

**Titel:**

**Schadensersatzanspruch des Wohnungseigentümers gegen den Wohngebäudeversicherer**

**Normenkette:**

BGB § 254 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 286

ZPO § 97, § 524 Abs. 4

VVG § 14

**Leitsätze:**

1. Ein Wohnungseigentümer kann gegenüber dem Wohngebäudeversicherer wegen pflichtwidrig verzögerter Regulierung eines Leitungswasserschadens Ersatz nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1, 252 BGB in Gestalt entgangener Mieteinnahmen verlangen. (Rn. 24)

2. Den Wohnungseigentümer kann im Einzelfall nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB die Obliegenheit treffen, die sein Sondereigentum betreffenden Schäden zunächst aus eigenen Mitteln zu beseitigen, um die Wohnung mit zumutbarem Aufwand wieder in einen vermietbaren Zustand zu versetzen. Bei Verletzung dieser Obliegenheit ist der zu ersetzende Mietausfallschaden zeitlich zu begrenzen. (Rn. 29)

3. Wird die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen und eine Anschlussberufung damit gemäß § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos, sind dem Berufungsführer grundsätzlich die gesamten Kosten der zweiten Instanz aufzuerlegen (Anschluss an OLG Hamm, NJW 2011, 1520; OLG Köln, NJW-RR 2011, 1435; OLG Frankfurt, BeckRS 2018, 17973; OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 39093). (Rn. 39)

**Schlagworte:**

Wohngebäudeversicherung, Fälligkeit, Leitungswasserschaden, Verzug, Mitverschulden, Vorfinanzierung, Schadenbeseitigung, Mietausfall, Aktivlegitimation, Wohnungseigentümer, Kostentragung, Anschlussberufung

**Vorinstanzen:**

LG Nürnberg-Fürth, Schlussurteil vom 13.08.2020 – 2 O 1644/11

OLG Nürnberg, Endurteil vom 06.05.2019 – 8 U 309/17

LG Nürnberg-Fürth, Grund- und Teilurteil vom 12.01.2017 – 2 O 1644/11

**Fundstellen:**

GE 2021, 761

NWB 2021, 1868

ZfIR 2021, 341

VersR 2021, 1493

BeckRS 2021, 10484

r+s 2021, 334

LSK 2021, 10484

ZWE 2021, 423

ZMR 2021, 806

**Tenor**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 13.08.2020, Aktenzeichen 2 O 1644/11, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 40.488,85 € festgesetzt.

## **Gründe**

I.

**1**

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einer Wohngebäudeversicherung. Der Kläger ist Miteigentümer der im Objekt R. in N. gelegenen Wohnung Nr. ... Für das Anwesen besteht seit dem Jahre 2001 eine Wohngebäudeversicherung bei der Beklagten. Versicherungsnehmerin ist die Fa. ... Dem Vertrag liegen die Allgemeinen Wohngebäude-Versicherungsbedingungen der Beklagten (VGB 88) sowie verschiedene Zusatzklauseln und -bedingungen zugrunde (Anlagenkonvolut K 37).

**2**

Hintergrund des Rechtsstreits ist ein Wasserschaden, der sich im Dezember 2009 in der Wohnung des Klägers ereignet hat. Diesbezüglich ist der Kläger ermächtigt worden, Ersatz für seine Wohnung betreffende Schäden am Gemeinschaftseigentum gegenüber der Beklagten gerichtlich geltend zu machen und einzuziehen. Die Beklagte hat vorgerichtlich 8.397,28 € an den Kläger erstattet (Anlage B 25).

**3**

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

**4**

Mit - insoweit rechtskräftigem - Grund- und Teilurteil vom 12.01.2017 hat das Landgericht die auf bedingungsgemäßen Ersatz der Reparaturkosten aus dem Wasserschaden gerichtete Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Kläger darüber hinaus einen Mietausfallschaden von 13.231,80 € zugesprochen (Bl. 392 ff. d.A.). Soweit das Landgericht die Klage auf Erstattung weiteren Mietausfalls abgewiesen hat, ist diese Entscheidung mit rechtskräftigem Endurteil des erkennenden Senats vom 06.05.2019 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen worden (Az.: 8 U 309/17; Bl. 503 ff. d.A.).

