein - zur Neufassung der Kostenentscheidung erster Instanz zurückzuverweisen, da dem Senat eine eigene Entscheidung insoweit verwehrt ist.

119

Da das - unterbrochene - Verfahren gegen die Beklagte zu 1) vom Landgericht nicht abgetrennt wurde, darf eine Entscheidung, welche eine Regelung über die gesamten Kosten des Verfahrens zum Inhalt hat, nicht ergehen. Weil das Prozessrechtsverhältnis Kläger / Beklagte zu 1) nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, kann der Senat auch selbst hierüber keine Entscheidung treffen.

120

Im weiteren Fortgang des zurückverwiesenen Teils des Verfahrens - hier allein die Kostenentscheidung - wird das Landgericht daher zu prüfen haben, ob das Verfahren gegen die Beklagte zu 1) schon aus Praktikabilitätsgründen abgetrennt werden sollte, um auch dieses einer Erledigung zumindest nach der Aktenordnung (Stichwort: 6 Monate) zuführen zu können.

121

Solange das Landgericht keine Abtrennung durchführt, fehlt es - jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt und für die Dauer der Unterbrechung - an einer Entscheidung in Richtung gegen die Beklagte zu 1), die eine prozessuale Kostenregelung generieren könnte.

122

Bei einer Abtrennung hingegen kann das Landgericht dann bezüglich der noch verbliebenen Kläger und Beklagte zu 2) eine Kostenentscheidung nach dem jeweiligen Obsiegen und Verlieren treffen.

IV.

123

Die Kostenentscheidung der Berufungsinstanz beruht auf §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

124

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

125

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 3 ZPO i.V.m. §§ 47, 48 GKG.

V.

126

Die von der Berufungsführerin beantragte Zulassung der Revision kommt nicht in Betracht, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

127

Die Beklagte beruft sich darauf, dass die geänderte Rechtsprechung des VII. Senats beim Bundesgerichtshof nicht beachtet worden sei (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Der Senat ist in diesem Zusammenhang anderer Ansicht, denn im Urteil wurde ausführlich dargelegt, dass die höchstrichterlichen Vorgaben beachtet und umgesetzt wurden, da konkrete sachverständige Feststellungen zum Minderwert erfolgten. Vor diesem Hintergrund ist eine Zulassung für die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht geboten. Auch die Fortbildung des Rechts macht eine Zulassung der Rechtsprechung nicht erforderlich, da der Senat keine Fallgestaltung zu entscheiden hatte, die bei der geänderten Rechtsprechung nicht bedacht wurde und die als „offene Rechtsfrage“ klärungsbedürftig wäre; vielmehr konnte der streitgegenständliche Fall unter Beachtung der geänderten Vorgaben zum fiktiven Schadensrecht entschieden werden. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO liegen ersichtlich nicht vor.