

Titel:

Verpflichtung zur Altlastenbeseitigung am Gemeinschaftseigentum einer WEG im Wege der kaufrechtlichen Nacherfüllung

Normenketten:

BGB § 437, § 439, § 444

BBodSchG § 8

ZPO § 253

WEG § 9a

Leitsätze:

1. Auch der gewerbliche Verkäufer einer gebrauchten Eigentumswohnung ist grundsätzlich verpflichtet, den einzelnen Käufern insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum zu verschaffen, weil ansonsten in diesen Fällen der vom Gesetzgeber primär vorgesehene Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB praktisch leerliefe (vom BGH bisher offen gelassen, Urteil vom 24.7.2015 - V ZR 167/14, Rz. 22 ff.). (Rn. 115)

2. Zur Sollbeschaffenheit eines Grundstücks gehört auch ohne ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung die Freiheit von nicht nur unerheblichen Kontaminationen. Mit giftigen Stoffen sind nämlich besondere Gefahren und Risiken verbunden, die ein Käufer in der Regel nicht ohne Weiteres hinzunehmen bereit ist (BGH, Urteil vom 30.11.2012 - V ZR 25/12, Rz. 15). (Rn. 72)

3. a) Für die Frage, wann eine nicht nur unerhebliche Kontamination vorliegt, sind mangels abweichender Vereinbarung grundsätzlich die Begriffsdefinitionen für schädliche Bodenveränderungen in § 2 Abs. 3 ff BBodSchG und die Maßnahmewerte gem. § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BBodSchG i.V.m. der BBodSchV maßgeblich. (Rn. 72 – 75)

4. b) Existieren jedoch neuere wissenschaftliche Erkenntnisse dazu, dass Schadstoffe, die - wie BaP (Benzo(a)Pyren) - als kanzerogen eingestuft werden, bereits in erheblich geringerer Konzentration dem Menschen schaden können als bisher in der BBodSchV vorgesehen, ist es im Hinblick auf das hohe Schutzgut der Gesundheit nicht vertretbar, bis zur endgültigen Verabschiedung einer novellierten Verordnung veraltete, möglicherweise die Gesundheit gefährdende Prüfwerte zugrunde zu legen. Vor diesem Hintergrund war in Bayern bereits im Jahr 2013 der vom Bayerischen Landesamt für Umwelt abgeleitete Prüfwert von 0,5 mg/kg BaP für Kinderspielflächen und Wohngebiete für die Soll-Beschaffenheit zugrunde zu legen. (Rn. 92 – 96)

5. Ein gewerblicher Verkäufer gebrauchter Immobilien kann sich gem. § 444 BGB auf einen vertraglichen Gewährleistungsausschluss nicht berufen, wenn er den Kaufinteressenten seine Kenntnisse arglistig nicht vollständig offenbart, insbesondere dass (Rn. 100 – 103)

6. a) bei Auffinden einer verfüllten Kiesgrube jedenfalls in München grundsätzlich ein Altlastenverdacht besteht, (Rn. 104 – 105)

7. b) in den Kaufverträgen jeweils versichert wird, dass „verdeckte Mängel“ nicht bekannt seien, insbesondere ... Altlasten“, obwohl der Verkäufer wusste, dass er hierüber wegen Abwesenheit des zuständigen Sachbearbeiters und mangels Vertretungsregelung für diesen keine aktuelle Kenntnis hatte, und obwohl in diesem Zeitraum ständig mit dem Eingang des entsprechenden Berichts zu rechnen war und dieser für die weiteren Beurkundungen von offensichtlicher Bedeutung war, (Rn. 106 – 110)

8. c) die über eine zusammengefassten Altlastenauskunft der zuständigen Behörde hinausgehenden Kenntnisse über weitere Altlasten und deren Konsequenzen verschwiegen werden. (Rn. 111 – 112)

1. Zwischen den Gewährleistungsrechten aus § 437 Nr. 1–3 BGB besteht keine elektive Konkurrenz. Damit ist auch im Falle einer Feststellungsklage dahingehend, dass der Klägerin wahlweise diese Gewährleistungsrechte zustehen, unzulässig. (Rn. 44 – 47) (redaktioneller Leitsatz)

2. Nach § 9a WEG idF nach der WEG-Reform 2020 ist die Gemeinschaft prozessführungsbefugt für die Klage auf Erfüllung kaufvertraglicher Nacherfüllungsansprüche einzelner anspruchsberechtigter Wohnungserwerber. (Rn. 56 – 57) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Wohnungseigentum, Altlasten, Prozessführungsbefugnis, Nacherfüllungsanspruch, Vergemeinschaftung, Kenntnis, arglistige Täuschung, Kiesgrube

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 27.04.2018 – 25 O 24162/14

Rechtsmittelinstanzen:

BGH, Urteil vom 11.11.2022 – V ZR 213/21

BGH, Beschluss vom 11.11.2022 – V ZR 213/21

Fundstellen:

ZfIR 2022, 98

ZfIR 2022, 77

ZWE 2021, 406

LSK 2021, 24544

Tenor

I. Auf die Berufungen beider Parteien wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 17.04.2018 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, die vorhandenen Altlasten des Anwesens ... in folgendem Umfang zu beseitigen:

a) Sanierung des Innenbereichs (Flächen TF 1 - 3 gem. Abb. 4.-1 Anlage B 4 vom 30.04.2013), soweit dort der Wert von 0,5 mg/kg BaP überschritten wird;

b) Sanierung des südlichen Außenbereichs (Flächen BP 1 und BP 2 gem. Abb. 4-1 Anlage B 5 vom 03.05.2013), soweit dort der Wert von 0,5 mg/kg BaP überschritten wird.

II. Im Übrigen werden die Klage ab- und die Berufungen zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird in dem aus den Gründen ersichtlichen Umfang zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin macht als WEG aus Kaufverträgen einzelner Wohnungserwerber resultierende Nacherfüllungs-, Minderungs- und Schadensersatzansprüche aufgrund von im Innenhof und im Außenbereich ihres Anwesens befindlicher Altlasten gegen die Beklagte geltend.

2

Die Beklagte ist eines der größten Immobilienunternehmen Deutschlands. Die Beklagte hat das streitgegenständliche Geviert zur notariellen Urkunde vom 17.04.2012 des Notars Dr. S. in M. in Wohnungseigentum aufgeteilt und die Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung beurkunden lassen; ergänzt wurde dies durch einen Nachtrag vom 19.11.2012 (vgl. Anlage K 1, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird).

3

Es entstanden hierdurch 180 Teileigentumsanteile (175 Wohnungen, 4 Gewerbeeinheiten und 1 Keller), die die Beklagte sukzessive, beginnend ab dem 13.06.2012, veräußerte. Die Kaufverträge wurden jeweils von der Rechtsabteilung der Beklagten entwickelt und dem Notar Dr. S. zur Beurkundung zur Verfügung gestellt, der die notwendigen Einzelanpassungen vornahm. Die jeweiligen Kaufvertragsentwürfe wurden

den einzelnen Wohnungseigentümern nicht vom Notar, sondern - in der Regel per E-Mail - durch die Beklagte bzw. deren bevollmächtigten Mitarbeiter, Herrn F., übersandt. Alle notwendigen Vertragsänderungen wurden von der Beklagten initiiert und vorgegeben. Die jeweiligen Bearbeitungsstände der einzelnen Notarverträge wurden in der Regel auf der linken oberen ersten Seite der Notarurkunde mit einem entsprechenden Hinweis vermerkt.

4

Im Zeitraum ab 05.03.2013 bis 11.04.2013 veräußerte die Beklagte folgende Wohnungen in der Anlage:

...

5

Sämtliche in diesem Zeitraum beurkundeten Kaufverträge enthielten unter II. § 4 folgende Regelung hinsichtlich der Sachmängelhaftung (vgl. Anlage K 3, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird):

„§ 4 Rechts- und Sachmängel

1. Rechtsmängelhaftung (...)

2. Sachmängelhaftung

Die Rechte und Ansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums sind ausgeschlossen.

Dem Käufer ist das Kaufobjekt bekannt; er kauft es im gegenwärtigen, gebrauchten und altersbedingten Zustand. Der Verkäufer versichert, dass ihm verdeckte Mängel nicht bekannt sind, insbesondere schädlichen Bodenveränderungen und/oder Altlasten. Der Notar hat den Käufer darauf hingewiesen, dass er bei Vorhandensein oder Auftreten von Sachmängeln gegen den Verkäufer keinerlei Ansprüche geltend machen kann und Renovierungsarbeiten und Instandsetzungsmaßnahmen auf eigene Kosten vorzunehmen hat, soweit nichts anderes vereinbart ist.

(...)

3. Die in der vorliegenden Vertragsurkunde nebst Anlagen getroffenen Beschaffenheitsvereinbarungen bezüglich des Kaufgegenstandes sind abschließend. Etwaige abweichende Angaben in Prospekten oder sonstigem Informationsmaterial des Verkäufers vor Kaufvertragsabschluss werden ausdrücklich nicht zum Gegenstand der vereinbarten Beschaffenheit des Kaufgegenstandes gemacht.

4. Von dem vorstehenden und jedem weiteren in dieser Urkunde vereinbarten Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkung ausgenommen ist eine Haftung für Vorsatz gemäß § 276 Abs. 3 BGB oder Arglist gemäß § 440 BGB.

Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen bleibt die Haftung für Schäden

- aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen, sowie

- für sonstige Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen unberührt.

Einer Pflichtverletzung des Verkäufers steht die eines Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich. (...)“

6

Etwa ab Ende Januar 2013 begann die Beklagte, die Böden des Innenhofs und der Außenflächen der Wohnanlage auf deren Baugrundtragfähigkeit untersuchen zu lassen, da sie den Bau einer Tiefgarage beabsichtigte. Die Beklagte hatte sich in den Kaufverträgen und in der Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung vorbehalten, dort nachträglich eine Tiefgarage zu errichten sowie das Dachgeschoss auszubauen. Die Beklagte ersuchte die Firma T. am 29.01.2013 mit der Unterbreitung eines Angebots für die Baugrunduntersuchung (vgl. Email vom 29.01.2013, Anl. B 15). Mit Email vom 05.02.2013 (Anl. B 16) übersandte die T. an Herrn W. von der Beklagten ihr Angebot, in welchem sie die für eine ausreichende Beurteilung der Untergrundverhältnisse erforderlichen Bohrungen vorschlug (Anl. B 16, B 17), und auf dessen Grundlage die Beklagte mit Schreiben vom 18. 02.2013 (Anl. B 18) die T. mit der Baugrunduntersuchung für den Neubau einer Tiefgarage mit Rammsondierung beauftragte.

7

Mit Schreiben vom 05.03.2013, welches die Beklagte ausweislich eines angebrachten handschriftlichen Vermerks am 07.03.2013 (Anl. B 19) erhielt, unterbreitete die T. der Beklagten ein Nachtragsangebot, in dem u.a. Folgendes ausgeführt ist:

„(...) Aufgrund der bei der ersten Bohraktion vorgefundenen aufgefüllten Kiesgrube sind zusätzliche Untersuchungen erforderlich. Nach Rücksprache mit dem Statiker (...) empfehlen wir folgende ergänzenden Bohrungen/Sondierungen/Bodenanalysen:

(...)“

8

Die Beklagte beauftragte die T. daraufhin mit der Durchführung der im Nachtragsangebot empfohlenen zusätzlichen Untersuchungen (LGU S. 5). Die Ergebnisse dieser Untersuchungen fasste die T. in dem Baugrunduntersuchungsbericht vom 26.03.2013 (vgl. Anlage K 8, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird) zusammen und führte zur Altlastensituation folgendes aus:

5. Stellungnahme

5.1 Zu Baugrund und Grundwasser Den Geländeuntersuchungen zufolge befindet sich im Innenhof der Wohnanlage eine ausgefüllte Kiesgrube. Im Bereich der geplanten Tiefgarage reichen die Auffüllungen größtenteils bis in Tiefe von 4,0 - 5,5 m. Lediglich bei der Bohrung B und der Rammsondierung RS 4 wurden Auffüllungstiefen von ca. 6,5 m bzw. 7,0 m festgestellt.

Die Auffüllungen sind nur gering tragfähig und scheiden deshalb als Gründungsunterlagen aus. Erst die darunter anstehenden „gewachsenen“ Kiese können als Gründungsunterlage herangezogen werden.

(...)

5.4 Zur Altlastensituation

Im Bereich der geplanten Tiefgarage lagern aufgefüllte Böden.

Die durchgeführten chemischen Analysen weisen die Auffüllungen als unterschiedlich belastet aus (...)

Wir empfehlen folgende Vorgehensweise:

- a) Aushub der Auffüllungen und Zwischenlagerung auf eigenem Grundstück in Mieten von ca. 250 m³.
- b) Haufwerksbeprobung mit Analyse nach Eckpunktepapier.
- c) Entsorgung der zwischengelagerten Auffüllungen je nach Belastungsgrad.
- d) Nachweis der Altlastenfreiheit der in der Aushubsohle anstehenden natürlich abgelagerten Kiese.“

9

Der Baugrunduntersuchungsbericht vom 26.03.2013 wurde am selben Tag von der T. per E-Mail an Herrn W., dem bei der damaligen P. GmbH für das streitgegenständliche Anwesen zuständigen Technical Asset Manager, gesandt. Der Bericht ging am 26.03.2013 um 12:22 Uhr in dem E-Mail-Postfach des Herrn W. ein (vgl. Anlage B 1).

10

Am 11.04.2013 ordnete die Beklagte einen Veräußerungsstopp hinsichtlich der restlichen Wohnungen an.

11

In der Folge wurde das Referat für Gesundheit und Umwelt (im Folgenden: RGU) eingeschaltet, dem die Ergebnisse des Baugrunduntersuchungsberichtes vom 26.03.2013 mitgeteilt wurden. Das RGU ordnete eine Oberbodenuntersuchung an, die ebenfalls durch das Institut T. durchgeführt wurde. Dieses erstellte am 23.04.2013 einen Analysebericht zur Oberbodenuntersuchung auf Altlasten (vgl. Anlage K 9, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird). Das Ergebnis dieser Untersuchung teilte das RGU der Beklagten mit Schreiben vom 25.04.2013 (Anlage K 10, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird) mit. Für den Bereich der Baugrunduntersuchung (Anlage K 8) erteilte das RGU der P. GmbH mit Schreiben vom 22.04.2013 (Anlage K 11, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird) eine Altlastenauskunft. Des Weiteren ordnete das RGU auch eine den südlichen Innenhofbereich und den südlichen Außenbereich

erfassende Oberbodenuntersuchung an, mit der ebenfalls die T. beauftragt wurde. Diese erstellte am 30.04.2013 den entsprechenden Analysebericht (Anlage K 11 a, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird).

12

Die Beklagte beauftragte ihrerseits die Fa. b. mit der Bewertung der Untersuchungsergebnisse der Oberflächenbeprobung (im Innenhof - TF 1 bis TF 3) im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme zum Wirkungspfad Boden-Mensch sowie einer Empfehlung für das weitere Vorgehen. Die b. erstattete unter dem 30.04.2013 ihr Gutachten (Anl. B 4), in welchem sie zu folgender Bewertung kam:

„5.5.5 Bewertung

Der gesamte Innenhofbereich ist in den für den Wirkungspfad Boden-Mensch relevanten oberen 35 cm Oberboden mit BaP in Höhe der Prüfwerte nach Bodenschutzrecht für Kinderspielflächen und Wohngebiete belastet.

Die höchsten Belastungen sind in Teilfläche 2 anzutreffen, in der sich auch der Sandkasten und die offenen, unbewachsenen Oberbodenflächen befinden. Hier wird für die Bewertung des Untersuchungsergebnisses bei den unbewachsenen Flächen um den Sandkasten abgeleitet, dass der Prüfwert dem Maßnahmewert entspricht, der bei den mit Gras bewachsenen Teilflächen entsprechend höher angesetzt werden kann.“...

6 Vorgeschlagene Maßnahmen

...

Im Rahmen der erforderlichen Sanierungsmaßnahme wird vorgeschlagen, im Umgriff der Sandkastenspielfläche einen Bodenaustausch bis 30 cm Tiefe mit Einbau eines Geogitters als Grabsperre durchzuführen...

Auf einen Austausch in größere Tiefen kann m.E. verzichtet werden, da die Sanierung (Dekontamination) nur für kurze Zeit erfolgen und wirksam sein muss, da in absehbarer Zeit eine Tiefgarage in diesem Bereich gebaut wird und dann die komplette belastete Auffüllung ausgetauscht wird. Eine Einmischung von unter der sanierten Schicht verbliebenen Kontamination durch Bioturbation in relevanten Größenordnungen kann in der kurzen Zeit ausgeschlossen werden...“

13

Am 03.05.2013 gab die b. eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme ab (Anl. B 5), mit welcher sie die weiteren Ergebnisse der Oberflächenproben im südlichen Innenhofbereich (BP 3 und BP 4) und im südlichen Außenbereich (BP 1 und BP 2) bewertet hat und zu folgendem Ergebnis kam:

„5.2.2 Bewertung

Die außen liegende bewachsene Grünfläche zur L. Straße (BP 1 und BP 2) zeigt zwar deutlich erhöhte BaP-Konzentrationen, eine Sanierung wird jedoch bei jetziger Nutzung nicht für notwendig erachtet, da die Fläche durch einen Zaun vor dem Zutritt geschützt ist und somit keine relevante Exposition zu erwarten ist (sh. Kap. 3). Bei Öffnung des Zaunes mit der Möglichkeit des Zutritts durch Bewohner ist Sanierungsbedarf gegeben. Bei gärtnerischen Pflegearbeiten ist entsprechende Vorsicht (kein Hautkontakt, kein Inhalieren von Staubpartikeln) geboten.