**5**

Im Betragsverfahren vor dem Landgericht hat der Kläger zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 72.237,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus

- 15.815,69 € seit dem 08.09.2010,
- weiteren 12.965 € seit dem 20.01.2012,
- weiteren 7.389,60 € seit dem 01.01.2013,
- weiteren 7.389,60 € seit dem 01.01.2014,
- weiteren 7.389,60 € seit dem 01.01.2015,
- weiteren 7.389,60 € seit dem 01.01.2016,
- weiteren 3.768,50 € seit dem 01.09.2016,
- weiteren 7.389,60 € seit dem 01.01.2017,
- weiteren 2.740,65 € seit dem 16.05.2017 zu bezahlen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen derzeit nicht bezifferbaren Schaden, der durch die erhöhte steuerliche Belastung infolge der Zahlung des Mietausfallschadens entsteht, zu ersetzen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten von Höhe von 1.196,43 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.09.2010 zu bezahlen.

**6**

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

## 7

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme mit Schlussurteil vom 13.08.2020 in Höhe von weiteren 34.965,11 € stattgegeben, die Ersatzpflicht der Beklagten im Hinblick auf steuerliche Mehrbelastungen aus der Erstattung des Mietausfallschadens festgestellt und dem Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 837,52 € zugesprochen.

## 8

Der auf die Hauptforderung zugesprochene Betrag umfasst:

- Austausch des Estrichs zur Schimmelbeseitigung 10.365,00 €
- Korkboden in Flur und Küche 692,35 €
- Ersatz abgeschlagener Fliesen in Bad und WC 1.098,82 €
- Malerarbeiten 902,56 €
- Trockenbauarbeiten im Bad 2.088,38 €
- vorgerichtliche Sachverständigenkosten (Fa. A.) 654,50 €
- Montagekosten Einbauküche 2.966,00 €
- Sanierungskontrolle 802,50 €

- Mietausfall bis einschl. Januar 2014 15.395,00 € Hinsichtlich des Mietausfallschadens hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass zwar kein vertraglicher Leistungsanspruch bestehe, weil dieser unstreitig auf einen Zeitraum von 24 Monaten begrenzt sei. Jedoch schulde die Beklagte Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB, § 14 Abs. 1 VVG. Die Beklagte habe ihre Leistung insbesondere für den Austausch des Estrichs pflichtwidrig und schuldhaft verweigert. Ohne diese Sanierung sei das Objekt unbewohnbar und daher nicht vermietbar gewesen. Ein über Januar 2014 hinausgehender Schadensersatz scheitere allerdings am Mitverschulden des Klägers. Nach Abschluss der gerichtlichen Beweissicherung im Oktober 2013 habe der Kläger intensivere Bemühungen um eine Sanierung und deren Finanzierung entfalten müssen.

## 9

Das genannte Schlussurteil wurde dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 21.08.2020 zugestellt. Die hiergegen gerichtete Berufung ging am 21.09.2020 per Telefax beim Oberlandesgericht Nürnberg ein (Bl. 678/679 d.A.). Die Begründung des Rechtsmittels erfolgte innerhalb verlängerter Frist mit einem am 11.11.2020 eingegangenen Schriftsatz (Bl. 689 ff. d.A.).

## 10

Der Kläger beantragt in zweiter Instanz:

1. Das Schlussurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 13.08.2020 - Az. 2 O 1644/11 - wird abgeändert.
2. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 24.324,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz
  - aus 6.778,80 € seit 01.01.2015,
  - aus weiteren 7.389,60 € seit 01.01.2016,
  - aus weiteren 7.389,60 € seit 01.01.2017,
  - aus weiteren 2.740,65 € seit 16.05.2017 zu bezahlen.

## 11

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

**12**

Sie hat innerhalb der ihr gesetzten (und verlängerten) Erwidernsfrist Anschlussberufung eingelegt (Bl. 705 ff. d.A.).

**13**

Mit der Anschlussberufung beantragt die Beklagte:

**14**

Das Schlussurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 13.08.2020 - Az. 2 O 1644/11 - wird abgeändert, soweit die Beklagte zur Zahlung von 15.395,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus weiteren 7.389,60 € seit dem 01.01.2013 sowie aus 615,80 € aus 615,80 € seit dem 01.01.2014 verurteilt worden ist und soweit festgestellt worden ist, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen derzeit nicht bezifferbaren Schaden, der durch die erhöhte steuerliche Belastung der Zahlung des Mietausfallschadens ab Januar 2012 entsteht, zu ersetzen.

**15**

Insoweit wird die Klage abgewiesen.

**16**

Der Kläger hat zur Anschlussberufung mit Schriftsatz vom 19.02.2021 Stellung genommen (Bl. 717 ff. d.A.).

**17**

Mit Beschluss vom 08.03.2021 hat der Senat darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, die Berufung des Klägers mangels Erfolgsaussicht zurückzuweisen (Bl. 723 ff. d.A.).

**18**

Hierzu hat sich der Kläger mit Schriftsatz vom 03.05.2021 geäußert (Bl. 738 ff. d.A.).

II.

**19**

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 13.08.2020, Aktenzeichen 2 O 1644/11, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

**20**

Der Senat ist gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich an die in erster Instanz festgestellten Tatsachen gebunden. Durchgreifende und entscheidungserhebliche Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen ergeben sich nicht. Die maßgeblichen Tatsachen rechtfertigen keine von der des Landgerichts abweichende Entscheidung und dessen Entscheidung beruht auch nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 513 Abs. 1 ZPO).

**21**

Zu Recht und mit ebenso ausführlicher wie überzeugender Begründung hat das Landgericht den auf Erstattung der Mietausfallkosten gerichteten Schadensersatzanspruch auf den Zeitraum bis einschließlich Januar 2014 begrenzt (LGU 20-24). Mit den hiergegen erhobenen Einwendungen kann die Berufung des Klägers nicht durchdringen.

**22**

1. Soweit der Kläger unter Ziffer III. der Berufungsbegründung einleitend auf seinen erstinstanzlichen Vortrag sowie insbesondere auf den Schriftsatz vom 05.07.2019 (Bl. 529 ff. d.A.) Bezug nimmt, liegt darin kein den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 2 und 3 ZPO genügender Berufungsangriff. Denn entscheidungserhebliche Rechts- und Verfahrensfehler des Landgerichts werden damit nicht aufgezeigt.

**23**

2. Das Landgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Ersatz des durch den Wasserschaden (Versicherungsfall) verursachten Mietausfalls, soweit hierüber nicht bereits durch das Grund- und Teilurteil vom 12.01.2017 rechtskräftig erkannt worden ist, auf §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB gestützt. Es hat

mithin einen „Verzögerungsschaden“ angenommen, weil sich die Beklagte trotz objektiv bestehender Leistungspflicht und Fälligkeit (§ 14 Abs. 1 VVG) vertragswidrig geweigert habe, die Kosten für den Austausch des Estrichs zu erstatten (LGU 19). Dies greift die Berufung des Klägers naturgemäß nicht an und es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, in einer solchen Konstellation grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers bzw. der versicherten Person anzunehmen (vgl. etwa Langheid/Rixecker, VVG, 6. Aufl., § 14 Rn. 17). Ob es entgegen der gesetzlichen Vermutung (§§ 280 Abs. 1 Satz 2, 286 Abs. 4 BGB) an einem Verschulden der Beklagten fehlte, bedarf an dieser Stelle keiner Vertiefung. Sich aufdrängende Zweifel an den diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts (LGU 19) bestehen jedenfalls nicht.

#### **24**

Dass der Kläger im Hinblick auf vertragliche Primäransprüche aus der Wohngebäudeversicherung aktivlegitimiert ist, steht infolge des Grund- und Teilurteils des Landgerichts vom 12.01.2017 (dort Seite 8; Bl. 399 d.A.) rechtskräftig fest, § 318 ZPO. Er ist darüber hinaus als aktivlegitimiert für solche Schadensersatzansprüche anzusehen, die aus einer verzögerten Erfüllung der dem Kläger zur Einziehung überlassenen Vertragsansprüche entstanden sind. Dies ergibt sich bei verständiger Würdigung aus der Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft vom 28.06.2012 (Anlagenband Klagepartei zu Bl. 101 ff. d.A.) sowie dem Umstand, dass die wirtschaftlichen Einbußen aus einer verzögerten Weitervermietung der Wohnung das Sondereigentum des Klägers betreffen.

#### **25**

3. Frei von Beanstandungen hat die Vorinstanz ferner einen Verstoß des Klägers gegen die ihm obliegende Schadensminderungspflicht festgestellt (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB), weil es ihm möglich und zumutbar gewesen sei, die Wohnung nach Abschluss der gerichtlichen Beweissicherung in einen bewohnbaren Zustand zu versetzen und die hierfür erforderlichen Kosten vorzufinanzieren.