Bei den Grünflächen im Innenhof (BP 3 und BP 4) wird kein Sanierungsbedarf gesehen.“

14

Auf Anfrage der Beklagten wurde ihr von der RGU mit Schreiben vom 21.05.2013 (Anlage K 12) die erbetene „zusammenfassende Altlastenauskunft“ erteilt.

15

Im Anschluss daran erfolgte ab 29.05.2013 der Weiterverkauf der restlichen Wohnungen in der streitgegenständlichen Anlage. Diesen Kaufverträgen wurde die „zusammenfassende Altlastenauskunft“ des RGU vom 21.05.2013 (Anlage K 12) zugrunde gelegt. Sämtliche Verträge enthielten unter II. § 4 folgende, geänderte Regelung hinsichtlich der Sachmängelhaftung (vgl. Anlage K 6, auf deren Inhalt ergänzend Bezug genommen wird):

„1. Rechtsmängelhaftung (...)

2. Sachmängelhaftung

Die Rechte und Ansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums sind ausgeschlossen.

Dem Käufer ist das Kaufobjekt bekannt; er kauft es im gegenwärtigen, gebrauchten und altersbedingten Zustand. Der Verkäufer versichert, dass ihm verdeckte Mängel nicht bekannt sind. Der Verkäufer weist darauf hin, dass nach Auskunft der Stadt - Referat für Gesundheit und Umwelt - vom 21.05.2013 der gesamte Innenhof als Altlastenverdachtsfläche verzeichnet ist. Die Auskunft der Stadt ist dem Käufer bekannt. Der Verkäufer verpflichtet sich, sämtliche nach den Vorgaben der Stadt - Referat für Gesundheit und Umwelt - in diesem Zusammenhang notwendigen Sicherungsmaßnahmen fachgerecht auf seine Kosten bis spätestens zum 30.06.2014 vollständig vorzunehmen. Der Verkäufer übernimmt keine Haftung für eine vollständige Beseitigung möglicher schädlicher Bodenveränderungen durch diese Sicherungsmaßnahmen, der Verkäufer übernimmt weiter keine Haftung für eine Altlastenfreiheit des Grundstücks außerhalb des Innenhofes.

Der Notar hat den Käufer darauf hingewiesen, dass er bei Vorhandensein oder Auftreten von Sachmängeln gegen den Verkäufer keinerlei Ansprüche geltend machen kann und Renovierungsarbeiten und Instandsetzungsmaßnahmen auf eigene Kosten vorzunehmen hat, soweit nichts anderes vereinbart ist.

(...)

3. Die in der vorliegenden Vertragsurkunde nebst Anlagen getroffenen Beschaffenheitsvereinbarungen bezüglich des Kaufgegenstandes sind abschließend. Etwaige abweichende Angaben in Prospekten oder sonstigem Informationsmaterial des Verkäufers vor Kaufvertragsabschluss werden ausdrücklich nicht zum Gegenstand der vereinbarten Beschaffenheit des Kaufgegenstandes gemacht.

4. Von dem vorstehenden und jedem weiteren in dieser Urkunde vereinbarten Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkung ausgenommen ist eine Haftung für Vorsatz gemäß § 276 Abs. 3 BGB oder Arglist gemäß § 440 BGB.

Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen bleibt die Haftung für Schäden

- aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen, sowie

- für sonstige Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen unberührt.

Einer Pflichtverletzung des Verkäufers steht die eines Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich. (...)"

16

In der Zeit ab 29.05.2013 veräußerte die Beklagte folgende Wohnungen (vgl. aktualisierte Käuferliste, Bl. 208/213):

...

17

In der Folgezeit tauschte die Beklagte lediglich den Oberboden des Innenhofes in einer Höhe von 20 - 30 cm aus, wie es die Stadt angeordnet hatte. Der darunter liegende Bereich bis zu einer Tiefe von 6,5 m wurde von der Beklagten nicht altlastenbereinigt.

18

Am 22.05.2014 fand eine ordentliche Eigentümerversammlung der Klägerin statt, zu der die Eigentümer ordentlich geladen worden waren. Unter TOP 5.3 wurde folgendes beschlossen (vgl. Anlage K 23):

„TOP 5.3. Diskussion und Beschlussfassung, die Hausverwaltung zu berechtigen, sofern erforderlich und ratsam, mit einzelnen Wohnungseigentümern gegebenenfalls die Abtretung deren individueller Ansprüche an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu vereinbaren.

Herr Rechtsanwalt W. erklärt wie folgt: Sollte ein Richter den Anspruch der WEG nicht über den Paragraphen 10 Abs. VI gelten lassen, so soll vorsorglich folgender Beschluss gefasst werden.

Beschlussantrag:

Die Wohnungseigentümer beschließen, die Hausverwaltung zu berechtigen, sofern erforderlich und ratsam, mit einzelnen Wohnungseigentümern gegebenenfalls die Abtretung deren individueller Ansprüche an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu vereinbaren.

Abstimmung:

Ja: 81 Stimmen Nein: 7 Stimmen Enthaltung: 1 Stimme“

19

Am 16.03.2016 traten die oben genannten 38 Wohnungskäufer die ihnen aus den jeweiligen Kaufverträgen mit der Beklagten zustehenden Erfüllungs-, Nacherfüllungs-, Minderungs- und kleinen Schadensersatzansprüche an die Klägerin ab (Anlagenordner K 32).

20

Die Klägerin hat in erster Instanz vorgetragen, dass sie sowohl zur Geltendmachung geborener gemeinschaftsbezogener Ansprüche (§ 10 Abs. 6 S. 3 WEG) als auch gekorener Rechte aktivlegitimiert sei. Darüber hinaus hätten nahezu sämtliche Sondereigentümer ihre einzelvertraglichen Nacherfüllungs- und Gewährleistungsansprüche an die Klägerin abgetreten. Spätestens mit Erhalt des Nachtragsangebotes vom 05.03.2013 habe ein konkreter Altlastenverdacht bestanden, da der Beklagten bekannt gewesen sei, dass der Innenhof aufgefüllte Böden enthalte, bei denen grundsätzlich mit Altlasten zu rechnen sei, weshalb von dieser konkret eine Altlastenuntersuchung beauftragt worden sei. Die Beklagte habe jedoch, obwohl sie nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung von sich aus verpflichtet gewesen sei, den Altlastenverdacht zu offenbaren, die Käufer hierüber nicht aufgeklärt. Mit Erhalt des Baugrunduntersuchungsberichts der Fa. T. vom 26.03.2013 habe die Beklagte am selben Tag positive Kenntnis von den vorhandenen Altlasten gehabt, über die sie die Erwerber jedoch nicht aufgeklärt habe. Die Beklagte habe jedenfalls grob fahrlässig gehandelt, was im Hinblick auf die geltend gemachten Ansprüche gemäß § 309 Nr. 7 BGB ausreichend sei. Darüber hinaus habe sie gegenüber den Erwerbern ab 29.05.2013 arglistig verschwiegen, dass die Altlasten nicht vollständig beseitigt worden seien, sondern in § 4 der Kaufverträge irreführend und verschleiern angegeben, dass der Verkäufer sämtliche nach den Vorgaben der Stadt in diesem Zusammenhang notwendigen Sicherungsmaßnahmen vornehmen werde und keine Haftung für eine vollständige Beseitigung übernehme. Neben der Altlastenproblematik im Innenhof gebe es auch eine solche im südlichen Außenbereich (vgl. Oberbodenuntersuchung vom 30.04.2013, Anl. K 11 a). Die Klägerin habe ein Feststellungsinteresse, da die Bezifferung eines Zahlungsantrags erst dann möglich sei, wenn die tatsächlich vorhandenen Altlasten untersucht und bewertet seien.

21

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,

I. Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte kaufrechtliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz, jeweils wahlweise im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a zustehen.

II. hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin aus den von der Beklagten mit den nachstehend aufgeführten Sondereigentümern geschlossenen streitgegenständlichen Kaufverträgen, kaufrechtliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz, jeweils wahlweise im Zusammenhang mit den in den ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a aus abgetretenem Recht zustehen:

Käuferliste entsprechend S. 3 - 6 des Schriftsatzes vom 13.07.2016 (Bl. 208 - 211)

22

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt,

die Klage abzuweisen.

23

Die Beklagte hat die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten. Sie hat ferner vorgetragen, dass Herr W. von dem mit E-Mail vom 26.03.2013 versandten streitgegenständlichen Baugrunduntersuchungsbericht erst nach seinem Arbeitsantritt nach den Osterfeiertagen 2013 Kenntnis erlangt und diesen nach Durchsicht

unverzüglich am 10.04.2013 an Frau H., die zuständige Asset-Managerin bei der von der Beklagten mit dem Asset Management der streitgegenständlichen Wohnanlage beauftragten P., weitergeleitet habe. Sie habe auch am 05.03.2013 aufgrund des Nachtragsangebotes und -auftrages keine Kenntnis von der Altlastenproblematik gehabt, da der Fokus bei dieser Nachtragsbeauftragung auf der Tragfähigkeit der Böden gelegen habe; die gleichzeitig durchgeführte teilweise Altlastenuntersuchung sei lediglich ein Nebenaspekt gewesen. Es gebe auch keinen generellen Grundsatz, dass aufgefüllte Böden immer belastet seien. Weder liege ein grob fahrlässiges Verhalten der Beklagten vor, noch sei dieser Maßstab in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche ausreichend, sie habe sich auf die Richtigkeit der Altlastenauskunft des RGU vom 21.05.2013 (Anlage K 12) verlassen und habe sich darauf auch verlassen dürfen und habe durch die gegenüber den Käufern erfolgte Bekanntgabe der Gesamt-Altlastenauskunft des RGU vom 21.05.2013 vollumfänglich ihrer kaufvertraglichen Auskunft- und Informationsverpflichtung entsprochen. Eine von der Klägerin behaupteten Altlastenproblematik im Außenbereich sei nicht gegeben, insbesondere ergebe sich eine solche Problematik nicht aus der Anlage K 11 a. Selbst wenn ein Anspruch für einzelne Eigentümer aus dem Zeitfenster zwischen dem zweiten Untersuchungsauftrag und dem Baustopp gegeben wäre und diese Ansprüche wirksam an die Klägerin abgetreten worden wären, hätte dies doch keinen Einfluss auf den Gewährleistungsausschluss der sonstigen Eigentümer. Die Vergemeinschaftung könne nicht dazu führen, dass Ansprüche jener Eigentümer entstünden, bei denen der Haftungsausschluss wirksam vereinbart sei und Arglist entweder noch nicht oder nicht mehr in Betracht komme. Der Arglisteinwand sei zudem ein höchstpersönliches Recht, das auch nicht im Wege der Beschlussfassung vergemeinschaftet werden könne. Es sei auch kein zwingender Grund ersichtlich, warum eine solche Vergemeinschaftung notwendig sein sollte. Allenfalls könnten somit abgetretene Rechte einzelner Eigentümer aus einem kurzen Zeitraum bestehen. Diese reichten jedoch nicht so weit, dass sie den Antrag der Klägerin in vollem Umfang tragen könnten. Die Auffassung der Klägerin, dass ein hundertprozentiger Nacherfüllungsanspruch schon dann anzunehmen sei, wenn auch nur ein einziger Käufer Mängelgewährleistungsrechte hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums habe, gehe fehl; in Betracht kämen allenfalls einige wenige quotale Schadensersatzansprüche.

24

Das Landgericht hat nach Durchführung einer umfangreichen Beweisaufnahme der Klage im Hilfsantrag lediglich hinsichtlich der geltend gemachten kleinen Schadensersatzansprüche der Käufer ... aus abgetretenem Recht in Bezug auf die streitgegenständlichen Sachmängel im Innenbereich der Wohnanlage stattgegeben, die geltend gemachten Ansprüche in Bezug auf den Außenbereich der Wohnanlage jedoch für nicht begründet angesehen, und die Klage insoweit abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin aufgrund der Abtretung der Ansprüche der drei genannten Käufer vom 16.3.2016 an die WEG aktivlegitimiert sei. Die WEG habe aufgrund des in der ordentlichen Eigentümerversammlung vom 22.5.2014 gefassten Beschlusses (TOP 5.3) eine ausreichende Ermächtigung besessen, die entsprechenden Anspruchsabtretungen anzunehmen und die Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, wie sich aus TOP 5.1 dieses Beschlusses ergebe. Der geltend gemachte „kleine Schadensersatzanspruch“ sei hinsichtlich des Hilfsantrages begründet, da die Beklagte diese Käufer bei Vertragsschluss grob fahrlässig nicht darauf hingewiesen habe, dass es im Innenbereich einen Altlastenverdacht gebe, der noch nicht abschließend geklärt sei. Aufgrund des in den notariellen Kaufverträgen vereinbarten Haftungsausschlusses für Sachmängel und der unter Ziff. 4 getroffenen Regelung, wonach hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen die Haftung „für sonstige Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen“ unberührt blieben, sei Haftungsmaßstab für Schadensersatzansprüche daher Vorsatz bzw. grobe Fahrlässigkeit, während hinsichtlich der sonstigen kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche (Nacherfüllung bzw. Minderung) Haftungsmaßstab Vorsatz bzw. Arglist der Beklagten sei. Das Landgericht habe nach Durchführung der Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen, dass die Beklagte ihre Offenlegungspflicht hinsichtlich eines ihr seit dem 5.3.2013 bekannten Altlastenverdachts gegenüber den 3 Käufern grob fahrlässig verletzt habe. Die Beklagte habe im Hinblick auf die sich aus dem Nachtragsangebot der Fa. T. vom 5.3.2013 ergebenden Informationen naheliegende Überlegungen nicht angestellt und daher die im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflichten in besonders schwerem Maße verletzt. Insbesondere habe der für die Beklagte tätige Zeuge W. bei seiner 2. Vernehmung eingeräumt, dass er bereits einmal mit „aufgefüllten Böden“ zu tun gehabt habe, und dass dort geringfügige Auffüllungen und auch eine „Altlastenthematik“ vorhanden gewesen sei. Das Feststellungsinteresse hinsichtlich des auch im Hilfsantrag gestellten Feststellungsantrages sei gegeben, da der Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage erst nach Kenntnis und Bewertung der tatsächlich

vorhandenen Altlasten möglich ist. In Bezug auf die geltend gemachten Mängel im Außenbereich sei die Klage auch im Hilfsantrag unbegründet. Die Fa. T. habe im Auftrag der RGU eine Oberbodenuntersuchung durchgeführt und am 30.4.2013 einen Analysebericht erstellt (Anl. K 13). Unabhängig davon, ob sich aus diesem die behaupteten Altlasten ergäben, habe die Beklagte erst mit Erhalt dieses Analyseberichtes Kenntnis davon erlangen können. Ferner sei der Bericht auch in die „umfassende Altlastenauskunft vom 21.5.2013“ (Anl. K 12) aufgenommen worden, die ihrerseits - nach Wiederaufnahme der Veräußerungen nach dem Veräußerungsstopp - in sämtlichen Kaufverträgen aufgenommen worden sei (vgl. dort Regelung II. § 4). Jeder Käufer habe daher beim Durchlesen des notariellen Kaufvertrages ausreichende Möglichkeit gehabt, hiervon Kenntnis zu nehmen. Die Beklagte habe damit den Käufern gegenüber alles Erforderliche offengelegt. Bei der Kostenentscheidung (Kl. 2/3, Bekl. 1/3) sei zu berücksichtigen (§ 92 Abs. 1 ZPO), dass die Klage nur im Hilfsantrag und nur in Bezug auf den „kleinen Schadensersatz“ der 3 Käufer begründet sei, nicht hingegen in Bezug auf die geltend gemachten Gewährleistungsrechte der Nacherfüllung bzw. der Minderung. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die 3 Käufer nicht nur einen quotalen Anspruch entsprechend ihren Miteigentumsanteilen an dem Gemeinschaftseigentum hätten. Vielmehr hätten sie aufgrund des jeweils mit der Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrages einen Anspruch auf „ein insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum“ im Innenbereich.

25

Gegen das der Klägerin am 7.5.2016 zugestellte Endurteil vom 27.04.2018, berichtigt durch Beschluss vom 25.06.2018 (Bl. 434/437), hat die Klägerin am 28.5.2018, eingegangen bei Gericht am selben Tag, Berufung eingelegt (Bl. 446/447) und diese mit Schriftsatz vom 01.08.2018, eingegangen bei Gericht am selben Tag, begründet (Bl. 471/492). Die Beklagte hat gegen das ihr am 4.5.2016 zugestellte Urteil des Landgerichts mit Schriftsatz vom 28.05.2018, eingegangen bei Gericht am selben Tag, gleichfalls Berufung eingelegt (Bl. 441/442) und diese nach Fristverlängerung bis 06.08.2018, mit Schriftsatz vom 27.07.2018, eingegangen bei Gericht am selben Tag, begründet (Bl. 452/470).