#### **26**

a) Dieser Mitverschuldenseinwand scheidet nicht daran, dass der Beklagten eine vorsätzliche Pflichtverletzung vorzuwerfen wäre (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 23.11.2010 - VI ZR 244/09, NJW-RR 2011, 347 Rn. 31 m.w.N.). Letzteres hat das Landgericht rechtsfehlerfrei verneint (LGU 23), ohne dass die Berufung dies angreift.

#### **27**

b) Das Landgericht hat ersichtlich keine Obliegenheit i.S.v. § 28 VVG in den Blick genommen und hieraus ein unter § 254 Abs. 2 BGB fallendes Mitverschulden begründet. Die Berufung mag die im angegriffenen Urteil gewählte Formulierung „unglücklich“ finden, für den Erfolg des Rechtsmittels gibt dies jedoch nichts her. Zu Recht hat das Erstgericht auf die dem allgemeinen Schadensrecht innewohnende Obliegenheit des Geschädigten, den Umfang eines bereits eingetretenen Schadens zu mindern, abgestellt.

#### **28**

Ob und welche Maßnahmen der Geschädigte zur Minderung des Schadens treffen muss, ist gesetzlich nicht geregelt und lässt sich nicht losgelöst vom Einzelfall pauschal beantworten (LGU 20). Entscheidend ist letztlich, ob der Kläger die Maßnahmen getroffen hat, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach Lage der Dinge zur Minderung des Schadens ergreifen würde und die ihm nach Treu und Glauben zumutbar waren (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.01.2018 - VII ZR 74/15, NJW 2018, 944 Rn. 25 m.w.N.). Die in anderen Vorschriften zum Ausdruck kommenden Grundentscheidungen des Gesetzgebers dürfen dabei nicht unterlaufen und dem Geschädigten dürfen keine überobligationsmäßigen Anstrengungen abverlangt werden (vgl. BGH, Urteile vom 12.02.2019 - VI ZR 141/18, NJW 2019, 2538 Rn. 23 und vom 06.02.2018 - II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 35 jeweils m.w.N.). Andererseits darf der Geschädigte aber auch nicht sehenden Auges den längeren Ausfall der Nutzbarkeit einer in seinem Eigentum stehenden Sache in Kauf nehmen.

#### **29**

Im Einklang mit der zuvor genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das Landgericht ferner erkannt, dass es grundsätzlich Sache des Schädigers ist, die Schadensbeseitigung zu finanzieren. Eine Pflicht des Geschädigten, zur Schadensbeseitigung einen Kredit aufzunehmen, kann daher nur unter besonderen Umständen angenommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.05.1988 - III ZR 42/87, juris Rn. 17). Hiervon sind im Einzelfall jedoch Ausnahmen möglich und einen solchen Ausnahmefall hat das

Landgericht fehlerfrei festgestellt. Die auch von der Berufung zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18.02.2020 - VI ZR 115/19, NJW 2020, 1795) steht dem nicht entgegen.

### 30

Im Streitfall ist zum einen zu berücksichtigen, dass der Mietausfall dem Grunde nach nicht auf einer der Beklagten vorwerfbaren Handlung beruht. Dass der Mieter Ö. im Januar 2010 aus der unbewohnbaren Wohnung ausgezogen ist und die Miete um 100% gemindert hat, war Folge eines Wasserschadens am Gemeinschaftseigentum und am Sondereigentum des Klägers. Die Ursachen dieses primären Schadensfalles und der dadurch verursachte Substanzschaden liegen außerhalb des Verantwortungsbereichs der Beklagten. Von dem Einwand aus § 254 Abs. 2 BGB ist hier vielmehr der Vermögensfolgeschaden betroffen, welcher sich aus einer verzögerten Leistungsbewilligung seitens der Beklagten ergibt. Während dem Geschädigten grundsätzlich nicht angesonnen werden kann, einen weitgehend statischen Substanzschaden aus eigenen Mitteln beseitigen zu lassen, oblag es ihm nach Lage der Dinge jedoch, einen monatlich fortschreitenden entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) möglichst nicht weiter auflaufen zu lassen. Mit erheblichem Fortschritt eines sich kontinuierlich aufbauenden Ausfallschadens hatte der Kläger nach der auch vom Senat geteilten Ansicht des Landgerichts (LGu 21) eigene Anstrengungen zu entfalten, um die Wohnung wieder in einen vermietbaren Zustand zu versetzen. Diese Sichtweise ist mit dem Schutzzweck des § 14 VVG vereinbar, denn sie führt nicht zu einer vollständigen - und unbilligen - Entlastung der Beklagten für den von ihr zu vertretenden Verzug, sondern nur zu einer zeitlichen Begrenzung des Verzögerungsschadens.