26

Die Klägerin macht geltend, dass der WEG eine gekorene Ausübungsbefugnis gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 Hs. 2 aufgrund gleichlautender Verträge und gleichlautender Ansprüche der Käufer zustünde. Das Landgericht habe fünf weitere, im Zeitraum ab 5.3.2013 geschlossene Kaufverträge rechtsfehlerhaft im Urteilstenor nicht berücksichtigt, die von der Beklagten grob fahrlässig nicht über den Altlastenverdacht aufgeklärt worden seien. Nach den Feststellungen des Landgerichts, die sich die Klägerin zu eigen mache, habe der Zeuge W. als zuständiger Mitarbeiter der Beklagten (aufgrund Nachauftrags) spätestens am 5.3.2018 Kenntnis von der aufgefüllten Kiesgrube im Innenbereich erhalten. Der Zeuge R. von der T. habe angegeben, dass man bei Auffinden von aufgefüllten Kiesböden grundsätzlich eine Altlastenthematik habe. Da der Zeuge W. bei seiner 2. Einvernahme eingeräumt habe, dass er schon einmal mit aufgefüllten Böden zu tun gehabt habe und es damals ebenfalls eine Altlastenthematik gegeben habe, reiche diesbezüglich eine positive Kenntnis des Zeugen aus, um eine Arglist hinsichtlich der vorhandenen Altlasten anzunehmen. Es liege daher Arglist spätestens seit dem 5.3.2013 hinsichtlich der dann später im Innenhof gefundenen Altlasten vor. Zu Unrecht sei das Landgericht ferner davon ausgegangen, dass jeder Käufer - in Bezug auf die Altlasten im Außenbereich - ausreichende Möglichkeit gehabt habe, auch von dem in der Altlastenauskunft gemäß Anl. K 12 in Bezug genommenen Analyseberichten Kenntnis zu nehmen. Denn nach der Rechtsprechung des BGH verhalte sich der Verkäufer hinsichtlich einer Altlastenbelastung arglistig, wenn er nicht sein gesamtes Wissen offenbare. Er müsse den Verkäufer umfassend und deutlich aufklären. Insbesondere dürfe er keine irreführenden Angaben machen oder den Mangel bagatellisieren. Diesen Anforderungen habe die Beklagte durch ihren bloßen Hinweis auf die Altlastenauskunft der Stadt vom 21.5.2013 - ohne Vorlage der Analyseberichte (K 8, K 9, K 11 a) - nicht Genüge getan. Sowohl der Nacherfüllungsanspruch (Primäranspruch) wie auch die sekundären Ansprüche (Minderung; kleiner Schadensersatzanspruch) richteten sich auf die gesamte Beseitigung aller streitgegenständlicher Altlasten, nicht lediglich auf eine Quote. Die Entscheidung des BGH vom 24.7.2015, Az. V ZR 167/14 sei nicht einschlägig.

27

Die Bewertung der von der Beklagten beauftragten Fa. b. (Anl. B 4 und Anl. B 5) hat sich die Klagepartei zu Eigen gemacht (Berufungsbegründung, S. 13 = Bl. 483).

28

Der Senat hat mit Verfügung vom 04.02.2019 (Bl. 495/500), vom 29.4.2019 (Bl. 536) sowie vom 16.7.2019 (Bl. 552/556) der Klagepartei jeweils Hinweise erteilt.

Die Klägerin hat daraufhin beantragt (Schriftsatz vom 08.05.2019 (Bl. 539 ff.):

I. Das Urteil des Landgerichts München I. vom 27.04.2018 wird abgeändert, soweit es die Klage abgewiesen hat.

II. 1. (Kaufrechtliche Ansprüche, geborene Ansprüche) Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte volle und nicht quotenbeschränkte kaufrechtliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz jeweils wahlweise, im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a zustehen.

2. Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte volle und nicht quotenbeschränkte kaufrechtliche Nacherfüllungsansprüche,

hilfsweise: Minderungsansprüche hilfsweise hierzu: Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a zustehen.

III. 1. (Werkvertragliche Ansprüche, geborene Ansprüche)

Hilfsweise zu II.:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte volle und nicht quotenbeschränkte werkvertragliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz jeweils wahlweise, im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a zustehen.

2. Hilfsweise zu 1.:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte volle und nicht quotenbeschränkte werkvertragliche Nacherfüllungsansprüche,

hilfsweise: Minderungsansprüche hilfsweise hierzu: Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a zustehen.

IV. 1. (Kaufrechtliche Ansprüche, Abtretung)

Hilfsweise zu II.:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin aus den von der Beklagten mit den nachstehend aufgeführten Sondereigentümern geschlossenen streitgegenständlichen Kaufverträgen volle und nicht quotal beschränkte kaufrechtliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz, jeweils wahlweise, im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a aus abgetretenem Recht zustehen: Käuferliste entsprechend S. 3 bis 6 des Schriftsatzes vom 13.07.2016 (Blatt 208 bis 211).

2. Hilfsweise zu 1.:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin aus den von der Beklagten mit den nachstehend aufgeführten Sondereigentümern geschlossenen Kaufverträgen volle und nicht quotal beschränkte kaufrechtliche Nacherfüllungsansprüche,

hilfsweise: Minderungsansprüche hilfsweise hierzu: Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a aus abgetretenem Recht zustehen: Käuferliste entsprechend S. 3 bis 6 des Schriftsatzes vom 13.07.2016 (Blatt 208 bis 211).

V. 1. (Werkvertragliche Ansprüche, Abtretung)

Hilfsweise zu IV.:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin aus den von der Beklagten mit den nachstehend aufgeführten Sondereigentümern geschlossenen streitgegenständlichen Kaufverträgen volle und nicht quotal beschränkte werkvertragliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz, jeweils wahlweise, im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a aus abgetretenem Recht zustehen: Käuferliste entsprechend S. 3 bis 6 des Schriftsatzes vom 13.07.2016 (Blatt 208 bis 211).

2. Hilfsweise zu 1.:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin aus den von der Beklagten mit den nachstehend aufgeführten Sondereigentümern geschlossenen streitgegenständlichen Kaufverträgen volle und nicht quotal beschränkte werkvertragliche Nacherfüllungsansprüche,

hilfsweise: Minderungsansprüche hilfsweise hierzu: Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz im Zusammenhang mit den in den Anwesen ... vorhandenen Altlasten gemäß Anlagen K 8, K 9 und K 11 a aus abgetretenem Recht zustehen: Käuferliste entsprechend S. 3 bis 6 des Schriftsatzes vom 13.07.2016 (Blatt 208 bis 211).

30

Die Beklagte hat beantragt (vgl. Prot. vom 18.7.2019, S. 3):

I. Das Urteil des Landgerichts München I vom 27.04.2018, Az. 25 O 24162/14 wird dahingehend abgeändert, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird.

II. hilfsweise: Das angefochtene Urteil wird in seiner Ziff. 1. insoweit aufgehoben, als Ansprüche der Klägerin zugesprochen werden.

31

Beide Parteien beantragen im Übrigen wechselseitig,

die Zurückweisung der gegnerischen Berufung.

32

Die Beklagte rügt die fehlende Aktivlegitimation der Klägerin, insbesondere sei im Beschluss vom 22.5.2014 (TOP 3) nicht geregelt, ob die WEG die abgetretenen Ansprüche auch gerichtlich für die Klägerin geltend machen könne. Der Klägerin stünden Schadensansprüche wegen Ausschluss der Mängelhaftung nicht zu, da die Beklagte nicht arglistig gehandelt habe. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht angenommen habe, dass II. § 4 der streitgegenständlichen Kaufverträge bezüglich Schadensersatzansprüchen eine Sonderregelung enthalte. Diese vertragliche Regelung sei vielmehr in Zusammenhang mit § 309 Nr. 7 a) und b) BGB zu verstehen, welche sich jedoch nicht auf Mängelrechte beziehe, sondern Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit oder culpa in contrahendo betreffe. Die Beklagte habe weder Kenntnis vom Altlastenverdacht gehabt, noch könne ihr grobe Fahrlässigkeit aufgrund des Nachtragsangebots der T. vorgeworfen werden, da es keinen allgemeinen Erfahrungssatz gebe, dass sich bei einer aufgefüllten Kiesgrube automatisch ein Altlastenverdacht aufdrängen müsse. Auch die Beweisaufnahme habe das nicht ergeben; das Landgericht habe die Zeugenaussage W. nicht umfassend gewürdigt. Es bestehe auch kein Feststellungsinteresse, da die Klägerin im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vom 13.2.2018 ihre Ansprüche durch ihren anwaltlichen Vertreter im worst case auf 8.301.095,86 € beziffert habe; spätestens damit sei das Feststellungsinteresse entfallen. Das Landgericht habe verkannt, dass der „kleine Schadensersatz“ im Kaufrecht der Höhe nach entsprechend der Beteiligungsquote begrenzt sei, und die einzelnen Miteigentümer daher kaufrechtliche Mängelansprüche nur anteilig verlangen könnten. Denn im Kaufrecht stehe der individualisierte Marktwert der erworbenen Einheit im Vordergrund. Der Schaden des einzelnen Miteigentümers bestimme sich daher durch die nach seinem Miteigentumsanteil bestimmten Quote des insgesamt bestehenden Schadens. Auch die Kostenentscheidung sei daher fehlerhaft.

33

Der Senat hat auf Antrag der Klagepartei zur Vorbereitung des Verhandlungstermins amtliche Auskünfte der Stadt (amtliche Auskünfte vom 10.5. und 20.5.2019, Bl. 544 und Bl. 547) sowie des Bayerischen Landesamtes für Umwelt (amtliche Auskunft vom 6.6.2019, Bl. 549) zu der Behauptung der Klägerin betreffend das streitgegenständliche Grundstück erholt (vgl. Schriftsatz vom 2.4.2019, Bl. 520 f.), dass beim

Auffinden von verfüllten Kiesgruben im Stadtgebiet München dringend von einem Altlastenverdacht allgemein und per se auszugehen sei. Auf die amtlichen Auskünfte wird insoweit Bezug genommen.

34

Der Beklagtenvertreter hat im Termin vom 18.07.2019 erklärt, dass derzeit keine Absicht der Beklagten bestehe, eine Tiefgarage zu bauen (Prot. vom 18.7.2019, Bl. 558).

35

Auf Antrag der Beklagten wurde wegen laufender Vergleichsverhandlungen mit Beschluss vom 18.11.2019 das Ruhen des Verfahrens angeordnet (Bl. 594/596 d.A.).

36

Auf Antrag der Klagepartei vom 15.01.2021 wurde das Verfahren mit Verfügung vom 27.01.2021 (Bl. 602 d.A.) wieder aufgenommen und am 01.07.2021 erneut mündlich verhandelt (vgl. Prot. vom 1.7.2021, Bl. 627/629 d.A.).

37

Im Termin vom 01.07.2021 hat der Vorsitzende darauf hingewiesen, dass nach nochmaliger Vorberatung hinsichtlich der Hilfsanträge der Klagepartei auf Nacherfüllung auch eine Leistungsklage in Betracht kommt.

38

Die Klagepartei hat ihre bisherigen Anträge wiederholt mit der Maßgabe, dass hinsichtlich der Nacherfüllungsansprüche gemäß II. 2., III. 2., IV.2. und V.2. auf Leistungsklage umgestellt werde (Prot. vom 01.07.2021, S. 3 = Bl. 629 d.A.).

39

Die Beklagte hat ihre bisherigen Anträge wiederholt mit der Maßgabe, dass nunmehr hilfsweise auch die Zurückweisung an das Landgericht beantragt werde.

40

Ferner hat die Beklagte Schriftsatzfrist zur Stellungnahme zu den neuen Leistungsanträgen der Klagepartei beantragt (Prot. vom 01.07.2021, S. 3 = Bl. 629 d.A.)

41

Zur weiteren Ergänzung des Sach- und Streitstands wird auf alle zwischen den Beteiligten in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf alle gerichtlichen Entscheidungen und Protokolle Bezug genommen.

II.

42

Die nach § 511 Abs. 1 ZPO statthaften Berufungen der Klägerin und der Beklagten sind zulässig, da sie form- und fristgerecht eingelegt (§§ 517, 519, 520 ZPO) und begründet wurden. Die Berufung der Klägerin hat in der Sache teilweise Erfolg, soweit sie im Hilfsantrag (II. Ziff. 2) kaufrechtliche Nacherfüllungsansprüche der anspruchsberechtigten Käufer in Bezug auf die im Innenbereich sowie im südlichen Außenbereich des streitgegenständlichen Anwesens vorhandenen Altlasten im Umfang der aus den Anl. B 4 und B 5 ersichtlichen, erheblichen Kontaminationen begehrt. Soweit die Klägerin im Hauptantrag jeweils wahlweise Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den kleinen Schadensersatz geltend macht (Berufungsanträge II.1., III.1., IV.1. und V.1.), ist die Klage unzulässig und wäre hinsichtlich Minderung und Schadensersatz auch unbegründet, da insoweit allenfalls ein quotaler Anspruch der Wohnungserwerber bestünde (vgl. Hinweis vom 04.02.2019), so dass die Berufung insoweit zurückzuweisen war. Die Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen weitergehenden Erfolg.

A. Berufung der Klägerin

Berufungsantrag II.1. (Hauptantrag)

1. Zulässigkeit der Feststellungsklage

43

Soweit die Klägerin im Hauptantrag (II. Ziff. 1) weiterhin Feststellung des wahlweisen Bestehens der im Antrag genannten Gewährleistungsrechte begehrt, handelt es sich um eine alternative Klagehäufung, die

wegen fehlender Bestimmtheit gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig ist, da weder eine Wahlschuld im Sinne von § 262 BGB noch ein Fall der elektiven Konkurrenz vorliegt (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 39. Aufl. 2018, § 260 Rz. 7; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, § 262 Rz. 5).

44

a) Gemäß § 262 BGB steht dem Schuldner im Zweifel ein Wahlrecht zu, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet sind, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist. Es besteht insoweit nur ein einheitlicher Anspruch mit alternativem Inhalt, der durch die Wahl auf eine bestimmte Leistung konkretisiert wird. Die im Berufungsantrag genannten kaufvertraglichen Gewährleistungsrechte stehen indes nicht im Sinne einer gesetzlichen Wahlschuld wahlweise nebeneinander; vielmehr handelt es sich um inhaltlich verschiedene Rechte des Käufers (Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. § 262 Rn. 5 mwN).

45

b) Es liegt auch kein Fall der elektiven Konkurrenz vor, bei welcher dem Gläubiger wahlweise mehrere, inhaltlich verschiedene Rechte zur Auswahl gestellt werden, die einander nach bindender Auswahl eines Anspruchs ausschließen. Eine elektive Konkurrenz besteht zwar zwischen der in § 437 Nr. 2 BGB dem Käufer eingeräumten Möglichkeit der Minderung oder des Rücktritts vom Vertrag bzw. der Wahlmöglichkeit des Käufers zwischen der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB (Palandt/Grüneberg a.a.O.). Dagegen sieht das Gesetz eine Wahlmöglichkeit des Gläubigers zwischen sämtlichen Gewährleistungsrechten aus § 437 Nr. 1-3 BGB im Sinne einer elektiven Konkurrenz nicht vor. Vielmehr ist der Nacherfüllungsanspruch bei Sachmängeln der dem Käufer primär gemäß § 437 Nr. 1 BGB zustehende Anspruch, der wegen der Voraussetzungen von Rücktritt und Minderung gemäß § 437 Nr. 2 BGB vorrangig geltend gemacht werden muss (BGH NJW 2005, 1348). Mit ihrem Einwand, dass nach der Rechtsprechung des BGH eine alternative Klagehäufung nur im Fall einer Leistungsklage unzulässig sei, die Feststellungsklage im Streitfall jedoch lediglich der Feststellung eines Rechtsverhältnisses diene, aus welchem der Klägerin kaufrechtliche Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche im Zusammenhang mit vorhandenen Altlasten zustünden, und die Klägerin daher ihr Wahlrecht noch nicht ausüben müsse, dringt die Klägerin nicht durch. Denn auch in diesem Fall lägen mehrere Streitgegenstände vor, über die der Senat im Rahmen der Feststellungsklage zu entscheiden hat, so dass die Klägerin die Reihenfolge der geltend gemachten Ansprüche im Klageantrag gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu bestimmen hat. Die Klägerin kann sich daher auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie in diesem Fall schon heute ein Wahlrecht ausüben müsse, obwohl ihr Art und Umfang der Mängel noch nicht bekannt seien.

46

Anders als die Klägerin meint, steht ihr insoweit auch kein „ewiges“ Wahlrecht zu. Denn ein Geschädigter hat sich innerhalb einer angemessenen Frist festzulegen, auf welche Weise er einen ihm entstandenen Schaden ausgleicht und in welchem Umfang er den Schädiger in Anspruch nehmen will (OLG Stuttgart, Urteil vom 17. November 2010 - 3 U 101/10 -, Rn. 38, juris; nachgehend BGH vom 24. Mai 2012, VII ZR 216/10, Nichtzulassungsbeschwerde ohne Begründung zurückgewiesen).

47

Anderes ergibt sich auch nicht aus der Rspr. des BGH, wonach dann, wenn der Schaden eines Betroffenen in der Belastung mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zur Beseitigung von Umweltschäden auf seinem Betriebsgelände besteht, dieser trotz des prozessrechtlichen Vorrangs der Leistungsklage wegen des ihm nach § 249 S. 2 BGB zustehenden Wahlrechts nicht gehalten sei, gegen den verantwortlichen Schädiger statt eines auf dessen Schadensersatzpflicht gerichteten Feststellungsantrags eine Klage auf Befreiung von den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu erheben (BGH, Urteil vom 04.06.1996 - VI ZR 123/95, NJW 1996, 2725). Denn auch das ändert nichts am grundsätzlichen Vorrang der Leistungsklage, die hier jedenfalls hinsichtlich der Nacherfüllung möglich ist und auf Hinweis des Senats inzwischen auch klägerseits hilfsweise erhoben wurde (dazu s.u.), und am grundsätzlichen Vorrang der Nacherfüllung im Kaufrecht.

Berufungsantrag II. 2 (Hilfsantrag)

I. Zulässigkeit der Leistungsklage auf Nacherfüllung

48

a) Die auf Hinweis des Senats im Termin vom 01.07.2021 von der Klagepartei vorgenommene Umstellung des Feststellungsantrags in einen Leistungsantrag ist zulässig gemäß §§ 264 Nr. 2, 525 ZPO (Thomas/Putzo, ZPO, 42. Aufl. § 264 Rn. 1, 4).

49

b) Die auf Verurteilung zur Nacherfüllung gerichtete Leistungsklage ist vorliegend sowohl möglich als auch geboten, so dass die Leistungsklage Vorrang vor der Feststellungsklage hat (BGH, Versäumnisurteil vom 21.02.2017 - XI ZR 467/15).

50

aa) Ist der Klagepartei eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar und erschöpft sie das Rechtsschutzziel, fehlt das Feststellungsinteresse, weil sie im Sinne einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit den Streitstoff in einem Prozess klären kann. Die auf Feststellung des Anspruchsgrundes gerichtete Feststellungsklage ist dann unzulässig (st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 1952 - III ZA 20/52, Urteil vom 2. März 2012 - V ZR 159/11, WM 2013, 232 Rn. 14; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 256 Rn. 7a). So verhält es sich hier.

51

bb) Sämtliche Voraussetzungen, unter denen die Leistungsklage Vorrang hat, sind im vorliegenden Fall gegeben. Denn maßgeblich für die Beurteilung des Vorrangs der Leistungsklage ist, ob die Klagepartei ihr auf volle und nicht quotenbeschränkte kaufrechtliche Nacherfüllung durch Beseitigung vorhandener Altlasten im streitgegenständlichen Anwesen gerichtetes Leistungsinteresse erschöpfend mit einer Leistungsklage verfolgen kann. Dies ist vorliegend der Fall. Denn das auf Verurteilung zur Nacherfüllung gerichtete Leistungsziel deckt sich mit dem Feststellungsziel, dass der Klagepartei volle und nicht quotenbeschränkte kaufrechtliche Nacherfüllungsansprüche gegen die Beklagte zustehen, sodass das Leistungsziel das Feststellungsziel mithin erschöpft.

52

c) Die Leistungsklage ist auch hinreichend bestimmt.

53

aa) Die Leistungsklage unterliegt dem Gebot ausreichender Bestimmtheit des Klageantrags im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Grundsätzlich ist ein Klageantrag hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch durch gegenständliche Beschreibung so konkret bezeichnet, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) klar abgegrenzt ist, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennbar sind, das Risiko des eventuell teilweisen Unterliegens der Klagepartei nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abgewälzt und eine etwaige Zwangsvollstreckung nicht mit einer Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren belastet wird (BGH NJW 2003, 668; NJW 1999, 954). Der auf Vornahme einer Handlung (§§ 887, 888 ZPO gerichtete Antrag muss deren Art und Umfang bestimmt bezeichnen (Greger, in Zöller, ZPO, 34. Aufl. § 253 Rn. 13c). Die mit der Nachbesserung begehrte Beseitigung der im Innenhof sowie im Außenbereich nach Angabe der Klägerin vorhandenen Altlasten muss daher so genau und umfassend beschrieben sein, dass im Falle einer Verurteilung der Umfang der Nachbesserungsverpflichtung der Beklagten eindeutig bestimmt ist. Diesen Anforderungen genügt der Berufungsantrag noch.

54

bb) Zwar bestehen hinsichtlich der Bestimmtheit des Berufungsantrags insoweit Bedenken, als die Klägerin in Bezug auf die im streitgegenständlichen Anwesen vorhandenen Altlasten, deren Beseitigung sie von der Beklagten im Wege der Nachbesserung begehrt, lediglich pauschal auf die umfangreichen Anlagen K 8, K 9 und K 11 a verweist, ohne den Umfang des vorzunehmenden Bodenaustausches in dem großen Anwesen (Lage und Tiefe) konkret zu bezeichnen. Der Klageantrag ist jedoch als Prozesshandlung grundsätzlich einer Auslegung gemäß § 133 BGB zugänglich. Bei der Auslegung ist auch die Klagebegründung - mithin auch die Anlagen - heranziehen (Zöller a.a.O. § 253 ZPO Rn. 13 mwN.); der Klageantrag muss aber auch im Falle der Auslegung eindeutig sein. Dies ist vorliegend der Fall. Unter Berücksichtigung des Klagevortrags sowie der beigefügten Anlagen K 8, K 9 und K 11 a ist der Umfang der begehrten Nachbesserung hinreichend bestimmt. Denn die Klagepartei begehrt nach den Feststellungen im angegriffenen Urteil (LGU S. 11, 12 oben), die Beseitigung der Altlastenkontamination des „gesamten Innenhofs“ und des „südlichen Außenbereichs“ -also der Flächen zur L.-Straße - in dem sich aus den Anl. K 8, K 9 und K 11 a ergebenden Umfang. Inwieweit es sich bei den in den Untersuchungsberichten der T.

festgestellten Auffüllungen der ehemaligen Kiesgrube im Innen- und Außenbereich des streitgegenständlichen Anwesens um eine „nicht nur unerhebliche“ Altlastenkontamination handelt und in welchem Umfang diese saniert werden muss, ist hingegen eine Frage der Begründetheit.

55

Die im Termin beantragte Schriftsatzfrist zu den neuen Leistungsanträgen war der Beklagten nicht zu gewähren. Sie hat sich auf die im Termin geänderten Anträge eingelassen, indem sie auch insoweit Klageabweisung betragt hat. Die Frage der Bestimmtheit der diesbezüglichen Anträge, zu der sich die Beklagte ergänzend äußern wollte, ist nicht anders zu beurteilen als die Bestimmtheit der vorher gestellten Feststellungsanträge, sodass sich insoweit keine Änderung ergeben hat, zu der der Beklagten noch Gelegenheit zur Äußerung hätte gegeben werden müssen. Im Übrigen hat sich die Beklagte hierzu noch im Schriftsatz vom 30.07.2021 rechtlich geäußert, was der Senat auch zur Kenntnis genommen hat.

56

d) Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist für die vorrangig auf Nachbesserung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichteten Ansprüche der anspruchsberechtigten Sondereigentümer aufgrund der Neuregelung in § 9a Abs. 2 WEG nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils prozessführungsbefugt.

57

aa) Durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz vom 16. Oktober 2020 (BGBl. I 2020, S. 2187), das gemäß Art. 18 Satz 1 WEMoG am 1. 12.2020 in Kraft getreten ist, ist die Ausübungsbefugnis in § 9a WEG (anstelle des bis dahin geltenden § 10 Abs. 6 S. 2 WEG a.F.) neu geregelt worden. Danach übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, und nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr, ohne dass zwischen geborener oder gekorener Ausübungs- bzw. Wahrnehmungsbefugnis, die einen Beschluss der Wohnungseigentümer voraussetzt, unterschieden würde. Vielmehr übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kraft Gesetzes die in § 9a Abs. 2 WEG genannten Rechte aus und nimmt die entsprechenden Pflichten wahr. Im Anwendungsbereich der Vorschrift steht die Ausübungs- und Wahrnehmungsbefugnis und damit auch das Recht zur gerichtlichen Geltendmachung nunmehr ausschließlich dem Verband und nicht dem einzelnen Wohnungseigentümer zu (BGH, Urteil vom 07.05.2021 - V ZR 299/19). Vor diesem Hintergrund ist die WEG hinsichtlich der vorrangig geltend gemachten kaufvertraglichen Nacherfüllungsansprüche einzelner anspruchsberechtigter Wohnungserwerber prozessführungsbefugt, da sich die Klage auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum aufgrund einer im Innensowie im Außenbereich nach Klagevortrag vorhandenen Kontaminierung richtet, und daher gemeinschaftsbezogene Rechte geltend gemacht werden (sh. auch nachstehend).

58

bb) Die WEG war jedoch auch vor der Neuregelung bei Klageeinreichung prozessführungsbefugt, da sie die vorrangig auf Nachbesserung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtete Ansprüche der anspruchsberechtigten Sondereigentümer an sich gezogen und deren gerichtliche Geltendmachung wirksam beschlossen hat, §§ 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, 10 Abs. 6 S. 3 WEG.

59

(1) Gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 WEG konnte die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Ansprüche originär geltend machen. Gemeinschaftsbezogen im Sinne dieser Bestimmung sind nur Rechte, die im Interesse der WEG oder aus Gründen des Schuldnerschutzes eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Rechte auf Minderung und sog. „kleinen“ Schadensersatz wegen behebbarer Mängel am Gemeinschaftseigentum jedenfalls bei dem nach Werkvertragsrecht zu beurteilenden Erwerb einer neu errichteten Wohnung vom Bauträger als gemeinschaftsbezogen zu qualifizieren und begründen daher eine geborene Ausübungsbefugnis der WEG (BGH, Urteil vom 15.2.1990 - VII ZR 269/88; Urteil vom 23.2.2006 - VII ZR 84/05; Urteil vom 12.4.2007 - VII ZR 236/05). Die bisher vom BGH offengelassene Frage, ob diese Grundsätze auch auf ausschließlich nach Kaufrecht zu beurteilende Veräußerungen gebrauchter Eigentumswohnungen übertragbar sind, hat der BGH in seiner Entscheidung vom 24.7.2015 (V ZR 167/14) dahingehend entschieden, dass allein nach Kaufrecht zu beurteilende Ansprüche auf Minderung und „kleinen“ Schadensersatz jedenfalls dann nicht in den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 6 S. 3 Halbs. 1 WEG fielen, wenn eine gebrauchte Eigentumswohnung unter Ausschluss der

Haftung für Sachmängel verkauft und eine Beschaffenheitsgarantie nicht vereinbart worden sei, da - anders als bei einem Erwerb vom Bauträger - in der Regel schon keine gleichgerichteten Ansprüche mehrerer Erwerber gegen den einzigen Veräußerer existierten und eine einheitliche Rechtsverfolgung auch nicht aus Gründen des Schuldnerschutzes geboten sei (BGH, Urteil vom 24.07.2015 - V ZR 167/14 Tz. 15 ff und 18 ff.). Hinsichtlich des Anspruchs auf kaufvertragliche Nacherfüllung hat der BGH in dieser Entscheidung offengelassen, ob der Verkäufer einer gebrauchten Eigentumswohnung mit Blick auf das Gemeinschaftseigentum über die Übertragung des Miteigentumsanteils gehalten sei, dem Käufer insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum mit der Folge einer entsprechenden Nachbesserungspflicht zu verschaffen (Tz. 22 f.). Er hat jedoch grundlegend ausgeführt, dass, wenn man die Frage verneine, ein auf Nacherfüllung in natura gerichteter Nacherfüllungsanspruch von vornherein ausscheide und dann nur noch ein regelmäßig auf die Quote des Miteigentumsanteils (§ 16 Abs. 2 WEG) beschränkter Anspruch auf Freistellung von den Kosten zur Beseitigung des Mangels in Betracht komme. Bestimme man die Sollbeschaffenheit dagegen weiter und räume dem Käufer demgemäß einen „vollen“ (Nach-) Erfüllungsanspruch ein, komme eine Behebung des Mangels am Gemeinschaftseigentum auch Käufern zugute, denen der Verkäufer bereits „kleinen“ Schadensersatz oder Minderung geleistet habe.

60

(2) Im konkreten Fall kann die vorstehende Streitfrage gleichfalls offenbleiben, da sich die Klageberechtigung der Klägerin aus dem Beschluss vom 22.5.2014 (Anl. K 23) ergibt, mit welchem die WEG die Rechte der Sondereigentümer an sich gezogen hat (§ 10 Abs. 6 S. 3 WEG).

61

Nach st. Rspr des BGH konnte eine WEG im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung die Ausübung der den einzelnen Erwerbern aus den jeweiligen Verträgen mit dem Veräußerer zustehenden Rechte auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen. Sie konnte einen auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten werkvertraglichen Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch an sich ziehen und die gemeinschaftliche gerichtliche Durchsetzung beschließen. Im Prozess kam der WEG die Stellung eines gesetzlichen Prozessstandschafters zu. Die sich aus §§ 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, 10 Abs. 6 S. 3 WEG ergebende Befugnis bestand selbst dann, wenn nur ein Erwerber noch ein durchsetzbares Recht auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums haben sollte. Dies galt auch für kaufvertragliche Nacherfüllungsansprüche der Erwerber gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB betreffend das Gemeinschaftseigentum, wenn diese Ansprüche - wie die werkvertraglichen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche - jeweils in vollem Umfang auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum und damit auf das gleiche Ziel gerichtet sind (BGH vom 25.2.16 - VII ZR 156/13, Rz. 15 ff.).

62

(3) So verhält es sich im Streitfall. Die Sachmängelhaftung richtet sich im Streitfall nach Kaufvertragsrecht, da die Eigentumswohnungen durch Aufteilung des streitgegenständlichen Anwesens - Baujahr 1927 - in Wohnungseigentum entstanden sind, und die Eigentumswohnungen daher nach der Verkehrsanschauung im Allgemeinen nicht als neu errichtete Objekte zu qualifizierten sind (vgl. BGH vom 25.2.16 - VII ZR 156/13 zur Anwendung von kaufvertragsrechtlicher Sachmängelhaftung bei Veräußerung von Eigentumswohnungen durch einen Bauträger ca. 3 Jahre nach Errichtung). Die von der WEG primär geltend gemachten kaufrechtlichen Nacherfüllungsansprüche der einzelnen Erwerber gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB unterlagen der „gekorenen“ Ausübungsbefugnis der WEG, da die Ansprüche der Sondereigentümer auf das gleiche Ziel, nämlich auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtet sind. Ob den betroffenen Sondereigentümern - wobei ausreichen würde, dass nur einem Erwerber ein durchsetzbares Recht auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums zustehen würde - ein solcher (voller) kaufrechtlicher Nacherfüllungsanspruch tatsächlich zusteht, ist hingegen eine Frage der Begründetheit. Die Klägerin hat die auf Beseitigung der vorhandenen Mängel im Innen- und im Außenbereich gerichteten Nacherfüllungsansprüche der betroffenen Eigentümer (sh. vorstehend im unstreitigen Tatbestand) durch Beschluss der WEG vom 22.5.2014 (Anl. K 23) bzw. durch Beschluss vom 8.10.2015 (Anl. K 30 - hinsichtlich des Außenbereichs) wirksam an sich gezogen. Im Versammlungsprotokoll vom 8.10.2015 wurde unter Ziff. 4. c) beschlossen, den Auftragsumfang der Verwaltung gemäß Beschluss der Versammlung zu TOP 5.1. (Ansprüche wegen Altlasten im Innenhof) vom 22.5.2014 (Anl. K 23) dahingehend zu erweitern, dass die anwaltlichen Vertreter der Klägerseite auch

beauftragt werden, die Ansprüche der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bezüglich Altlasten in den straßenseitigen Vorgärten geltend zu machen.

63

Ob die WEG aufgrund des Beschlusses vom 22.5.2014 (Anl. K 23) berechtigt war, die abgetretenen Ansprüche auch gerichtlich für die Klägerin geltend zu machen, wie die Beklagte rügt, bedarf mangels Entscheidungserheblichkeit keiner weiteren Erörterung.

64

Aus den genannten Gründen sind auch weitere Ausführungen dazu, ob der ursprüngliche Feststellungsantrag zulässig und ein Feststellungsinteresse gegeben war, was die Beklagte in Abrede gestellt hat, nicht mehr veranlasst.

II. Begründetheit

65

Der Klägerin steht ein (voller) Nachbesserungsanspruch wegen der geltend gemachten Mängel (Altlasten) am Gemeinschaftseigentum sowohl im Innenhof- als auch im südlichen Außenbereich gemäß §§ 434 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 437 Nr. 1, 439, 444 BGB gegen die Beklagte zu.

66

1) Die Beklagte hat ihre Verpflichtung nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, den Käufern die Eigentumswohnungen frei von Sachmängeln zu verschaffen, nicht erfüllt, da das Gemeinschaftseigentum im Zeitpunkt des Abschlusses der notariellen Kaufverträge mit den vorstehend unter Ziff. 1 - 38 genannten Erwerbern Sachmängel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB aufwies.

67

a) Altlastenverdacht als Mangel aa) Besteht aufgrund der früheren Nutzung eines Grundstücks ein Altlastenverdacht, stellt bereits dies regelmäßig einen offenbarungspflichtigen Sachmangel dar. Ein altlastenverdächtiges Grundstück weist unabhängig von dem mit dem Kauf verfolgten Zweck in aller Regel schon wegen des Risikos der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme und wegen der mit einem Altlastenverdacht verbundenen Wertminderung nicht die übliche Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf (BGH, Urt. vom 21.7.2017 - V ZR 250/15 = NJW 2018, 389). Allerdings ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht jedes Grundstück, dessen Nutzung als Industriegelände schon Jahrzehnte zurückliegt, von vornherein als altlastenverdächtig einzustufen. Anders liegt es aber, wenn die frühere Nutzung die Gefahr von erheblichen Schadstoffbelastungen begründet, wie etwa bei einer ehemaligen „wilden Müllkippe“ oder einer Tankstelle (BGH a.a.O Tz. 7).