### 31

Neben dem vertraglichen Anspruch auf Mietausfall für 24 Monate (24 x 615,80 € = 14.779,20 €) hat das Landgericht dem Kläger einen weiteren Ersatz des Mietausfallschadens für 25 Monate (25 x 615,80 € = 15.395,00 €) zugesprochen. Fehlende Einnahmen aus der Vermietung der beschädigten Wohnung sind also für einen Zeitraum von mehr als 4 Jahren kompensiert worden. Die Ausfallzeit bei der Weitervermietung der Wohnung auf dieses Maß zu reduzieren, war dem Kläger im konkreten Einzelfall möglich sowie nach Treu und Glauben zumutbar. Zutreffend hat die Vorinstanz darauf abgestellt, dass spätestens seit Ende 2013 kein beweisrechtliches Sicherungsinteresse des Klägers mehr daran bestand, die Wohnung weiter in beschädigtem Zustand zu belassen. Unangegriffen hat das Landgericht ferner festgestellt, dass der Kläger maximal 8.700,00 € für die sein Sondereigentum betreffenden Schäden hätte aufwenden müssen, um die Wohnung in einen vermietungsfähigen Zustand zu versetzen (LGu 22). Die Kosten für die Beseitigung der Schäden am Gemeinschaftseigentum (namentlich am Estrich) hätte nicht der Kläger, sondern die Wohnungseigentümergeinschaft vorstrecken müssen. Der Finanzierungsaufwand des Klägers lag demnach ganz erheblich unter den Mietausfallkosten, sowohl soweit sie dem Kläger zustehen (insgesamt 30.174,20 €) als auch soweit der Kläger mit der Berufung weiteren Schadensersatz beansprucht (24.324,10 €). Unter diesen Umständen war der Kläger im Falle des Fehlens eigener Mittel gehalten, einen Kredit für die Kosten der Schadensbeseitigung aufzunehmen (vgl. OLG Nürnberg, VersR 1965, 246; OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 15735). Im Rahmen der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast (vgl. BGH, Urteil vom 16.11.2005 - IV ZR 120/04, NJW-RR 2006, 394 Rn. 38) hat der Kläger nicht vorgetragen, dass er sich um eine entsprechende Finanzierung bemüht hat bzw. aus welchen Gründen sie ihm versagt geblieben ist. Auch zur Finanzlage der Wohnungseigentümergeinschaft hat der Kläger nichts vorgetragen.

### 32

Das Landgericht hat schließlich festgestellt, dass die erforderliche Sanierung einen Zeitraum von drei Monaten in Anspruch genommen hätte (LGu 23), die Neuvermietung der Wohnung mithin ab Februar 2014 möglich war. Dies greift die Berufung nicht an.

### 33

4. Die Gegenerklärung des Klägers vom 03.05.2021 wurde zur Kenntnis genommen und geprüft. Sie veranlasst jedoch nicht zu einer anderen Bewertung der Erfolgsaussichten der Berufung.

### 34

Ergänzend bemerkt der Senat:

### 35

a) In zeitlicher Hinsicht ist im Streitfall nicht der formelle Abschluss der vor dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme maßgeblich, sondern der Zeitpunkt der Beendigung der beweissichernden

Bestandsaufnahme durch den gerichtlich beauftragten Sachverständigen. Die diesem Zwecke dienenden Ortstermine des Sachverständigen N. fanden am 11.12.2012 und 22.10.2013 statt (Bl. 185 und 203 d.A.). Die ergänzenden gutachterlichen Stellungnahmen des Sachverständigen vom 23.06.2014 (Bl. 262 ff. d.A.) und 30.09.2015 (Bl. 319/320) bedurften keines weiteren Ortstermins.

### **36**

b) Dass der Kläger die Beklagte mehrmals auf ihre pflichtwidrige Regulierungsweise und damit möglicherweise verbundene Konsequenzen hingewiesen hat, lässt die Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 Abs. 2 BGB nicht entfallen. Gleiches gilt für den Kenntnisstand der Beklagten über die mikrobielle Belastung des Fußbodenaufbaus und für die sich aus § 14 VVG ergebende Pflicht des Versicherers. Soweit in der Gegenerklärung erneut angedeutet werden soll, die Beklagte habe ihre vertraglichen Pflichten vorsätzlich verletzt, steht dem die bindende und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht angegriffene Feststellung des Landgerichts entgegen.

### **37**

c) Es bleibt auch dabei, dass der Kläger im Rahmen der ihn treffenden sekundären Darlegungslast nicht ausreichend vorgetragen hat, dass und warum ihm die Vorfinanzierung der Sanierungskosten - soweit sie nicht ohnehin die Wohnungseigentümergeinschaft zu tragen hatte - weder möglich noch zumutbar war. Allein der Umstand, dass die Beklagte dem Kläger über die vorgerichtlich erstatteten 8.397,28 € hinausgehende berechnete Zahlungen vorenthalten hat, genügt für einen solchen Sachvortrag nicht. Im Übrigen ist es entgegen der Interpretation des Klägers nicht so, dass die behauptete beschränkte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für sich genommen eine Obliegenheitsverletzung darstellen würde. Diese folgt vielmehr daraus, dass der Kläger im konkreten Einzelfall nicht zeitlich unbegrenzt und untätig abwarten durfte, dass die Beklagte ihrer Zahlungspflicht vollständig nachkommt.

III.

### **38**

Die Anschlussberufung der Beklagten verliert mit der Zurückweisung der Berufung ihre Wirkung (§ 524 Abs. 4 ZPO).

IV.

### **39**

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Dies gilt nach zutreffender und vom Senat geteilter Ansicht für das gesamte Berufungsverfahren, einschließlich der Anschlussberufung (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2013, 124, 125; OLG München, NJW-RR 2018, 1174, 1175; OLG Hamm, NJW 2011, 1520; OLG Köln, NJW-RR 2011, 1435; KG, NJW 2014, 1023; OLG Celle, OLGR 2004, 318; OLG Dresden, BeckRS 2015, 15061; Nachweise zur Gegenansicht bei Hk-ZPO/Wöstmann, 9. Aufl., § 524 Rn. 19 und Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 524 Rn. 44). Wird die Berufung im Anschluss an einen gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erteilten Hinweis zurückgenommen, so ist höchstrichterlich anerkannt, dass der Berufungskläger grundsätzlich auch die Kosten der gemäß § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos werdenden Anschlussberufung zu tragen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 07.02.2006 - XI ZB 9/05, NJW-RR 2006, 1147). Nichts anderes gilt, wenn die Berufung - wie hier - im Anschluss an den Hinweis aufrechterhalten bleibt und gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch Beschluss zurückgewiesen wird. Denn auch dann wird über die Anschließung nicht entschieden und es macht für den Anschließenden keinen Unterschied, ob der Berufungskläger nach erfolgtem Hinweis die Berufung mit der entsprechenden Kostenfolge zurücknimmt oder es unter Verzicht auf die Reduzierung der Gerichtskosten auf eine Entscheidung ankommen lässt (vgl. OLG Frankfurt, BeckRS 2018, 17973; OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 39093; BeckOK-ZPO/Wulf, § 524 Rn. 34 [Stand: 01.03.2021]).

### **40**

2. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

V.

### **41**

Der Streitwert ist gemäß §§ 45 Abs. 1 und 2, 47 Abs. 1 und 2, 48 Abs. 1 GKG festzusetzen. Die Werte von Berufung und Anschlussberufung sind auch dann zu addieren, wenn die Anschlussberufung gemäß § 524

Abs. 4 ZPO ihre Wirkung verliert (vgl. BGH, Beschluss vom 05.10.1978 - GSZ 1/78, NJW 1979, 878). Den Wert des mit der Anschlussberufung angegriffenen Feststellungstenors zu Ziffer 2. des landgerichtlichen Schlussurteils hat der Senat mit 5% des zugesprochenen Mietausfallschadens beziffert (§ 3 ZPO).