68

bb) Die für das Vorliegen eines Sachmangels darlegungs- und beweispflichtige Klägerin hat zur Überzeugung des Senats nachgewiesen, dass bereits das Auffinden der verfüllten Kiesgrube im Rahmen der von der T. durchgeführten Bodengrunduntersuchungen wegen des von der Beklagten beabsichtigten Baus einer Tiefgarage, einen Altlastenverdacht begründet hat, der einen nach der zitierten Rechtsprechung offenbarungspflichtigen Sachmangel darstellte. Die Klagepartei hat auf den Hinweis des Senats vom 4.2.2019 schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt (Schriftsatz vom 2.4.2019, Bl. 520. 521), dass im Stadtgebiet von München bei ca. 400 Altbauten verfüllte Kiesgruben vorhanden seien, deren Kiese zur Errichtung der Bauwerke verwendet wurden. Solche Kiesentnahmestellen seien seinerzeit vor allem mit Asche- und Koksrückständen aus den damals vorhandenen zentralen Koksheizungen sowie mit Ziegelschutt, Rottlage und sonstigem Schutt aufgefüllt worden. Vor allem auf die Asche- und Koksreste seien die auch vorliegend aufgefundenen polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffe (PAK) zurückzuführen. Aufgefüllte Kiesgruben würden bei ihrer Entdeckung sofort in dem nach Bundesbodenschutzgesetz (künftig: BBodSchG) vorgesehenen Altkataster als Altlastenverdachtsfläche aufgenommen. Das Auffinden einer „verfüllten Kiesgrube“ sei daher allgemein und per se altlastenverdächtig.

69

Der Klagevortrag wird durch die vom Senat erholte amtliche Auskunft (§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) der Stadt, Referat für Gesundheit und Umwelt (künftig: RGU), bestätigt. Darin wird ausgeführt, dass es sich bei verfüllten Kiesgruben um so genannte Altablagerungen und damit grundsätzlich um altlastverdächtige Flächen oder Altlasten i.S.d. Art. 2 Abs. 5 und 6 BBodSchG handle. Zu den bei den Altablagerungen im

Münchner Stadtgebiet (ca. 1.300) am häufigsten angetroffenen Schadstoffen gehörten die erwähnten polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffe (PAK), die im Wesentlichen bei der unvollständigen Verbrennung von organischem Material wie Holz, Kohle oder Öl anfielen. Stark mit Asche oder Schlacke durchsetzte Böden seien deshalb häufig ein Indiz für höhere Schadstoffbelastungen (Bl. 547). Die altlastverdächtigen Flächen bzw. Altlasten würden deshalb in der Regel in das Altlastenkataster des Landesamts für Umwelt (künftig: LfU) aufgenommen. Bei der von der TBU in Innenhofbereich durchgeführten Bodenuntersuchung in Bezug auf Baugrund, Gründung, Grundwasserverhältnisse und Altlastensituation wurde bereits bei der ersten Bohraktion eine aufgefüllte Kiesgrube vorgefunden, die nach Auffassung der T. zusätzliche Untersuchungen - ergänzende Bohrungen / Sondierungen / Bodenanalysen - (vgl. Nachtragsangebot vom 5.3.2013, Anl. B 19) erforderte. Bereits das Auffinden der verfüllten Kiesgrube durch die Tbegründete daher einen Altlastenverdacht, der nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen offenbarungspflichtigen Sachmangel darstellt, ohne dass es darauf ankommt, dass das streitgegenständliche Grundstück nicht als Altlastenverdachtsfläche bzw. als Altlasten im Altlastenkataster des Landesamtes für Umwelt eingetragen war.

b) Altlasten als Mangel

70

Bei den im Rahmen der Bodengrunduntersuchung vom 26.3.2013 sowie der Oberbodenuntersuchung vom 23.4.2013 von der Fa. T. festgestellten Altlasten (Anl. K 8 und Anl. K 9) handelt es sich um Sachmängel der Gemeinschaftsfläche (§ 434 Abs. 1 S. 2 BGB).

71

aa) Die bei den durchgeführten Bodenuntersuchungen der T. vorgefundenen Altlasten befinden sich im Innenhof des streitgegenständlichen Anwesens sowie im südlichen Außenbereich vor dem Anwesen L.-Straße. Dieses Gelände gehört zum Gemeinschaftseigentum der WEG. Denn die Käufer der Eigentumswohnungen haben neben dem Miteigentumsanteil an dem streitgegenständlichen Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an der jeweiligen Wohnung auch ein Nutzungsrecht hinsichtlich der nicht mit Gebäuden überbauten, oberirdischen Flächen des Grundstücks im Innenhof sowie im südlichen Außenbereich vor dem Anwesen L.-Straße erworben, wie sich auch aus der vorgesehenen Nutzung der Freiflächen (Sandkasten; Kinderspielfläche; Klettergerüst; Wäscheaufhang u.a., Anl. K 9) ergibt.

72

bb) Zur Sollbeschaffenheit eines Grundstücks gehört auch ohne ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung die Freiheit von nicht nur unerheblichen Kontaminationen. Mit giftigen Stoffen sind nämlich besondere Gefahren und Risiken verbunden, die ein Käufer in der Regel ohne Weiteres nicht hinzunehmen bereit ist (BGH, Urt. v. 30. 11. 2012 - V ZR 25/12, Rz. 15). Völlig ungeklärt ist allerdings bisher, was zivilrechtlich eine „nicht nur unerhebliche Kontamination“ darstellt. Nach Auffassung des Senats ist mit dem Inkrafttreten des Bundes-Bodenschutzgesetzes (BBodSchG) im Jahre 1999 für die Soll-Beschaffenheit mangels abweichender Vereinbarung grundsätzlich an die Begriffsdefinition für schädliche Bodenveränderungen in § 2 Abs. 3 ff BBodSchG und die Maßnahmewerte gem. § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BBodSchG iVm der Bundesbodenschutz- und Altlastenverordnung vom 12.7.1999 (künftig: BBodSchV) anzuknüpfen (Dauner-Lieb/Langen, BGB - Schuldrecht 3. Auflage 2016 Rn. 107-119, 6. Schädliche Bodenveränderungen, Altlasten). Danach gilt folgendes:

(1) Prüfwerte:

73

Prüfwerte sind nach § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BBodSchG Werte, bei deren Überschreiten unter Berücksichtigung der Bodennutzung eine einzelfallbezogene Prüfung durchzuführen und festzustellen ist, ob eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast vorliegt. Damit markieren die Prüfwerte diejenige Belastungsschwelle, bei deren Erreichen eine weitergehende Einzelfallprüfung indiziert ist. Wird der Prüfwert überschritten, soll die zuständige Behörde nach § 9 Abs. 1 S. 2 BBodSchG die notwendigen Maßnahmen treffen, um festzustellen, ob eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast vorliegt. Liegen die ermittelten Schadstoffgehalte und -konzentrationen dagegen unterhalb eines Prüfwertes, so ist nach § 4 Abs. 2 S. 1 BBodSchV der Gefahrenverdacht und damit auch der Altlastenverdacht ausgeräumt. Anhang 2 der BBodSchV enthält Prüfwerte für den Wirkungspfad Boden-Mensch (direkter Kontakt), in welchem die Prüfwerte für die direkte Aufnahme von Schadstoffen je nach den Nutzungen „Kinderspielfläche, Wohngebiete, Park- und Freizeitanlagen sowie Industrie- und Gewerbegrundstücke“ differieren.

(2) Maßnahmenwerte:

74

Maßnahmenwerte i.S. von § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BBodSchG sind Werte für Einwirkungen oder Belastungen, bei deren Überschreiten unter Berücksichtigung der Bodennutzung in der Regel von einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast auszugehen ist und Maßnahmen erforderlich sind. Mit einer Überschreitung von Maßnahmenwerten sind somit zwei Rechtsfolgen verbunden: Zum einen steht widerleglich („in der Regel“) fest, dass von der Altlast eine Gefahr ausgeht. Zum anderen sind die Verantwortlichen im Regelfall verpflichtet, die nach § 4 Abs. 3 BBodSchG erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (Kobes: Die Untersuchung, Bewertung und Sanierung von Altlasten nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz - NVwZ 2000, 261; Anl. B 4).

75

Die Prüf- und Maßnahmewerte haben daher im Rahmen der Bewertung von Altlasten eine zentrale Bedeutung. Ob sich aufgrund von (Boden-)Untersuchungsergebnissen ein Altlastenverdacht erhärtet und ob Maßnahmen nach § 4 Abs. 3 BBodSchV zu ergreifen sind, hat dabei grundsätzlich unter Beachtung der Gegebenheiten des Einzelfalls zu erfolgen; zu berücksichtigen sind daher Art und Konzentration der Schadstoffe, der Möglichkeit ihrer Ausbreitung in die Umwelt und ihrer Aufnahme durch die Menschen sowie die Nutzung des Grundstücks und des sich daraus ergebenden Schutzbedürfnisses nach § 4 Abs. 4 BBodSchV. Der im BBodSchG und der BBodSchV verankerte Grundsatz der Einzelfallbewertung (BT-Drucksache 13/6701, S. 37 f.) gilt sowohl für die Ergebnisse der orientierenden Untersuchung (§ 4 Abs. 1 BBodSchV) als auch der Detailuntersuchung (§ 4 Abs. 4 BBodSchV). Hierdurch soll ein Bewertungsautomatismus vermieden werden, der entstünde, wenn eine ermittelte Schadstoffkonzentration den Werten des Anhangs 2 zur BBodSchV nur schematisch im Sinne eines einfachen numerischen Vergleichs gegenübergestellt würde, ohne die besonderen Standortbedingungen oder andere relevante Faktoren zu berücksichtigen. Werden Teile einer altlastenverdächtigen Fläche anders als der Rest der Fläche genutzt und handelt es sich um eine empfindliche Nutzung, sind diese Teilflächen anhand der für ihre Nutzung jeweils festgesetzten Maßstäben zu bewerten.

76

cc) Vor diesem Hintergrund stellen sowohl die im Innenhof- als auch im südlichen Außenbereich von der T. vorgefundenen Altlasten Sachmängel dar, da die bei Analyse der Proben festgestellten Kontaminationen die Prüf- und Maßnahmewerte von BaP (Benzo(a) Pyren) i.S. von § 8 Abs. 1 S. 3 BBodSchG überschritten haben, die im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht unerheblich sind (BGH, Urt. v. 30. 11. 2012 - V ZR 25/12), sodass aufgrund der Gegebenheiten im konkreten Fall Maßnahmen nach § 4 Abs. 3 BBodSchV zu ergreifen sind.

(1) Innenhofbereich

77

(1.1) Die T. hat den Innenhof des Anwesens für die Oberbodenuntersuchung auf Altlasten in drei Teilflächen (TF 1 bis TF 3) eingeteilt und dort jeweils in unterschiedlichen Tiefen bis 35 cm Mischproben entnommen (Anl. K 9). Dabei handelt es sich bei der Teilfläche TF 1 um „Rasen sowie Wäscheaufhang/Kinderspielfläche“, in der Teilfläche TF 2 befindet sich im nördlichen Bereich der „Sandkasten und hoher Baumbestand - ohne Rasen - und sichtbarer Mutterboden“, im südlichen Bereich „überwiegend Rasen, ein Klettergerüst sowie eine Bodenbefestigung mit Gummiplatten“, in Teilfläche TF 3 sind „überwiegend lückenhafter Rasen, ein Wäscheaufhang sowie eine Kinderschaukel sowie eine Bodenbefestigung mit Hartgummiplatten“ vorhanden. Von den untersuchten Parametern (vgl. Anl. B 4 Ziff. 4.2. - dazu s. u.) waren bis auf BaP (Benzo(a) pyren) und PCB (polychlorierte Biphenyle) alle weiteren Parameter unauffällig. Nach der im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beurkundungen geltenden Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV/4/ vom 12. Juli 1999, zuletzt geändert am 16. Juni 2020) betragen die Prüfwerte in mg/kg TM gemäß Anhang 2 der BBodSchV/4/, Ziff. 1, Tabelle 1.4:

Kinderspielflächen Wohngebiete Park- und Freizeitanlagen

für BaP 2 4 10 für PCB 6 0,4 0,8 2

78

Die T. hat das untersuchte Bodenmaterial auf der Grundlage der BBodSchV sowie der vom Bayerischen Landesamt für Umwelt (LfU) als Summenparameter für PAKgesamt abgeleiteten Prüfwert von 0,5 mg/kg B(a) P (Kinderspielflächen und Wohngebiete) wie folgt eingestuft (Anl. K 9 S. 3):

79

Der in den Teilflächen TF 1 (10-35 cm) mit 0,6 mg/kg und TF 2 (10-35 cm) mit 0,5 mg/kg nachgewiesene Prüfwert des Parameters PCB liege über dem zulässigen Prüfwert bei Kinderspielflächen von 0,4 mg/kg (Anl. K 9, S. 3). Die festgestellte Konzentration des Parameters BaP von 0,48 -1,7 mg/kg liege zwar unterhalb des Prüfwertes von 2,0 mg/kg für Kinderspielflächen; sie liege jedoch größtenteils über dem vom Bayerischen Landesamt für Umwelt (LfU) als Summenparameter für PAKgesamt abgeleiteten Prüfwert von 0,5 mg/kg B(a) P für Kinderspielflächen und Wohngebiete. Im Sandkasten liege die Konzentration von BaP mit < 0,02 mg/kg (Sand) bzw. 0,38 mg/kg (unterlagernder Boden) unterhalb beider vorgenannter Prüfwerte (Anl. K 9, S. 3).

80

(1.2) Die von der Beklagten mit der Bewertung der Untersuchungsergebnisse der von der T. durchgeführten Oberbodenuntersuchung in Bezug auf erforderliche Sanierungsmaßnahmen beauftragte Fa. b. hat als Bewertungsgrundlagen die Prüfwerte der BBodSchV/4/, den Entwurf der Novellierung der BBodSchV/5/ und die Empfehlungen des Landesamtes für Umwelt (LfU) zugrunde gelegt; ferner hat es die geltende, vom Umweltbundesamt für die Ableitung von Werten herausgegebene Loseblattsammlung „Berechnung von Prüfwerten zur Bewertung von Altlasten“ als Bewertungsgrundlage herangezogen (Anl. B 4 Ziff. 5.1.). Sie hat die Prüfwerte und die Maßnahmewerte, bei deren Überschreitung unter Berücksichtigung der jeweiligen Bodennutzung in der Regel von einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast auszugehen ist und Maßnahmen erforderlich seien, erläutert und darauf hingewiesen, dass Maßnahmen (Sanierung/Schutzmaßnahmen) bereits dann erforderlich sein könnten, wenn im Einzelfall alle bei der Ableitung eines Prüfwertes angenommenen Umstände (Faktoren) zusammenträfen und der Gehalt oder die Konzentration eines Schadstoffes geringfügig oberhalb des Prüfwertes liege.

81

Für die Ableitung von Prüfwerten auf Kinderspielflächen werde für den direkten Kontakt von den auf S. 13 unter Ziff. 5.1. der Anl. B 4 dargestellten Expositionsannahmen ausgegangen mit der Folge, dass im vorliegenden Fall für die Bewertung der Untersuchungsergebnisse bei den „unbewachsenen Flächen um den Sandkasten“ und „unter den Schaukeln“ davon auszugehen sei, dass der Prüfwert dem Maßnahmewert entspreche, der indes bei den mit Gras bewachsenen Flächen entsprechend höher angesetzt werden könne.

82

In der noch gültigen BBodSchV/4/ würden die folgenden Prüfwerte in mg/kg Trockenmasse (TM) für die Schadstoffe BaP und PCB gelten.

Kinderspielflächen Wohngebiete Park- und Freizeitanlagen

- für BaP 2 4 10

- für PCB6 0,4 0,8 2

83

Hier fänden sich die unter Ziff. 5.1 genannten Faktoren für Wohngebiete und Park- und Freizeitanlagen wieder. Der angegebene Prüfwert für BaP habe jedoch die synergistische Wirkung mit anderen PAK (polyzyklischen aromatischen Wasserstoffen) nicht berücksichtigt und sei nur für BaP abgeleitet. Deswegen seien für die Bewertung neuere Ableitungen der Prüfwerte relevant.

84

Im Entwurf zu Novellierung der BBodSchV /5/ sei man für BaP von diesem Prinzip aus verschiedenen Gründen abgewichen. Hier würden künftig folgende Werte Gültigkeit haben:

Kinderspielflächen Wohngebiete Park- und Freizeitanlagen

- für BaP 1 1 1

- für PCB6 0,4 0,8 2

85

Das Landesamt für Umwelt (LfU) gebe - vermutlich bis zum Inkrafttreten der novellierten BBodSchV - für Kinderspielflächen und Wohngebiete als Summenparameter für PAKgesamt einen abgeleiteten Prüfwert von 0,5 mg/kg BaP von 0,5 mg/kg an.

86

Für PCB würden sich keine Änderungen ergeben, allerdings sei bei PCB zu beachten, dass die Prüfwerte für die Summe der 6 Leitsubstanzen gälten. Würden die PCB-Gesamtgehalte bestimmt, seien die ermittelten Messwerte daher durch den Faktor 5 zu dividieren.

87

Auf dieser Grundlage kam die b. in ihrer Stellungnahme vom 30.4.2013 (Anl. B 4) zu dem Ergebnis, dass der gesamte Innenhofbereich in den für den Wirkungspfad Boden-Mensch relevanten oberen 35 cm Oberboden mit BaP (Benzo(a) pyren) in Höhe der Prüfwerte nach Bodenschutzrecht für Kinderspielflächen und Wohngebiete belastet sei (Anl. B 4 Ziff. 5.2.2), wohingegen der PCB-Wert in allen 3 Teilflächen deutlich unter dem geltenden Prüfwert (0,4 für Kinderspielflächen bzw. 0,8 für Wohngebiete, Anl. B 4 S. 16), in TF 3 sogar unter dessen Nachweisgrenze liege, so dass der Gefahrenverdacht und damit auch der Altlastenverdacht hinsichtlich des Parameters PCB nach § 4 Abs. 2 S. 1 BBodSchV ausgeräumt sei (sh. vorstehend unter Ziff. 1 b) bb) (1).

(1.2.1) Belastung mit BaP:

88

Die höchsten Belastungen mit BaP seien danach in TF 2 angetroffen worden (vgl. Lageplan gemäß Abbildung 4-1, Anl. B 4, S. 10), in der sich auch der Sandkasten und die offenen unbewachsenen Oberbodenflächen befänden. Für die Bewertung der Untersuchungsergebnisse bei den unbewachsenen Flächen um den Sandkasten sei davon auszugehen, dass der Prüfwert dem Maßnahmewert entspreche (Anl. B 9, S. 13), so dass dort für die unbewachsenen Flächen mit freiliegendem Oberboden Sanierungsbedarf bzw. die Notwendigkeit von Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen bestehe.

89

In TF 1 hätten die BaP-Konzentrationen in beiden Untersuchungstiefen um den zukünftigen Prüfwert für Kinderspielfläche und Wohngebiete von 0,99 mg/kg und 1,2 mg/kg erreicht oder knapp überschritten; allerdings sei hier die Exposition durch direkten Kontakt bzw. die Inhalation von aufgewirbeltem Staub durch den Grasbewuchs deutlich eingeschränkt, sodass hier kein Sanierungsbedarf bzw. die Notwendigkeit von Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen gesehen wurde (Anl. B 4 S. 17 Ziff. 5.2.2.).

90

In TF 3 sei zwar der künftige Prüfwert der BBodSchV unterschritten; allerdings schwankten die BaP-Konzentrationen mit 0,67 mg/kg in einer Untersuchungstiefe von 0 - 10 cm bzw. 0,48 mg/kg (10-35) um den vom LfU vorgeschlagenen Prüfwert. Für die Teilfläche TF 3 wurde jedoch gleichfalls keine Notwendigkeit für das Ergreifen von Maßnahmen gesehen.

91

Soweit die b. als Maßnahmen der erforderlichen Sanierung lediglich im Umgriff der Sandkastenspielfläche die Durchführung eines Bodenaustausches bis 30 cm Tiefe (Abtrag von maximal 30 cm sowie Überschüttung mit 20 cm sauberem Boden) mit Einbau eines Geogitters als Grabsperre für erforderlich hielt, geschah dies jedoch vor dem Hintergrund, dass die vorgeschlagene Sanierung (Dekontamination) aus damaliger Sicht nur für kurze Zeit erfolgen und wirksam sein musste, „da in absehbarer Zeit eine Tiefgarage in diesem Bereich gebaut wird und dann die komplette belastete Auffüllung ausgetauscht wird“ (Anl. B 4 S. 18 Ziff. 6). Weiter wird ausgeführt, dass „eine Einmischung von unter der sanierten Schicht verbliebenen Kontaminationen durch Bioturbation in relevanten Größen (kann) in der kurzen Zeit ausgeschlossen werden“ kann. Alternativ könne auch der Zutritt zu diesen Flächen durch Umzäunung verhindert werden. Die Exposition zu den offenen Bodenflächen unter den Großspielgeräten könne dadurch verhindert werden, dass diese umgesetzt werden und die offenen Flächen mit Substrat abgedeckt und mit Rasen bepflanzt würden; alternativ könne auch eine 20 cm mächtige Bodenabdeckung mit sauberem Boden (z.B. Kies) erfolgen. Die Beklagte hat die Absicht, im Innenbereich eine Tiefgarage zu errichten, jedoch nach eigenen Angaben aufgegeben (s.o.).

92

(1.2.2) Unter Zugrundelegung der von der b. vorgenommen Bewertung (Anl. B 4), die sich die Klägerin zu eigen gemacht hat (s.o., BB S. 13 = Bl. 483), ist nach Auffassung des Senats der Nachweis geführt, dass der Innenhofbereich (TF1 - TF3) mit BaP in Höhe der Prüfwerte nach § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BBodSchG belastet ist und damit eine nicht unerhebliche Kontamination im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorliegt, die einen Sachmangel am Gemeinschaftseigentum begründet. In dieser Stellungnahme hat das bfm.umwelt bei der Untersuchung, ob eine Gefährdung des Schutzgutes Mensch nach dem Wirkungspfad Boden - Mensch vorliegt, bereits den (künftigen) Prüfwert für BaP im Entwurf zur Novellierung der BBodSchV/5/ (Anl. B 4, S.16) für Kinderspielflächen, Wohngebiete und Park- und Freizeitanlagen von 1 mg/kg sowie den vom LfU im Hinblick auf die geplante Novellierung der BBodSchV bereits zum jetzigen Zeitpunkt für Kinderspielflächen und Wohngebiete als Summenparameter für PAKgesamt (polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe) abgeleitete Prüfwert von 0,5 mg/kg BaP, anstelle des Prüf- und Maßnahmewerts der - derzeit noch geltenden - BBodSchV/4/ zugrunde gelegt (sh. vorstehend unter 1. b) bb) (1.2).

93

Existieren indes neue (wissenschaftliche) Erkenntnisse dazu, dass Prüfwerte für Schadstoffe in Altlasten, die - wie BaP - als karzerogen eingestuft werden (vgl. hierzu Ausführungen in Anl. B 4 S. 14 unter Ziff. 5.2.1), die bereits in erheblich geringerer Konzentration wegen einer in der BBodSchV bislang nicht berücksichtigten synergistischen Wirkung mit anderen, gleichfalls karzerogenen PAK (polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen) dem Menschen schaden können, und besteht aus diesem Grund Anlass zu einer Novellierung der BBodSchV durch den Gesetzgeber, wie aus einem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit zur Neufassung der Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung ersichtlich ist, ist es im Hinblick auf das hohe Schutzgut der Gesundheit nicht vertretbar, bis zur endgültigen Verabschiedung der novellierten Verordnung - entgegen besserer Erkenntnis - veraltete, möglicherweise die Gesundheit gefährdende Prüfwerte zugrunde zu legen. Vor diesem Hintergrund ist auch die Heranziehung der vom Landesamt für Umwelt abgeleiteten Prüfwert von 0,5 mg/kg BaP für Kinderspielflächen und Wohngebiete durch die b. für die Beurteilung, ob Maßnahmen ergriffen müssen, nicht zu beanstanden (Anl. B 4 S. 16).

94

Gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG können die Länder, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen in den aufgezählten Gebieten, z.B. Naturschutz und Landschaftspflege. Ausgenommen hiervon sind die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes und der Meeresnaturschutz (abweichungsfester Kern). Der Bund hat durch das BBodSchG sowie die Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und grundsätzliche Regelungen zur zulässigen Höhe der Belastung von Böden und zu deren Bewertung im Hinblick auf zu ergreifende Maßnahmen getroffen. Den Ländern ist jedoch unbenommen, die Regelungen der vom Bundesgesetzgeber normierten Prüf- und Maßnahmewerte von schädlichen Bodenveränderungen im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz zu verschärfen, da insoweit nicht von allgemeinen Grundsätzen des Naturschutzes abgewichen wird. Seit 2013 ist das Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (München) für grundlegende humantoxikologische Fragen des Bodenschutzes in Bayern zuständig. In dieser Funktion leitet es in Abstimmung mit den zuständigen Staatsministerien und dem Landesamt für Umwelt Empfehlungen für Prüf- und Maßnahmenwerte für den Pfad Boden-Mensch ab, wenn Ergänzungen für die Vorgaben des Bodenschutzes erforderlich erscheinen. Die Empfehlungen werden im Internet veröffentlicht (www.lgl.bayern.de, Suchworte Bodenschutz, Altlasten). Kreisverwaltungsbehörden, Gesundheitsämter und beauftragte Untersuchungsstellen erhalten damit ergänzende praxisorientierte Hinweise, anhand derer sie Belastungen über den Expositionspfad Boden - Mensch bewerten können. Da die BBodSchV Prüfwerte für Benzo(a) pyren (BaP) nennt, die aus historischen Gründen nur für BaP als Einzelsubstanz gelten, also nicht für PAK-Gemische, wie sie in realen Bodenbelastungen auftreten, wurden für PAK-Gemische im Auftrag des Umweltbundesamtes Prüfwerte abgeleitet, die das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz (StMUV) im November 2014 als für Bayern verbindlich erklärte. Die ergänzenden Empfehlungen stellen die Methodik dar, mit der beurteilt werden kann, welche PAK-Gemische für eine Bewertung anhand der neuen Prüfwerte geeignet sind (vgl. Gesundheitswesen 2015; 77-A 235, ECLI:DOI:10.1055/s-0035-1563191 - Expositionspfad Boden-Mensch: Neuere Regelungen und Empfehlungen, zitiert in www.thieme-connect.com).

(1.2.3) Das b. hat daher, den Senat überzeugend, bereits die künftigen Prüfwerte nach der Novellierung der BBodSchV/5/ sowie einen vom LfU für Kinderspielflächen und Wohngebiete als Summenparameter für PAKgesamt abgeleiteten, bereits für verbindlich erklärten Prüfwert für BaP von 0,5 mg/kg, der unterhalb des künftigen Prüfwerts liegt, bei der Bewertung der Gefährdung zugrunde gelegt (Anl. B 4, S. 15/17, Anl. B 5, S. 7). Nach Auffassung des Senats steht daher fest, dass die Prüfwerte der derzeit noch geltenden BBodSchV/4/ für Kinderspielflächen und Wohngebiete - im Vergleich zu den künftigen Prüfwerten nach der Novellierung der BBodSchVO - viel zu hoch sind, da sie insbesondere die synergistische Wirkung mit anderen krebserregenden polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen nicht berücksichtigen. Bei Würdigung der Gesamtumstände im vorliegenden Fall, insbesondere der zur intensiven Nutzung durch die Eigentümer bestimmten Rasen- und Kinderspielflächen im Innenhof sowie im südlichen Außenbereich (dazu sh. unten), der Kontaminierung der Böden mit einer krebserregenden Substanz BaP und der wegen einer bevorstehenden Gesetzesänderung derzeit unklaren Prüfwerte hält der Senat den durch das Landesamt für Umwelt derzeit empfohlenen, abgeleiteten Prüfwert für BaP für Kinderspielflächen und Wohngebiete von 0,5 mg/kg für maßgeblich, so dass eine nicht unerhebliche und daher vom Verkäufer zu beseitigende Kontaminierung mit BaP vorliegt, wenn der Prüfwert von 0,5 mg/kg überschritten wird, während eine Belastung mit BaP, die unter diesem Prüfwert liegt, nicht als erheblich anzusehen ist und daher im Boden verbleiben kann.

96

Der Umstand, dass die b. bei ihrer Bewertung zwar eine Belastung im Innenhofbereich (TF 1 - TF 3) in den für den Wirkungspfad Boden-Mensch relevanten oberen 35 cm Oberboden mit BaP in Höhe der Prüfwerte nach Bodenschutzrecht für Kinderspielflächen und Wohngebieten festgestellt, jedoch einen Sanierungsbedarf oder die Notwendigkeit von Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen in TF 2 gesehen hat (Anl. B 4 S. 17) ist erkennbar darauf zurückzuführen, dass die b. aufgrund der geplanten Tiefgarage nur eine vorübergehende Maßnahme („für kurze Zeit erfolgen und wirksam sein muss“) für erforderlich hielt. Dass trotz des „in absehbarer Zeit“ bevorstehenden Baus der Tiefgarage gleichwohl ein Austausch des Oberbodens bis 30 cm Tiefe sowie eine Überschüttung mit 20 cm sauberem Boden von der b. als notwendig angesehen wurde, zeigt, dass die Kontaminierung der Teilfläche (TF 2) aufgrund der Exposition wegen der dort befindlichen „offenen, unbewachsenen Oberböden“ und des Sandkastens so erheblich war, dass der Bodenzustand in diesem Bereich nicht, auch nicht für einen kurzen Zeitraum so belassen werden konnte. Auf die Durchführung einer Detailuntersuchung mit einer engeren Parzellierung der 3 Teilflächen (Anl. B 4 S. 18 oben) sowie den Vorschlag eines Austausches der komplett belasteten Auffüllung wurde daher seitens der b. nur deshalb verzichtet, weil mit dem bevorstehenden Baubeginn einer Tiefgarage durch die Beklagten und einem dann erfolgenden Austausch der kompletten belasteten Auffüllung gerechnet wurde, wovon sämtliche drei Teilflächen des Innenbereichs betroffen wären.

97

dd) Der ursprünglich vorhandene Sachmangel wurde von der Beklagten auch nicht im Wege der Nacherfüllung beseitigt. Zwar hat die Beklagte unstreitig einen Oberbodenaustausch der obersten 20 cm im Innenhof vorgenommen (vgl. amtliche Auskunft der LH München vom 10.05.2019, Bl. 544). Dass trotz des von der Beklagten vorgenommen Teilaustausches des Oberbodens im Innenhof dort noch eine „mehr als unerhebliche Kontamination“ in Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung verblieben ist, hat die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Klägerin aufgrund des von der Beklagten vorgelegten Privatgutachtens der Fa b. vom 30.04.2013 (Anlage B 4), das wohl auch Grundlage der von der LH München angeordneten und von der Beklagten durchgeführten Maßnahmen war, und das sich die Klägerin zu eigen gemacht hat (BB S. 13 = Bl. 483), zur Überzeugung des Senats nachgewiesen. Darin wird ein als erforderliche Sanierungsmaßnahme für notwendig erachteter Bodenaustausch bis 30 cm mit Einbau eines Geogitters als Grabsperre im Umgriff der Sandkastenspielfläche, wie bereits ausgeführt, nur deshalb für ausreichend und ein weiterer Bodenaustausch bis in größere Tiefen für verzichtbar gehalten, da in absehbarer Zeit eine Tiefgarage von der Beklagten gebaut würde und dann die komplette belastete Ausfüllung ausgetauscht würde; in der kurzen Zeit bis dahin könne eine Einmischung von unter der sanierten Schicht verbliebenen Kontaminationen durch Bioturbation in relevanten Größenordnungen ausgeschlossen werden (Anl. B 4, S. 18 unter Ziff. 6). Die Pläne für den Bau einer Tiefgarage hat die Beklagte nach den Angaben ihres anwaltlichen Vertreters im Termin jedoch zwischenzeitlich aufgegeben (vgl. Prot. vom 18.8.2019, S. 2 = Bl. 558). Abgesehen davon, dass auf Anordnung der LH München lediglich ein Oberbodenaustausch der obersten 20 cm und nicht, wie von der b. empfohlen, ein Austausch bis 30 cm Tiefe von der Beklagten

vorgenommen wurde, sind in den darunter liegenden Schichten nach der fachkundigen Bewertung der b. Kontaminationen verblieben, die - aufgrund der Bioturbation - zeitnah ausgetauscht werden müssen („...da die Sanierung (Dekontamination) nur für kurze Zeit erfolgen und wirksam sein muss“...). Dass darüber hinaus, d.h. über den in Anl. B 4 festgestellten Umfang hinaus, weitere, nicht nur unerhebliche Kontaminationen vorliegen, hat die Klagepartei weder konkret vorgetragen noch unter Beweis gestellt. Daher konnte der Senat auf der Grundlage des von der Beklagten vorgelegten Privatgutachtens (Anl. B 4), welches sich die Klagepartei zu eigen gemacht hat, entscheiden.

(2) südlicher Innenhof- und Außenbereich

98

Die von der RGU angeordnete Oberbodenuntersuchung des südlichen Innenhofbereichs (BP 3 und 4) und des südlichen Außenbereichs (BP 1 und 2) durch die T. ergab an den dortigen Entnahmestellen BP 1 und BP 2 (vgl. Analysebericht der T. vom 30.4.2013, Anl. K 11a) in der oberen und unteren Untersuchungstiefe gleichfalls Konzentrationen von BaP in Höhe von 1,8 mg/kg und 3,6 mg/kg, die nach Angaben der b. in ihrer Stellungnahme zum Wirkungspfad Mensch-Umwelt vom 3.5.2013 über den zukünftigen Prüfwert für Kinderspielflächen, Wohngebiete und Park- und Freizeitanlagen liegen (Anl. B 5, S. 7). Die Klägerin hat sich die in der von der Beklagten vorgelegten Stellungnahme (Anl. B 5) vorgenommene Bewertung der b. in Bezug auf die festgestellte Konzentration des Parameters BaP gleichfalls zu eigen gemacht (vgl. Schriftsatz vom 21.4.2015, S. 12 = Bl. 79).

99

Die b. hat trotz der deutlich erhöhten BaP-Konzentrationen einen Sanierungsbedarf hier nur deshalb nicht für erforderlich gehalten, da die Außenflächen derzeit durch einen Zaun vor dem Zutritt von Personen geschützt seien, sich allerdings bei Öffnung des Zauns mit der Möglichkeit des Zutritts ein Sanierungsbedarf ergeben würde. Der Hausmeister oder sonst beauftragte Gärtner müssten allerdings bei der Pflege dieser Außenbereiche mit Staubschutzmasken und Schutzanzügen arbeiten. Hieraus ergibt sich nach Auffassung des Senats bereits die Gefährlichkeit der bei der Oberbodenuntersuchung festgestellten, deutlich erhöhten Konzentration von BaP, das eine karzerogene Wirkung hat, und damit gleichfalls eine nicht unerhebliche Kontamination aufweist, die einen Sachmangel begründet, sowie die Unangemessenheit der derzeitigen Grenzwerte. Die Errichtung eines Schutzzauns durch die Beklagte führt insoweit zu keiner anderen Beurteilung, da die Beklagte verpflichtet war, den Käufern mangelfreies Gemeinschaftseigentum zu verschaffen, wozu auch die südlichen Außenflächen zählen, zu deren Benutzung die Käufer berechtigt sind. Dass darüber hinaus, d.h. über den in Anl. B 5 festgestellten Umfang hinaus, weitere, nicht nur unerhebliche Kontaminationen vorliegen, hat die Klagepartei weder konkret vorgetragen noch unter Beweis gestellt. Daher konnte der Senat auf der Grundlage des von der Beklagten vorgelegten Privatgutachtens (Anl. B 5), welches sich die Klagepartei zu eigen gemacht hat, entscheiden.

100

Die BaP-Konzentrationen an den Entnahmestellen BP 3 und BP 4 (südlicher Innenhofbereich) lagen mit 0,2 mg/kg bis 0,3 mg/kg unter den Prüfwerten und der Empfehlung des LfU (Anl. B 5, S. 7, so dass für diese Grünflächen seitens der b. kein Sanierungsbedarf gesehen wurde.

101

2. Die Beklagte kann sich gemäß § 444 BGB hinsichtlich dieser Sachmängel am Gemeinschaftseigentum weder auf den in den notariellen Kaufverträgen mit den Erwerbern im Zeitraum vom 5.3.2013 - 11.4.2013 vereinbarten Haftungsausschluss (vgl. exemplarisch Anl. K 3, § 4 VI Ziff. 2), noch auf den Haftungsausschluss in den nach dem 29.05.2013 geschlossenen Kaufverträgen (vgl. exemplarisch Anl. K 6, § 4 Ziff. 2) berufen, da sie die Mängel arglistig verschwiegen hat.

102

a) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung trifft den Verkäufer eine Pflicht zur Offenbarung verborgener Mängel oder von Umständen, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, wenn sie für den Kaufentschluss des Käufers von Bedeutung sind, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind (BGH, Urteil vom 16.6.1989, V ZR 74/88). Arglistiges Verschweigen des Mangels setzt zudem voraus, dass der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn für möglich hält (BGH NJW 2007, 835). Das Verschweigen muss sich auf die Tatsachen beziehen, aus denen sich der Sachmangel ergibt, und setzt eine Aufklärungspflicht voraus, die der Käufer aufgrund der Verkehrsanschauung nach Treu und Glauben erwarten durfte. Arglist liegt vor, wenn der

Verkäufer weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Aufklärung den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätte (BGH NJW 2007, 835). Der Verkäufer darf sein konkretes Wissen über Schadstoffbelastungen nicht zurückhalten. Das kommt auch in Betracht, wenn in dem Kaufvertrag nur der für den Verkäufer günstige Teil der Erkenntnisse mitgeteilt wird. Das bewusste Zurückhalten weiterer Informationen stellt sich dann als ein arglistiges Verschweigen dar. Ob die Kontamination rechtlich zutreffend als Sachmangel gewürdigt wird, ist dabei ohne Belang. Ein arglistiges Verschweigen kommt nämlich bereits dann in Betracht, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält, wobei es genügt, dass er die den Mangel begründenden Umstände kennt (BGH, Urt. vom 30.11.2012 - V ZR 25/12, Rz. 18 ff.).

103

b) Vor dem Hintergrund der von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Verkäufers war die Beklagte verpflichtet, die Käufer sowohl über den ihr seit dem 5.3.2013 bekannten Altlastenverdacht als auch über das Vorhandensein der ihr aufgrund der Bodenuntersuchung durch die T. seit 27.3.2013 bekannten Altlasten gemäß ihrem Kenntnisstand aufzuklären. Die für die Voraussetzungen der Arglist darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat den Nachweis geführt, dass die Beklagte bereits seit 5.3.2013 Kenntnis von einem Altlastenverdacht sowie seit 26.3.2013 von vorhandenen Altlasten im Innenhof besaß, diese Kenntnis jedoch den Erwerbern der Eigentumswohnungen bewusst vorenthalten hat. Darüber hinaus hat die Beklagte auch nach Weiterverkauf der Wohnungen ab 29.5.2013 diesen Käufern gegenüber ihre Kenntnis aufgrund der von ihr in Auftrag gegebenen Stellungnahme der b. vom 30.4.2013 (Anl. B 4) von einer erheblich umfangreicheren Kontaminierung des Innenhofbereichs mit Altlasten, als in der zusammengefassten Altlastenauskunft des RGU dargestellt, sowie davon, dass die außen liegende Grünfläche zur L.-Straße (BP 1 und BP 2) aufgrund der deutlich erhöhten BaP-Konzentration nur mit Schutzkleidung betreten werden konnte (Anl. B 5, Stellungnahme der b. vom 03.05.2013) arglistig nicht offenbart, sondern nur den ihr günstigen Teil der Erkenntnisse mitgeteilt.

aa) Kenntnis vom Altlastenverdacht seit 5.3.2013

104

Aufgrund des Nachtragsangebots der mit der Bodengrunduntersuchung für den geplanten Bau einer Tiefgarage beauftragten T. vom 5.3.2013 (Anl. B 19), wusste die Beklagte seit dem 5.3.2013, dass es sich bei den Böden des Innenbereichs um eine aufgefüllte Kiesgrube handelte und dass aus diesem Grund ergänzende Bohrungen sowie Bodenanalysen auf Schadstoffe (Anl. B 19, S. 2) erforderlich waren, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat (LGU S. 22/23). Frei von Rechtsfehlern hat das Erstgericht angenommen, dass sich aufgrund dieser Informationen bei der Beklagten als einem der größten Immobilienunternehmen Deutschlands ein Altlastenverdacht aufdrängen musste. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, dass sie bzw. (ihr zurechenbar) Frau H., die zuständige Asset-Managerin der Beklagten, aufgrund des Nachtragsangebotes und -auftrages keine Kenntnis von der Altlastenproblematik gehabt habe, da der Fokus bei dieser Nachtragsbeauftragung auf der Tragfähigkeit der Böden gelegen habe und die gleichzeitig durchgeführte teilweise Altlastenuntersuchung lediglich ein Nebenaspekt gewesen sei. Unabhängig davon, dass das Nachtragsangebot ausweislich Anl. B 19 an den bei der Beklagten für das vorliegende Anwesen zuständigen technischen Mitarbeiter der Beklagten, den Zeugen W., gerichtet war, der bei seiner zweiten Zeugeneinvernahme bekundet hat, dass er bereits zuvor einmal mit aufgefüllten Böden im geringen Umfang zu tun hatte, bei welchen auch eine Altlastenthematik vorhanden gewesen sei (Prot. vom 13.2.2018, S. 4 = Bl. 378), so dass sich dem Zeugen aufgrund der Mitteilung der T., dass bei der ersten Bohrung eine aufgefüllte Kiesgrube vorgefunden wurde, ein Altlastenverdacht hätte aufdrängen müssen, ergab sich ein Altlastenverdacht auch aus dem Wortlaut des Nachtragsangebots der T., dass wegen der aufgefüllten Kiesgrube zusätzliche Untersuchungen, nämlich neben weiteren Bohrungen und Sondierungen auch „5 Bodenanalysen auf Schadstoffe“ erforderlich seien. Selbst wenn die Tragfähigkeit der Böden im Fokus der Nachtragsbeauftragung gestanden hätte, wurde zeitgleich eine Altlastenuntersuchung in Auftrag gegeben, wie die Beklagte selbst einräumt, woraus erhellt, dass sich die Beklagte der Problematik von möglicherweise vorhandenen Altlasten, zur deren Feststellung weitere Bodenanalysen notwendig waren, bewusst war.

105

Mit ihrem Einwand, dass es keinen generellen Grundsatz gebe, dass aufgefüllte Böden immer belastet seien (Schriftsatz vom 27.7.2018, Bl. 464), dringt die Beklagte im konkreten Fall gleichfalls nicht durch. Abgesehen davon, dass es sich aufgrund der amtlichen Auskunft der LH München vom 20.5.2019 (Bl. 547)

bei verfüllten Kiesgruben um sogenannten Altablagerungen und damit grundsätzlich um altlastenverdächtige Flächen oder Altlasten iSd Art. 2 Abs. 5 und 6 BBodSchG handelt, so dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass dieser Umstand auch der Beklagten als einem der größten Immobilienunternehmen in Deutschland bekannt war, besaß die Beklagte Kenntnis darüber, da der für das Objekt zuständige technische Mitarbeiter W. nach eigenen Angaben aufgrund eines früheren Bauvorhabens wusste, dass bei einer verfüllten Kiesgrube ein Altlastenverdacht besteht.

bb) Kenntnis von Altlasten seit 27.3.2013

106

Entgegen der Annahme des Erstgerichts, welches nach Durchführung der Beweisaufnahme angenommen hat, dass der Mitarbeiter W. erst nach Rückkehr von seinem Osterurlaub am 2.4.2013 Kenntnis vom Baugrunduntersuchungsbericht der TBU vom 26.3.2013 erlangt habe (LGU S. 26), besaß die Beklagte spätestens seit 27.3.2013 aufgrund des ihrem Mitarbeiter W. per E-Mail am 26.3.2013 um 12.22 Uhr zugesandten Baugrunduntersuchungsberichts (Anl. K 8) Kenntnis von einer aufklärungspflichtigen Belastung des Innenhofbereichs der Wohnanlage mit Altlasten (vgl. Hinweis vom 4.2.2019, S. 3/4). Denn Erklärungen unter Abwesenden werden in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugehen, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Ist der Empfänger wegen Urlaubs an der Kenntnisnahme gehindert, so steht das dem Zugang nicht entgegen (BGH, Urteil vom 21.04.2004 - XII ZR 214/00, 1320, 1321). Willenserklärungen an einen Empfänger, der im Rechtsverkehr mit seiner E-Mail-Adresse auftritt, gehen zu, wenn sie in seiner Mailbox abrufbar gespeichert sind, bei Eingang zur Unzeit am folgenden Tag (Palandt-Ellenberger, § 130 BGB, Rn. 7a). Im vorliegenden Fall war die Beklagte daher spätestens an dem Folgetag nach Übersendung des Berichts, mithin ab 27.3.2013 verpflichtet, ihre Kenntnis von einer zum Teil erheblichen Belastung der untersuchten Böden im Innenhofbereich mit Altlasten (Anl. K 8 S. 8 nebst Anlagen 7.1 - 7.20) den Käufern gegenüber zu offenbaren, was jedoch nicht geschah, so dass sie sich auf den Haftungsausschluss in den im Zeitraum 27.3.2013 bis 11.4.2013 geschlossenen Kaufverträgen nicht berufen kann.

107

Soweit die Beklagte meint, der bloße Zugang des Berichts bei ihr vermittle noch keine Arglist, trifft dies jedenfalls im vorliegenden Falle nicht zu:

108

Denn arglistig kann auch derjenige täuschen, dem - wie er weiß - entgegen der offensichtlichen Erwartung des Erklärungsempfängers jegliche zur sachgemäßen Beurteilung des Erklärungsgegenstandes erforderliche Kenntnis fehlt und der dies verschweigt. Arglistig kann daher auch derjenige handeln, der einem anderen versichert, eine bestimmte Kenntnis von Vorgängen oder Umständen zu haben, diese Kenntnis aber in Wirklichkeit nicht hat (BGH, Urteil vom 8.5.1980 - IVa ZR 1/80, NJW 1980, 2460). Nichts anderes kann dann für Denjenigen gelten, der versichert, eine bestimmte Kenntnis nicht zu haben, obwohl er weiß, dass ihm dazu derzeit keine aktuellen Informationen vorliegen.

109

Auch Erklärungen „ins Blaue hinein“ können deshalb eine arglistige Täuschung darstellen. Dies gilt namentlich dann, wenn jemand vertragserhebliche Umstände blindlings zusichert und dabei verschweigt, dass ihm - wie er weiß - entgegen der offensichtlichen Erwartung des Erklärungsempfängers (eventuell entgegen eigener Zusicherung) jegliche zur sachgemäßen Beurteilung des Erklärungsgegenstands erforderliche Kenntnis fehlt. Hier ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Täuschende weiß, dass die angegebenen Tatsachen nicht der Wahrheit entsprechen (MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, BGB § 123 Rn. 16)

110

So liegt es hier. Die Beklagte hat noch nach Zugang des Berichts in den Kaufverträgen jeweils weiterhin „ins Blaue“ versichert, dass ihr „verdeckte Mängel“ nicht bekannt seien, insbesondere ... Altlasten“, obwohl sie wusste, dass sie hierüber wegen Abwesenheit des zuständigen Sachbearbeiters und mangels Vertretungsregelung für diesen keine aktuelle Kenntnis hatte. Sich diese Kenntnis zu verschaffen oder in den Kaufverträgen darauf hinzuweisen, dass sie hierüber wegen Abwesenheit des Sachbearbeiters keine aktuellen Erkenntnisse habe, war hier schon deshalb zwingend geboten, weil die Beklagte in diesem

Zeitraum ständig mit dem Eingang des Berichts rechnen musste und dieser für die weiteren Beurkundungen von offensichtlicher Bedeutung war.

cc) Kenntnis von weiter bestehender Kontamination nach Teileroberbodenaustausch im Innenhofbereich ab 21.05.2013 sowie von Altlasten im südlichen Außenbereich

111

(1) Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann sich die Beklagte auch nicht auf den mit den Käufern vereinbarten Haftungsausschluss in den ab 29.5.2013 geschlossenen not. Kaufverträgen berufen. Obwohl die Beklagte wusste, dass die LH München - für den Senat vor dem Hintergrund, dass gemäß § 13 BBodSchG ein Sanierungsplan als Grundlage zur Altlastensanierung aufzustellen ist, nicht nachvollziehbar - lediglich einen Oberbodenaustausch der oberen 20 cm im Innenhofbereich, nicht hingegen eine Beseitigung der Kontamination in den tiefer gelegenen Schichten angeordnet hat, obwohl die von ihr mit der Bewertung der Ergebnisse der untersuchten Böden beauftragte b.in ihrer Stellungnahme vom 30.4.2013 den Austausch der Oberbodenschicht (bis max. 30 cm) lediglich für den kurzen Zeitraum bis zum geplanten Bau der Tiefgarage als Sanierungsmaßnahme für vertretbar hielt (vgl. Anl. B 4, S. 18 Ziff. 6), hat sie den Käufern diese Altlastenproblematik nicht vollständig offenbart, sondern lediglich auf die von der LH München erteilte zusammengefasste Altlastenauskunft vom 21.6.2013 (Anl. K 12) Bezug genommen, in die der Käufer Einsicht nehmen konnten, aus der sich jedoch eine Belastung von tieferen Schichten der Böden nicht ergab, sondern lediglich von einer „Oberbodenuntersuchung auf Altlasten“ die Rede war, welche einen leicht bzw. stark erhöhten Gehalt für PAK (polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe) ergab. Soweit die Beklagte in dem ab 29.5.2013 neu formulierten Haftungsausschluss unter § 4 Ziff. 2 S. 7 „keine Haftung für eine vollständige Beseitigung möglicher schädlicher Bodenverunreinigungen durch diese (in Satz 6 genannten) Sicherungsmaßnahmen,...“ übernommen hat (vgl. exemplarisch Anl. K 6), ist dies trotz Kenntnis von tatsächlich vorhandenen - nicht lediglich „möglichen“ - Kontaminationen in tieferen Bodenschichten erfolgt, sodass die Beklagte ihr Wissen daher bewusst und damit arglistig verschwiegen hat.

112

(2) Darüber hinaus hat die Beklagte entgegen der Auffassung des Erstgerichts auch ihr Wissen über vorhandene Altlasten in den Böden des südlichen Außenbereichs (Anl. B 5) den Käufern nicht vollständig offenbart, so dass sie sich auch insoweit nicht auf den mit den Käufern ab 29.5.2013 vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Beklagte mit der in sämtlichen not. Kaufverträgen ab 29.5.2013 unter II. § 4 enthaltenen, geänderten Regelung betreffend die Sachmängelhaftung den Käufern die im Außenbereich bestehende Altlastenproblematik sowie die von ihr insoweit zu treffenden Maßnahmen nicht transparent und nachvollziehbar offengelegt (LGU S. 29). Hinsichtlich Fl.-Nr. 312/69, L.-Straße wird in der zusammenfassenden Altlastenauskunft (Anl. K 12) ausgeführt, dass dieser Standort nicht mehr als Altlastenverdachtsfläche registriert sei. Im Übrigen ist in der zusammengefassten Altlastenauskunft lediglich von der Fläche des Innenhofs des streitgegenständlichen Anwesens die Rede, der aufgrund der genannten Untersuchungen wegen eines erhöhten Gehalts für PAK und Bodenverunreinigungen mit BaP und PCB (Polychlorierte Biphenyle) als Altlastenverdachtsfläche verzeichnet sei. Die der Beklagten aufgrund der Stellungnahme der b. vom 3.5.2013 (Anl. B 5) bekannte deutlich erhöhten BaPKonzentration der Grünflächen im südlichen Außenbereich, die nur in Schutzbekleidung betreten werden konnte, sind daraus jedoch für den Käufer nicht ersichtlich, so dass die Beklagte ihr Wissen den Käufern auch insoweit bewusst vorenthalten hat, und sich wegen arglistigen Verschweigens nicht auf den Haftungsausschluss in II. § 4 Ziff. 2 S. 7, 2. Hs. berufen kann.

113

3. Die Beklagte ist daher zur vollständigen - nicht lediglich quotalen - Herstellung mangelfreien (dh unterhalb des BaPGrenzwerts von 0,5 mg/kg TM, nicht dagegen vollständig unbelasteten, „sterilen“) Gemeinschaftseigentums im Innenhof- und im südlichen Außenbereich durch Beseitigung der sich aus den Anl. B 4 und B 5 ergebenden Kontaminationen mit BaP im Wege der Nachbesserung verpflichtet.

114

a) Der BGH hat in Bezug auf Minderungs- und Schadensersatzansprüche von Käufern nach Werkvertragsrecht dem einzelnen Erwerber einen Schadenersatz wegen eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten zuerkannt (BGH, Urteil vom 10.3.2005 - VII ZR 321/03). Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch des einzelnen Bauherrn unterscheidet sich jedoch vom kaufrechtlichen Anspruch maßgeblich dadurch, dass er von der

werkvertraglichen Erfolgshaftung des Auftragnehmers geprägt sei (BGH, Urteil vom 25.2.1999 - VII ZR 208/97). Im Kaufrecht stehe der individualisierte Marktwert der erworbenen Einheit im Vordergrund. Soweit ausschließlich Kaufrecht zur Anwendung komme, verteile sich bei Mängeln des gemeinschaftlichen Eigentums der insgesamt entstehende Minderwert daher auf die einzelnen Wohnungseigentümer, und zwar nach Maßgabe des jeweiligen Anteils am Gemeinschaftseigentum (BGH, Urteil vom 12. März 2010 - V ZR 147/09). Auch dann, wenn der Käufer den Minderwert anhand der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten berechne, treffe der so ermittelte Minderwert jeden Miteigentümer nur anteilig nach Maßgabe seines Anteils am gemeinschaftlichen Eigentum. Sein Schaden werde durch die nach seinem Miteigentumsanteil bestimmte Quote des insgesamt bestehenden Minderwertes bestimmt. Die Summe der einzelnen Schäden könne dabei nicht größer sein als der am gemeinschaftlichen Eigentum insgesamt entstandene Minderwert (BGH, Urteil vom 23. Juni 1989 - V ZR 40/88). Hinsichtlich eines Anspruchs auf Nacherfüllung hat der BGH bislang offengelassen, ob der Verkäufer einer gebrauchten Eigentumswohnung mit Blick auf das Gemeinschaftseigentum über die Übertragung des Miteigentumsanteils hinaus gehalten ist, dem Käufer insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum mit der Folge einer entsprechenden Nachbesserungspflicht zu verschaffen, wie bereits ausgeführt (sh. vorstehend unter Berufungsantrag II. 2., I. b. aa) (Urteil vom 24.7.2015 - V ZR 167/14, Tz. 22 ff.). Die Entscheidung dieser Frage richte sich danach, wie man die Sollbeschaffenheit bestimme.

115

b) Vor dem Hintergrund der ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen besteht nach Auffassung des Senats im konkreten Fall eine Verpflichtung der Beklagten, den jeweiligen Käufern der gebrauchten Eigentumswohnungen sowohl mangelfreies Miteigentum als auch ein insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum verschaffen. Wie sich aus dem Oberboden-Analysebericht der T. vom 23.4.2013 (Anl. K 9) ergibt, von der Beklagten im Übrigen auch nicht bestritten wird, ist die Fläche des Innenhofs bezüglich der drei Teilflächen (TF 1-TF 3) zur Nutzung durch die Wohnungseigentümer und deren Kinder (Kinderspielfläche, Sandkasten, Klettergerüst bzw. Kinderschaukel) vorgesehen. Sämtliche Flächen sind jedoch, wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend unter 2 b. cc), erheblich mit BaP kontaminiert. Die Mangelfreiheit des im Miteigentum stehenden Gemeinschaftseigentums im Innenhof (wie auch im südlichen Außenbereich), zu dessen Nutzung die Erwerber berechtigt sind, lässt sich indes nicht quotaal aufteilen. Käme man zu dem Ergebnis, dass dem anspruchsberechtigten Käufer ein Anspruch auf Verschaffung von insgesamt mangelfreiem Gemeinschaftseigentums nicht zustünde, käme nur ein - dann quotaler - Anspruch auf Freistellung von den Kosten zur Beseitigung des Mangels in Betracht (vgl. BGH - V ZR 167/14, Tz. 23). Würde man lediglich einzelnen anspruchsberechtigten Eigentümern quotaal aufgrund dieses Sachmangels an dem im Miteigentum stehenden Gemeinschaftseigentum einen Anspruch auf Freistellung von Mängelbeseitigungskosten für die Beseitigung der Kontaminierung zuerkennen, hätte dies allerdings nicht zwingend die Beseitigung der Altlasten zur Folge, da es hierzu einer Entscheidung sämtlicher Wohnungseigentümer bedarf, was im „worst case“ dazu führen könnte, dass sich die Mehrheit der - nicht anspruchsberechtigten - Wohnungseigentümer wegen der zu erwartenden hohen Kosten gegen einen Austausch des kontaminierten Bodens entscheiden könnte. Ein solches Ergebnis ist im Hinblick auf die erhebliche Kontaminierung mit krebserregenden Substanzen, wie der im konkreten Fall, jedoch weder vertretbar noch den anspruchsberechtigten Käufern zumutbar und würde im Übrigen dazu führen, dass der vom Gesetzgeber bei Vorhandensein von kaufvertraglichen Mängeln primär vorgesehene Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB praktisch leerliefe. Wie gefährlich die festgestellte Konzentration von BaP in den untersuchten Bodenproben im Innenhof wie auch im südlichen Außenbereich ist, ist aus den beiden Stellungnahmen des von der Beklagten beauftragten Fachunternehmens b. ersichtlich (Anl. B 4 und B 5), in welchen im Innenhofbereich ein Oberbodenaustausch sowie eine Neuverfüllung von bis zu 30 cm im Umgriff der Sandkastenspielfläche nur kurzfristig - bis zum Bau der Tiefgarage - für ausreichend angesehen wurde, um eine Gefährdung der Gesundheit der die Gemeinschaftsfläche nutzenden Wohnungseigentümer auszuschließen; als Alternative wurde nur die Errichtung eines Zauns zur Verhinderung des Zutritts zu diesen Flächen aufgezeigt (Anl. B 4, S. 18), wie bereits im Außenbereich geschehen. Für diesen (Außen-)Bereich wurde aufgrund der dort vorgefundenen deutlich erhöhten BaP-Kontaminierungen darauf hingewiesen, dass bei gärtnerischen Pflegearbeiten besondere Vorsichtsmaßnahmen (kein Hautkontakt; kein Inhalieren von Staubpartikeln) geboten seien (Anl. B 5, S. 7). Eine solche Sanierungsmaßnahme, die zum Ausschluss der Wohnungseigentümer von der gemeinschaftlichen Nutzung der Innenhofwie auch der Außenflächen führen würde, ist mit der gesetzlichen

Wertung in §§ 434, 437, 439 BGB nicht vereinbar, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer mangelfreies Eigentum zu verschaffen.

116

Soweit die Beklagte geltend macht (BE S. 17 = Bl. 468), dass das negative Interesse der betroffenen Wohnungseigentümer auf ihren quotalen Anteil am behaupteten Schaden begrenzt sei, ist eine andere Beurteilung nicht veranlasst. Zwar kann der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 BGB die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Hierbei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen (§ 439 Abs. 3 S. 2 BGB). Dass die im Wege der Nacherfüllung anfallenden Beseitigungskosten unverhältnismäßig seien, hat die Beklagte jedoch weder konkret behauptet noch aber substantiiert dargelegt. Würde im Übrigen an die Sollbeschaffenheit des Eigentums im Falle des Erwerbs von alleinigem Wohnungseigentum ein anderer Maßstab angelegt, würde dies zu einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung der Käufer von Alleineigentum und Miteigentum führen. Ein solches Ergebnis lässt sich gleichfalls nicht mit der in §§ 434 ff BGB zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers vereinbaren.

117

4. Den betroffenen 38 Wohnungseigentümern stehen daher volle Nachbesserungsansprüche in Bezug auf die Sanierung des Innenbereichs (Flächen TF 1 - 3 gem. Abb. 4.-1 der Anlage B 4 vom 30.04.2013) sowie des südlichen Außenbereichs (Flächen BP 1 und BP 2 gem. Abb. 4-1 Anlage B 5 vom 03.05.2013) des Anwesens gegen die Beklagte zu, soweit dort jeweils der Wert von 0,5 mg/kg BaP, mithin mehr als „unerheblich“ im Sinne der Rpsr. des BGH, überschritten wird (s.o.).

118

a) Die an die Sanierung von Altlasten zu stellenden Anforderungen ergeben sich aus den Bestimmungen des § 4 Abs. 3 BBodSchG sowie § 5 BBodSchV. Ziel der Sanierung - und damit auch rechtlicher Maßstab - ist danach, die Bodenverunreinigung so zu sanieren, dass „dauerhaft“ (§ 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG) keine Gefahren, erheblichen Nachteile und erheblichen Beeinträchtigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen. Hieraus folgt bereits, dass nach dem Ziel des Gesetzgebers ein sauberer, von jeglicher Kontaminierung freier Boden im Rahmen der durchzuführenden Sanierung nicht geschuldet wird.

119

Das BBodSchG legt in § 4 Abs. 3 S. 2 fest, welche Sanierungsmaßnahmen bei Schadstoffbelastungen des Bodens zu ergreifen sind. Nur wenn eine Sanierung nicht möglich oder unzumutbar ist, sind nach dieser Bestimmung sonstige Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen durchzuführen. Sanierung im Sinne von § 2 Abs. 7 BBodSchG sind gemäß Nr. 1 Maßnahmen zur Beseitigung und Verminderung der Schadstoffe (Dekontaminationsmaßnahmen) sowie Maßnahmen nach Nr. 2, die eine Ausbreitung der Schadstoffe langfristig verhindern oder vermindern, ohne die Schadstoffe zu beseitigen (Sicherungsmaßnahmen). Letztere sind nach § 2 BBodSchG nur erlaubt, wenn sie im konkreten Fall geeignet sind, die Ausbreitung der Schadstoffe langfristig zu verhindern (BT-Drucksache 13/6701, S. 35).

120

b) Vor diesem Hintergrund ist zur Sanierung der streitgegenständlichen Altlasten sowohl im Innenhof wie auch im südlichen Außenbereich eine Beseitigung der mit dem Schadstoff BaP belasteten Böden erforderlich, soweit dort der Wert von 0,5 mg/kg BaP überschritten wird, welche die Klägerin im Wege der Nachbesserung von der Beklagten verlangen kann. Zwar hat die Klägerin den Umfang der im Wege der Nacherfüllung von der Beklagten zu beseitigenden Kontaminierung nicht im Einzelnen konkret dargelegt, sondern lediglich pauschal auf die gemäß Anl. K 8, K 9 und K 11 a dem streitgegenständlichen Anwesen vorhandenen Altlasten verwiesen. Die wegen Überschreitung des Prüfwerts von BaP betroffenen Flächen des Innenhofs (TF 1 - TF 3) wie auch des südlichen Außenbereichs (BP 1 und BP 2) sind jedoch nach Auffassung des Senats hinreichend deutlich aus den von der Klägerin vorgelegten Baugrund- bzw. Oberbodenuntersuchungsberichten der TBU vom 26.3.2013 und 23.4.2013 - in Bezug auf den Innenhof - (Anl. K 8 dort S. 10; Anl. K 9 - dort S. 2) bzw. vom 30.4.2013 - in Bezug auf den südlichen Außenbereich - (Anl. K 11 a - dort S. 2, 4) ersichtlich.

121

Der Umfang der erforderlichen Sanierung wegen der Gefährlichkeit der vorhandenen Kontaminierung mit BaP für die Gesundheit der betroffenen Personen ergibt sich allerdings nicht aus den von der Klägerin in

Bezug genommenen Anlagen K 8, K 9 und K 11a, sondern aus den gutachterlichen Stellungnahmen der b. hinsichtlich des Wirkungspfads Boden - Mensch (Anl. B 4 und B 5), die sich die Klägerin zu eigen gemacht hat, und die auch der Senat im vorliegenden Fall, wie bereits ausgeführt (vorstehend unter 1. b) bb) (1.2), für maßgeblich erachtet. Die Beklagte hat daher, wie tenoriert, den Innenbereich (Flächen TF 1 - 3 gem. Abb. 4.-1 Anlage B 4 vom 30.04.2013) sowie den südlichen Außenbereich (Flächen BP 1 und BP 2 gem. Abb. 4.-1 Anlage B 5 vom 03.05.2013) zu sanieren, soweit dort der Wert von 0,5 mg/kg BaP überschritten wird.

122

c) Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, dass der Sachverständige im Oberbodenuntersuchungsbericht vom 30.4.2013 (Anl. B 4) zu dem Ergebnis gekommen sei, dass nur die oberen 35 cm Oberboden für den Wirkungspfad Boden-Mensch relevant seien (Schriftsatz vom 28.3.2019, S. 4 = Bl. 512), sodass es auf Verunreinigungen in größerer Tiefe nicht ankomme. Wie bereits ausgeführt, ist eine Sicherungsmaßnahme gemäß § 5 Abs. 3 BBodSchV nur dann zur Sanierung geeignet, wenn sie gewährleistet, dass durch die im Boden oder in Altlasten verbleibenden Schadstoffe dauerhaft keine Gefahren, erhebliche Nachteile oder erheblichen Belästigungen ausgehen.

123

Die b. hat jedoch in ihrer Stellungnahme vom 30.4.2013 (Anl. B 4, S. 18 Ziff. 6) hinsichtlich des Innenhofbereichs - nach dem empfohlenen Austausch des Oberbodens bis 30 cm - einen Bodenaustausch in größeren Tiefen nur deshalb für verzichtbar angesehen, da in absehbarer Zeit in diesem Bereich eine Tiefgarage gebaut und dann die komplette belastete Auffüllung ausgetauscht würde. In dieser kurzen Zeit könne eine „Einmischung von unter der sanierten Schicht verbliebenen Kontaminationen“ ausgeschlossen werden. Hieraus erhellt, dass im konkreten Fall zeitnah eine erhebliche Gefahr bestand, dass Kontaminationen aus den tieferen Schichten durch Einmischung an die Oberfläche dringen würden, und dass der Oberbodenaustausch - den die Beklagte zudem nicht in der empfohlenen Tiefe von bis zu 30 cm, sondern nur von 20 cm vorgenommen hat (vgl. amtliche Auskunft der LH München vom 10.5.2019, Bl. 544) - wegen des unmittelbar bevorstehenden Baus der Tiefgarage „nur für kurze Zeit erfolgen und wirksam sein muss“.

124

5. Die Klägerin hat der Beklagten mit Schreiben vom 23.9.2014 (Anl. K 27) erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung bis 31.10.2014 gesetzt.

125

Da die Klägerin mit ihrem Hilfsantrag II. 2 obsiegt, sind Ausführungen zu den weiteren Anträgen nicht mehr veranlasst.

B. Berufung der Beklagten

126

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen hat die Berufung der Beklagten, mit welcher diese die vollständige Abweisung der Klage erreichen will, keinen Erfolg.

III.

127

1. Die Kostenentscheidung ergeht nach § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO.

128

Die Haupt- und Hilfsanträge der Klagepartei sind wirtschaftlich identisch (vgl. Streitwertbeschluss, Prot. vom 18.07.2019, S. 4 = Bl. 560 d.A.). Da die Klagepartei mit ihrer Berufung - wie in der mündlichen Verhandlung vom 01.07.2021 klargestellt - die Beseitigung jedweder Kontamination im Innenhof sowie im südlichen Außenbereich des streitgegenständlichen Anwesens erstrebt, ein Sanierungsbedarf der betroffenen Böden durch den Senat jedoch nur insoweit festgestellt wurde, als diese mehr als unerheblich kontaminiert bzw. belastet sind, unterliegt die Klägerin nach Schätzung des Senats in Höhe von 50%, so dass die Kosten des Rechtsstreits daher hälftig von der Klägerin und der Beklagten zu tragen sind.

2. Streitwert

129

Der Streitwert wurde entsprechend den Angaben der Klägerin zu ihrem rechtlichen Interesse auf 4,8 Mio € festgesetzt (§§ 44 Abs. 1 S. 2 und 3, 47, 48 GKG; § 3 ZPO). Auf den Streitwertbeschluss im Termin vom 18.7.2019 (Bl. 559/560) wird insoweit Bezug genommen.

3. Revisionszulassung

130

Die Revision zum BGH wird zugelassen, soweit der Senat in der vorliegenden Entscheidung angenommen hat, dass die Beklagte neben der Übertragung des Miteigentumsanteils verpflichtet ist, den anspruchsberechtigten Käufern insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum zu verschaffen mit der Folge einer entsprechenden Nachbesserungspflicht der Beklagten, worüber der BGH bislang nicht entschieden hat (Urteil vom 24. Juli 2015 - V ZR 167/14). Ferner wird die Revision auch insoweit zugelassen, als bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist, was zivilrechtlich eine „nicht nur unerhebliche Kontamination“ ist und einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB darstellt. Darüber hinaus ist bislang nach Auffassung des Senats noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob der Prüfwert der (noch) geltenden der BBodSchV/4/ für Benzo(a) pyren (BaP) für die Beurteilung, ob eine nicht unerhebliche Kontamination mit Altlasten vorliegt, zugrunde gelegt werden muss, obwohl aufgrund neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Gefährlichkeit dieser krebserregenden Substanz bereits ein Referentenentwurf zur Novellierung der BBodSchV/5/ existiert und das Landesamt für Umwelt in Bayern für Kinderspielflächen und Wohngebiete bereits einen unterhalb des vorgesehenen künftigen Prüfwerts (BBodSchV/5/) liegenden, abgeleiteten Prüfwert von 0,5 mg/kg BaP verbindlich festgestellt hat.